SANDRO DE OLIVEIRA

A tutela jurisdicional localizadora: uma abordagem processual substantiva de Direito Internacional Privado.

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2018

SANDRO DE OLIVEIRA

A tutela jurisdicional localizadora: uma abordagem processual substantiva de Direito Internacional Privado.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Internacional Privado, sob a orientação da professora Dra. Maristela Basso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2018

SANDRO DE OLIVEIRA

A tutela jurisdicional localizadora: uma abordagem processual substantiva de Direito Internacional Privado.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Internacional Privado, sob a orientação da professora Dra. Maristela Basso.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, esposa Patrícia e filho Pedro, que sempre me apoiaram nessa jornada, mesmo sabendo das possíveis limitações que a mesma imporia não somente a mim, mas também a todos aqueles com os quais convivo.

Não posso deixar de agradecer ao meu país, que com o seu sistema de ensino público único, por sua dimensão e extensão, permite a inserção de milhões de pessoas, desde a pré-escola até os mais altos níveis na escala educacional. Este agradecimento se personaliza na forma do povo brasileiro em geral, que financia e promove esta educação pública, mas também, em particular, a cada um dos profissionais de educação que faz parte deste sistema que é tão grande e complexo como o nosso Brasil.

Agradeço especialmente à minha orientadora, professora Dra. Maristela Basso, por ter me dado a oportunidade de desenvolver este trabalho, confiando desde o início em sua viabilidade técnica e na minha capacidade em concluí-lo.

Ao professor Gustavo Monaco que com suas aulas me permitiram identificar o melhor caminho a ser percorrido, dentre aqueles diversos que se apresentavam como viáveis.

Aos professores André de Carvalho Ramos e Wagner Menezes que durante a banca de qualificação muito me ajudaram com suas críticas e sugestões, tornando este trabalho mais estruturado e completo.

Por fim, agradeço a você que me dá a honra da leitura desta dissertação.

RESUMO

DE OLIVEIRA, Sandro. **A tutela jurisdicional localizadora: uma abordagem processual substantiva de Direito Internacional Privado**. 2018. 403 pag. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

As considerações sobre a concretude do processo de localização do sistema normativo a reger as relações jurídicas plurilocalizadas no âmbito do Direito Internacional Privado (DIPr) são atuais e oportunas. Por ser o DIPr um sobredireito, ou seja, um direito que se aplica sobre outros direitos, sem contato direto com as questões de ordem material, ele se localiza numa camada mais distanciada dos atos e fatos jurídicos, sendo, portanto, mais propenso à abstração e ao formalismo do que outras áreas do Direito. Desenvolver teorias e metodologias que tornem o DIPr mais substantivo, mais permeável às reais necessidades daquelas pessoas envolvidas em conflitos plurilocalizados, sem que haja uma grande perda da segurança jurídica e da economia processual, é o grande desafio contemporâneo dessa ciência. A proposta desta dissertação de mestrado é desenvolver ferramentas de Direito material e de Direito Processual que instrumentalizem o método clássico do Direito Internacional Privado, ou, como também é conhecido, método de conflitos, de modo a se tornar viável a localização sem comprometimento da segurança jurídica nem da economia processual. Os componentes de Direito material consistirão nos chamados elementos de proximidade, que serão utilizados para o levantamento de um perfil material das partes do conflito. Os componentes de Direito Processual serão aqueles envolvidos na chamada tutela localizadora, que envolverá todo o procedimento processual indispensável para se localizar o sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada, tendo por base os mesmos elementos de proximidade. A tutela localizadora deverá escolher o sistema normativo de uma forma substantiva, observando-se o âmbito de eficácia das normas localizadas, sem comprometer a necessária economia processual e a segurança jurídica, envolvendo tanto a estabilidade dos direitos subjetivos como também a previsibilidade de seus resultados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Âmbito de Eficácia. Âmbito de Competência. Localização. Tutela localizadora. Nacionalidade. Domicílio. Elementos de Conexão. Elementos de Proximidade. Método Conflitual. Método Clássico do Direito Internacional Privado. Qualificação. Reenvio. Sobredireito.

ABSTRACT

DE OLIVEIRA, Sandro. **The localizer judicial protection: a substantive procedural approach of International Private Law**. 2018. 403 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The considerations on the concreteness of the process of locating the normative system to govern plurilocalized juridical relations within the scope of Private International Law (PIL) are current and timely. Because the PIL is an overriding right, that is, a right that is applied over other rights, without direct contact with material matters, it is located in a layer more distanced from the legal acts and the facts, therefore, is more prone to abstraction and formalism than other legal areas. Developing theories and methodologies that make PIL more substantive, more permeable to the real needs of those involved in plurilocalized conflicts, without losing legal certainty and procedural economy, is the great contemporary challenge of this science. The purpose of this master's dissertation is to develop tools of material law and procedural law that will implement the classical method of private international law, or method of conflict, in order to make more feasible the location without compromising too much the legal security and the procedural economy. The components of material law will consist of the so-called elements of proximity, which will be used to survey a material profile of the conflict´s parties. The components of Procedural Law will be those involved in the so-called localizer judicial protection, which will involve all the indispensable procedural steps to locate the normative system governing the legal pluri-localized relationship, based on the same elements of proximity. The localizer judicial protection must choose the normative system in a substantive way, observing the scope of effectiveness of the localized norms, without compromising the necessary procedural economy and legal certainty, which involves both the stability of the subjective rights as well as the predictability of its results.

KEY WORDS: Private International Law. Scope of Effectiveness. Scope of Competence. Location. Tutorship Locator. Nationality. Residence. Connection Elements. Elements of Proximity. Conflict Method. Classical Method of Private International Law. Qualification. Resend. Over right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **1**

PARTE I – O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO **16**

1. FUNDAMENTOS E INSTITUTOS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO **16**
1.1 Noções gerais 16
1.2 Um breve histórico 22
1.3 Objetos do Direito Internacional Privado 28
1.3.1 Uniformização das leis 31
1.3.2 A nacionalidade 35
1.3.2.1 Princípios gerais da nacionalidade 37
1.3.2.1.1 Princípio da soberania da nacionalidade 37
1.3.2.1.2 Princípio da unidade de nacionalidade na família 41
1.3.2.1.3 Princípio da nacionalidade efetiva 42
1.3.2.1.3.1 O caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala) 43
1.3.2.1.4 Princípio da continuidade 48
1.3.2.1.5 Princípio da individualidade 48
1.3.2.1.6 Princípio da fidelidade 49
1.3.2.2 Os apátridas 50
1.3.2.3 As formas de perda e aquisição da nacionalidade 56
1.3.3 Condição jurídica do estrangeiro 60
1.3.3.1 Restrições constitucionais aos estrangeiros 62
1.3.4 Conflito de leis no espaço e conflito de leis no tempo 63
1.3.5 Os direitos adquiridos 66
1.4 O Direito Internacional Privado no Brasil 69
1.5 Fundamentos do Direito Internacional Privado 73
1.6 A qualificação e os elementos de conexão 75
1.6.1 Conflitos de qualificação 78
1.6.1.1 O caso Bartholo. 79
1.6.1.2 O testamento ológrafo do holandês. 80
1.6.1.3 O caso Caraslanis 81
1.7 O princípio da autonomia da vontade 82
1.8 Reenvio 85
1.9 A ordem pública 89
1.10 Normas de aplicação imediata 92

2. A PERSPECTIVA CLÁSSICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO **96**
2.1 A visão de Savigny 96
2.2 A visão de Story 101
2.3 A visão de Mancini 105
2.4 A visão de Pillet 107
2.5 A visão de Jitta 109

PARTE II – OS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO **113**

3. REVISÃO CRÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO **113**
3.1 Princípio da proximidade 115
3.2 Exceção de ordem pública: fundamentação constitucional e de direitos humanos 120

3.2.1 Lei mais favorável: uma questão de hipossuficiência.....123
3.3 A justiça substantiva vs. economia processual e segurança jurídica.....126

4. OS ÂMBITOS DE EFICÁCIA E DE COMPETÊNCIA NO DIPr.....128
4.1 O âmbito de eficácia.....132
4.1.1 O pragmatismo racional.....133
4.1.2 Teoria da urbanidade: *comitas gentium*.....135
4.1.3 Direito Natural e o Direito Internacional Privado.....138
4.1.4 Princípio da não transconexão e o âmbito da eficácia das leis.....145
4.1.5 Os direitos adquiridos sob a perspectiva do Direito Internacional Privado.....150
4.2 O âmbito de competência.....152
4.2.1 As regras de conflito.....155

5. O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....164
5.1 Conflitos no diálogo das fontes normativas.....174
5.2 Harmonização normativa versus conflitual.....178
5.3 O Direito de família sob uma perspectiva do Direito Internacional Privado.....183
5.3.1 A internacionalização do Direito de família.....188
5.3.2 O método do DIPr e sua relativização no Direito de família.....190
5.3.3 O Direito Internacional Privado de Família e a especialização do estatuto pessoal.....191
5.4 A cooperação jurídica internacional e o Direito Internacional Privado.....193
5.5 Considerações finais sobre o novo Direito Internacional Privado.....195

6. O MÉTODO CONFLITUAL.....202
6.2 Equilíbrio entre justiça substantiva e simplicidade processual.....205
6.3 O método conflitual visto como metodologias *top-down*, *bottom-up* e *espiral*.....208
6.4 Qualificação pela *lex causae*: uma solução por método matemático iterativo.....214
6.5 A natureza de sobredireito do DIPr e a operacionalidade processual.....217
6.6 A metodologia do DIPr clássico e a segurança jurídica.....220
6.7 As etapas do método do Direito Internacional Privado clássico.....223

PARTE III – PROPOSTA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....229

7. OS ELEMENTOS DE PROXIMIDADE.....229
7.1 Operabilidade dos elementos de proximidade: requisitos de simplicidade e facilidade.....234
7.2 Elementos de proximidade qualificadores.....238
7.3 Elemento de proximidade domicílio – *lato sensu*.....239
7.3.1 O domicílio e o Direito Internacional Privado.....247
7.3.2 Elemento de proximidade idade de início de domicílio.....247
7.3.3 Elemento de proximidade quantidade de anos de domicílio.....248
7.3.4 Elemento de proximidade ânimo de domicílio.....243
7.4 Elemento de proximidade nacionalidade.....249
7.4.1 Conceitos.....253
7.5 Elemento de proximidade conhecimento da língua.....257
7.6 Elemento de proximidade participação no mercado de trabalho.....260
7.6.1 Elemento de proximidade tempo de participação no mercado de trabalho.....264
7.6.2 Elemento de proximidade nível cognitivo do trabalho.....264
7.7 Elemento de proximidade família estrangeira.....266
7.7.1 Casamento entre cônjuges estrangeiros – exogâmico.....271
7.7.2 Filhos nascidos e/ou criados no estrangeiro.....274
7.7.3 Pais ou avós estrangeiros.....275
7.8 Elemento de proximidade religiosidade.....276
7.8.1 A identidade cultural e o princípio da proximidade.....282
7.8.2 A religião e o laicismo.....284
7.8.2.1 A racionalização na sociedade moderna.....287

7.8.2.2 Os axiomas e hipóteses da religião....291
7.8.3 A religião e a intolerância....295
7.8.4 A religião e a psicanálise....297
7.8.5 A religião e o Direito Internacional Privado....302
7.8.6 A lei comum do cristianismo, como base para o Direito Internacional Privado....311
7.9 Elemento de proximidade nível de escolaridade....313
7.10 Elemento de proximidade participação em organizações sociais....315
7.11 Elemento de proximidade sistema normativo de preferência das partes....316
7.11.1 A preferência das partes e o princípio da autonomia da vontade....317

8. VERSÃO AJUSTADA DO MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. 320

9. A TUTELA LOCALIZADORA 322
9.1 As crises do Direito. 326
9.2 As camadas de instrumentalidade do Direito. 326
9.3 A tutela localizadora nas relações plurilocalizadas de DIPr 331
9.3.1 A tutela localizadora e a jurisdição voluntária....333
9.3.2 Petição inicial: verificação de existência e de indícios de elementos estrangeiros....335
9.3.3 Resposta do réu: confirmação de existência de elementos estrangeiros....337
9.3.4 Existência ou não de elemento estrangeiro: uma decisão interlocutória 338
9.3.5 Despacho solicitando informações das partes: questionário prévio....340
9.3.6 Despacho solicitando documentação probatória e audiência com as partes. 340
9.3.7 Decisão interlocutória: localização do sistema normativo....341
9.3.8 A localização no Direito Internacional Privado e a coisa julgada 343
9.3.9 Envio para o juízo de julgamento 347

CONCLUSÃO 349

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA 360

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR 370

APÊNDICE A – Questionário Prévio....380

APÊNDICE B – Convenções Internacionais relacionadas ao Direito de família. 382

ANEXO A - Os Elementos de Conexões definidos na LINDB 385

ANEXO B - As Regras de Conexão mais comuns no Direito Comparado 386

ÍNDICE REMISSIVO 388

INTRODUÇÃO

O estudo da eficácia das normas é extremamente importante no âmbito do Direito em geral, contudo, com relação ao Direito Internacional Privado (DIPr), sua importância se potencializa. Essa potencialização é explicada pela característica primordial do Direito Internacional Privado, qual seja: a possibilidade de reconhecimento da legitimidade de normas estrangeiras para regerem as relações jurídicas no âmbito local. O DIPr demanda a abdicação do princípio da territorialidade, ao se reconhecer a regência de um sistema normativo alienígena para fatos e atos jurídicos ocorridos no seu território, por respeito àquelas pessoas que possuem direito pessoal distinto da *lex fori*. Mitiga-se o princípio da isonomia ao se permitir que esses indivíduos, com vínculos estrangeiros, possam ser regidos por um Direito que é distinto daquele que rege a todos os demais nacionais.

A territorialidade e a isonomia jurídicas são os primeiros elementos a serem relativizados em favor da procura pela justiça plena aos estrangeiros. A territorialidade é assim definida por Dolinger:

> É o regime de Direito Internacional Privado que determina para o estatuto pessoal a aplicação irrestrita da lei local, lei do foro, sem tomar em consideração a nacionalidade, o domicílio ou a residência da pessoa. [1]

A territorialidade implica, por conseguinte, na utilização direta da regra de conexão l*ex fori*, com aplicação do sistema normativo do foro onde ocorrer o litígio entre as partes.

É preciso reconhecer o alto custo social que advém da aplicação dos princípios do Direito Internacional Privado, uma vez que o respeito ao estrangeiro por meio da aplicação do seu direito, principalmente quando esse direito é distante culturalmente do sistema normativo da l*ex fori*, requer um grande esforço por parte de toda a sociedade, de compreensão e de adaptação a valores desconhecidos. Essa procura pela justiça universal, pelo respeito ao ser humano, independente dele ser ou não estrangeiro, é essencial como fator de integração, como elemento de pacificação de conflitos externos, como instrumento de evolução da humanidade como um todo. No entanto, é preciso reconhecer que a justiça aos estrangeiros possui o seu custo social, tais como aqueles eventuais conflitos advindos das diferenças de tratamento jurídico entre nacionais e estrangeiros, todos residentes na mesma base territorial. Adicionalmente, a aplicação do Direito estrangeiro normalmente consome maior esforço processual quando comparado com a aplicação da *lex fori*. Isso se dá porque, diferentemente

[1] DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado - Parte Geral** - 11ª Ed. 2014, p. 302.

da *lex fori*, em que há presunção de que os operadores do Direito conheçam o seu respectivo sistema normativo, essa presunção não ocorre com relação ao Direito estrangeiro, do qual demanda-se prova de vigência, contéudo e sentido. É conveniente também mencionar, como custo processual adicional requerido pela aplicação do Direito Internacional Privado, as adaptações legais e mandatórias do sistema normativo estrangeiro aos institutos jurídicos existentes apenas no foro local.

Por conseguinte, a importância da eficácia do Direito Internacional Privado deve ser computada tendo em vista o custo social adicional da aplicação do Direito estrangeiro. Hans Kelsen define a eficácia do direito levando em consideração o grau de compatibilidade entre a conduta humana e aquela prevista pela norma. Para ele, se as pessoas se comportam de acordo com aquilo que está definido na lei, ela deve ser considerada eficaz. [2]

Não é admissível e racional se incorrer no custo social adicional exigido pelo DIPr e, simultaneamente, permitir o equívoco de se localizar um sistema normativo ineficaz. Qual é a lógica em se submeter a todas as dificuldades de aplicação de um Direito estrangeiro se, ao final, ele não for obedecido? Não seria melhor aplicar, desde o início, a *lex fori*? É extremamente importante a localização de sistemas normativos que efetivamente sejam eficazes na resolução do conflito entre as partes. Desta forma, é fundamental para o Direito Internacional Privado a procura pela plena eficácia do sistema normativo localizado.

A procura pela eficácia plena do Direito Internacional Privado é uma tarefa que se apresenta mais complexa à medida que a análise dos seus fundamentos se torna mais profunda. Sua aplicação efetiva requererá sempre uma ponderação entre a demanda por maior eficácia do sistema localizado versus o custo processual dessa localização. A busca pela eficácia do sistema normativo localizado envolve a investigação das condições factuais das partes envolvidas e não a simplória aplicação de um único elemento de conexão. Contudo, a investigação do caso concreto se torna mais casuística na medida em que mais elementos factuais são ponderados na decisão final de localização. Isso, no limite do casuísmo jurídico, elevaria o custo processual a valores proibitivos. O custo processual é a principal restrição prática à análise exaustiva de localização do "melhor" sistema normativo a reger uma questão de DIPr plurilocalizada. Esse custo obriga o operador do Direito a ponderar até onde é possível e viável se fazer uma análise exaustiva, tendo por base o caso *in concreto*, ou aceitar algum grau de abstração e formalismo na decisão, comprometendo, pelo menos parcialmente,

[2] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 55.

a justiça substantiva.

Como evidência da dificuldade enfrentada pelo Direito Internacional Privado na obtenção de metodologias de localização de sistemas normativos eficazes, pode-se mencionar o grande número de críticas sofridas por ele. Essas críticas têm um forte fundamento no alto grau de abstração e no distanciamento da realidade que caracterizam as decisões de DIPr em geral, no entanto, infelizmente, elas não são específicas no que diz respeito à solução prática desse problema.

De fato, muitos países têm implantado versões de DIPr que se mostram incapazes de tratar seus conflitos plurilocalizados de uma forma substantiva e concreta, não levando em consideração a situação fática das partes envolvidas nem a realidade social do país do sistema normativo localizado. Isso tem produzido decisões judiciais abstratas, muitas vezes somente preocupadas com a efetivação de políticas públicas genéricas, sem maiores considerações com a situação *in concreto* daqueles que pretendem reger.

Seria justo afirmar que o Direito Internacional Privado, de um modo geral, tem empenhado seus esforços mais na definição de uma justiça formal, todavia, sem maiores preocupações com a obtenção de uma justiça substantiva e material – ou seja, aquela que levará à plena pacificação das partes envolvidas –, assim como também de toda sociedade? A solução para essa pergunta pertence a uma área cinzenta, que não nos permite uma resposta tão reducionista como um simples sim ou não. É preciso uma maior investigação do Direito Internacional Privado como um todo, tendo por base a integralidade de seus fundamentos e institutos para se chegar à conclusão que a possível resposta seja composta, simultaneamente, por sins e por nãos.

Uma resposta envolvendo sins e nãos aparentemente abarcaria todas as possibilidades existentes (50% para os sins e 50% para os nãos) e não seria, desta forma, uma conclusão útil a ser aplicada. No entanto, esse entendimento é um equívoco, pois, no cenário acima exposto, é mandatório definir em quais situações específicas o Direito Internacional Privado se apresenta como um Direito formalista e abstrato e em quais situações ele se apresenta como um Direito substancial. Ou seja, é necessário definir onde, de fato, ocorre a resposta sim e onde ocorre a resposta não.

A realidade de um DIPr formal e abstrato é verdadeira em todas as suas sedes, todavia, é no instituto pessoal, principalmente nos casos envolvendo Direito de família, que pode ser verificada de maneira mais intensa as suas consequências. Isso fica bem evidente no

comentário de Gustavo Monaco, em sua tese de doutoramento sobre a Guarda Internacional de Crianças, de onde se extrai:

> E é justamente na altura em que estas críticas mais veementes são dirigidas ao direito internacional privado de afeição abstrata e localizadora que se propõe, de um lado, a sua permeabilidade aos valores sociais e públicos e, de outro, a elaboração de princípios que pudessem garantir à disciplina mecanismos mais eficazes de realização de justiça [...]. [3]

Diferentemente de uma relação jurídica tipicamente comercial, cujos valores envolvidos se resolvem satisfatoriamente de uma forma patrimonial, as relações do instituto pessoal têm no indivíduo o seu objeto, contemplando valores humanos incomensuráveis, não reduzíveis a simples números financeiros. Conflitos familiares relacionados à guarda de crianças, divórcios e reunião familiar são muito mais vulneráveis às más decisões de um Direito ineficaz e formal do que aqueles envolvendo as questões patrimoniais, pois uma decisão equivocada na área de família, normalmente, é irreparável. Por isso, não se pode deixar de concordar com a veemente crítica de Grandino Rodas ao DIPr brasileiro. Apesar de esta crítica ser dirigida especificamente às relações comerciais, ela pode ser muito bem aplicada a outras sedes no DIPr:

> Dessa forma, poder-se-iam, a final, exorcizar o primitivismo e a inadequação de nossas regras de Direito Internacional Privado – e por via de consequência de suas regras obrigacionais [...]. [4]

Ao se referir ao Direito Internacional Privado nacional, Grandino Rodas o caracteriza como primitivo e inadequado. Caracterização essa de difícil contestação, tendo em vista o total descompromisso que o sistema normativo brasileiro concedeu ao seu Direito Internacional Privado. Por meio de uma rápida leitura do seu estatuto pessoal, cujo elemento de conexão é definido no art. 7 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), é possível verificar a fonte inspiradora que fez com que Rodas classificasse o DIPr brasileiro como primitivo:

> Art. 7º A lei do país em que é domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. [5]

---

[3] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Guarda Internacional de Crianças**. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2012. p. 82.

[4] RODAS, João Grandino. **Contratos Internacionais** – 3ª Ed. pp. 63-64.

[5] BRASIL. Decreto Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

Infelizmente, para o nosso Direito Internacional Privado, o domicílio é a solução para todos os casos plurilocalizados do instituto pessoal, independentemente de qualquer outra análise de fundo. O seu grau de abstração é total e absoluto: todos os indivíduos, em quaisquer situações sujeitas ao instituto pessoal, terão seu direito pessoal determinado pelo local do seu domicílio. Não há qualquer exceção permitida, seja ela com base nos fatos *in concreto* ou em possíveis vínculos pessoais das partes com outros sistemas normativos elegíveis.

As críticas nacionais ao nosso DIPr não se destoam muito, de uma forma geral, daquelas que o Direito Internacional Privado sofreu mundo afora. Essas críticas deram origem a outras visões de Direito Internacional Privado, que, para se diferenciarem daquela visão considerada tradicional, autodenominaram-se "novo" Direito Internacional Privado. A visão de DIPr chamada de "tradicional" ou de "moderna" é aquela representada pelo sistema savigniano desenvolvida por Friedrich Carl von Savigny, que, segundo Irineu Strenger, possui como primeira regra fundamental a sua sede jurídica:

> [...] a lei que deve reger a relação jurídica é aquela mais conforme à natureza dessa relação jurídica, seja a lei nacional ou a estrangeira [complementa o professor da USP] a lei mais conforme à natureza da relação jurídica é a determinada pela sede dessa relação.[6]

A teoria de Savigny tem por base a submissão das relações jurídicas à sua sede, o que permite, a priori, a localização do sistema jurídico mais adequado a cada relação. Dessa forma, Savigny definiu as sedes que ele considerava mais adequadas para cada uma das relações jurídicas a seguir, tendo por base os seus elementos determinantes: a) para o estatuto pessoal, o domicílio da pessoa; b) para os bens, a situação dos mesmos; c) para o ato ou fato jurídico, o lugar da celebração; e d) para a obrigação, o lugar do seu cumprimento.[7]

Desta maneira, a escolha do sistema normativo a ser localizado se reduz à simples observação das regras gerais acima, que, para o estatuto pessoal, segundo Savigny, equivale à determinação do domicílio das partes envolvidas. O domicílio, numa acepção legal, pode ser definido como sendo o vínculo jurídico da pessoa com o local onde ela deseja viver de forma permanente. Segundo a visão clássica savigniana, a *lex domicilii* é a regra que melhor reflete o estatuto pessoal do Direito Internacional Privado, entendimento este que passou a ser adotado

---

[6] STRENGER, Irineu**. Direito Internacional Privado** - Parte Geral - 6ª Ed. 2005, p. 238.

[7] SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **A Treatise on the Conflict of Laws, and the limits of their operation in respect of place and time**. Tradução para o inglês: William Guthrie. 2ª ed. London: Stevens and Sons. 1880. pp 140-142.

também pelo nosso DIPr nacional, a partir de sua versão de 1942.

Outro importante nome no Direito Internacional Privado clássico foi o italiano Pasquale Stanislao Mancini. Contudo, ao contrário de Savigny, que entendia ser o domicílio o elemento determinante do estatuto pessoal, Mancini defendia a nacionalidade como sendo o princípio basilar do estatuto pessoal, a base do Direito Internacional. Para ele, o Direito pessoal acompanha as pessoas onde quer que elas estejam, definindo, dessa forma, a sua extraterritorialidade, tendo o vínculo de nacionalidade como elemento mais determinante na sua localização. Mancini negava o poder absoluto aos Estados de aceitar ou não as leis de outros países em seu território. Ele defendia, de forma incisiva, o fim do princípio da territorialidade, assim como também o fim do *comitas gentium*, que é a teoria que entende ser o DIPr um ato de cortesia internacional. O cumprimento da lei estrangeira, quando aplicável, é uma questão de dever do Estado e não uma questão de cortesia.

As mais contundentes críticas ao DIPr clássico vieram dos Estados Unidos, pois, sendo este país um Estado federado clássico, permite um alto grau de independência aos seus entes federativos, implicando na existência de múltiplos sistemas normativos estaduais superpostos no âmbito nacional. Essa superposição normativa ocasionou uma rica experiência jurídica e doutrinária no campo de conflito de leis no espaço doméstico. Isso, em parte, explica o destaque dos Estados Unidos nas críticas aos fechados sistemas de Direito Internacional Privado.

Questionou-se tanto a validade do método utilizado como também a própria capacidade da solução clássica em resolver problemas de natureza mais complexas. Como é possível, de uma forma apriorística, escolher-se o melhor Direito a reger uma determinada ocorrência sem ao menos se conhecer a situação fática que a suporta? A determinação do sistema normativo, com base apenas nas sedes das relações jurídicas e nos seus elementos de conexão, implica numa abordagem formal e superficial do problema, segundo a visão americana.

Em 1933, o americano David Cavers publicou um artigo considerado clássico – *A critique of the choice of law problem* –, o qual enfatizou a importância do Direito Material para a solução de conflitos de leis envolvidos em relações jurídicas plurilocalizadas. Cavers criticou a teoria clássica por se focar tão somente na sua função localizadora, descrevendo-a como um mero teste cego – *blindfold test* –, em que a casualidade é o único fator determinante na obtenção da justiça, uma vez que a localização do sistema normativo a reger

a relação com elemento estrangeiro não tem qualquer vinculação com a realidade dos fatos que dão origem à relação jurídica.

Segundo ele, o sistema clássico de DIPr não possui qualquer interesse em solucionar o caso com base nos fatos *in concreto*, não havendo a menor preocupação com as consequências de natureza substantiva, mas, sim, uma completa abstração do conteúdo da lei, por meio dos elementos de conexão aplicados. O conflito de leis é solucionado de forma mecânica, sem análise de seu conteúdo ou do fim das normas, uma vez que o magistrado soluciona o conflito aprioristicamente, somente com base nos elementos de conexão, sem qualquer vínculo com a justiça material. Para Cavers, a função localizadora do DIPr deveria ser substituída por uma função cognitiva, a ser desempenhada pelo magistrado, na qual seu objeto principal seria a justiça material. O magistrado se guiaria pelo espírito da norma, pelo conteúdo da lei e pela justiça substantiva.

Cavers entendia que, além da rigidez e da superficialidade da abordagem clássica – o que, para ele, esses problemas são intrínsecos à natureza desta teoria –, ela enfrentava outras disfunções associadas à forma como lidava com as questões plurilocalizadas de DIPr, tornando-a ainda mais ineficaz. Podem ser mencionados os seguintes exemplos dessas disfunções apresentadas pela visão clássica de DIPr: a) dificuldades na determinação de sedes jurídicas em situações mais complexas, tais como nas relações familiares com múltiplos domicílios; b) inexistência de institutos jurídicos definidos pela *lex fori*; c) questões envolvendo a ordem pública; d) questões envolvendo diferenças de qualificação entre o sistema normativo local e o localizado; e e) questões envolvendo reenvio.

Ou seja, segundo Cavers, a metodologia clássica de DIPr se mostrou incapaz de enfrentar aquelas dificuldades intrínsecas à natureza das relações jurídicas plurilocalizadas, uma vez que elas demandam uma análise substancial e concreta da relação factual envolvendo as partes, os fatos relacionados à relação jurídica e o sistema normativo elegível a ser localizável que essa metodologia desconsiderava.

A obra de João Baptista Machado, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, merece uma especial atenção nesta dissertação, não por ser ela mais uma abordagem crítica à metodologia do DIPr clássico, mas, sim, por sistematizar, de forma lógica e racional, o vínculo existente entre a eficácia de uma lei e os fatos e atos que com ela se conformam, que é uma maneira alternativa de procurar por localizações eficazes e substantivas.

Todo sistema normativo induz os indivíduos, sob a sua regência, a um

comportamento determinado que seja adequado e em conformidade com suas leis. A presunção de adequação do comportamento humano, conforme um pressuposto sistema normativo competente, é o que Baptista Machado denomina de "impregnação" dos fatos por uma lei que os rege. Uma das funções normativas é conformar o comportamento humano a um padrão prévio e prevenir a prática de atos considerados ilícitos perante esse sistema, tornando os comportamentos e os atos dos indivíduos previamente ajustados ao Direito que é presumidamente competente. Esta é a função educadora da norma: a prevenção de atos ilícitos, por meio da imposição de um padrão de comportamento que passa a ser seguido por todos aqueles que estão regidos por ela, incorporando as suas diretrizes normativas aos seus atos jurídicos. Essa incorporação dos valores normativos pelos atos e fatos regidos por determinado Direito é justamente a impregnação da relação jurídica pela norma que a rege a que se refere o professor português, concluindo que toda *norma agendi* somente pode reger aqueles fatos com os quais tenha tido contato.

O Direito de Conflitos de Leis, como gênero, baseia-se no princípio jurídico universal de não aplicação de uma lei a fatos situados fora do seu âmbito de eficácia, assim como também no respeito aos direitos adquiridos e às situações jurídicas previamente constituídas. Como espécies desse gênero há o Direito de conflitos no espaço – Direito Internacional Privado – e o Direito de conflitos no tempo – Direito Intertemporal. Para Baptista Machado, o domínio da eficácia da lei se fundamenta no princípio da não transconexão. Esse princípio se especializa, no caso do Direito Intertemporal, no princípio da não retroatividade e, no caso do DIPr, no princípio de que toda *norma agendi* somente deve reger fatos que com ela esteja em contato:

> Nenhuma lei, enquanto *norma agendi*, pode ser aplicada a fatos situados fora do seu âmbito de eficácia. [8]

O grande mérito de Baptista Machado foi desenvolver um estudo sistematizado, com base no domínio de eficácia normativa, que organizou e fundamentou teoricamente todas as críticas ao Direito Internacional Privado, especificamente com relação à sua falta de concretude. A eficácia das leis está intimamente vinculada aos fatos e atos que tiveram os seus comportamentos condicionados por essas leis. A competência das leis será aquela determinada pelas regras de conflitos especificadas no Direito Internacional Privado local.

Se representássemos os conjuntos dos âmbitos de eficácia e dos âmbitos de

[8] BAPTISTA MACHADO, João. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis**. Coimbra: Almedina, 1998.

competência das leis por círculos, teríamos o círculo representativo da competência das leis completamente contido dentro do círculo representativo de eficácia destas leis, uma vez que a continência do âmbito de competência das leis ao seu âmbito de eficácia é determinada pela característica fundamental de que toda lei competente necessariamente deve ser eficaz.

Esta continência ocorre porque, teoricamente, as regras de conflito devem reconhecer como competentes apenas os sistemas normativos que possuam vinculação com os fatos em questão e, por conseguinte, inseridos no seu domínio de eficácia legal. A afirmação de que o domínio de competência do DIPr esteja inserido dentro do seu domínio de eficácia é equivalente à afirmação de que a lei que regerá a relação plurilocalizada obrigatoriamente estará em contato com os fatos que deram origem à relação jurídica. Isso é convergente com a grande maioria das críticas modernas ao Direito Internacional Privado, no que diz respeito à sua feição abstrata e formal.

Entretanto, a demanda por um Direito Internacional Privado mais substantivo, mais justo e próximo à realidade das partes, necessita obrigatoriamente de um estudo de viabilidade operativa de seus métodos. Conforme já foi mencionado anteriormente, a aplicação do Direito estrangeiro no foro local possui um alto custo social e processual – isso ocorre devido à quebra da isonomia entre estrangeiros e nacionais e às diferenças culturais e jurídicas entre a nação do Direito localizado e a nação de sua aplicação. Não é realístico, sob a perspectiva dos custos processuais, buscar-se por um Direito Internacional Privado completamente eficaz, concreto e próximo à realidade das partes se não forem estabelecidos elementos de Direito Material e de Direito Processual para viabilizar operativamente esse objetivo.

Não há muito que se fazer com relação ao custo social relacionado à eventual insatisfação causada pelo tratamento não isonômico dado aos estrangeiros, pois essa diferença de tratamento faz parte da essência do DIPr, que é fundamentada pela procura por uma melhor justiça, por meio da aplicação do seu Direito pessoal. Não há como se mitigar a aplicação do Direito pessoal dos estrangeiros em nome de uma isonomia formal entre esses últimos e os nacionais, pois, assim o fazendo, estaria negando as próprias bases nas quais o Direito Internacional Privado se fundamenta. Por outro lado, havendo necessidade, é possível se desenvolver campanhas informativas à sociedade, esclarecendo o motivo das diferenças formais de tratamento entre os nacionais e os estrangeiros, que é fundamentado na procura pela aplicação da justiça material plena para todos aqueles que residem em idêntico território.

Por conseguinte, se pouco pode ser feito com relação ao custo social oriundo da

quebra de isonomia formal entre os nacionais e os estrangeiros, o mesmo não pode ser dito com relação ao controle dos custos processuais associados à aplicação de uma justiça substantiva no âmbito do DIPr. Se a pretensão pela justiça substantiva obtida por meio da aplicação do Direito pessoal de cada indivíduo não é mitigável, por outro lado, a maneira de se obter um adequado nível de concretude é o oposto. Há distintas formas de se obter decisões concretas e substantivas no âmbito do Direito Internacional Privado, porém é imperativo que elas sejam obtidas por meio da aplicação de metodologias estáveis e que garantam o mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade nas decisões. Se isso não for observado, há o perigo de se incorrer num proibitivo grau de casuísmo jurídico, que muito se aproximaria de uma forma de Direito "livre".

Ao se falar em metodologia no DIPr não há como deixar de mencionar o método clássico do Direito Internacional Privado. Esta dissertação defende que as conhecidas críticas ao método clássico do Direito Internacional Privado, que teve sua origem em Savigny, deveriam ser mais direcionadas à sua aplicabilidade do que ao método em si mesmo, pois essas críticas se concentram nas etapas de escolha do elemento de conexão e de localização do sistema normativo que vai reger a relação jurídica, que são de conteúdo aberto.

O conteúdo aberto das referidas etapas está no sentido de que a metodologia clássica não determina como elas serão implementadas, deixando para o DIPr local a responsabilidade por estabelecer os seus elementos de conexão, que podem ser realizados de forma isolada ou por algum procedimento que combinem vários outros elementos ou fatores. Desta maneira, a etapa de localização funciona como uma "caixa operativa", que se desenvolverá, de uma forma mais substantiva ou não, a depender de como o DIPr nacional local a implemente. O DIPr local pode se utilizar de apenas um único elemento de conexão como, por exemplo, a nacionalidade, ou o domicílio, ou a lei do foro, ou de um procedimento mais complexo, como é o caso de uma análise de proximidade cultural baseada no princípio da proximidade.

O método, dessa forma, funciona como um algoritmo de procedimentos, podendo ser modelado para atender a qualquer teoria substancial de DIPr, sendo primordial, não obstante, o uso de conceitos sociais abertos para que isso ocorra. Tendo por base elementos culturais, numa perspectiva sociológica ampla e adaptável à realidade concreta a ser considerada, poder-se-ia combinar o método com valores socioculturais, fundamentando e substanciando as decisões de ordem material. A aplicação de uma metodologia estável tem a vantagem de trazer mais segurança processual e jurídica à localização.

É irrefutável que a metodologia conflitual clássica, por si só, não é capaz de proporcionar uma justiça substantiva para os casos plurilocalizados do Direito Internacional Privado; é forçoso, adicionalmente, que ela seja provida de elementos do Direito Material e processual para que isso possa ser possível. Para o desenvolvimento dos referidos elementos, esta dissertação vai se basear em duas vertentes: a) a definição dos elementos de proximidade[9], de natureza material; e b) a definição de uma tutela localizadora, de natureza processual. Essa técnica combinada, conjugando medidas de Direito Material e de Direito Processual, tem como objetivo atingir uma região de comprometimento mínimo entre os bens jurídicos, justiça substantiva e custo processual. É importante mencionar que é esperado algum grau de comprometimento entre estes valores jurídicos, tanto na justiça substantiva como no custo processual.

A proposta a ser feita neste trabalho é baseada na premissa de que os elementos de proximidade sejam atributos materiais, de natureza pessoal das partes, e que somente, de forma supletiva, complementem os elementos de conexão na localização do sistema jurídico a reger a relação plurilocalizada. No método de solução de conflito do DIPr, os elementos de proximidade devem ser utilizados imediatamente após a identificação do elemento de conexão e antes da localização do sistema normativo. Dessa forma, a metodologia clássica de resolução de conflito de leis no espaço seria parcialmente alterada, acrescentando-se uma nova fase adicional que buscaria elementos que fundamentassem, de uma forma substancial, a escolha do sistema normativo a reger a relação jurídica em foco.

O método clássico do Direito Internacional Privado consiste nas seguintes etapas:[10]

1. Identificar a existência de elemento(s) estrangeiro(s) e, pelo menos, de um elemento nacional.
2. Qualificar a espécie jurídica dos fatos.
3. Definir o elemento de conexão no sistema normativo de DIPr do foro (nacionalidade, domicílio, lei do foro etc.).
4. Localizar o sistema normativo a reger a relação jurídica.
5. Análise das exceções, em existindo.
6. Reenvio, se for o caso.
7. Provas de Vigências, se necessário.

Os elementos de proximidade devem ser aplicados entre as etapas 3 e 4 do método acima, alterando-o para:

[...]

3. Definir o elemento de conexão no sistema normativo de DIPr do foro

[9] DE OLIVEIRA, Sandro. **Elementos de Proximidade do Estatuto Pessoal, Direito Internacional Privado.** Monografia de graduação apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2015.

[10] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, **Notas de aula na Faculdade de Direito São Francisco**, 2013.

> (nacionalidade, domicílio, lei do foro etc.) e considerar os elementos de proximidade.
>
> 4. Proceder na Fase de Conhecimento das Partes com Análise dos elementos de proximidade e localizar a lei ou sistema jurídico aplicável: nacional ou estrangeiro [...].

Os elementos de proximidade têm por características obrigatórias a simplicidade e a objetividade na sua determinação. São atributos das partes que, de forma fácil e rápida, podem ser verificados sem necessidade de uma trabalhosa investigação probatória. A razão do requerimento da simplicidade é justamente de se evitar o alto custo processual na sua identificação e comprovação. A objetividade dos atributos pessoais tem por meta orientar o operador de Direito, de forma que ele possa aplicá-los uniformemente em diferentes julgados, reduzindo a discricionariedade subjetiva, garantindo maior segurança jurídica e previsibilidade de resultados. Abaixo, alguns exemplos de possíveis candidatos a elementos de proximidade, os quais ainda serão objeto de um estudo mais detalhado nesta dissertação:

1. Domicílio – sentido lato;
2. Idade de início de domicílio;
3. Quantidade de anos de domicílio;
4. Ânimo de domicílio;
5. Nacionalidade;
6. Proficiência na língua estrangeira;
7. Participação no mercado de trabalho;
8. Tempo de participação no mercado de trabalho;
9. Nível cognitivo do trabalho;
10. Família estrangeira;
11. Casamento entre cônjuges estrangeiros;
12. Filhos nascidos ou criados no estrangeiro;
13. Religiosidade;
14. Nível de escolaridade;
15. Participação em organizações sociais; e
16. Sistema jurídico de preferência das partes.

Naturalmente, o rol acima é meramente exemplificativo – *numerus apertus* –, e não taxativo – *numerus clausus* –, pois ele deve representar os valores sociais de uma determinada nação num determinado tempo, consequentemente é intrinsicamente mutável. Por não ser esta lista dos elementos de proximidade definitiva, ela pode e deve evoluir de acordo com as mudanças sociais, permitindo adaptações doutrinárias e jurisprudenciais de uma forma natural e evolutiva.

A crítica de inadequação do DIPr brasileiro, assim como também a todos os demais DIPr semelhantemente formais como ele, está na sua norma positivada e não no método

clássico de localização em si mesmo. Não é lógico assumir que todas as pessoas que estejam sob uma determinada situação jurídica semelhante sejam sempre associadas aos mesmos elementos de conexão (quando na determinação do seu Direito mais próximo), seja este elemento a nacionalidade, o domicílio, a residência ou qualquer outro que venha a ser abstratamente estabelecido. Essa afirmação é mais verdadeira quando a situação jurídica envolver questões do estatuto pessoal – neste caso, a determinação do Direito mais próximo das partes obrigatoriamente necessita de um procedimento prévio de conhecimento, que buscará a proximidade de cada indivíduo com os sistemas normativos localizáveis.

A proximidade dos indivíduos com sistemas normativos tem natureza pessoal a ser determinada para cada caso em particular. Não é eficaz se definir uma regra única de conflito para toda e qualquer pessoa que se encontre diante de certa situação jurídica, como faz o DIPr brasileiro. É preciso se fazer uma análise contextual, que é justamente o objeto dos elementos de proximidade, qual seja: permitir se identificar o contexto social e pessoal de cada caso em particular, de modo a localizar (considerando-se o caso *in concreto*) o melhor sistema jurídico, sob uma perspectiva de justiça substantiva e material.

Outro importante desafio de natureza processual do DIPr moderno é evitar a implantação de procedimentos sincréticos que misturem a fase de localização do sistema normativo com a fase de julgamento de mérito do processo. Tendo em vista a perspectiva de sobredireito do DIPr – ou seja, Direitos dos Direitos, o ideal é que se estabeleçam duas fases processuais distintas: a) localização do direito a reger a lide, sem envolvimento do mérito do Direito Material. O procedimento desta localização é denominado de "tutela localizadora", ainda a ser definida neste trabalho; b) uma vez localizado o sistema normativo a reger a matéria, procede-se com o curso normal do processo, dando início à tutela de conhecimento de Direito Material.

Essa separação processual entre a tutela localizadora e a tutela de conhecimento do mérito é compatível com a metodologia de sobredireito do DIPr. O conceito de sobredireito do DIPr possui o sentido de ser um direito que se aplica sobre outra camada de Direito, não tendo contato diretamente com as questões de ordem material. Jacob Dolinger, ao se referir às situações plurilocalizadas com existência de elemento estrangeiro, assim conceitua a característica de sobredireito do Direito Internacional Privado:

> [...] a situação se encontra ligada a dois sistemas jurídicos, e há que ser feita a escolha sobre a lei aplicável, o que se soluciona por meio de regras de Direito Internacional Privado que determinam qual o Direito interno apropriado para a

> quaestio juris. Aí temos um super ordenamento, i.e., o sobredireito que decide sobre o direito a ser aplicado. (DOLINGER, 2014, p. 26.)

A grande vantagem dessa abordagem bifásica que consiste em aplicar ao DIPr a tutela localizadora e a tutela de conhecimento em momentos distintos, quando vista à luz de uma metodologia didática de compreensão de fenômenos complexos, é permitir a quebra de um longo processo de difícil assimilação em diferentes fases, mais simples e compreensíveis, compartimentalizando os desafios e as dificuldades.

Após examinar a demanda na petição inicial, com relação aos seus requisitos intrínsecos e extrínsecos, o julgador terá condições de verificar se há indícios de existência de elementos estrangeiros na relação jurídica. Havendo esses indícios, que poderão ser confirmados após a contestação do réu, o magistrado assume o papel de juízo de localização e estabelece a tutela localizadora, que precede à tutela de conhecimento, que é aquela em que se define o Direito Material, ou seja, em que se "diz o direito".

Durante a tutela localizadora de Direito Internacional Privado, o julgador necessita levantar os elementos informativos das partes que possam habilitá-lo a localizar o melhor sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada. Antes de qualquer consideração de mérito, que somente será desvendado durante a tutela de conhecimento, o julgador – já então desempenhando o papel de juízo de localização – deve se debruçar sobre as informações das partes para melhor conhecê-las. É durante a tutela localizadora que os elementos de proximidade têm a sua maior aplicabilidade.

Após se confirmar que a relação é do âmbito de Direito internacional Privado, o juiz deve realizar o seu primeiro despacho, solicitando às partes as informações correspondentes aos elementos de proximidade que considere pertinentes. Essas informações podem ser requisitadas por meio de um "questionário prévio", envolvendo cada um dos elementos de proximidade escolhidos pelo magistrado como sendo aqueles pertinentes à relação jurídica e à realidade dos fatos.

Se, após analisar as respostas, o juiz considerá-las satisfatórias, ele já poderá emitir a decisão interlocutória, localizando o melhor sistema normativo a reger a relação: o nacional ou o estrangeiro. Caso não considere as respostas satisfatórias ou concludentes, o julgador poderá solicitar provas documentais adicionais que considere oportunas para fundamentar as respostas fornecidas. As partes têm o ônus de fornecimento das provas solicitadas, sujeitas, em caso de não cumprimento, à pena de verem as suas alegações desconsideradas. Por

exemplo, caso uma das partes declare o interesse em ser julgada pelo Direito de determinado país, tendo por base o vínculo cultural que ela alega possuir, oriundo de um longo período de residência e de trabalho neste país, o magistrado poderá solicitar ao interessado que apresente provas materiais dessa residência ou dessa relação de trabalho. Em complemento ao questionário prévio e às provas adicionais, pode também o julgador solicitar uma audiência com as partes, se considerá-la importante para levantar as informações pessoalmente.

Após a conclusão das declarações escritas, das investigações probatórias e da opcional realização de audiência com as partes, o magistrado estará em condições de localizar qual sistema normativo irá reger a relação jurídica de DIPr. Essa decisão possui natureza interlocutória, pois se trata de uma questão incidental e de antecedente lógico ao julgamento de mérito.

A definição e especificação dos elementos de proximidade, sob uma perspectiva de Direito Material, assim como também a definição e especificação da tutela localizadora, sob uma perspectiva de Direito Processual, é o objeto principal desta dissertação. Esses dois componentes são aqueles que entendemos serem capazes de instrumentalizar o Direito Internacional Privado com os recursos necessários para que se torne possível o julgamento de relações plurilocalizadas de forma substantiva, levando-se em consideração a realidade dos fatos e a viabilidade operacional do processo.

PARTE I – O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1. FUNDAMENTOS E INSTITUTOS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1.1 **Noções gerais**

Como vimos na introdução, o objeto principal deste trabalho é o desenvolvimento de um estudo que incorpore os elementos de proximidade e a tutela localizadora como instrumentos de obtenção de uma justiça substantiva para aqueles que fazem parte de uma relação jurídica plurilocalizada. Para viabilizar a consecução desse objetivo é mandatório rever a fundamentação teórica dos princípios e dos institutos do Direito Internacional Privado, uma vez que a pretensão por uma justiça mais substantiva e por um Direito eficaz requer uma abordagem integralizada de todos os seus fundamentos.

De uma forma mais específica, este estudo gravitará em torno do estatuto pessoal no Direito Internacional Privado, envolvendo os seus elementos estrangeiros, sejam eles oriundos da nacionalidade, do domicílio ou da residência de uma das partes da relação jurídica. O estudo do Direito Internacional Privado, baseado em relações de direitos reais e obrigacionais, sejam elas de origem contratuais ou aquilianas, farão parte deste estudo desde que relacionados com as pessoas. Serão analisadas, principalmente, aquelas relações jurídicas que tenham elementos estrangeiros vinculados aos estados das pessoas, sendo esses estados que determinarão ou não a característica estrangeira da relação. Particularmente, o Direito de família será a área jusprivatista com muitas citações, pois ele é pertencente ao domínio do Direito com maior suscetibilidade aos valores éticos e sociais e, desta forma, é aquela que demanda uma perspectiva mais flexível e substantiva de Direito Internacional Privado.

Conforme comentamos na introdução, o objeto específico desta dissertação é explorar o maior desafio do DIPr contemporâneo, que envolve uma solução balanceada entre o binômio segurança jurídica e economia processual, por um lado; e a justiça substancial, por outro. A ponderação entre os benefícios provenientes das correções das deficiências apresentadas pelo DIPr clássico – superficialidade, rigidez metodológica, impermeabilidade aos valores éticos sociais – e as dificuldades processuais advindas de uma abordagem exclusivamente substantiva – insegurança jurídica e alto custo processual – resumem o grande desafio deste estudo.

A segurança jurídica está intimamente associada à estabilidade social, à constante

procura pelo ser humano de relações sociais regulares e à possibilidade de previsão do futuro tendo por base a experiência do passado. A estabilidade jurídica tem relação direta, nesse contexto, com a ordem social, em oposição ao caos. José Tadeu de Chiara, em sua tese de doutorado *Moeda e ordem jurídica* [11], ao pesquisar a necessidade da ordem como pressuposto da vida em sociedade, faz referência a Nathan Roscoe Pound, que notavelmente descreve a estreita relação entre a tradição, o costume, a ordem social e a segurança jurídica.

Segundo Pound, a lei é um subproduto das tradições primitivas que se perpetuaram no tempo, um fruto dos bons costumes que se provaram eficazes em definir os caminhos que os homens poderiam seguir de uma forma segura, diante de uma natureza que se mostrava vingativa e poderosa. O caminho mais seguro se apresentou como sendo aquele em que os homens pudessem realizar somente o desejo dos deuses, representado pelas forças naturais que os dominavam. A lei, portanto, é o corpo tradicional ou gravado de preceitos em que o costume é preservado e expresso. [12]

A importância social da segurança jurídica, como um dos pressupostos da vida em sociedade, é a razão pela qual ela é sempre elemento de composição de qualquer teoria em Direito. Não poderia ser diferente com o Direito Internacional Privado, no qual a segurança jurídica, desde os seus primórdios, desempenhou um papel crucial.

A razão da existência do Direito Internacional Privado pode ser enfocada sob dois diferentes pontos de vista: o primeiro é fundamentado na contínua procura pelos indivíduos por novos horizontes e experiências, permitindo que as fronteiras nacionais sejam ultrapassadas, criando um mundo globalizado. Clóvis Beviláqua, ainda no início do século XX, traduziu essa atração humana pelo desconhecido:

> Ao passo que os systemas legislativos se mantêm distinctos e ciosos de sua autonomia, os indivíduos, movidos por vários impulsos, à procura de riqueza, do saber ou do gozo, espalham-se pelo mundo, despreoccupados das fronteiras que ser erguem cheias de prevenções entre as differentes soberanias territoria. [13]

O segundo é fundamentado no respeito ao elemento estrangeiro, que também se reflete no sistema jurídico nacional. A expectativa de que os valores de uma sociedade sejam respeitados no exterior é tão mais realística quanto seja o respeito que ela demonstre pelos

---

[11] DE CHIARA, José Tadeu. **Moeda e ordem jurídica**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1987.

[12] POUND, Nathan Roscoe. **Introduction to the Philosophy of Law**. Yale University Press. London. 1922.

[13] BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**, 1906 1ª ed. p.12.

valores de outras sociedades. Todavia, esse respeito não pode simplesmente se resumir a um respeito de natureza moral; é crucial que ele seja positivado nos ordenamentos de cada país como uma forma de reciprocidade jurídica, que é uma característica basilar do Direito Internacional desde os seus primórdios. A capacidade de reconhecer o Direito de outrem em seu próprio território demonstra a evolução e a maturidade de uma sociedade, conforme explica Maristela Basso:

> Podemos ver o grau de desenvolvimento e maturidade jurídica de um país pelo respeito que este dá, em suas normas e em sua tradição jurisprudencial, ao elemento estrangeiro. [14]

O Direito Internacional Privado será abordado nesta dissertação como um fenômeno sociológico, reflexo da eterna busca humana por novas oportunidades de vida, ainda que para isso seja necessário ultrapassar as suas fronteiras nacionais e se submeter a um sistema normativo distinto do seu próprio, das suas condições e experiências estritamente locais. O DIPr será apresentado como substrato dessa dinâmica social, do intercâmbio de culturas e experiências que caracterizam a história da humanidade desde a sua origem, ocorrendo, dessa forma, uma superposição de valores, de ideologias, de línguas e de sistemas normativos, sob uma única e nova realidade social que passa a se formar.

São muitos os exemplos na história de aplicabilidade de uma lógica de Direito Internacional Privado envolvendo a sobreposição de planos jurídicos distintos para a solução de conflitos. A integração dos povos, seja via dominação oriunda de guerras ou de integrações comerciais, sempre foi um fator importante no desenvolvimento de uma cultura envolvendo conceitos de Direito Internacional Privado. Joseph Story afirma que o verdadeiro sistema internacional de Direito surgiu sob a influência do cristianismo e do comércio marítimo, nascido nas costas do Mediterrâneo, no período pós-cruzadas:

> It was not until the revival of Commerce on the shores of the Mediterranean, and the revival of Letters and the study of the Civil Law by the discovery of the Pandects, had given an increased enterprise to maritime navigation, and a consequent importance to maritime contracts, that anything like a system of international justice began to be developed.[15]

---

[14] BASSO, Maristela**. Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed. p. 13.

[15] STORY, Joseph. **Commentaries on the Conflict of Law, foreign and domestic.** Boston. Billiard Grey and Company. 1834. p. 4. "*Não foi até que o renascimento do comércio nas margens do Mediterrâneo, o renascimento das Cartas e o estudo do Direito Civil pela descoberta dos Pandects, tivessem dado um maior incentivo à navegação marítima e uma conseqüente maior importância para os contratos marítimos, que qualquer coisa similar a um sistema de justiça internacional começassse a ser desenvolvido*." (Tradução nossa.)

O mais notável dos exemplos é aquele fornecido por Beviláqua, ao fazer referência ao *jus gentium*, uma divisão do Direito Privado no antigo império romano, como sendo um dos primeiros esboços do Direito das Gentes. A aplicação do Direito pelo pretor peregrino, com base nos tratados, na jurisprudência e na doutrina, demonstrava a existência de um sentimento de justiça do povo romano para com os povos dominados em condição de subserviência. Outro exemplo, também mencionado por Beviláqua, refere-se à convivência simultânea dos sistemas jurídicos dos povos germânico e romano, durante a integração dessas duas culturas. Cada indivíduo, sujeito a esse sistema jurídico híbrido, tinha definida sua subsunção normativa com base na sua etnia ou na condição de cidadania, carregando consigo o sistema jurídico que mais se aproximasse da sua realidade pessoal, permitindo, dessa forma, que o Direito Privado se tornasse um sistema mais pessoal. (BEVILÁQUA, 1906, p.12)

É possível extrair desses exemplos duas conclusões: a) não é obrigatório haver um elemento estrangeiro para que se possa aplicar o método de conflitos de DIPr, mas tão somente a existência de uma sobreposição de sistemas normativos distintos, obrigando a seleção de um deles para a solução de um eventual embate jurídico. Essa escolha pode ocorrer tanto entre sistemas normativos de diferentes nações soberanas como também entre múltiplos sistemas normativos existentes no mesmo país ou base territorial; b) não existe necessariamente um embate entre os diferentes sistemas normativos quando numa situação de superposição jurídica. Ao invés de uma colisão entre os distintos Direitos elegíveis a reger a relação jurídica plurilocalizada, pode ocorrer uma relação de complementação entre os mesmos, de maneira cooperativa, para uma melhor solução da lide jurídica, selecionando institutos e conceitos dos sistemas normativos – dentre aqueles elegíveis – que melhor se adequem ao contexto da realidade dos fatos.

Em vista disso, é possível a conclusão de que são condições necessárias à existência do Direito Internacional Privado o respeito à cultura estrangeira e ao seu sistema normativo, assim como também a migração humana, que é motivada pela procura de novas oportunidades de vida, permitindo o contato e a sobreposição de diferentes sistemas normativos.

Serão analisadas algumas definições de Direito Internacional Privado com o objetivo de se extrair aqueles elementos que mais se adequem ao objeto deste estudo. Um primeiro conceito de DIPr, sugerido neste trabalho, tendo por base a combinação de suas variáveis determinantes, é aquele que o define como sendo: “Um conjunto de normas jurídicas, criado por um ente político competente, seja ele um Estado nacional, com soberania plena, ou uma

de suas formas políticas federativa ou confederativa, tendo por objeto a solução de conflitos de leis jusprivatista plurilocalizados no espaço.”

Em uma definição como essa, percebe-se a ausência da obrigatoriedade do elemento estrangeiro como fator determinante do DIPr, pois é considerada a possibilidade de outras formas de governos, além daquela representada pelo Estado nacional, tais como os Estados federados e confederados. Essa definição foca na ocorrência de sobreposição de diferentes sistemas normativos.

O conceito de DIPr entendido por André Weiss possui alguns elementos comuns com a definição anterior:

> [...] é o conjunto de regras aplicáveis à solução de conflitos que podem surgir entre duas soberanias a propósito de suas leis privadas respectivas ou dos interesses privados de seus nacionais.[16]

Nessa definição de DIPr, Weiss omite a menção expressa ao elemento estrangeiro, focando no conflito de leis entre duas soberanias políticas. Ao se generalizar mais a definição de Weiss, expandindo-se o conflito de leis entre governos em geral e não tão somente entre as nações soberanas – incluindo-se também aqueles conflitos que ocorrem entre os Estados federativos desprovidos de soberania –, obter-se-ia a seguinte definição: “Um conjunto de princípios que determinam os limites no espaço de competência legislativa dos Estados, quando se haja de aplicar as relações jurídicas que possam estar submetidas a mais de uma legislação.”

Ao se enfatizar o elemento estrangeiro no conceito de DIPr, a sua definição passaria a ter a seguinte forma: “O Direito Internacional Privado é o conjunto de soluções dos casos jusprivatistas com elementos estrangeiros, baseados no respeito aos direitos estrangeiros.”

No entanto, uma conceituação de DIPr, com natureza mais pragmática, pode ser desenvolvida tendo por base a enumeração dos seus objetos, tal como aquela estabelecida por Dolinger, seguindo a perspectiva teórica francesa:

> Há várias concepções sobre o objeto do Direito Internacional Privado. A mais ampla é a francesa, que entende abranger a disciplina quatro matérias distintas: a nacionalidade; a condição jurídica do estrangeiro; o conflito das leis e o conflito de jurisdições, havendo ainda uma corrente, liderada por Antoine Pillet, que adiciona, como quinto tópico, os direitos adquiridos na sua dimensão internacional. (DOLINGER, 2014, p.1).

16 ANDRÉ WEIS S — **Manuel de droit international privé**, 6ª Ed, 1909. Apud STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado** - Parte Geral - 6ª Ed. 2005, p. 65.

Antônio Sanchez Bustamante, por outro lado, enfatiza a importância de se definir um conceito de DIPr que seja concomitantemente teórico e prático, especificando a sua natureza e objeto, sem se afastar da realidade fática.

> El concepto del Derecho internacional privado debe expresar su naturaleza y objeto, señalando con ello un criterio básico respecto de su contenido. Como se trata de una noción teórica y práctica al mismo tiempo, es necesario que corresponda al ideal científico y a las exigencias de la realidad, como sucede cada vez que trata de darse una idea fundamental de cualquiera de las ramas del derecho.[17]

A preocupação de Bustamante com uma conceituação de DIPr fundamentada com base na realidade é essencial para que os operadores do Direito nunca se esqueçam de que a localização do sistema normativo que irá reger a relação plurilocalizada deve sempre se fundamentar nos fatos vinculados à relação jurídica. Sendo o DIPr um sobredireito, um "Direito de Direitos", ele está mais suscetível do que as demais áreas jurídicas a se distanciar da realidade dos fatos. Assim, é muito bem-vinda a conceituação fornecida pelo mestre cubano.

Desses diferentes conceitos e abordagens de Direito Internacional Privado é possível extrair o seu fator determinante, à luz da análise a que esta dissertação se propõe. O DIPr será versado com ênfase na sua função de sobredireito, enfocando sua característica de roteiro localizador – *roadmap* –, que tem por objetivo a localização da lei jusprivatista mais próxima das partes, quando diante de uma superposição de diferentes sistemas normativos sobre idêntica base territorial. Sob esse viés, o DIPr se assume como um método indireto, que se destina à escolha de um sistema jurídico mais adequado ao caso *in concreto*, dentre aqueles elegíveis a serem localizados. Esse método tem natureza de norma instrumental e indireta que, de uma forma analítica e sintética, constrói um roteiro para a seleção da lei mais próxima às partes. Sob a perspectiva de norma indireta, o DIPr se contrapõe às normas jurídicas diretas e materiais, que têm a função de especificarem, mediante uma situação em abstrato, quais as consequências jurídicas de cada comportamento, desta forma, criando, declarando e definindo direitos, deveres e relações jurídicas.

Naturalmente, o Direito Internacional Privado não é e nem se resume à sua função localizadora, pois nem sempre será possível se obter a justiça plena para as partes litigantes,

---

[17] BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. **Derecho Internacional Privado. Tomo I**. 3ª ed. Habana. Cultural S.A. 1943. p. 8. "*O conceito de direito internacional privado deve expressar a sua natureza e finalidade, indicando com ele um critério básico com respeito ao seu conteúdo. Como se trata de uma noção teórica e prática ao mesmo tempo, é necessário que corresponda ao ideal científico e às exigências da realidade, como acontece cada vez que se tenta dar uma ideia fundamental de qualquer dos ramos do direito."* (Tradução nossa)

tendo por base apenas o processo de localização do sistema normativo mais próximo a elas. É mandatório, muitas vezes, complementar a metodologia de localização com a aplicação direta do Direito Material, de modo a se respeitar bens jurídicos tão importantes como o reconhecimento do Direito pessoal das partes envolvidas, tais como a proteção dos hipossuficientes, os direitos fundamentais, dentre outros. Contudo, tendo em vista a necessidade de uma definição conceitual de partida, será esse o conceito preliminar de DIPr a ser adotado nesta etapa introdutória da dissertação.

1.2 **Um breve histórico**

Normalmente, a revisão histórica de uma ciência ou área de conhecimento se inicia no momento em que essa ciência surge. Quando e em quais condições surgiram as primeiras experiências que levaram ao nascimento do Direito Internacional Privado? Responder a essa pergunta e, eventualmente, agregar outras, é o objetivo deste tópico.

A primeira dificuldade em qualquer revisão histórica de um fenômeno é encontrar o evento que pode ser considerado como aquele que propiciou a gênese do mesmo. Normalmente, ao se falar em nascimento de uma área de conhecimento, apresentam-se dois marcos distintos na linha do tempo: a) o primeiro marco corresponde à localização na história das primeiras ocorrências dos fenômenos sociais que determinam o objeto dessa área de conhecimento. Essa localização pode ser feita por meio do surgimento de costumes, da positivação do direito ou de estudos de caráter socioantropológico. Para identificar esse momento na linha do tempo é preciso fazer uma regressão histórica, que pode ter como consequência as localizações de períodos muito anteriores àqueles considerados como sendo o período de nascimento do DIPr enquanto ciência; e b) o segundo marco corresponde àquele em que o fenômeno passa a ter o seu domínio de estudo determinado, seus princípios e fundamentos identificados, podendo, dessa forma, estabelecer-se como área de ciência autônoma ou como uma subárea de outra já existente.

Assim, é possível se definir como sendo o momento de "nascimento" do DIPr tanto aquele em que ele se estabeleceu como ciência jurídica ou o momento em que for possível se localizar, na escala temporal, os primeiros fenômenos sociais determinantes de seu objeto.

O nascimento do Direito Internacional Privado como uma reconhecida ciência deu-se no século XIX, com a publicação do tratado de Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Law, foreign and domestic*, de 1834, e posteriormente com o trabalho do jurista Friedrich Carl von Savigny, *A Treatise on the Conflict of Laws*, de 1850, que complementou o trabalho de

Story com a inclusão de metodologias estruturadas. Por conseguinte, podemos considerar o século XIX como o momento temporal de nascimento do DIPr como ciência.

No entanto, os conflitos de leis ocorreram bem antes na história, em diversos momentos e em distintas situações. Durante o século XIII, por exemplo, a escola dos pós-glossários já havia identificado situações de conflitos de estatutos, como podemos ver na referência feita por Ernst Rabel:

> The last and most authoritative member of the school of glossators, ACCURSIUS, instigated the query by his brief annotation (A.D. 1228) to the first Imperial decree of the Justinian Codex (C. J. I, I, I), the *Constitutio* "*Cunctos populos*." The post glossators developed the treatment of the conflict of statutes (i.e., those of the upper Italian cities) as glosses to this Constitution.[18]

Para efeito desta dissertação, o vínculo com a realidade dos fatos será sempre o norte a orientar o desenvolvimento da pesquisa, de modo que, para cada tópico específico a ser estudado, uma abordagem vinculada à realidade fática será buscada. Tendo essa orientação estabelecida, o momento da gênese do Direito Internacional Privado, para efeito deste estudo, será aquele que for possível identificar os primeiros elementos históricos, seja na sua vertente cultural, social ou antropológica. O momento do surgimento do DIPr como ciência, já no século XIX, com a definição dos seus princípios, objetos, fontes e fundamentos, não será aquele considerado como sendo o de sua gênese, mas o momento do surgimento da ciência do DIPr, sob o seu aspecto formal. Para encontrar a sua verdadeira gênese, serão buscados, nas referências históricas, aqueles elementos que mais remotamente evidenciarem a existência de conflito de leis, de normas ou de costumes, nos seus mais diferentes domínios, sejam eles territoriais, por agrupamentos humanos, familiares ou outros.

Quase todos os manuais que abordam a questão histórica do DIPr encontram na antiguidade alguma manifestação documental do conflito de leis no espaço, o que justifica, para alguns estudiosos, como sendo nesta época histórica o marco temporal do seu nascimento. As referências, primordialmente, são as civilizações greco-romanas, no entanto, muitas vezes, estendendo-se também ao Egito, Caldeia, China, Índia, dentre outras. Há referências de conflitos de leis no Antigo Testamento – Gênese, Êxodo, Levítico – assim como em outros documentos históricos e religiosos.

---

[18] RABEL, Ernst. **The Conflict of Laws: A Comparative Study**. 2º ed. Vol. I. Ann Arbor. The University of Michigan Press, 1958. pp. 6-7 "*O último e mais influente membro da escola de glossários, ACCURSIUS, instigou a consulta por sua breve anotação (AD 1228) ao primeiro decreto imperial do Código Justiniano (CJ I, I, I), o Constitutio 'Cunctos populos'. Os pós glossadores desenvolveram o tratamento do conflito de estatutos (isto é, os das cidades italianas superiores) como glosas para esta Constituição*." (Tradução nossa)

Dolinger comenta a conclusão de alguns acadêmicos com relação ao panorama do DIPr na Antiguidade:

> [...] não tendo os estrangeiros participação na vida jurídica, os direitos locais jamais entravam em choque com os outros sistemas jurídicos, inexistindo a possibilidade de conflito, desnecessário, e por isso desconhecido, o Direito Internacional Privado. (DOLINGER, 2014, p. 180.)

Podemos analisar essa afirmação de Dolinger sob dois diferentes aspectos: a) primeiro, com relação a sua extensão, ou seja, para quais civilizações da antiguidade que a afirmação poderia ser considerada válida; b) segundo, com relação à natureza substantiva do conflito ou choque jurídico mencionado.

Primeiramente, com relação à sua extensão, ainda que seja possível se confirmar a afirmação de que na Antiguidade não havia qualquer participação dos estrangeiros na vida jurídica, dificilmente se pode sustentar que esta ausência de participação tenha ocorrido para toda e qualquer civilização antiga. O próprio Dolinger exemplifica a manifestação de relações de Direito Internacional Privado com a criação do *jus gentium* na Roma antiga, para atender aos conflitos de regimes jurídicos distintos entre cidadãos romanos e peregrinos. Outra importante citação do mesmo autor se refere ao Antigo Testamento, encontrada em Êxodo 15-15:

> Será uma mesma lei e uma mesma ordenação tanto para vós, como para os que são estrangeiros no vosso país.[19]

É possível perceber nessa citação bíblica a manifestação de metodologias de DIPr já na Antiguidade, por meio da procura por um Direito uniformizado, como forma de resolução de conflitos de leis no espaço, via a imposição da *lex fori*.

Com relação à natureza substantiva do conflito, ainda que se aceite como verdade a inexistência de conflitos jurídicos na Antiguidade devido à uniformização do Direito pela imposição da *lex fori*, a história humana demonstra que mesmo havendo pacificação jurídica formal de conflitos, normalmente os embates sociais, que são a origem do conflito jurídico, prosseguem. Ao se impor a lei local a uma determinada população, uniformizando-se o direito e pacificando-se o conflito jurídico, esse formalismo normativo por si só não é suficiente para pacificar os conflitos de natureza social existentes entre os indivíduos. Dessa forma, devemos aceitar com reservas a afirmação da inexistência de ocorrências de relações plurilocalizadas na Antiguidade devido à costumeira imposição da *lex fori*.

[19] BÍBLIA. **Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada**. Edição 2013 do Inglês. Editora Watch Tower Bible and Tract Society, New York, 2015.

Strenger relaciona a gênese do DIPr com a migração dos povos, que faz parte da própria história da evolução da humanidade:

> O Direito Internacional Privado vai desenvolvendo-se à medida que o estrangeiro se vai tornando uma questão viva e positiva entre os povos [...].
> (STRENGER, 2005, p. 208.)

Beviláqua também fornece uma enfática descrição da relação entre a condição jurídica do estrangeiro na Antiguidade, numa estreita referência com a origem do Direito Internacional Privado, visto sob uma perspectiva de fenômeno social. Nessa análise, o estrangeiro é visto como um inimigo por não compartilhar os mais importantes elementos da cultura local, tais como a língua, a participação no bem-estar da comunidade, a religião e os seus deuses. (BEVILÁQUA, 1906, p. 111)

Em uma de suas mais importantes obras, *A Cidade Antiga*, Fustel Coulanges nos direciona às origens do nascimento do sentimento religioso quando, nos primórdios da civilização, o homem se defrontou com o mistério da morte e buscou o conforto espiritual na crença por uma segunda existência.[20] O ser humano passou a ver a morte como uma simples passagem para outra vida, eterna, sendo a alma o elemento vinculador entre todas essas existências espirituais. Essa vinculação entre alma e corpo é identificável por meio de vários ritos fúnebres primitivos, que estão presentes até os dias de hoje, apesar de possuírem uma origem muito antiga. Coulanges exemplifica, como instâncias desses ritos, as diversas formas de sepultamento e o costume de se levar ao túmulo objetos dos quais o morto viria a necessitar na outra vida, inclusive comidas e bebidas, que deveriam ser fornecidos por seus familiares. Ele ainda menciona a existência de cozinhas nos antigos túmulos romanos, para uso exclusivo do morto, pois, do contrário, eles estariam condenados à fome perpétua.

Das crenças religiosas sobre a morte nasceram as regras de conduta juntamente com seus dogmas, que se estenderam até a completa disseminação do cristianismo. Os mortos eram considerados criaturas sagradas, deuses particulares de cada família, promovendo o túmulo de um ente querido em um altar religioso. A "religião dos mortos" pode ser considerada, segundo Coulanges, a mais antiga e primitiva das religiões. Encontramos seus elementos mais remotos em distintas civilizações indo-europeias, do Oriente ao Ocidente, com diferentes formas, porém, sempre com alguns elementos semelhantes, o que indica ser essa forma de culto anterior a grandes civilizações antigas e, provavelmente, teve seu

[20] COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**. Versão e-book Brasil 2006. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros p. 39.

nascimento numa civilização ainda mais antiga que lhes deu origem, conforme enfatizado por Coulanges:

> Uma grande prova da antiguidade dessas crenças e costumes é o fato de encontrá-las simultaneamente entre os homens das margens do Mediterrâneo e entre os povos da península indiana. É certo que os gregos não tiraram essas práticas da religião hindu, nem os hindus da dos gregos. Mas gregos, itálicos e hindus pertenciam a uma só raça; seus antepassados, em época remotíssima, viveram juntos na Ásia Central, de onde se originaram essas crenças e ritos. [...] todos, porém, conservaram como antigo legado a religião primitiva, que haviam concebido e praticado no berço comum de suas raças. (COULANGES, 2006, p. 39.)

Surgidas num passado comum remotíssimo, as civilizações antigas herdaram o simbolismo do fogo sagrado como forma de culto religioso. O culto aos ancestrais, junto ao altar do fogo, no âmbito familiar, caracteriza a religião estritamente doméstica, distintas das religiões mais modernas, monoteísticas e de abrangência global. A religião primitiva era restrita ao círculo de uma casa, ela era cultuada somente pelos descendentes familiares e composta por um número ilimitado de deuses, cada um correspondendo a um parente já falecido.

Por ser uma religião de natureza doméstica, as regras e seus cultos eram determinados no âmbito familiar, sendo o pai o sacerdote da família e detentor do poder de transferi-lo ao filho do sexo masculino. Portanto, a sucessão religiosa somente ocorria entre as gerações dos descendentes varões, não fazendo parte a mulher da sucessão religiosa. Naturalmente, isso produzia diversas implicações no Direito Privado na esfera familiar.

A família antiga, diferentemente da atual, não possuía como fundamento o afeto, mas, sim, o culto religioso aos antepassados comuns. Era a religião, segundo Coulanges, o fator determinante na constituição das famílias, reconhecendo a mulher e os filhos adotivos como meros elementos agregados a esse culto. A mulher era acolhida no momento do casamento e os filhos adotivos no momento da adoção. Ambos passavam a cultuar a religião familiar quando incorporados à nova família, deixando obrigatoriamente de participar da religião que tinham anteriormente. A mulher casada e os filhos adotivos passam a se submeter à nova religião e às suas regras, perdendo todo o vínculo com a anterior.

O conflito de regras religiosas no âmbito familiar, a que estavam sujeitos tanto a mulher quanto os filhos adotivos, era resolvido por meio da imposição das normas e procedimentos do novo culto religioso famíliar de que eles passaram a fazer parte, seja por meio do casamento ou por meio da adoção. Essa imposição das novas regras religiosas era

fundamentada com base na proibição de se cultuar simultaneamente duas ou mais religiões domésticas. Uma vez que o "agregado" era incorporado a uma nova família, as tradições e as regras religiosas da família anterior deviam ser completamente descartadas. O método de resolução de regras de conflito no âmbito familiar era resolvido nos moldes do princípio da territorialidade, prevalecendo a imposição das novas leis familiares àqueles que se incorporassem à mesma.

O entendimento de que o conflito de leis pode ocorrer também no seio das famílias está em consonância com a visão de que a família seja uma forma de sociedade natural e, como tal, possui o seu particular sistema de regras e de costumes, conforme visto em Coulanges. Noberto Bobbio, analisando o pluralismo jurídico na formação dos Estados modernos, comenta sobre as estruturas sociais provedoras de sistemas normativos e, dentre elas, cita a família, já num contexto histórico bem posterior àquele estudado por Coulanges.

> A teoria estatalista do direito é produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, erigidos sobre a dissolução da sociedade medieval. Esta sociedade era pluralista, isto é, formada por vários ordenamentos jurídicos, que se opunham ou se integravam: havia ordenamentos jurídicos universais, acima daqueles que hoje são os Estados nacionais, como a Igreja e o Império, e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional, como os feudos, as corporações e as comunas. Também a família, considerada pela tradição do pensamento cristão como uma *societas naturalis*, era em si mesma um ordenamento.[21]

Ao se reconhecer a família como uma estrutura social provedora de sistemas normativos plurais e conflitivos, consequentemente deve-se aceitar também que as questões de conflitos de leis no espaço poderão ocorrer dentro do ambiente familiar, comprovando a tese de que os conflitos normativos podem ser encontrados em eras bastante remotas, tão remotas quanto seja possível se encontrar estruturas familiares na história da civilização. Por conseguinte, os conflitos de sistemas normativos já deviam existir quando as primeiras formas rudimentares de sociedade humana se estabeleceram.

Outro bom exemplo do uso de modernos métodos do DIPr, ainda na Antiguidade, pode ser encontrado na expansão do cristianismo, já nos primeiros séculos da Era Cristã, quando se iniciou um processo, a nível global, de uniformização de valores e direitos. Originado a partir do judaísmo, o cristianismo iniciou a sua expansão a partir de Jerusalém, atingindo o Oriente Médio e o Leste Europeu, até se tornar a religião oficial do Império Romano, em 27 de fevereiro de 380 D.C. Ainda na Idade Média, tornou-se a religião comum

[21] BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista & Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. Editora EdiPRO. 2003. p. 29.

em toda a Europa, expandindo para as Américas, após a Era dos Descobrimentos, quando então assume, de forma plena, a sua natureza global.

O cristianismo difundiu novos conceitos e valores éticos, tanto aqueles originariamente cristãos, tais como a pureza, a castidade, a humildade, o perdão e o amor ao próximo, como também valores e conceitos originados no judaísmo, como o monoteísmo hebreu. Durante a sua expansão ideológica na antiguidade, o cristianismo expandiu e uniformizou valores éticos que tiveram reflexos em toda a cultura ocidental, assim como também no restante do mundo. Incluso neste processo de uniformização está o Direito. A expansão cristã se utilizou, inicialmente, do convencimento ideológico como instrumento propulsor, mas, à medida que seu poder cresceu não se absteve de utilizar a imposição pela força, como ocorreu durante o Período das Cruzadas, entre os séculos X e XIII. Seja por convencimento ideológico ou por imposição da força bruta, o cristianismo foi um fator preponderante na uniformização da cultura e do Direito no mundo moderno.

Por conseguinte, é possível afirmar que alguns elementos técnicos utilizados pelo DIPr contemporâneo podem ser identificados em costumes e práticas remotíssimas na Antiguidade, isso pode ser verificado por meio de evidências tanto de natureza documental, fruto de estudos antropológicos, como também históricos, como os mencionados por Coulanges. Isso permite afirmar que é provável que elementos do DIPr, tais como a resolução de conflitos por meio da imposição do princípio da territorialidade ou pela uniformização de valores, podem ser encontrados na história da humanidade até onde a pesquisa histórica científica possa ser levada.

1.3 **Objetos do Direito Internacional Privado**

Sob uma perspectiva instrumental de norma indireta, podemos identificar dois objetivos bem definidos no Direito Internacional Privado, que podem ser extraídos de sua própria definição: a) o primeiro objetivo é a localização do sistema normativo, que deve reger a relação jurídica plurilocalizada, selecionando sistemas normativos eficazes, mais próximos às partes, dentre aqueles elegíveis para a solução do caso jurídico *in concreto*. O objetivo de localização se deriva da essência do DIPr, da razão de sua existência, que é fundamentada no dever de respeito ao Direito pessoal do estrangeiro, de modo que possa haver uma legítima expectativa de que o seu Direito pessoal seja também respeitado em outros territórios. A efetividade, nesse caso, traduz-se na capacidade do DIPr em localizar o mais adequado sistema normativo dentre aqueles elegíveis eficazes, e o mais próximo possível daquele que

representa os direitos subjetivos dos envolvidos; e b) o segundo objetivo do DIPr, de certa forma relacionado ao anterior, diz respeito à sua natureza de norma indireta. Como norma indireta, não cabe ao DIPr a análise exaustiva do mérito da relação jurídica, devendo apenas, e tão somente, restringir-se àqueles elementos do mérito que lhe permitirão localizar o sistema normativo mais adequado. A análise exaustiva de mérito, durante a fase de localização, pode comprometer a efetividade do DIPr em selecionar aquele sistema normativo mais adequado. A efetividade, aqui, está no sentido de sua capacidade de localização, de uma forma simples, sem perda da segurança jurídica.

É preciso que seja feita uma observação com relação à limitação da análise do mérito durante o procedimento de localização do sistema normativo. De certa forma, sempre haverá a análise apriorística do mérito material, no que diz respeito à aplicação de uma norma indireta de sobredireito, como é o caso do DIPr. Para selecionar o sistema normativo mais adequado ao julgamento de um determinado litígio, sempre será imprescindível algum tipo de cognição preliminar do conflito jurídico a ser pacificado. Essa análise pode ser feita de uma forma mais exaustiva ou de uma maneira mais sumária, a depender do caso de Direito Internacional Privado *in concreto* a ser julgado. Por exemplo, no DIPr brasileiro, para a localização do sistema normativo relacionado ao estatuto pessoal, é mandatório se determinar o domicílio das partes, conforme art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB:

> A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. (BRASIL, LINDB, 1942)

Logo, a análise preliminar de mérito referente à determinação dos domicílios dos litigantes se faz mandatória. Essa situação nos faz lembrar as palavras do professor José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que, durante a análise da petição inicial, o julgador precisará se debruçar sobre o mérito (uma análise de mérito sumária, preliminar), porém sem analisar o **mérito** (uma análise de mérito exaustiva, completa), mas tão somente o mérito (preliminar). O negrito enfatiza a intensidade com que Bedaque diferencia a análise sumária do mérito que ocorre durante a petição inicial daquela análise exaustiva que se processa durante a fase de conhecimento do processo:

> A impossibilidade jurídica configura, sem dúvida, uma improcedência evidente da demanda. Esse resultado, todavia, é consequência de uma cognição feita, em tese, no condicional, sem verificar se os fatos efetivamente ocorreram. Por isso, a decisão não toca o mérito propriamente dito. Trata-se de mecanismo imaginado pela doutrina e adotado pelo legislador, para permitir a extinção liminar de uma demanda inviável. Em face da cognição sumária e superficial aí verificada e por política

> legislativa, opta-se por não dotar os efeitos dessa sentença de imutabilidade.[22]

Procedimento similar deve ser aplicado à lógica do Direito Internacional Privado. Durante o procedimento de localização não se pode exaurir por completo o mérito da relação jurídica, uma vez que não é sua função fazê-lo, como norma indireta que é; mas, por outro lado, não é recomendado que a cognição seja tão sumária que possa comprometer a sua capacidade de localização do sistema normativo mais adequado, tendo em vista a realidade dos fatos. O DIPr deve ser capaz de localizar o sistema normativo que mais se aproxime do Direito pessoal das partes, de modo que o seu método deve escolher aquelas leis que possuam maior vínculo com a identidade cultural das pessoas envolvidas – equivalente àquele Direito pessoal do antigo sistema normativo romano, o Direito que acompanhava os indivíduos aonde quer que eles fossem.

Francis Wharton, no seu tratado sobre os conflitos de leis, ao fazer referência a Savigny, afirma que o sistema de Direito pessoal, em oposição ao sistema territorial, surgiu com a conquista, pelo império romano, de nações inteiras, de forma massiva. A consequência jurídica desse cenário social foi o surgimento de dois tipos de sistemas normativos nos territórios romanos: um para os conquistadores (lei romana) e outro para os conquistados (a lei pessoal de sua nação). Apesar de haver duas castas sociais distintas – a dos conquistadores e a dos conquistados (com a óbvia supremacia dos interesses dos primeiros) –, os costumes dos conquistados, na medida do interesse do império, eram respeitados, conforme é possível se verificar na seguinte passagem de Wharton:

> But, irrespective of this question of superiority or inferiority, each tribe retained, with greater or less modifications, its particular laws. These laws controlled all that related to personal capacity.[23]

Wharton, ao se referir sobre os *status* das pessoas, assim definiu o Direito pessoal, tendo por base a sua característica de mobilidade:

> For to say that personal laws are those which go with the person into foreign jurisdictions, where he may be temporarily residing, settles nothing, because we then

---

[22] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Pressupostos processuais e condições da ação**. Revista Justitia, nº 156, p. 48-67.

[23] WHARTON, Francis. **A Treatise on the conflict of laws, or, private international law**. Philadelphia. Kay and Brother. 1872. p.21. *"Mas, independentemente dessa questão de superioridade ou inferioridade, cada tribo manteve, com maior ou menor mudança, suas leis particulares. Essas leis controlavam tudo o que dizia respeito à capacidade pessoal."* (Tradução nossa.)

> need to know what are the laws which have this personal quality.[24] (WHARTON,1872, p. 83.)

É possível afirmar, dessa forma, que o principal objeto do Direito Internacional Privado é a resolução do conflito de leis no espaço, sendo o processo de localização o seu instrumento mais evidente. No entanto, além desse objeto intrínseco do DIPr, a doutrina identifica outros objetos, tais como: a uniformização das leis, o estudo da nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito de jurisdição, os direitos adquiridos – na sua dimensão internacional – e o conflito de leis processuais relativas às provas. Essa lista não é exaustiva, mesmo porque está longe de ser unânime. Para alguns doutrinadores, pode-se apenas falar em dois objetos: conflito de leis no espaço e conflito de leis processuais relativas às provas, uma vez que todos os demais objetos podem ser considerados como derivados do conflito de leis em si mesmo. A seguir, será analisado cada um dos principais objetos de DIPr considerados pelas diversas doutrinas em geral.

1.3.1 **Uniformização das leis**

A Uniformização das Leis é um daqueles objetos do Direito Internacional Privado que não pode ser considerado como pacífico pela doutrina. O DIPr existe porque a realidade internacional de diversidade legislativa, fruto da diversidade cultural das sociedades, cria conflitos de leis para as relações jurídicas nascidas com elementos estrangeiros. Para alguns estudiosos, se o objeto do DIPr incluir a uniformização das ordens jurídicas internacionais, ele teria em seu objeto a sua respectiva negação, pois em um Direito universal e uniformizado não haveria conflito de leis e, consequentemente, não haveria espaço para existência do próprio DIPr.

Para outros, a metodologia do DIPr de solução de conflitos jusprivatistas, com elemento estrangeiro, inclui tanto a via conflitual, em que há uma desuniformização de direitos, como também a via que demanda a uniformização dos sistemas normativos. Nesse sentido, a uniformização de leis não é a negação do DIPr, mas, muito pelo contrário, uma de suas principais formas de resolução de conflito jusprivatista com elemento estrangeiro. De acordo com essa abordagem, Strenger, em sua cotação a Jitta, adverte que o DIPr tem, historicamente, como objeto, o conflito de leis, no entanto, o seu verdadeiro objeto é a

[24] "*Pois dizer que leis pessoais são as que acompanham a pessoa em jurisdições estrangeiras, onde ele pode estar temporariamente residindo, não estabelece nada, porque precisamos saber então quais são as leis que têm essa qualidade pessoal.*" (Tradução nossa)

uniformidade legislativa, criando um Direito Privado para toda a humanidade. (STRENGER, 2005, p. 41.)

A aceitação da uniformização normativa como objeto do DIPr não invalida a crítica à falta de realismo desta proposta, quando vista sob a perspectiva social e antropológica. A riqueza da cultura humana tem origem na sua diversidade, seja ela de carácter social, geográfico, ambiental, econômico, religioso ou de qualquer outra natureza. O Direito, como fenômeno social reflete, em sua originalidade, as características que cada grupo social possui. Ter a expectativa de que essas diferenças normativas simplesmente desapareçam, significaria admitir que a sociedade humana possui uma única forma de se organizar em todas as suas múltiplas facetas culturais. A viabilidade de uma completa uniformização cultural ainda não pode ser verificada pelas ciências sociais e antropológicas.

A busca por uma cultura uniforme para a humanidade é reducionista e simplificadora da natureza humana e já se mostrou equivocada em outros momentos na história da humanidade. Durante o período histórico da *Pax Romana,* muitos foram levados a acreditar que o mundo conhecido se uniformizaria, segundo a cultura romana da época. Todavia, passados dois milênios, podemos verificar a quantidade de países europeus que surgiram e se diversificaram em suas respectivas culturas, línguas e histórias, a partir da uma miscigenação cultural entre o império e os povos conquistados.

É razoável conceder que o Império Romano trouxe uma pretensa uniformização social aos povos conquistados, num primeiro momento. No entanto, a história mostra que a implosão desse império, num segundo momento, multiplicou o surgimento de novas nações, muito distintas entre si, em vários dos seus aspectos culturais. Se sob a perspectiva de uma visão míope, causada pela proximidade temporal de curto prazo, o Império Romano trouxe a uniformização, na visão corrigida, de longo prazo, o que pôde ser verificado foi uma multiplicação de culturas, valores e línguas, tanto na Europa Ocidental como no restante do mundo. A diversidade humana é produto da sua capacidade cognitiva, ela nasce e se expande naturalmente, parecendo indicar que vai deixar de existir somente com o desaparecimento da própria humanidade.

Se o Império Romano buscou a uniformização por meio da conquista bélica, o cristianismo procurou a uniformização pela influência moral da religião, pelo menos em sua fase inicial. O cristianismo se propagou pelos quatro cantos do planeta, com sua inédita mensagem de compaixão, objetivando que todos os seres humanos compartilhassem

igualmente seus valores. Somente o apóstolo Paulo, divulgou o cristianismo, entre os anos 47 e 61 D.C., por todo o Oriente Médio, Grécia, Itália e demais países mediterrâneos – algo realmente surpreendente para a época. A mensagem cristã se espalhou pelo mundo conhecido a uma velocidade crescente e exponencial nos primeiros séculos da Era Cristã.

Nos séculos seguintes, a religião cristã prosseguiu em sua intensa expansão, culminando na adoção do cristianismo como a religião oficial do Império Romano, conforme decreto do imperador bizantino Teodósio I, de 27 de fevereiro de 380 D.C., e que também tornou proibido os demais cultos pagãos. Contudo, com a divisão do Império Romano entre Império do Ocidente e o Império do Oriente, as diferenças entre as culturas latina e greco-oriental se ampliaram. Essas diferenças passaram a se refletir no âmbito do cristianismo, com a criação da Igreja Ortodoxa, com claras distinções da Igreja Católica Romana.

Outra importante divisão no cristianismo ocorreu no século XVI, com a Reforma Protestante. O vocábulo protestante surgiu do documento *Protestatio*, em que os luteranos defenderam, na Dieta de Spira de 1529, a sua oposição à política religiosa da Igreja Católica Romana. O protestantismo foi um movimento reformista cristão iniciado por Martinho Lutero, com o objetivo de modernizar alguns dogmas cristãos. Esse movimento culminou com a divisão da Igreja Católica do Ocidente entre os católicos romanos e os protestantes, que deu origem ao protestantismo. Desta forma, o cristianismo, que se surgiu no início da era cristã com uma mensagem uniformizada, quase dois milênios depois, mostra-se fragmentado e especializado em diferentes vertentes.

Nos dois exemplos mencionados anteriormente (as expansões do Império Romano e do cristianismo) sobre processos sociais uniformizadores que posteriormente se diversificaram e se especializaram com o passar do tempo, é evidenciado que novas formas de culturas e valores surgem a todo o momento na história humana, promovendo a diversidade cultural, à medida que novas sociedades se desenvolvem. A história da civilização humana tem mostrado que todo processo de uniformização cultural é limitado no espaço e temporário no tempo, sendo, por conseguinte, inviável a padronização da cultura humana de uma forma plena. Joseph Story inicia seu livro sobre os conflitos de leis justamente enfatizando essa característica da natureza humana em promover a diversificada cultural:

> The Earth has long since been divided into distinct Nations, inhabiting different regions, speaking different languages, engaged in different pursuits, and attached to different forms of government. It is natural that, under such circumstances, there should be many variances in their institutions, customs, laws, and polity […] Climate, and geographical position, and the physical adaptations springing from

> them, must at all times have had a powerful influence in the organization of each society, and have given a peculiar complexion and character to many of its arrangements.[25] (STORY, 1834, p. 1.)

O Direito, como uma das expressões culturais de uma nação, possui também a propensão à diversificação, à especialização, à mutação permanente, de modo a acompanhar a dinâmica evolucionista da sociedade que ele rege. Assim como não é realístico a pretensão da uniformização da cultura humana em geral, também não é realística – nem mesmo desejável – a uniformização dos sistemas normativos no âmbito internacional.

Bustamante, com uma abordagem prática – menos antropológica e mais jurídica –, concorda com a doutrina que considera ser pouco factível a uniformização do Direito; no entanto, a sua fundamentação é baseada na inexistência de uma entidade supranacional que possa implantá-la, e não devido à própria natureza do Direito em si mesmo. Ele também se omite com relação à conveniência ou não de tal uniformização jurídica, sob uma perspectiva de diversidade cultural:

> No es posible concebir, en la actual organización del mundo, una ley internacional común a todas las naciones. No existe ni puede existir autoridad alguna para dictarla. Tampoco cabe pensar en que la acción interior produzca esa uniformidad, reformándose los preceptos de cada legislación nacional por sus autoridades competentes hasta ser todas idénticas. Ni hay fuerza alguna de opinión que mueva en tal sentido la acción pública, ni debe pensarse en que surja por ahora.[26] (BUSTAMANTE Y SIRVEN, 1943, p. 36.)

Todavia, ao se admitir que a uniformização do Direito, de maneira universal, não é factível ou mesmo desejável, não significa dizer que não se devam buscar algumas formas de uniformização normativas para aquelas questões que se mostrem universais em sua natureza, tais como aquelas relacionadas à ordem pública internacional, como, por exemplo, os temas vinculados aos direitos humanos. Descobrir novas formas jurídicas uniformizadoras de Direito Internacional Privado para aqueles temas de abrangência global e considerados de ordem pública internacional, é também um dos objetos Direito Internacional Privado. Essa uniformização pode ser obtida por meio de tratados, de convenções ou de qualquer outra

---

[25] *"Há muito tempo a Terra foi dividida em diferentes nações, habitando diferentes regiões, falando línguas diferentes, engajadas em diferentes atividades e ligadas a diferentes formas de governo. É natural que, em tais circunstâncias, haja muitas variações em suas instituições, costumes, leis e políticas [...] O clima e a posição geográfica, bem como as adaptações físicas que deles decorrem, devem sempre ter tido uma influência poderosa na organização de cada sociedade e conferiram uma característica e um caráter peculiares a muitos de seus arranjos ".* (Tradução nossa)

[26] *"Não é possível se conceber, na organização atual do mundo, uma lei internacional comum a todas as nações. Não existe nem pode existir autoridade nenhuma para impô-la. Tão pouco cabe se pensar que a ação interior produza essa uniformidade, reformando-se os preceitos de cada legislação nacional por suas autoridades competentes, até que se tornem idênticas. Não há força alguma de opinião que mova neste sentido a ação pública, nem se deve pensar que surja por agora."* (Tradução nossa)

forma disponível no Direito Internacional Público. Jitta, comentando sobre a necessidade internacional de regulamentar determinadas áreas de interesse comum na esfera internacional, defendeu:

> Collective international regulations. The comparative studies, mentioned under the foregoing rubric, will lead in the end to a universal adoption of the best rules. Such a uniformity would certainly promote what we have called a reasonable social intercourse between all the individuals, members of mankind. But the uniformity is only attainable after many centuries, as the impediments of the evolution are very, very great.[27]

1.3.2 **A nacionalidade**

A nacionalidade é um instituto jurídico de vital importância para o Direito Internacional e, em particular, para o Direito Internacional Privado. Tanto isso é verdade que, no estudo do Direito Internacional Privado, a nacionalidade surge em duas distintas vertentes: a) a primeira, como sendo um dos seus objetos; e b) a segunda, como um dos seus mais utilizados elementos de conexão e, para o propósito dessa dissertação, um importante elemento de proximidade.

O estudo da nacionalidade envolve o estabelecimento do vínculo político de pertinência entre o indivíduo e o Estado, além de supletivamente determinar: a) a caracterização desse nacional; b) as formas derivadas e originárias de aquisição da nacionalidade; c) sua perda e reaquisição; d) seus conflitos, tanto positivos como negativos, que envolve situações tais como a dupla nacionalidade e o de apátridas; e) os efeitos do casamento sobre a nacionalidade da mulher; e f) ocasionais restrições aos naturalizados.

Pelo domínio do estudo da nacionalidade, fica nítida a sua natureza de Direito material, substantivo, carecendo de qualquer elemento que a possa categorizar como sendo um sobredireito. Pode-se perceber também que a nacionalidade possui natureza de Direito Público, devido à importância no âmbito público que ela se reveste. Com base nesses dois argumentos, de não ser um sobredireito e não pertencer ao Direito Privado, muito se questiona o fato de a nacionalidade ser considerada como um verdadeiro objeto do Direito Internacional Privado.

---

[27] JITTA, D. Josephus. **The Development of Private International Law Through Conventions.** The Yale Law Journal Company, Inc. Vol. 29, No. 5. Março 1920. pp. 497-508. Accesso: 13 de fevereiro de 2017. URL: < http://www.jstor.org/stable/787746 >.

"Regulamentos internacionais coletivos. Os estudos comparativos, mencionados na rubrica anterior, conduzirão, ao final, a uma adopção universal das melhores regras. Tal uniformidade certamente promoveria o que chamamos de uma relação social razoável entre todos os indivíduos, membros da humanidade. Mas a uniformidade só é atingível depois de muitos séculos, tendo em vista que os impedimentos da evolução são muito, muito grande." (Tradução nossa)

Porém, se é razoável o questionamento de ser ou não a nacionalidade um dos objetos do DIPr, nenhuma dúvida resta sobre a importância que ela tem para as questões de Direito Internacional Privado, uma vez que ela é uma matéria preliminar em se tratando de questões plurilocalizadas. O vínculo lógico e incidental entre a nacionalidade e o Direito Internacional Privado é indiscutível e unânime. Dolinger, fazendo menção a Pontes de Miranda (DOLINGER, 2014. p. 41.), defende justamente essa posição da materialidade de Direito Público no estudo da nacionalidade, vendo-a como uma matéria preliminar às questões de Direito Internacional Privado.

Seja como matéria preliminar ou como objeto do DIPr, o estudo da nacionalidade é um importante componente dentro da análise dos casos jusprivatistas com elementos estrangeiros. Não há obra da parte geral do Direito Internacional Privado que não trate da questão da nacionalidade.

O princípio de que o Direito pessoal do indivíduo pode ser definido com base na sua nacionalidade, foi primeiramente positivado no Código de Napoleão, que em seu artigo 3º, § 3, assim determina:

> Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. [28] (FRANÇAIS, Code Civil des Fraçais. 1804.)

Essa primeira iniciativa napoleônica de tratar a nacionalidade como elemento de conexão para o estatuto pessoal foi seguida pelos nacionalistas italianos do século XIX, que buscavam a unificação do seu país. Mancini, na sua famosa aula de Torim, em 1851, proclamou a nacionalidade como o vínculo mais eficaz para todos os elementos da personalidade. Após reconhecer os méritos da escola italiana de DIPr, Beviláqua assinala a vinculação que o jurista italiano estabeleceu entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional:

> Mancini estabelece como princípio fundamental da solução dos conflictos internacionaes a idéa de nacionalidade que é uma forma da personalidade da lei, limitada pela ordem e pelo direito público. A nacionalidade, diz o grande jurista, é a base do direito das gentes; e, comprehendendo o direito internacional privado, como uma dependência do publico, assignala a ambos o mesmo fundamento. (BEVILÁQUA, 1906, p. 37.)

A opção pela nacionalidade como elemento de conexão para o estatuto pessoal, da

[28] FRANÇAIS. **Code Civil des Fraçais**. 1804. "*As leis francesas relativas ao estado e a capacidade pessoal regem os franceses, ainda que residindo no estrangeiro.*" (Tradução nossa.)

forma como foi defendida por Mancini, possuía nítidas motivações políticas e carecia de fundamentações jurídicas. Mas, de qualquer maneira, a nacionalidade foi adotada pelo Código Civil Italiano, de forma similar como havia sido pelo francês. De acordo com Ernst Rabel, em seu estudo dos conflitos de leis, o estatuto pessoal passou a ser regido a partir da Revolução Francesa e da unificação italiana por vínculos políticos, em contraposição dos vínculos de localização física, tais como o domicílio, que era utilizado até então:

> In this way, the notion that an individual's private rights should be determined not by his physical location but by his political allegiance, owes its origin to the awareness of national identity that was born in the French Revolution and strengthened in the Italian struggle for national unity.[29] (RABEL, 1958, p. 121.)

1.3.2.1 Princípios gerais da nacionalidade

Os princípios da nacionalidade tratam dos direitos do Estado e dos direitos dos seus nacionais, assim como da relação entre eles. Esses princípios são importantes na medida em que demonstram e regulam a dimensão da vinculação da nacionalidade à identidade cultural e aos valores sociais de uma determinada nação. É listado a seguir os princípios que são considerados mais importantes, dentro dos objetivos desta dissertação.

1.3.2.1.1 Princípio da soberania da nacionalidade

O primeiro princípio a ser analisado é aquele que concede ao Estado o poder e a autonomia em determinar quem são os seus nacionais. Esse princípio é o da soberania da nacionalidade. Ele defende que cada Estado deve possuir total autonomia em definir os critérios de determinação dos seus nacionais, sem interferência de qualquer outra instância de poder. Naturalmente, é possível que o Estado se autolimite na sua autonomia soberana, por meio de acordos e tratados que tratem da questão da nacionalidade, uma vez ser este um tema de interesse de toda a comunidade internacional. Esse princípio está previsto na Convenção de Haya sobre nacionalidade de 1930, que, em seu artigo 1º, determina:

> Art. 1º - Cabe a cada Estado determinar por sua legislação quais são os seus nacionais. Essa legislação será aceita por todos os outros Estados desde que esteja de

[29] *"Dessa forma, a noção de que os direitos privados de um indivíduo devem ser determinados não pela sua localização física, mas pela sua afinidade política, deve sua origem à consciência da identidade nacional que nasceu na Revolução Francesa e se fortaleceu na luta pela unidade nacional italiana."* (Tradução nossa.)

> acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade. [30]

Pelo artigo 1º, acima citado, pode-se perceber que devido à presença do advérbio de concessão "desde que", há uma imposição de limites no âmbito da soberania estatal em definir os seus nacionais, uma vez que a nacionalidade precisa estar de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de Direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade.

Será estudado no famoso caso Nottebohm que a penalidade prevista pela não observância dessas restrições na definição de seus nacionais por um determinado país é o provável não reconhecimento dessa nacionalidade pelos demais, afetando diretamente o âmbito de eficácia da decisão soberana do Estado infrator. Ou seja, todo Estado é soberano em estabelecer as regras de constituição dos seus nacionais, mas não é soberano em impor aos demais Estados o reconhecimento dessas regras, caso elas não se orientem pelas convenções, pelos costumes e pelos princípios internacionais. O caso Nottebohm estabelece que o costume internacional, com relação ao tema do reconhecimento dos nacionais de um Estado, requer que a concessão da nacionalidade seja realizada tendo por base o princípio da nacionalidade "efetiva", que é aquele que define que a nacionalidade deve ser fundamentada em vínculos culturais concretos, não apenas formais.

Todo ser humano deve possuir pelo menos uma nacionalidade, de modo a se evitar a situação denominada de apátrida, ou seja, a pessoa desprovida de nacionalidade. Normalmente, tem-se indivíduos apátridas – dentre outras situações que ainda serão vistas – quando ocorre um conflito negativo de nacionalidade que se caracteriza pelo cenário em que os Estados que com ele se vinculam, seja pelo vínculo sanguíneo ou pelo domicílio, possuem legislações locais que simultaneamente o excluem como seu nacional. A situação de apátrida vem sendo combatida pela comunidade internacional por se entender que o direito à nacionalidade é um direito fundamental do ser humano, uma vez que é pré-requisito para a cidadania, sem a qual a pessoa pode não ter acesso aos seus direitos mais elementares.

O drama dos apátridas tomou uma maior dimensão após a Segunda Grande Guerra Mundial, quando, por diversos motivos, um grande número de pessoas perdeu as suas

---

[30] BRASIL. Decreto Lei Nº 21.798, de 6 de setembro de 1932. **Promulga uma convenção e três protocolos sobre nacionalidade, firmados na Haya, a 12 de abril de 1930.** Disponível em:< http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=34326 >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

nacionalidades. No entanto, já antes dessa guerra, alguns países europeus haviam efetuado o cancelamento de naturalização de diversos grupos sociais. A Alemanha nazista provocou uma desnaturalização em massa dos judeus alemães, em 1933, e o regime soviético repudiou mais de 1,5 milhão de russos por motivos políticos, provocando um número de apátridas calculado em torno de 400 mil.

Tendo por objetivo a redução desse problema, já em 1930, a Convenção de Haya sobre a nacionalidade, no protocolo relativo aos apátridas, regulamentou em seu artigo 1º:

> Art. 1º - Em um Estado, onde a nacionalidade não for atribuida pelo simples fáto do nascimento em seu território, o indivíduo aí nascido de mãe que tenha a nacionalidade desse Estado e de pai sem nacionalidade, ou de nacionalidade desconhecida, terá a nacionalidade do referido país.
> (CONVENÇÃO DE HAYA SOBRE NACIONALIDADE, 1930)

A questão dos apátridas torna muito importante e contemporânea a discussão sobre a relativização da vinculação entra a cidadania e a nacionalidade, possuindo reflexos diretos no princípio da soberania da nacionalidade. É importante rever esses dois conceitos, pois, juridicamente, eles não se confundem, apesar da sua forte vinculação no tema relacionado aos apátridas. A nacionalidade, como já definida anteriormente, é o vínculo entre a pessoa e o Estado, enquanto que a cidadania é o conjunto de direitos civis e políticos ao qual o indivíduo possui direito subjetivo.

Em seu artigo *Cidadania, nacionalidade, soberania,* Etienne Balibar defende a necessidade de historização do conceito de cidadania, de modo a se relativizar a forte vinculação existente entre a cidadania e a condição de nacionalidade, sob uma perspectiva contemporânea da soberania dos Estados nacionais. Neste contexto de autonomia quase absoluta das soberanias estatais em definir as questões relacionadas com a nacionalidade, a possibilidade de uma cidadania supranacional não é vista, normalmente, com a seriedade que lhe é devida.

Etienne Balibar lembra que o conceito de cidadania evoluiu (ou involuiu?) com o passar dos tempos, não sendo uma questão resolvida e determinada, como atualmente se tem a impressão de que seja. Desde o conceito original de cidadania, já presente na Grécia Antiga, passando pela República Romana, pelas cidades medievais, pelas monarquias, pelos Estados nacionais do século XIX e, finalmente, até chegar aos dias atuais, ela se modificou, ajustou-se à natureza do Estado que a constituía. No entanto, em todos esses mais variados momentos históricos, o conceito de cidadania sempre teve em comum a exclusão da possibilidade de

uma cidadania universal, uma vez que ela sempre foi vinculada e restrita a um Estado político em particular. Essa não aceitação de uma cidadania universal, Etienne denominou "princípio do fechamento", que se contrapõe à utópica ideia – tendo por base a realidade política internacional atual – de uma cidadania mundial.

O princípio do fechamento que rege, por meio da soberania estatal, o equacionamento entre a cidadania e a nacionalidade não é uma abordagem que possa ser considerada natural, tendo em vista a criação de uma permanente ideia de exclusão e discriminação entre os povos. A exclusão se fundamenta na existência do binômio amigo/inimigo, nascido da contraposição entre cidadãos e estrangeiros. Na opinião da autora, no plano material das instituições positivas, não há possibilidade de se desvincular a cidadania do princípio do fechamento, entretanto, sob uma perspectiva histórica, nem sempre esse princípio foi observado. Ela conclui que uma solução factível seria a transição controlada em direção a uma cidadania mais aberta, voltada não somente para os Estados nacionais, mas também para as Uniões, como a União Europeia, por exemplo.

> Minha conclusão, portanto, é a seguinte: a equação de cidadania e nacionalidade não é natural, produz um efeito de soberania, vale dizer, torna possível uma ligação forte de legitimidade democrática entre o povo, de um lado, e o governo Estado, de outro [...] O problema crucial é sempre o mesmo: se a criação dessa consciência se faz através da exclusão, isto é, da exploração de uma relação amigo/inimigo, o problema, em nossos tempos, é que parte desses inimigos potenciais não se encontra do lado de fora, mas já do lado de dentro do espaço europeu [...].[31]

O Direito a uma nacionalidade, hoje, está incluso nos Direitos Fundamentais do Homem, sendo, inclusive, tendo sido reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 15, no qual se assegura o direito à nacionalidade a todas as pessoas:

> I) Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
>
> II) ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. [32]

Esse direito à nacionalidade é reforçado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 20, demonstrando-se, no âmbito das Américas, o peso dado a esse direito:

> Direito à nacionalidade:

[31] BALIBAR, Etienne. **Cidadania, nacionalidade, soberania.** Crítica Marxista, nº 3-4. Roma. 1998.

[32] ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >. Acesso em: 9 de fevereiro de 2017.

> 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
> 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
> 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la. [33]

Sob uma perspectiva de direitos humanos, é legítima e válida a discussão sobre a relativização da soberania no que diz respeito à nacionalidade e aos direitos e deveres dela derivados, tendo em vista ser a nacionalidade, de uma forma geral, o instrumento jurídico de obtenção de uma cidadania plena.

1.3.2.1.2 Princípio da unidade de nacionalidade na família

Toda pessoa deve possuir, em tese, uma única nacionalidade na comunidade internacional. A razão para essa unicidade está nas relações jurídicas envolvendo os Estados e os seus cidadãos, uma vez que estes possuem direitos e deveres perante aqueles. Havendo mais de uma nacionalidade para um determinado indivíduo, é possível que os Estados com os quais ele estiver vinculado determinem obrigações incompatíveis entre si, como, por exemplo, a prestação do serviço militar obrigatório aos 18 anos que ocorre no Brasil. Todavia, contemporaneamente, não é muito raro o indivíduo possuir mais do que uma nacionalidade, normalmente uma originada pelo critério *ius solis* e outra pelo critério *ius sanguinis* ou combinações miscigenadas delas.

Contudo, a unicidade ou unidade de nacionalidade que é importante para efeito deste estudo é aquela que diz respeito à proteção da unidade familiar, tendo em vista a importância social da família, que é considerada um Direito Humano universal. O "princípio da unidade de nacionalidade na família" é a possibilidade da aquisição da nacionalidade para todas aquelas pessoas que componham um determinado núcleo famíliar, uma vez que seja concedida a nacionalidade para um dos seus integrantes. O fundamento para esta concessão está nos laços familiares afetivos existentes entre seus membros.

O principal objeto do princípio da unidade de nacionalidade na família é prevenir a separação arbitrária da família, devido à existência de distintas nacionalidades dentro de um único núcleo familiar. Esta proteção à família se converte no objetivo jurídico de conceder a todos os seus membros uma mesma nacionalidade, seja por haver a expectativa de uma

---

[33] PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

eventual separação familiar, devido à possibilidade de extradição daquele membro que tenha sido negada a concessão da nacionalidade, seja para permitir uma reunificação familiar que foi anteriormente desmembrada.

Naturalmente, o princípio da unidade de nacionalidade na família não pode sobrepor a livre vontade das pessoas. É necessária a aceitação expressa desta nova nacionalidade por cada indivíduo da família, evitando-se o que já ocorreu no passado como, por exemplo, a aquisição obrigatória da nacionalidade do marido pela esposa, devido ao casamento, desconsiderando a livre vontade desta última.

A proteção legal ao princípio da unidade de nacionalidade na família ocorre de formas diferentes, a depender se a nacionalidade é a originária ou a derivada. Para a nacionalidade originária, a proteção se dá por meio do critério *ius sanguinis*, ou seja, pela filiação. Para a nacionalidade derivada, a proteção se dá por meio da extensão da nacionalidade de um dos membros da família para os demais. Certamente, tendo em vista o princípio da soberania da nacionalidade, os Estados detêm o poder de normatizar os critérios que entenderem mais adequados para a concessão da nacionalidade à determinada pessoa. Muito embora, é importante lembrar que os Estados são comprometidos junto à comunidade internacional a se orientarem por esse princípio, de modo a evitar o indesejável desmembramento familiar.

As formas mais comuns de concessão da nacionalidade, tendo por base o princípio da unidade de nacionalidade na família, ocorrem: a) pela extensão da nacionalidade dos pais para os filhos menores, b) por meio da constância do casamento ou união estável ou c) pela extensão da nacionalidade dos filhos para os pais.

1.3.2.1.3 Princípio da nacionalidade efetiva

O princípio da nacionalidade efetiva está fundamentado no preceito de que o indivíduo deve possuir um vínculo cultural concreto e real com a nação para a qual se pleiteia a nacionalidade. Por conseguinte, esse princípio determina que o vínculo em que se baseia a aquisição da nacionalidade deve possuir pertinência sociológica, fundamentada em fatos sociais concretos e genuínos, relacionando o indivíduo com o Estado detentor da nacionalidade concedida.

Essa é a definição de nacionalidade efetiva que, sob a ótica do Direito Internacional, demanda um forte respaldo conceitual sociológico. A nacionalidade efetiva é o fundamento jurídico mais eficiente na prevenção de fraudes na concessão da nacionalidade aos indivíduos.

O conceito foi estabelecido por meio de jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, no famoso caso Notterbohm (Liechtenstein vs. Guatemala), de 1955.[34] Vamos sumarizar este caso, tendo em vista a sua forte influência para o desenvolvimento do conceito de nacionalidade efetiva, como também a fundamentação jurisprudencial pela busca por uma justiça substantiva relacionada aos casos envolvendo a nacionalidade.

1.3.2.1.3.1 O caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)

Frédéric Nottebohm nasceu em Hamburg, em 16 de setembro de 1881, onde obteve a sua nacionalidade originária alemã por nascimento. Posteriormente, em 1905, estabeleceu o seu domicílio e a sede de seus negócios na Guatemala e lá permaneceu por quase quatro longas décadas. Todavia, durante esse período, ele manteve vínculos de negócios com seu país de nacionalidade, visitando-o por diversas vezes. Nottebohm tinha um irmão que vivia no Principado de Liechtenstein, desde de 1931 e eventualmente viajava para esse país. O Principado de Liechtenstein é o sétimo menor Estado do mundo, com apenas 160 km², sendo apenas mais extenso que os Estados do Vaticano, de Mônaco, de Nauru, de Tuvalu e de San Marino. Ele possuía nesta época apenas 36 mil habitantes, tendo o alemão como idioma oficial. Apesar do tamanho, é um Estado considerado rico e industrializado.

Um mês após a Alemanha invadir a Polônia, tendo este evento dado início à Segunda Guerra Mundial, em 9 de outubro de 1939, Nottebohm, já prevendo as implicações que esta invasão teria em sua vida pessoal (tendo em vista ele ser nacional alemão), requisitou a sua naturalização no Principado de Liechtenstein, a qual foi plenamente aceita, uma vez que o pedido estava de acordo com as leis de naturalização daquele país. No entanto, apesar da obtenção dessa nova nacionalidade, ele permaneceu com sua residência na Guatemala até 1943, já que o período de três anos de residência obrigatória exigido para a concessão da nacionalidade derivada no Principado de Liechtenstein foi dispensado legalmente pelo governo deste.

Quando a Guatemala declarou guerra à Alemanha, em 1943, Nottebohm foi impedido de regressar àquele país, que era, naquele momento, o de seu domicílio, tendo seus bens confiscados, além de ser deportado para os Estados Unidos, onde permaneceu preso por dois anos e três meses.

---

[34] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders:** Nottebohm Case (Liechtenstein Vs Guatemala). Second Phase Judgment of April 6th, 1955.

Em 1951 o Principado de Liechtenstein entrou com um processo na Corte Internacional de Justiça contra a Guatemala, pedindo a restituição dos bens confiscados e a compensação pelas perdas causadas pela Guatemala contra um cidadão do Principado de Liechtenstein. Esse confisco, no entender do Principado de Liechtenstein, foi executado de forma ilícita, de acordo com as regras do Direito Internacional. A contestação da Guatemala teve por base o não reconhecimento da legitimidade do Principado de Liechtenstein em representar Nottebohm, pois aquela não reconhecia a nacionalidade concedida por este último a Nottebohm por entender que não havia suficientes vínculos sociais concretos que fundamentassem a concessão de uma nacionalidade efetiva entre ambos. O princípio da nacionalidade efetiva é um princípio objetivo, tomando-se em consideração critérios a serem utilizados pelos Estados na determinação de quem são os seus nacionais. Elementos subjetivos, relacionados com a afetividade que uma determinada pessoa tenha com relação a um país, não é levado em consideração. A principal função deste princípio é a resolução de conflitos positivos de nacionalidade como neste caso.

A corte precisava determinar se a naturalização concedida a Nottebohm por Liechtenstein poderia legitimar este Principado a representar Nottebohm contra a própria Guatemala, uma vez que esta última se recusava a reconhecer a legitimidade da concessão dessa naturalização. O não reconhecimento pela Guatemala da legitimidade da naturalização concedida pelo Principado de Liechtenstein também tornava ilegítima a proteção estatal que esse principado pudesse exercer em favor de Nottebohm contra a Guatemala. Observe que o domínio da decisão da corte não questionava a soberania do Principado de Liechtenstein em definir os seus critérios de concessão de nacionalidade, nem a concessão da nacionalidade a Nottebohm em si mesma, mas, sim, se a Guatemala era ou não obrigada a reconhecer o Principado de Liechtenstein como o legítimo Estado a representar Nottebohm na esfera internacional contra a Guatemala.

É importante observar que um Estado somente pode exigir o reconhecimento de outros Estados pelas concessões das nacionalidades que realizar se essas concessões estiverem de acordo com o critério de existência de vínculos sociais verdadeiros e genuínos entre os indivíduos e o país de concessão da nacionalidade. Caso inexistam esses vínculos, os demais Estados não são legalmente obrigados a reconhecer como legítima a nacionalidade assim concedida.

Pergunta-se: para esse caso *in concreto*, é possível falar que, ao tempo da naturalização, Nottebohm possuía uma vinculação maior com o Principado de Liechtenstein

do que com os demais Estados relacionados (Alemanha e Guatemala), tendo por base as suas tradições, o seu domicílio estabelecido, as suas atividades e as suas relações familiares? É razoável afirmar que Nottebohm estava mais próximo do Principado de Liechtenstein do que da Alemanha ou da Guatemala? Considerando a realidade dos fatos, temos: a) no momento da submissão da naturalização Nottebohm era nacional da Alemanha por quase cinco décadas, com vínculos familiares e relações de negócios; b) apesar de a Alemanha estar em guerra com a Guatemala por mais de um mês, Nottebohm não deu qualquer indicação de querer interromper o vínculo de nacional com o seu país de nascimento; c) ele residiu na Guatemala por mais de três décadas, mantendo suas atividades de negócio e residência neste país, mesmo após a solicitação de naturalização para o Principado de Liechtenstein; d) ele somente se retirou da Guatemala após ser forçado a isso, inclusive tentou posteriormente retornar àquele país, demonstrando interesse em viver seus últimos dias nele; e) as conexões de Nottebohm com o Principado de Liechtenstein eram quase inexistentes, não havendo tempo de residência significativa no país ou demonstração que desejasse essa residência no futuro; e f) a residência de Nottebohm no principado, a partir de 1946, somente ocorreu porque a Guatemala se recusou a recebê-lo, após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial.

Tendo por base os fatos acima expostos, pode-se concluir que não havia significativa conexão social entre Nottebohm e o Principado e, por outro lado, havia um forte vínculo entre ele e a Guatemala. Esse vínculo com a Guatemala não foi enfraquecido nem mesmo após a solicitação de naturalização ao Principado de Liechtenstein. Essa naturalização foi concedida sem existir qualquer vínculo social significativo entre Nottebohm e o principado, caracterizando-se como não genuína e não efetiva. Nesse contexto, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a Guatemala não estava obrigada a reconhecer a nacionalidade concedida pelo Principado de Liechtenstein a Nottebohm nas circunstâncias em que ela ocorreu. Por não estar a Guatemala obrigada a reconhecer a nacionalidade concedida pelo Principado a Nottebohm, esse principado foi considerado parte ilegítima para defender Nottebohm contra a mesma Guatemala. A corte, por conseguinte, indeferiu por onze votos a três o pedido do Principado de Liechtenstein.

O caso Nottebohm possui um interesse muito grande para o Direito Internacional Privado, uma vez que trata justamente do conceito de nacionalidade sob uma perspectiva substantiva e não apenas formal. Como vimos, o princípio da nacionalidade efetiva condiciona, no plano internacional, a existência de vínculos sociais concretos entre o Estado concedente da nacionalidade e o indivíduo beneficiado. Se não houver essa vinculação

factual, apesar de o Estado concedente possuir a soberania em constituir a cidadania, ele fica impossibilitado de representar os beneficiários da concessão da nacionalidade no plano internacional contra aqueles Estados que não reconhecerem como legítima a nacionalidade assim obtida.

Esse caso foi um grande avanço no que diz respeito à substantivação do conceito de nacionalidade, uma vez que o Direito Internacional passou a exigir uma vinculação concreta como requisito de reconhecimento de sua eficácia no plano internacional. No entanto, infelizmente, é importante observar que essa substantivação da nacionalidade somente se aplica à nacionalidade derivada e não à nacionalidade original. Contemporaneamente não se questiona o direito de um Estado em representar seus nacionais que adquiriram a nacionalidade por nascimento, independentemente da existência ou não de qualquer vínculo social, bastando somente o vínculo formal oriundo do país de nascimento do indivíduo ou de seus ancestrais.

Esse é o caso, por exemplo, de uma criança nascida no Principado de Liechtenstein e que tenha se domiciliado na Guatemala ainda bebê. O vínculo nacional dessa criança com o principado é de nacionalidade originária, no entanto, apesar disto, não há a formação de qualquer vínculo social concreto, tendo por base a realidade dos fatos, entre esta criança e o principado. Com fundamento na jurisprudência atual, não há como questionar a legitimidade do principado em representar este seu nacional, apesar da total inexistência de vínculo social entre eles. Formalmente, para o exemplo dado, esta criança é nacional do Principado de Liechtenstein; substancialmente, no entanto, é nacional da Guatemala.

Nesse famoso caso não houve uma discussão sobre qual país seria aquele que possuía um maior vínculo social com Nottebohm: a) a Alemanha, país de sua nacionalidade original e no qual foi domiciliado por 24 anos; b) a Guatemala, país no qual tinha o domicílio corrente e foi sua moradia por 34 anos, onde também estabeleceu seus negócios e desejo de terminar seus últimos dias; e c) o Principado de Liechtenstein, onde seu irmão residia e no qual Nottebohm ocasionalmente visitava. Logo, podemos nos questionar com qual dos três países Nottebohm possuía maior vínculo? A resposta a esse questionamento não foi objeto do julgamento mencionado.

E difícil chegar a uma resposta definitiva a essa pergunta, tendo em vista os poucos elementos informados, contudo, ainda é possível afirmar que tanto a Alemanha quanto a Guatemala são fortes candidatos a serem aqueles considerados como o mais próximo a

Nottebohm e, ao mesmo tempo, é possível afirmar também que o Principado de Liechtenstein não é o que possui os maiores vínculos com Nottebohm, portanto, o país mais próximo a Nottebohm deve ser escolhido entre a Alemanha e a Guatemala. Contudo, levando-se em consideração o manifesto desejo demonstrado por Nottebohm aos seus familiares de que desejava passar os últimos dias de vida na Guatemala, podemos presumir que esse fosse, de fato, o país com o qual ele possuía maior vinculação.

Na verdade, apesar de envolver um tema de Direito Internacional Público (por alcançar o embate entre Estados), o estudo desse caso tem uma forte relação com a demanda por um Direito Internacional Privado mais substantivo. O princípio da nacionalidade efetiva vem suprir o conceito de nacionalidade de uma eficácia que tem origem na sua vinculação com os fatos sociais que lhe dão substantivação, de uma forma muito similar com o conceito de âmbito de eficácia das leis defendido por Baptista Machado. Assim como o princípio da não transconexão determina que nenhuma lei, enquanto *norma agendi*, pode ser aplicada a fatos situados fora do seu âmbito de eficácia, o princípio da nacionalidade efetiva determina que: nenhuma nacionalidade pode ser concedida sem haver vínculos factuais que a fundamentem, sob pena de essa concessão não possuir a necessária eficácia perante os demais Estados.

A nacionalidade efetiva poderia ser traduzida por uma nacionalidade substantiva se a efetividade, conforme vista pelos tribunais internacionais, também incluísse a nacionalidade originária e não somente a nacionalidade derivada. As duas formas de nacionalidade devem estar passíveis a questionamentos com relação à sua efetiva vinculação com os fatos sociais que lhe deram fundamentos. Infelizmente não há qualquer questionamento com relação à nacionalidade originária, mesmo quando ela, de forma evidente, carece de qualquer vinculação social entre o indivíduo e o Estado concedente da nacionalidade.

Particularmente, no caso Nottebohm, uma justiça verdadeiramente substantiva poderia ter identificado a nacionalidade guatemalense como sendo aquela mais próxima a Nottebohm e não teria permitido a sua extradição para os Estados Unidos, sob o argumento de que ele era um nacional efetivo da Guatemala, um país então aliado aos EUA. Essa justiça substantiva poderia lhe ter dado a oportunidade de abdicar da nacionalidade alemã em favor da cidadania guatemalense, tendo em vista a impossibilidade de se possuir a dupla cidadania desses países, naquele momento histórico específico, devido à guerra que ocorria.

1.3.2.1.4 Princípio da continuidade

O princípio da continuidade determina que o vínculo de nacionalidade entre o indivíduo e o Estado deve ser permanente, prolongando-se através do tempo. Há uma relação direta entre esse princípio e a prevenção de que indivíduos se tornem apátridas, devido à perda de suas nacionalidades. O respeito ao princípio da continuidade proporciona maior segurança jurídica, tanto para os nacionais como para o Estado.

Rui Manuel Moura Ramos faz uma pequena regressão do aumento da autonomia da vontade no que se refere à aquisição e à perda da nacionalidade portuguesa, a partir da década de 80 do século passado. Segundo ele, a preocupação com o aumento dos índices de imigração em Portugal, nesse período, e a prevenção da situação de apátridas fez com que a legislação fosse alterada no que diz respeito às possibilidades de mudança da nacionalidade, tornando-a mais rigorosa com relação a novas aquisições e mais protetiva com relação à sua perda.

> As novas soluções sublinham o reforço da importância reconhecida à vontade do indivíduo em matéria de nacionalidade, importância que vai, nesse domínio da perda da nacionalidade, até ao ponto de paralisar qualquer intervenção do Estado a esse respeito. Paralisia essa que não afeta apenas as medidas do governo com carácter individual (e que corresponderiam, portanto, à imposição da perda da nacionalidade), mas também a previsão de situações de carácter geral que poderiam ser causa de perda da nacionalidade. A perda da nacionalidade portuguesa só pode, portanto, ocorrer se o interessado – que tem aliás que ter outra nacionalidade – pretender renunciar à sua condição de português.[35]

Esta legítima preocupação com a prevenção da condição de apátridas, assim como com a continuidade da condição de nacional de um determinado país, foi alçada à condição de direitos humanos e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 15, conforme será visto no tópico específico sobre apátridas.

1.3.2.1.5 Princípio da individualidade

O princípio da individualidade da nacionalidade determina que a nacionalidade deva ser individual, personalíssima, não se estendendo aos parentes ou aos dependentes. A aplicação prática desse princípio pode ser observada no art. 123 da lei brasileira 6815/80, Estatuto do Estrangeiro, onde se afirma que a naturalização de uma pessoa não se estende aos seus filhos e aos cônjuges:

---

[35] RAMOS, Rui Manuel Moura. **Continuidade e mudança do direito da nacionalidade em Portugal. Revista de Informação Legislativa**. A. 37, n.º 145. Janeiro/março 2000. pp. 87-94. Consultado em 31 de agosto de 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/558/r145-10.pdf?sequence=4.

> A naturalização não importa aquisição da nacionalidade brasileira pelo cônjuge e filhos do naturalizado, nem autoriza que estes entrem ou se radiquem no Brasil sem que satisfaçam às exigências desta Lei.[36]

O princípio da individualidade da nacionalidade pode ser extraído das formas constitucionais de aquisição da nacionalidade, tanto a originária como a derivada, definidas no art. 12, I e II, da mesma lei. Por esse princípio depreende-se que cada nacional é uma pessoa individual ao incorporar a sua nacionalidade e a sua cidadania, não se confundindo com nenhuma outra pessoa.

Naturalmente, o princípio da individualidade da nacionalidade deve ser ponderado, tendo em vista o princípio da unidade de nacionalidade na família, pois apesar de a nacionalidade ser individual e personalíssima, o Estado que concedê-la a determinado indivíduo deverá buscar opções legais para, pelo menos, permitir a residência aos seus familiares.

1.3.2.1.6 Princípio da fidelidade

O princípio da fidelidade determina que cada indivíduo seja fiel ao Estado que lhe concedeu a nacionalidade, evitando-se, desta forma, a sistemática alternância de nacionalidade ou o conflito de obediência entre o nacional e o seu Estado. Este princípio é a confirmação do vínculo jurídico e sociológico entre o indivíduo e o seu Estado, e pode ser encontrado remotamente no antigo Direito anglo-saxão de obediência dos súditos ao seu rei: “One king, one obedience” (Um rei, uma obediência), que tem motivação na impossibilidade de um nacional, em caso de guerra, voltar-se contra seu respectivo país.

Todavia, situações conflituosas podem ocorrer, ocasionando ofensa ao princípio da fidelidade, para aqueles indivíduos que tenham dupla cidadania de países que estejam em guerra entre si, tendo em vista que cada um desses Estados possa reclamá-lo como seu nacional. Segundo a Convenção de Haia, em seu artigo 3º:

> Sob reserva das disposições da presente Convenção, um indivíduo que tenha duas ou mais nacionalidades poderá ser considerado, por cada um dos Estados cuja nacionalidade possua, como seu nacional.
> (CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE NACIONALIDADE)

---

[36] BRASIL. Decreto Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

Essa fidelidade simultânea a dois países mostra-se incompatível em caso de guerra entre eles, assim como também em outras questões menos graves, tais como uma discórdia diplomática em que, eventualmente, os seus duplos nacionais venham a ter papel de representação dos seus Estados. Em situações como essas, torna-se importante a aplicação do princípio da unicidade, como efetivo instrumento para evitar tais situações de conflitos.

1.3.2.2 Os apátridas

Os apátridas ou apatridias são aqueles indivíduos que não são nacionais de nenhum Estado. Essa definição faz parte do artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, aprovada em Nova Iorque, em 28 de setembro de 1954, com entrada em vigor em 6 de junho de 1960:

> Para efeitos da presente Convenção, o termo apátrida designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional.[37]

A denominação de apatridia para determinar as pessoas sem nacionalidade foi utilizada pela primeira vez por Charles Claro e adotada pela doutrina, conforme nos ensina Celso de Albuquerque Mello:

> A denominação de apatridia para as pessoas sem nacionalidade foi criada por Charles Claro, advogado no Tribunal de Apelação de Paris, em 1918. Na Alemanha, eles eram denominados de heimatlos, sem pátria, ou destaatenlose (sem Estado). Na Inglaterra, de statelessness. Outras denominações foram propostas, com a deapolidi (Ilmar Penna Marinho), etc. Entretanto, a de apátrida e de apatridia foram consagradas nas convenções internacionais e por grande parte da doutrina (François, Vichniae etc.).[38]

O artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos determina que todo o indivíduo tem direito a uma nacionalidade, tornando a questão dos apátridas uma questão de direitos humanos, reconhecida pelo Direito Internacional, uma vez que a nacionalidade é pré-requisito para uma completa integração social em toda a sua dimensão humana. A importância da nacionalidade é de tal envergadura que o reconhecimento desse direito é reforçado também na Convenção Americana de direitos humanos, em seu artigo 20:

> Direito à nacionalidade

---

[37] BRASIL. Decreto Nº 4.246, de 22 de maio de 2002. **Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

[38] MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Vol 2.

> 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
> 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
> 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la. (BRASIL, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS)

Apesar do reconhecimento da nacionalidade como um direito fundamental da pessoa humana, estima-se que ainda existam por volta de 12 milhões de indivíduos em todo o mundo sem uma nacionalidade estabelecida, ou seja, em situação de apatridia[39]. Isso significa que mais de 12 milhões de pessoas se encontram sem qualquer proteção estatal aos seus direitos elementares, o que propicia as mais diversas formas de violações. Se as ofensas aos direitos humanos ocorrem para aquelas pessoas que possuem nacionalidade estabelecida, por conseguinte providas da proteção do seu Estado, imagine as violações a que estão sujeitos aqueles indivíduos que não têm nacionalidade definida nem um Estado para representá-los junto à comunidade internacional.

As palavras de Hannah Arendt – mencionadas no Manual para Parlamentares n° 11 ACNUR 2005 – exprime muito bem o sentimento daqueles que são desprovidos de nacionalidade, de pertinência a um país ou a um local que considere como sendo seu:

> Ser privado da nacionalidade é como ser privado da pertença ao mundo, é como retornar ao estado natural, como homens das cavernas ou selvagens[...] O homem que não é nada mais que um homem perdeu aquelas qualidades que tornaram possível para outras pessoas o tratarem como igual [...] Pode viver ou morrer sem deixar vestígios, sem ter contribuído em nada para o mundo comum. [40]

Podem ser diversas as causas que proporcionam que uma determinada pessoa se torne apátrida: a) falhas legislativas que ocasionem situações específicas em que alguns indivíduos fiquem fora da condição de nacional; b) discriminações ou perseguições a minorias, excluindo-as da condição de nacional; ou c) não contemplação da nacionalidade para todos os nacionais de um Estado, quando, eventualmente, este Estado se torne independente e/ou sofra anexação por outro.

As perseguições de natureza política, étnica e religiosa normalmente direcionam-se a minorias e têm como resultado final o exílio dessas minorias do seu país de origem, causando grande sofrimento àqueles que se veem expelidos de sua terra natal, ficando desprovidos de

---

[39] ACNUR, Agência da ONU para refugiados. **Prevenção e Redução da Apatridia:** Convenção da ONU de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia**.**

[40] UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. **Nacionalidade e Apatridia:** Manual para parlamentares Nº11. 2005. p. 7.

residência, trabalho, educação, saúde, documentação e em situação de transgressão às leis locais do Estado para onde se refugiem.

Pelos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, não somente os Estados Contratantes – aqueles Estados receptores dos apátridas – possuem deveres para com os apátridas, mas estes também os possuem para com aqueles. Podemos citar como exemplo de obrigações dos apátridas para com o Estado receptor o dever de obediência ao seu sistema normativo, assim como também aos seus costumes de ordem pública. Essa obrigação é definida no artigo 12 da convenção, Estatuto Pessoal, que determina também a subsidiariedade das normas do país de residência, na falta de domicílio estabelecido. A regra é o respeito mútuo entre o Estado contratante e o apátrida, devendo este obedecer ao sistema jurídico daquele, concorrentemente, o Estado não deve permitir qualquer forma de discriminação aos apátridas recebidos em seu solo.

> Estatuto Pessoal
>
> 1 - O estatuto pessoal de todo o apátrida será regido pela lei do país do seu domicílio, ou na falta de domicílio, pela lei do país da sua residência.
>
> 2 - Os direitos anteriormente adquiridos pelo apátrida que resultem do estatuto pessoal, especialmente os que resultem do casamento, serão respeitados por cada Estado-Contratante, ressalvando-se, quando seja caso disso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do referido Estado, entendendo-se, contudo, que o direito em causa deve ser reconhecido pela legislação do referido Estado se o interessado não se tivesse tornado apátrida."
> (BRASIL, CONVENÇÃO DOS APÁTRIDAS)

O Estado contratante, conforme determinam os artigos 21, 22, 23, 24, 27 e 28 da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, deve disponibilizar a eles condições de bem-estar, incluindo a disponibilização de habitação, ensino, assistência pública, trabalho e previdência social, documentos de identidade e de viagem, dentre outros.

Como vimos, pelo princípio da soberania, os Estados possuem total autonomia em definir os critérios de determinação dos seus nacionais, não devendo sofrer qualquer interferência de outra instância de poder ao materializar em suas leis domésticas as condições para atribuição e perda da nacionalidade. Por conseguinte, são os Estados, de forma isolada ou em conjunto, que devem ser responsabilizados por definir as ações que previnam as possíveis situações de apátrida. Tendo isso em vista, foi definida uma segunda convenção, tendo por objeto a redução dos casos de privação de nacionalidade: a Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia de 1961.

A Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia foi elaborada em Nova York, em 30 de agosto de 1961, no entanto, somente entrou em vigor em 13 de dezembro de 1975 – 14 anos após a sua elaboração. O objetivo dessa convenção foi a criação de mecanismos capazes de reduzir o número de casos de apatridia reportados, por meio de estudos que indicassem aquelas situações com mais possibilidades de proporcionar a ausência de nacionalidade.

Os quatro principais grupos de medidas identificadas como adequados pela convenção para evitar situações de apátridas são os seguintes: a) medidas para evitar a apatridia entre as crianças; b) medidas para evitar a apatridia devido à perda ou à renúncia da nacionalidade; c) medidas para evitar a apatridia devido à privação da nacionalidade; e d) medidas para evitar a apatridia no contexto da sucessão de Estados.

Os artigos 1º ao 4º da convenção cuidam das medidas para evitar a apatridia entre as crianças. Os Estados signatários, obrigatoriamente, concederão nacionalidade àquelas crianças que se encontrem em situação de risco de se tornarem apátridas e que tenham sido nascidas em seu território e/ou tenham descendência de um nacional seu. A nacionalidade deverá ser concedida tanto no nascimento, de forma legal, quanto mediante requisição.

> Artigo 1º: Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território e que de outro modo seria apátrida [...].
>
> Artigo 2º Salvo prova em contrário, presume-se que um menor abandonado que tenha sido encontrado no território de um Estado Contratante tenha nascido neste território, de pais que possuem a nacionalidade daquele Estado.
>
> Artigo 4º: Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a qualquer pessoa que não tenha nascido no território de um Estado Contratante e que do contrário seria apátrida se no momento de seu nascimento um de seus pais possuía a nacionalidade do primeiro destes Estados [...]
> (BRASIL, CONVENÇÃO DOS APÁTRIDAS)

O artigo 3º diz respeito aos nascimentos a bordo de navios ou aeronaves, devendo eles serem considerados como tendo ocorrido no território da matrícula dessas embarcações ou aeronaves.

Os artigos 5º ao 7º da convenção cuidam das medidas para se evitar a situação de apatridia entre adultos, garantindo a possessão prévia ou a garantia de aquisição de outra nacionalidade antes que ela seja perdida ou renunciada.

> Artigo 5º: Caso a legislação de um Estado Contratante imponha a perda de nacionalidade em decorrência de qualquer mudança no estado civil de uma pessoa, tal como casamento, dissolução da sociedade conjugal, legitimação, reconhecimento ou adoção, tal perda será condicionada à titularidade ou aquisição de outra nacionalidade [...] (BRASIL, CONVENÇÃO DOS APÁTRIDAS)

Os artigos 8º e 9º da convenção se referem à proibição aos Estados signatários de privação da nacionalidade por motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos. A privação da nacionalidade que implique em apatridia não é permitida, excetuando-se as situações de fraude ou no caso em que a pessoa tenha cometido atos desleais para com o Estado contratante ou tenha declarado lealdade para outro Estado. A privação de nacionalidade deve observar o direito de defesa e o devido processo legal.

> Os Estados Contratantes não privarão uma pessoa de sua nacionalidade se essa privação vier a convertê-la em apátrida. [...]
> Os Estados Contratantes não poderão privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas de sua nacionalidade por motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos.
> (BRASIL, CONVENÇÃO DOS APÁTRIDAS)

As sucessões de um Estado, tal como a cessão do território de um Estado a outro, assim como também a criação de novos Estados, podem levar à situação de apatridia, a menos que as salvaguardas apropriadas estejam asseguradas. Para esses casos, evitar-se a condição de apatridia é essencial para promover a inclusão e a estabilidade sociais. O artigo 10 da convenção cuida das medidas específicas da sucessão de Estados, de modo a se prevenir a apatridia, em caso de transferência de território. Desta forma, o Estado signatário que haja adquirido um território, atribuirá sua nacionalidade aos seus habitantes apátridas, se essa situação tenha advindo como resultado da transferência ou aquisição de tal território.

> Todo tratado entre os Estados Contratantes que dispuser sobre a transferência de território deverá incluir disposições para assegurar que os habitantes do referido território não se converterão em apátridas como resultado de tal transferência [...].
> (BRASIL, CONVENÇÃO DOS APÁTRIDAS)

O Brasil aprovou a convenção por meio do Decreto Legislativo nº 274/07, que foi publicada no Diário Oficial da União, no dia 05 de outubro de 2007, internalizando o tratamento jurídico dessa problemática ao nosso ordenamento nacional.

Certamente que a questão dos apátridas não se restringe tão somente a uma questão de Direito Constitucional – apesar de tratar de temas de natureza constitucional, como é o caso da nacionalidade e de direitos humanos –, mas também se constitui em uma questão de Direito Internacional Público. Portanto, para o Direito Constitucional e para o Direito Internacional Público a nacionalidade passa a ser vista sob uma perspectiva de Direitos Fundamentais.

Sob a vertente do Direito internacional Privado, a questão de fundo da nacionalidade diz respeito ao seu papel jurídico e sociológico, quando vista como elemento de conexão e de

Proximidade entre as partes e o sistema normativo elegível a ser localizado para reger o conflito de leis no espaço. Sob a perspectiva do objeto desta dissertação, o conceito de proximidade está muito relacionado com a identidade sociocultural, em seu sentido *lato*. Um conceito aberto e abrangente de identidade cultural deve possuir um conteúdo polissêmico que atenda tanto à perspectiva antropológica como também à sociológica, que se fundamentem em diferentes modalidades de experiências sociais, construídas à base de aprendizados organizados por sistemas simbólicos e que permitam aos membros de um determinado grupo social a compreensão de seus modelos de significação, modelos estes que estruturam e definem os comportamentos sociais aceitáveis ou condenáveis.

Dentro do contexto das experiências socioculturais, a nacionalidade, de uma forma geral, é uma das mais determinantes na aferição do grau de proximidade que um indivíduo possa vir a desenvolver com relação à cultura de uma nação. A identidade nacional, por muitas vezes, funde-se com a própria identidade cultural, daí a importância assumida pela nacionalidade no âmbito do Direito Internacional (público ou privado) como também no Direito interno de cada Estado, seja na forma de garantias constitucionais ou como Direito Público em geral.

Todas as constituições brasileiras, desde a primeira, em 1824, até a última carta de 1988, trataram da questão da nacionalidade, definindo as suas condições de aquisição e perda das suas garantias, assim como também a sua natureza originária e derivada. A importância da nacionalidade no Direito Constitucional brasileiro é histórica.

Com relação ao Direito Internacional, o princípio do direito à nacionalidade foi alçado à condição de direitos humanos fundamentais e passou a ser reconhecido internacionalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, sendo ele explicitamente mencionado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 15, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 20.

Tendo em vista a íntima relação da nacionalidade com os direitos humanos, o Direito Internacional Público concedeu especial atenção à situação dos apátridas – que, por não serem reconhecidos por nenhum Estado, ficam à margem das nações globalizadas, sem qualquer proteção estatal –, aprovando as convenções sobre o Estatudo dos Apátridas, em 1954, e sobre a Redução dos Casos de Apatridia, em 1961. A primeira tratou do assunto de uma forma original e sistematizada, definindo e endereçando os seus principais institutos; a segunda

complementou a questão a partir de uma abordagem mais pragmática, no sentido de endereçar aquelas condições que mais proporcionam situações de pessoas apátridas.

Não é por acaso que o Direito, tanto o interno, de vários Estados, como o internacional, tem dado à nacionalidade um tratamento tão abrangente e protetivo. A razão para isso é a sua estreita vinculação com os direitos humanos e o processo gradual de internacionalização destes direitos, a partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. No mundo globalizado moderno não há como se falar na presença de direitos humanos para aqueles que são considerados como não existentes para a sociedade internacional, simplesmente por não possuírem vínculo jurídico com um Estado. Relembrando as palavras de Hannah Arendt ao se referir àqueles desprovidos do manto protetor da nacionalidade: "Ser privado da nacionalidade é como ser privado da pertença ao mundo, é como retornar ao estado natural, como homens das cavernas ou selvagens [...]"

1.3.2.3 As formas de perda e aquisição da nacionalidade

As formas de aquisição da nacionalidade, tendo por base o momento no qual elas ocorrem, podem ser classificadas em originais ou derivadas. A forma se diz original quando ocorrer simultaneamente com o nascimento da pessoa natural; ao contrário, quando ocorrer em momento posterior na vida da pessoa, ela se diz derivada ou secundária e o processo de adquiri-la denomina-se naturalização. Rezek exemplifica, de forma objetiva, esses conceitos, ao esclarecer:

> De modo geral a nacionalidade originária (aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce) resulta da consideração, em grau variado, do lugar do nascimento (*jus solis*) e da nacionalidade dos pais (*jus sanguinis*) [...]. Com efeito, a nacionalidade derivada, que se obtém mediante naturalização e quase sempre implica a ruptura do vínculo anterior, há de ter requisitos como alguns anos de residência no país, o domínio do idioma e outros mais [...].[41]

Essa classificação, com relação ao momento da aquisição, possui uma natureza mais didática do que prática, tendo em vista que a realidade fática comporta exceções, como, por exemplo, aquela verificada no nosso ordenamento nacional, uma vez que a Constituição, em seu artigo 12, I, "c", considera brasileiros natos (aquisição originária) aqueles nascidos de pai ou mãe brasileira que venha a residir no Brasil, a qualquer tempo, e optem pela nacionalidade brasileira. Temos uma situação de aquisição de nacionalidade originária, muito embora ocorra em momento posterior ao nascimento.

---

[41] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público, Curso Elementar**. Editora Saraiva. São Paulo. 2000. 8ª ed.

> São brasileiros:
>
> I - Natos:
> [...] c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.[42]

Para a nacionalidade originária podemos ter até três critérios que incidem no momento do nascimento ou em momento posterior: a) *ius soli*, que corresponde ao critério territorial; b) *ius sanguinis*, que corresponde à aquisição da nacionalidade dos pais; e c) eclético ou misto, que corresponde a um critério que combine as funcionalidades *ius soli* e *ius sanguinis*.

O critério *ius soli* foi inicialmente utilizado no feudalismo, cujo sistema econômico era totalmente dependente do uso da terra, por ser ela o principal meio de produção. Posteriormente, nos séculos XIX e XX, o *ius soli* foi também o critério utilizado nas colônias europeias que, ao se tornaram independentes, precisavam estabelecer e fomentar a sua população local, sem vínculos nacionais com seu país colonizador, permitindo, desta forma, uma maior e efetiva integração de sua população com o novo Estado independente. Por isso é comum se associar o critério *ius soli* aos países de imigração.

O critério *ius sanguinis* vem sendo utilizado desde a Antiguidade e tem por fundamento a manutenção do vínculo das pessoas ao Estado de nacionalidade dos pais. Foi utilizado, por exemplo, pela Itália, quando este país buscou sua identidade nacional, durante seu processo de unificação, de modo a manter os italianos residentes no estrangeiro vinculados ao seu país de origem.

O critério eclético ou misto é uma composição dos critérios *ius soli* e *ius sanguinis*, e tem sido utilizado em nosso país já há algum tempo. A Constituição Brasileira do Império, de 1824, adotou o critério do *ius soli* (art. 6º, 1º) temperado com o critério do *ius sanguinis* (art. 6º, 2º), quando favorável à nacionalidade brasileira. Essa tendência de combinar os critérios *ius sanguinis* e *ius soli* foi seguida nas demais constituições de nosso país, conjugada com a possibilidade de naturalização:

> São Cidadãos Brazileiros:
>
> I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação.

---

[42] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

> II. Os filhos de pai Brazileiro, e os illegitimos de mãi Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.
>
> III. Os filhos de pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.
>
> IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.
>
> V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.[43]

A Constituição Brasileira da República, de 1891, adotou igual metodologia eclética da sua precedente, ao utilizar o critério do *ius soli* (art. 69, 1º) temperado com o critério do *ius sanquinis* (art. 6º, 2º). Adicionalmente, concedeu-se a nacionalidade brasileira a todos aqueles estrangeiros que se encontrassem no Brasil, em 15 de novembro de 1889:

> São cidadãos brasileiros:
>
> 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação;
>
> 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República;
>
> 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiverem em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se;
>
> 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem;
>
> 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;
>
> 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados.[44]

Pela leitura do artigo 12 da Constituição de 1988, vemos claramente a opção pelo critério misto adotado pelo nosso sistema constitucional atual, sendo considerados brasileiros natos tanto aqueles nascidos no Brasil – item "a" – como aqueles nascidos no estrangeiro, desde que descendentes de pais brasileiros – item "c":

> São brasileiros:
>
> I - Natos:
>
> a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
>
> b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

---

[43] BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

[44] BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

> c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;[45]

O processo de naturalização é uma das formas de expressão da soberania estatal, uma vez que o Estado possui total autonomia para conceder ou negar a naturalização para quem quer que seja. É um ato político unilateral e discricionário, podendo ser negado ainda que todas as exigências normativas sejam satisfeitas.

Segundo a nossa Constituição, o brasileiro naturalizado é equiparado ao brasileiro nato, tendo iguais direitos e deveres, excetuando somente aqueles definidos pela própria Constituição.

De acordo com o professor Irineu Strenger, a perda ou renúncia da nacionalidade se opera nas seguintes formas: a) renúncia expressa quando ocorrer com explícita manifestação da vontade; ou tácita, quando puder ser presumida, tendo por base situações consideradas incompatíveis juridicamente com a manutenção da nacionalidade anterior; b) opção por outra nacionalidade, presumindo-se, dessa forma, a renúncia pela anterior. Essa presunção tem por fundamento o Princípio da Unicidade da nacionalidade; c) devido a penalidades por crimes julgados incompatíveis com a manutenção da nacionalidade; d) perda coletiva, devido à anexação territorial, o que ocasiona a extinção da nacionalidade de todos os indivíduos do extinto Estado anexado e aquisição automática pela nova nacionalidade do Estado anexador; e e) naturalização familiar, que tem por fundamento o princípio da Unidade Familiar, que consiste na aquisição pela esposa e pelos filhos da cidadania do marido e pai, no momento do casamento e do nascimento dos filhos. (STRENGER, 2005, p. 194.)

A perda da nacionalidade brasileira pode ocorrer de duas formas, segundo o artigo 12, § 4º da Constituição de 1988: por punição, devido a atividade considerada nociva ao interesse nacional ou por aquisição de outra nacionalidade, de forma voluntária e expressa. É importante mencionar que a Constituição determina o que considera como voluntária, excluindo aquelas situações em que o indivíduo é coagido a aceitar outra nacionalidade, seja para ter acesso a direitos civis ou para que possa permanecer no país estrangeiro:

---

[45] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

> § 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
>
> I - Tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
>
> II - Adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:
>
> a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
> b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.)

1.3.3 **Condição jurídica do estrangeiro**

A condição jurídica do estrangeiro diz respeito aos direitos dos estrangeiros de entrar e permanecer num país, sejam eles domiciliados ou residentes, e aos seus direitos nos planos civis, comercial, trabalhistas, previdenciários, político-eleitorais e públicos.

Beviláqua, já no início do século passado, enfatizava o liberalismo da cultura brasileira no tratamento concedido aos estrangeiros, quando comparado com outras nações. Segundo ele, esse liberalismo tem sua origem datada já antes da independência do Brasil da Coroa Portuguesa. Com a abertura dos portos, em 1808, a todas as nações amigas, sob a tutela do liberalismo econômico britânico, nasceu a jurisprudência nacional da igualdade jurídica entre os nacionais e os estrangeiros, com relação aos direitos de liberdade, segurança individual e propriedade. (BEVILÁQUA, 1906, p.117.)

Este liberalismo é observável, por exemplo, no artigo 72 da Constituição de 1891:

> A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade [...]. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1891.)

A condição jurídica do estrangeiro, na verdade, não deixa de ser fruto da política legislativa de cada Estado, que expressa juridicamente os valores de sua sociedade com relação à recepção dos estrangeiros no seio de sua comunidade.

O primeiro direito do estrangeiro a ser considerado diz respeito à possibilidade ou não dele ingressar no território de um determinado país e, uma vez permitido esse ingresso, a forma como ele é controlado. O costume internacional é no sentido de que o Estado é soberano em determinar quem pode e quem não pode ingressar em seu território, podendo haver, no máximo, uma expectativa de direito de ingresso quando houver sido emitido um visto de entrada, mas nunca na forma de direito adquirido.

Segue na mesma orientação o costume de ser discricionária a decisão soberana dos Estados com relação à saída compulsória de estrangeiros do território nacional, seja ela na

forma de extradição, expulsão ou deportação.

O Brasil acompanha o costume internacional de o Estado ser soberano em determinar quem pode e quem não pode ingressar em seu território, conforme é possível verificar na sua legislação sobre o tema, a lei 6.815/80, na qual é definida a situação jurídica do estrangeiro em nosso país. Com relação à concessão de vistos, é verificável o tom legal de discricionariedade quando a lei estabelece as situações que demandam o uso de vistos (em seu art. 4º) e define o instrumento normativo do tipo regulamento para reger o tema (art. 5º):

> Art. 4º Ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional poderá ser concedido visto: I - de trânsito; II - de turista; III - temporário; IV - permanente; V - de cortesia; VI - oficial; e VII - diplomático.
>
> Parágrafo único. O visto é individual e sua concessão poderá estender-se a dependentes legais, observado o disposto no artigo 7º.
>
> Art. 5º Serão fixados em regulamento os requisitos para a obtenção dos vistos de entrada previstos nesta Lei.[46]

Porém, independente da indiscutível soberania estatal em determinar quem pode ou não ingressar em seu território, não há quaisquer dúvidas de que uma vez que o estrangeiro tenha ingressado em um determinado país, ele deverá ter todos os seus direitos civis respeitados, igualando-se aos nacionais, no que diz respeito às garantias individuais. É o que preconiza, por exemplo, o código de Bustamante em seus artigos 1º e 2º:

> Art. 1º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais.
>
> Art. 2º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozarão também, no território dos demais, de garantias individuais idênticas às dos nacionais, salvo as restrições que em cada um estabeleçam a Constituição e as leis. As garantias individuais idênticas não se estendem ao desempenho de funções públicas, ao direito de sufrágio e a outros direitos políticos, salvo disposição especial da legislação interna.
> (BRASIL, CONVENÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DE HAVANA, 1929).

Naturalmente, é razoável a expectativa de que os estrangeiros tenham, no máximo, iguais direitos dos nacionais. Na verdade, as realidades dos diversos países têm mostrado que os estrangeiros encontram muitas limitações quando comparados com os nacionais. No Brasil, por exemplo, podem-se observar algumas vedações, de natureza constitucional, aos estrangeiros em exercer atividades políticas, assim como restrições para ocupar certos cargos públicos, em possuir propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão, como veremos a seguir no próximo tópico.

---

[46] BRASIL. **Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm >. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

1.3.3.1 Restrições constitucionais aos estrangeiros

As mais importantes restrições a atuação dos estrangeiros no Brasil podem ser encontradas na Constituição Federal. A razão de o tema receber prestígio constitucional se deve ao reconhecimento da sua importância e também para se evitar discriminações de natureza infraconstitucional. Para alguns cargos públicos, a nossa Constituição entende ser preciso a condição de brasileiro nato para exercê-los, de acordo com o artigo 12, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, conforme mencionado em tópico anterior:

> § 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.
> § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:
> I – De Presidente e Vice-Presidente da República;
> II – De Presidente da Câmara dos Deputados;
> III – De Presidente do Senado Federal;
> IV – De Ministro do Supremo Tribunal Federal;
> V – Da carreira diplomática;
> VI – De oficial das Forças Armadas;
> VII – De Ministro de Estado da Defesa.
> (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

O objetivo do artigo 12, § 2º da Constituição Federal de 1988 é evitar a discriminação de brasileiros naturalizados, via legislação infraconstitucional, como já ocorreu no passado. Somente os brasileiros, natos ou naturalizados, têm acesso aos cargos públicos, excetuando-se aqueles casos autorizados pela lei, conforme prescreve o artigo 37, I, da Constituição Federal.

> Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Uma exceção ao artigo 37, I, refere-se à contratação de profissionais estrangeiros pelas universidades brasileiras, conforme o artigo 207 da Constituição:

> As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.
> § 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Restrições adicionais aos estrangeiros também estão definidas no artigo 222, com respeito à propriedade de empresas de algumas áreas consideradas de interesse nacional:

> A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.
>
> § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.
>
> § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.
>
> § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.
>
> [...]. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Além das restrições constitucionais, algumas de natureza infraconstitucionais também estão presentes em nosso ordenamento jurídico, conforme anotado por Dolinger:

> A legislação brasileira contém uma série de restrições à atividade dos estrangeiros, umas decorrentes de vedações constitucionais, outras criadas pelo próprio legislador ordinário. [...] Bancos, seguros, petróleo, minas, águas, energia hidráulica, pesca, educação, atuação sindical são algumas das atividades vedadas total ou parcialmente aos alienígenas, bem como a compra de terras de fronteira, terras rurais, terras além de determinada extensão, o ensino de certas disciplinas, o exercício de certas profissões como advogado, químico, corretor de títulos da Dívida Pública, corretor de navios, leiloeiro, despachante aduaneiro, tradutor público, atividades de radioamador, bem como a exigência de um mínimo de 2/3 de empregados brasileiros em todas as empresas. (DOLINGER, 2014, p. 111.)

É importante observar que assim como o tema da nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro também diz respeito a direitos substantivos públicos, não sendo propriamente uma questão de sobredireito ou de localização. Todavia, a condição jurídica do estrangeiro está intimamente relacionada com os temas de interesse do Direito Internacional Privado, sendo, em muitos casos, considerada matéria de natureza preliminar.

1.3.4 **Conflito de leis no espaço e conflito de leis no tempo**

O conflito de leis no espaço – que se confunde com o próprio Direito Internacional Privado – e o conflito de leis no tempo – que se confunde com o Direito Intertemporal – são espécies do gênero de Direito dos conflitos. Todas as normas jurídicas nascem com o objetivo de atuarem num espaço físico determinado e de produzirem seus efeitos ao longo de um período temporal limitado. O Direito Intertemporal trata das questões das sucessões de normas jurídicas no tempo; e o Direito Internacional Privado trata da superposição de distintos sistemas normativos concorrentes perante idêntica base territorial.

As sucessões de normas jurídicas no tempo é decorrência lógica da própria mutabilidade e evolução das sociedades humanas, que possuem como uma de suas principais consequências, no âmbito do Direito, a limitação temporal de suas leis. À medida que uma determinada cultura evolui, o seu Direito, como um dos seus subprodutos, também precisa se modificar, adequando-se às novas condições que surgirem. Essa dinâmica evolutiva torna as leis temporárias por natureza.

Essa distinção entre conflitos de leis no tempo e no espaço já havia sido bem explorada por Savigny, ao definir as limitações das competências legais por meio de duas distintas abordagens: a) a primeira, partindo do domínio de competência de cada lei e chegando, desta maneira, nos possíveis conflitos; e b) a segunda, partindo da relação jurídica e verificando quais leis podem ser competentes para regê-la, chegando, também, de forma diversa, nos possíveis conflitos.

> It is this diversity of positive laws which makes it necessary to mark off for each, in sharp outline, the area of its authority, to fix the limits of different positive laws in respect to one another. Only by such demarcation does it become possible to decide all the conceivable questions arising from the conflict of different systems of positive law in reference to the decision of a given case. The converse mode of procedure may also be followed, in order to the solution of such questions. When a legal relation presents itself for adjudication, we seek for a rule of law to which it is subject, and in accordance with which it is to be decided; and since we have to choose between several rules belonging to different positive systems, we come back to the sphere of action marked off for each, and to conflicts resulting from such limitation. The two modes of procedure differ only in the points from which they start. The question itself is the same, and the solution cannot turn out differently in the two cases.[47] (SAVIGNY, 1880, p. 47.)

Beviláqua esclarece de que maneira o conflito de leis em sua vertente espacial ocorre, porém de uma forma mais empírica do que aquela apresentada por Savigny:

> Dá-se conflicto de leis ‘quando os diversos elementos de facto, cujo concurso é necessário para a constituição de uma certa relação de direito, não se acham submetidos ao império da mesma legislação’. Apparece o conflicto, quando ha duvida sobre qual a legislação applicavel, ou porque as partes vinculadas pela relação tenham diversa nacionalidade, ou porque os bens, objeto dessa relação, estejam situados em paiz extrangeiro, ou porque o acto jurídico, creador da relação,

[47] *“É esta diversidade de leis positivas que torna necessário marcar para cada um, em contornos acentuados, a área de sua autoridade, para fixar os limites de diferentes leis positivas umas em relação às outras. Só através de tal demarcação que é possível decidir todas as questões concebíveis que surjam do conflito de diferentes sistemas de direito positivo em relação à decisão de um determinado caso. O modo inverso de procedimento também pode ser seguido, a fim de solucionar tais questões. Quando uma relação jurídica se apresenta para julgamento, procuramos uma regra de direito à qual ela está sujeita e de acordo com a qual ela deve ser decidida; e uma vez que temos de escolher entre várias regras pertencentes a diferentes sistemas positivos, voltamos à esfera de ação marcada para cada um e aos conflitos resultantes dessa limitação. Os dois modos de procedimento diferem apenas nos pontos de onde eles começam. A questão em si é a mesma, e a solução não pode ser diferente nos dois casos.”* (Tradução nossa.)

> se verificou fora do paiz a que pertencem os agentes, ou porque, finalmente, o tribunal, chamado a apreciar essa relação, obedece a uma lei que pôde não ser a das partes litigantes, nem a da situação dos bens, nem a do logar da celebração do acto. (BEVILÁQUA, 1906, p. 93.)

Na perspectiva do Direito norte americano, que se utiliza do sistema *common law,* o conflito de leis também inclui o conflito de jurisdição. Isso se deve ao fato de que neste sistema as regras de conflito de jurisdição são vinculadas com o Direito material que está sendo julgado, fazendo com que a localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada dependa mais das decisões judiciais do que das regras de conflito, conforme Ernst Rabel nos esclarece:

> […] the law of conflicts includes both choice of law, which contemplates the determination of the particular state law applicable to specific cases typically within the sphere of private law, and jurisdiction of courts, regarded by some writers as an aspect of legislative jurisdiction.[48] (RABEL, 1958, p. 3.)

O conflito de leis no espaço é um dos principais objetos do Direito Internacional Privado. Na verdade, o conflito espacial é a sua própria razão de ser, uma vez que definir qual o sistema jurídico competente será aplicado, havendo múltiplos sistemas eficazes e elegíveis, é o núcleo em torno do qual gravitam quase todos os fundamentos do Direito Internacional Privado. A competência da jurisdição será determinada pelo DIPr local, quando este conflito de sistemas jurídicos envolver os limites de distintas soberanias nacionais.

A diferença principal entre o Direito Internacional Privado e o Direito Intertemporal é que o DIPr varia no domínio espacial, onde as leis são fixas em cada um dos seus territórios, no entanto os indivíduos levam consigo o seu direito pessoal aonde quer que eles forem: varia-se o espaço, mas as leis permanecem as mesmas. Por outro lado, no Direito Intertemporal o âmbito espacial é fixo, sendo a lei que varia no tempo, sucedendo-se em diferentes versões, conforme observado por Strenge:

> Verifica-se que a lei é fixa [...], mas a relação jurídica varia, porque há mobilidade do indivíduo, há mobilidade da relação jurídica. A relação jurídica é que caminha, que se transfere de um lugar para o outro, tranzendo consigo determinada lei. [refere-se o autor ao Direito Internacional Privado]. No direito intertemporal ocorre o contrário: a relação jurídica é sempre fixa e as leis mudam [...].
> (STRENGE, 2005, p. 398.)

Contudo, é importante reenfatizar que, independentemente do tipo de Direito de

---

[48] *"[...] a lei de conflitos inclui tanto a localização da lei, que contempla a determinação da lei estatal específica aplicável a casos específicos, tipicamente dentro da esfera do direito privado, e a jurisdição dos tribunais, considerada por alguns escritores como um aspecto da jurisdição legislativa."* (Tradução nossa.)

conflito que esteja em análise, seja ele o Direito Internacional Privado ou o Direito Intertemporal, o mesmo deverá sempre observar o princípio jurídico universal de não aplicação de uma lei a fatos situados fora do seu âmbito de eficácia, assim como também no respeito aos direitos adquiridos e às situações jurídicas previamente constituídas. Conforme visto, Baptista Machado afirma que o domínio da eficácia da lei se fundamenta no princípio da não "transconexão". Esse princípio se especializa, no caso do Direito intertemporal, no princípio da não retroatividade e, no caso do DIPr, no princípio de que toda *norma agendi* somente deve reger fatos que com ela esteja em contato. (BAPTISTA MACHADO, 1998, p. 104.)

1.3.5 **Os direitos adquiridos**

Beviláqua assim define os direitos adquiridos, sob uma perspectiva de Direito Internacional Privado:

> São todos aquelles em que um direito nascido em um paiz é transportado para outro ou em outro reflecte as suas consequências. (BEVILÁQUA, 1906, p. 94.)

Na sua dimensão internacional, os direitos adquiridos versam sobre a mobilidade daqueles direitos reconhecidos em um sistema jurídico, embora com repercussões em outro sistema normativo, devido à existência de elementos estrangeiros. Similarmente ao conflito de leis no espaço, os direitos adquiridos, na sua dimensão internacional, também são objetos do DIPr, no entanto, eles se distinguem do conflito de leis no espaço quanto ao momento de sua aplicação, uma vez que a problemática dos direitos adquiridos somente ocorre após a conclusão da localização do sistema normativo a reger a relação.

Os direitos adquiridos, por serem aqueles direitos reconhecidos em um determinado sistema jurídico, fazem parte do patrimônio jurídico dos indivíduos, sujeitos das relações que deram origem às suas aquisições, incorporando-se a essas relações, acompanhando-as onde quer que elas imponham seus efeitos. Esse patrimônio jurídico, incorporado nas relações que lhe deram origem, transcende ao tempo e ao espaço, devendo ser respeitado tanto no âmbito do Direito no espaço – Direito Internacional Privado – como também no âmbito do Direito no tempo – Direito Intertemporal. Essa visão foi compartilhada por Savigny, ao comentar a relação entre os direitos adquiridos e o Direito Intertemporal:

> New laws leave vested (acquired) rights unaffected. This means that rights already acquired should be respected, or, to speak more exactly, that legal relations should

> be preserved in their original nature and efficacy.[49] (SAVIGNY, 1880, p. 341.)

A importância da proteção aos direitos adquiridos, sob a perspectiva jurídica, é de tal ordem de grandeza que a nossa Constituição lhe concedeu especial menção no seu artigo 5º, XXXVI:

> [...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

A teoria que defende o direito adquirido, na sua dimensão internacional, como um objeto à parte do DIPr, foi apoiada por Antoine Pillet, no início do século passado. Para ele, o fundamento do direito adquirido no estrangeiro consiste na necessidade que surgiu na sua origem, principalmente, relacionada ao comércio internacional. Com relação à legitimidade do direito adquirido no exterior, Álvaro da Costa Machado Villela a condiciona à compatibilização com a lei competente, obedecendo às regras de conflitos do sistema normativo localizado.

> [...] o direito só poderá considerar legitimamente adquirido quando o tenha sido em harmonia com a lei competente segundo as regras de conflitos do Estado do reconhecimento. [50]

Dolinger, em aberta discordância com Machado Villela, não condiciona o reconhecimento dos direitos adquiridos às regras de conexão do foro, por entender que isso reduziria a extensão e a efetividade desses direitos, extirpando a sua própria razão de existir.

> [...] o direito adquirido no exterior deve ser reconhecido desde que se tenha constituído em conformidade com as regras de conexão do Estado de origem, mesmo que estas divirjam das regras de conexão do Estado de reconhecimento. (DOLINGER, 2014, p. 491.)

De fato, relativizar o reconhecimento dos direitos adquiridos, com base em regras de conexão do Estado reconhecedor, teria como consequência a sua completa extinção. Como se pode falar em direitos adquiridos se eles, para serem reconhecidos, dependem das regras de um eventual sistema normativo a que venham a ser regidos no futuro? Se esta restrição for considerada legítima, não se poderia falar em direitos adquiridos, mas, sim, apenas em expectativas de direitos.

---

[49] "*As novas leis deixam os direitos adquiridos inalterados. Isto significa que os direitos já adquiridos devem ser respeitados ou, para dizer mais exactamente, que as relações jurídicas devem ser preservadas na sua natureza e eficácia originais.*" (Tradução nossa).

[50] MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa. **O Direito Internacional Privado no código civil brasileiro**. p. 487. Apud Op. Cit Dolinger.

Na sua dimensão internacional, o instituto dos direitos adquiridos se fundamenta na necessidade e no respeito mútuo entre Estados soberanos em reconhecer atos realizados e consolidados no estrangeiro. A relativização desse reconhecimento somente pode ocorrer diante de fatores graves tais como a agressão à ordem pública nacional, à ordem pública internacional ou questões de natureza constitucional ou de direitos humanos.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), além de definir o conceito de Direito Adquirido, também avança nas definições de ato jurídico perfeito e de coisa julgada:

> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
> § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.
> § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (BRASIL, LINDB, 1942)

A LINDB, ao definir esses conceitos, permite-nos concluir pela relação de continência entre eles, uma vez que o conjunto dos direitos adquiridos é o mais amplo e contém o conjunto dos atos jurídicos perfeitos que, por sua vez, contém o conjunto das coisas julgadas, sendo, este último, o mais restrito, conforme o diagrama 01 extraído da obra de Flávio Tartuce[51]:

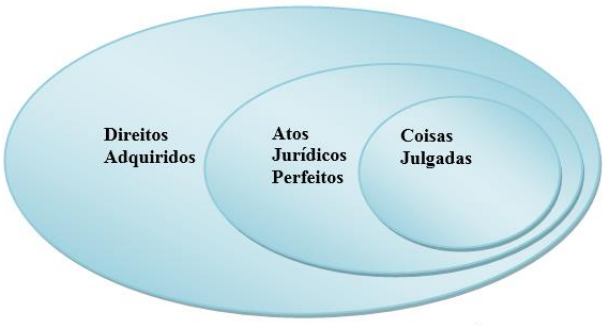


Diagrama 01

Os direitos adquiridos possuem vinculação com os fatos e os eventos no momento da sua aquisição, sob a regência do sistema normativo no espaço e no tempo de sua ocorrência. Ou seja, os fatos jurídicos ocorridos em conjunto com o sistema normativo que os regem são aqueles elementos que definem e estabelecem as posições jurídicas a serem incorporadas ao patrimônio jurídico do indivíduo. É o que Baptista Machado chama de domínio de estado de

[51] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, Volume Único**. 4ª ed. São Paulo: Editora Método. 2014. p. 26.

fatos, que são aqueles fatos que geram posição jurídica que se incorporam ao patrimônio das partes e que as acompanham onde quer que elas estejam. (BAPTISTA MACHADO, 1998, p. 49.)

1.4 **O Direito Internacional Privado no Brasil**

Um importante tópico neste estudo é estabelecer se a legislação atual de Direito Internacional Privado do Brasil – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – atende aos objetivos de localização de sistemas normativos, resolvendo as questões plurilocalizadas de conflito de leis no espaço de uma forma que se obtenha concomitantemente: a) a máxima justiça substantiva, respeitando-se e considerando-se as especificidades de cada caso em particular; b) a máxima segurança jurídica; e c) o mínimo custo processual. Uma teoria que consiga atingir a todos esses objetivos, de forma simultânea, é aquela teoria que pode unificar as diversas vertentes teóricas do Direito Internacional Privado, pois conseguiria obter resultados acertados para as mais diversas perspectivas de DIPr.

É possível afirmar que a LINDB atende aos requisitos mencionados acima? A resposta para essa pergunta é certamente negativa. As localizações nas relações plurilocalizadas são determinadas pelo nosso Direito Internacional Privado por meio da aplicação de elementos de conexão mandatórios e isolados, não dando ao julgador nenhuma margem para discricionariedade. No nosso sistema normativo, a localização é questão de direito, o juiz somente pode seguir a letra da lei. No Anexo A pode ser verificado os Elementos de Conexões definidos na LINDB, conforme compilação feita por Di Lorenzo[52].

Será reproduzido a seguir os referidos artigos e parágrafos, realçando em negrito as partes em que eles determinam, de forma mandatória, a conexão para cada caso legal. É fácil se perceber que não é permitido ao magistrado qualquer análise de fundo ou considerações de ordem fática, não sendo aceitas exceções ou ponderações de qualquer natureza.

> Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa **determina** as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.
>
> § 1º. Realizando-se o casamento no Brasil, **será aplicada** a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.
>
> [...]
>
> § 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, **regerá** os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.
>
> § 4º. O regime de bens, legal ou convencional, **obedece** à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.

[52] DI LORENZO, Carlos Alberto. **Direito internacional público e privado**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

> Art. 8º. Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, **aplicar-se-á** a lei do país em que estiverem situados.
>
> § 1º. **Aplicar-se-á** a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.
>
> § 2º. O penhor **regula-se** pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.
>
> Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, **aplicar-se-á** a lei do país em que se constituírem.
>
> § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, **será esta observada**, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.
>
> § 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.
>
> Art. 10º. A sucessão por morte ou por ausência **obedece** à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.
>
> § 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.
>
> § 2º. A lei do domicílio do herdeiro ou legatário **regula** a capacidade para suceder.
>
> Art. 11º. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, **obedecem** à lei do Estado em que se constituírem.
> (BRASIL, LINDB, 1942)

Os verbos em modo imperativo – sublinhados e colocados em negrito – demonstram a opção do Direito Internacional Privado brasileiro por uma normatização formal, sem qualquer preocupação com a realidade factual das relações jurídicas plurilocalizadas. A localização é executada com base apenas naquele elemento de conexão isoladamente determinado pelo legislador, de uma forma totalmente abstrata. O papel desempenhado pelo juiz brasileiro, no que diz respeito à localização, resume-se à simples identificação do domicílio das partes, à identificação dos locais de celebração, à identificação dos locais de constituição e à identificação dos locais de situação das demais relações jurídicas, não lhe cabendo qualquer função cognitiva de compreensão dos fatos relacionados à relação jurídica plurilocalizada sob análise, ou do conhecimento daqueles indivíduos que são partes nessa relação.

O DIPr brasileiro não se empenha pela obtenção de uma verdade substantiva, mas tão somente pela obtenção de uma verdade formal, estabelecida por um elemento de conexão previamente definido abstratamente, que, de um modo geral, não possui qualquer relação fática com as partes envolvidas. A crítica de Bedaque ao processualismo excessivo, no sentido de se preterir o Direito material em favor das formas, pode ser também aplicado ao Direito Internacional Privado brasileiro, com os devidos ajustes de contexto:

> O processualismo, isto é, a excessiva autonomia do processo frente ao Direito material, constitui um mal, pois desconsidera o objeto na construção do

instrumento.[53]

O Direito Internacional Privado nacional optou pela forma em detrimento do conteúdo, o que significa dizer que o nosso DIPr renunciou à localização do Direito material, mais vinculado factualmente às partes, em benefício da simplicidade da aplicação de regras de conexões mecânicas. Isso fica bem claro no artigo 7º da LINDB, quando ele direciona os conflitos jusprivatistas plurilocalizados para o sistema normativo do domicílio das partes, desconsiderando qualquer outro fator de fundo. Desta forma, abdica-se da possibilidade de uma resolução de conflito mais efetiva, por meio de uma análise cognitiva prévia das partes, tendo por base os fatos *in concreto*, em favor de uma resolução mais simplista e superficial.

No entanto, é forçoso se reconhecer que a solução adotada pelo DIPr brasileiro, apesar de ser superficial e simplória, se esmera pela obtenção de maior segurança e previsibilidade jurídica na localização do sistema normativo a reger a relação. Desta maneira, é possível se afirmar que o Direito Internacional Privado brasileiro escolheu a forma, a simplicidade, a segurança jurídica e a economia processual na localização do sistema normativo, em detrimento da sua substância, do seu conteúdo.

Qual seria então a proposta para tornar o DIPr brasileiro capaz de realizar localizações mais substantivas, levando-se em consideração também o Direito material dos envolvidos? Como localizar o sistema normativo que mais se aproxime do Direito material das partes – estrangeiro ou nacional – e que possua maiores vínculos com os fatos que deram origem à relação jurídica? Como localizar o "melhor" sistema normativo, sem que seja preciso fazer um julgamento prévio da lide? Como analisar o mérito de forma sumária, superficial, aprofundando somente o suficiente para a obtenção de uma localização substantiva, sem necessidade se de mergulhar excessivamente na materialidade dos fatos?

O domicílio das partes, com certeza, é um dos elementos de conexão que podem ser considerados para a localização do sistema normativo, porém, de maneira nenhuma, deve ser o único a ser aplicado de forma isolada. O Direito Internacional Privado brasileiro precisa e deve ser renovado, passando a levar em consideração outros elementos de conexões pessoais, como parâmetros adicionais que fundamentem uma boa decisão. Isto permitirá ao julgador nacional o reconhecimento do sistema jurídico mais vinculado às partes, sob um ponto de vista do Direito substancial, assim como também de sua realidade fática. No entanto,

[53] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do Direito material sobre o Processo**. 6ª ed. 2011. Malheiro Editores. p. 25.

especificamente, quais seriam esses elementos de conexão que poderiam ajudar na decisão do julgador? Quais mudanças poderiam ser feitas no artigo 7º da LINDB, por exemplo, de modo a permitir uma decisão que localize o sistema normativo mais eficaz?

A primeira mudança primordial é tornar os elementos de conexão não obrigatórios. Eles devem ser um dos fatores que permitem ao julgador a formação da sua convicção pela localização do sistema normativo mais adequado a reger a relação plurilocalizada, todavia, não pode ser o único fator. Para decidir qual deve ser o Direito mais adequado a reger uma relação de Direito Internacional Privado do estatuto pessoal, o julgador pode levar em consideração o domicílio das partes, se este possuir vinculação com os fatos que deram origem à relação jurídica; por outro lado, se não houver esse vínculo, o domicílio precisa e deve ser descartado.

Nenhum elemento de conexão deve ser obrigatório para a localização do sistema normativo a reger a relação jurídica, pois a aplicação ou não deste elemento precisa ser fundamentada tendo por base o contexto factual da relação, o que implica na obrigatoriedade de o magistrado motivar a sua decisão ponderando múltiplos fatores socioculturais, tanto relacionados às partes como também com referência à relação jurídica em si mesma.

Naturalmente, ao se ponderar os múltiplos fatores socioculturais que determinarão a localização do sistema normativo mais adequado, o domicílio pode ser um importante elemento a ser considerado, porém nunca de uma maneira isolada, desconsiderando-se outros fatores importantes. Desta forma, o Direito Internacional Privado brasileiro deixaria de ser um sistema fechado, que não concede qualquer poder de decisão ao magistrado, para ser um sistema mais aberto, em que a capacidade de cognição do juiz passa a fazer parte na qualidade da localização e do julgamento final.

Para não dar margem a decisões arbitrárias, o julgador, obrigatoriamente, deve motivar e fundamentar a sua decisão, levando-se em consideração aqueles elementos de conexão e de proximidade que tenham vinculação com os fatos. Atualmente isso não é possível, pois os artigos do Direito Internacional Privado brasileiro, especificados na LINDB, localizam o sistema normativo a reger o Direito material tendo por base unicamente os elementos de conexão lá definidos, sem margem para qualquer ponderação do magistrado, como já mencionado. A função do magistrado, no DIPr brasileiro atual, resume-se ao de um mero verificador do domicílio das partes e de localização dos atos jurídicos.

Tendo em vista a efetiva aplicação do Direito pessoal dos estrangeiros que estão no

Brasil, como uma forma de respeito aos seus Direitos fundamentais, é preciso eliminar o excessivo formalismo do Direito Internacional Privado nacional, para que ele possa levar em consideração a realidade factual que compõe o contexto da relação jurídica das partes envolvidas. Se o DIPr nacional não evoluir para um Direito mais substantivo e mais vinculado à realidade dos fatos, e não se restringir tão somente a regras de conexões simplórias e formais (como é caso de aplicação do domicílio das partes como determinante da localização do sistema normativo a reger as relações do estatuto pessoal), é possível afirmar que ele é tão arbitrário e ineficaz quanto aquele que aplica a *lex fori* de forma irrestrita.

Todas essas regras de conexões – baseadas na aplicação da *lex fori*, no domicílio, na nacionalidade ou em qualquer outra que venha a ser criada –, se não possuírem qualquer vínculo com a realidade dos fatos que deram origem à relação jurídica, localizarão corretamente o sistema normativo a reger a relação como mera obra do acaso. Desta forma, a sorte é lançada, na esperança de que o domicílio das partes eventualmente localize um sistema normativo que não seja incoerente com a realidade dos fatos ou incompatível com a identidade cultural dos sujeitos envolvidos.

Uma das propostas feita neste estudo, a ser detalhada à frente, é incluir no processo decisório de localização tanto os elementos de conexão como também os elementos de proximidade, por meio da aplicação de uma tutela localizadora, permitindo um melhor conhecimento das partes e da relação em si mesma. Essas novas ferramentas jurídicas, com natureza material e processual, vão habilitar o magistrado a uma melhor fundamentação da sua decisão de localização nas questões de DIPr, fazendo com que seja possível obter decisões mais justas e próximas da realidade das partes.

Considerando uma visão mais ampla e global do Direito Internacional Privado, no Anexo B pode ser verificado algumas das regras de conexão mais comuns obtidas por meio do Direito comparado e as suas aplicações no DIPr brasileiro.

1.5 **Fundamentos do Direito Internacional Privado**

Os Fundamentos do Direito Internacional Privado são aqueles fenômenos sociológicos e jurídicos que explicam a sua existência. Para uma grande parte da doutrina, conforme mencionado anteriormente, os seus principais fundamentos são: a) o conflito de leis no espaço; b) o respeito pelo sistema normativo estrangeiro, tendo por consequência a extraterritorialidade das leis; e c) o fenômeno da globalização, tanto na sua vertente mais evidente, que é o comércio internacional, como também na sua vertente migratória e familiar.

O conflito de leis no espaço é o fundamento do Direito Internacional Privado mais imediato, ou seja, é aquele fundamento que mais diretamente se relaciona com o seu objeto final. Não havendo conflito de leis no espaço, não há por que se falar em DIPr, pois todos os seus demais objetos poderiam ser absorvidos por outras áreas do Direito..

O respeito ao Direito estrangeiro e ao comércio internacional são fundamentos mediatos, tendo em vista que a sua relação com o DIPr não é direta, mas transitiva. A sua relação com a metodologia do DIPr ocorre devido ao conflito de leis que eles proporcionam. O comércio internacional permite a interação de pessoas de diferentes países e regiões, e o contato de distintas culturas e sistemas normativos. Essa superposição de diferentes sistemas normativos é o que proporciona o conflito de leis que se concretiza no plano jurídico devido ao respeito à cultura estrangeira. O respeito ao elemento estrangeiro tem por fundamento um interesse das diferentes culturas por uma agenda global comum, principalmente na esfera comercial.

Contudo, sob uma perspectiva do âmbito da eficácia das leis, o fundamento motivador para a aplicação de um sistema normativo alienígena a uma relação nacional é o vínculo existente entre esse sistema e os fatos jurídicos que deram origem a esta relação. Qualquer outro possível fundamento a ser considerado deve ter por base a existência ou não desse vínculo factual. Conforme visto, Story identificou o fortalecimento do comércio às margens do Mediterrâneo, no período pós-cruzadas, como um dos fatores que fundamentou o desenvolvimento do Direito Internacional. Esta visão é posteriormente corroborada por nosso internacionalista, Clóvis Beviláqua, que relaciona também o comércio como um dos fundamentos do Direito Internacional Privado, proporcionando e facilitando a integração entre os povos de diferentes nações:

> O commercío internacional, de um lado, e, de outro, a diversidade das leis são o fundamento lógico e social deste ramo do direito [...]. (BEVILÁQUA, 1906, p. 11.)

É possível considerar os dois fundamentos citados por Beviláqua (o comércio internacional e a diversidade normativa) como sendo de natureza imediata, possuindo eles as suas próprias razões. Com relação à diversidade das leis, Beviláqua identificou esse fundamento como sendo de natureza lógica, uma vez que o conflito de leis – seja no espaço ou no tempo – pressupõe como premissa básica a não existência de identidade entre os sistemas em conflito, pois, do contrário, não haveria conflito de localização de sistemas distintos a ser resolvido.

Com relação ao comércio internacional, ele é citado pelo autor como uma das razões sociais que motiva as pessoas de diferentes territórios e culturas a compartilharem a convivência mútua numa única base territorial. O comércio internacional, o espírito de aventura e outras razões físicas naturais, tais como os desastres ambientais, também podem fazer com que as pessoas abandonem o seu território e busquem abrigo em outros lugares. Por conseguinte, é razoável entender que a menção ao comércio internacional feita por Beviláqua possui natureza de um mero exemplo didático, dentre aqueles muitos possíveis eventos sociais causadores da migração humana.

1.6 **A qualificação e os elementos de conexão**

A função localizadora do DIPr, que se resume à escolha do sistema normativo a ser preferido diante de um conflito de leis plurilocalizado no espaço, estabelece como primeira tarefa a ser executada a qualificação dos fatos perante os institutos jurídicos. Qualificar, nesta acepção, é um processo técnico jurídico pelo qual se classificam os elementos fáticos com relação às instituições criadas pela legislação ou pelo costume. De forma simples, é definir os fatos perante o Direito.

No contexto do processo de qualificação – definição dos elementos fáticos perante o Direito – podemos dividi-la em duas fases: a) determinação do objeto de conexão; e b) a determinação do elemento de conexão. O objeto de conexão diz respeito aos institutos jurídicos a serem tratados, ou seja, diz respeito à matéria normativa, ao subconjunto do sistema normativo pertinente ao problema em análise (direito de família, obrigações, sucessão etc.). Para a definição dos elementos de conexão, buscaremos seu conceito nas palavras de Strenger:

> [...] é fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável. É o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico. (STRENGER, 2005, p. 336.)

Os elementos de conexão possuem a finalidade de determinar qual sistema normativo será aplicado em uma determinada relação jurídica plurilocalizada envolvendo elementos estrangeiros. Esta localização é o principal objeto do Direito Internacional Privado, por conseguinte, é notória a grande importância desses elementos no contexto da metodologia do DIPr.

Ao vincular os sistemas normativos eficazes a situações fáticas por meio dos elementos de conexão, o primeiro problema com o qual o DIPr se depara é a possibilidade de

haver diferenças entre os sistemas normativos elegíveis à localização com relação aos objetos de conexão. A localização de um sistema normativo para a solução de um problema fático, tendo por base um objeto de conexão que não seja reconhecido por este sistema, pode gerar conflitos que impossibilitem a aplicação do seu Direito à solução desse problema. Estas adversidades se referem aos conflitos de qualificação. O conflito de qualificação ocorre numa situação jusprivatista plurilocalizada submetida a diferentes sistemas normativos com iguais regras de conflito de leis, porém, com distintas formas de qualificá-lo.

Todavia, ao se analisar comparativamente os sistemas jurídicos dos mais variados países, é possível perceber que uma grande parte dos objetos de conexão são idênticos ou permutáveis entre si, minimizando o problema do conflito de qualificação. Normalmente, esses objetos são positivados no Direito Internacional Privado nacional de cada país e, no caso brasileiro, este direito é definido na Lei de Introdução das Normas Brasileiras (LINDB), que determina esses objetos e elementos em seus artigos 7, 8, 9, 10 e 11.

Levando-se em consideração a natureza do seu objeto, a qualificação no DIPr se divide nas seguintes vertentes: a) quando se refere à pessoa ou ao seu sujeito; b) quando se refere aos bens ou ao seu objeto; e c) quando se refere aos fatos e aos atos jurídicos. Quando a qualificação se relaciona com as pessoas – dizendo respeito à situação do indivíduo, aos seus direitos subjetivos ou à sua capacidade –, o critério é dito como sendo do estatuto pessoal. Quando a qualificação se relaciona com os bens – dizendo respeito ao direito de propriedade, tantos móveis como imóveis –, o critério é dito como sendo do estatuto real. E, finalmente, quando a qualificação se relaciona com os fatos e atos jurídicos, o critério é dito como sendo de elementos formais.

No estatuto pessoal, o Direito comparado evidencia que os seus principais elementos de conexão são: a territorialidade, a nacionalidade e o domicílio. A territorialidade, conforme define Dolinger:

> É o regime de Direito Internacional Privado que determina para o estatuto pessoal a aplicação irrestrita da lei local, lei do foro, sem tomar em consideração a nacionalidade, o domicílio ou a residência da pessoa. (DOLINGER, 2014, p. 302.)

É a utilização direta da regra de conexão *lex fori*, com aplicação do sistema normativo do foro onde ocorre a lide judicial, sem qualquer outra consideração sobre a relação ou as partes envolvidas.

A nacionalidade, quando vista sob a perspectiva do elemento de conexão, diz respeito

a uma ampla e genérica qualificação, envolvendo todo o direito pessoal do sujeito. Ela, além de vincular aquelas pessoas que pertencem ou não a uma nação específica, delimita também a condição jurídica do sujeito, determinando o seu sistema normativo.

O domicílio é o elemento de conexão pessoal que, na maior parte das vezes, mais coincide com aquele que o indivíduo livremente escolheria, porque ele vincula o local que voluntariamente o sujeito escolheu para residir em caráter permanente, definindo-o como o seu centro de interesses pessoais, sociais e econômicos. Este conceito de domicílio é aquele aceito pela doutrina, de forma majoritária, conforme pode ser verificado pela definição de domicílio dado por Orlando Gomes:

> [...] como o lugar onde a pessoa estabelece a sede principal de seus negócios, o ponto central das ocupações habituais.[54]

O Código Civil, em seu artigo 70, positivou em nosso direito pátrio um conceito de domicílio semelhante àquele adotado pela doutrina em geral:

> O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.[55]

Naturalmente, o uso do elemento de conexão domicílio é intimamente dependente do Direito material do país que define o conceito jurídico de domicílio e, havendo diferenças nesses conceitos, poderão ocorrer conflitos sobre a escolha do efetivo domicílio da pessoa em questão. Exemplo clássico desse cenário é o mencionado por Dolinger, ao citar o exemplo da pessoa que tem negócios na França, no entanto é residente na Inglaterra.

> Como a Inglaterra qualifica o domicílio pela residência, considerá-lo-á domiciliado em seu país, enquanto na França, onde o domicílio é qualificado como o local do principal negócio, ele será considerado domiciliado na França. (DOLINGER, 2014, p. 309.)

O exemplo fornecido por Dolinger mostra como a existência de diferenças em conceituar um determinado instituto jurídico pode induzir a distintas qualificações e localizações. Conflitos como esses podem dar causa ao instituto do reenvio no Direito Internacional Privado, conforme veremos à frente.

---

[54] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Belo Horizonte. Forense. 1979. p. 201.

[55] BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 janeiro de 2017.

Relembrando, no Direito Internacional brasileiro, o elemento de conexão domicílio é aquele aplicável ao estatuto pessoal como um todo e está regido pelo artigo 7º da LINDB:

> A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.
> (BRASIL, LINDB, 1942)

Com relação ao estatuto real, ou seja, aqueles que são relacionados aos bens e aos direitos de propriedade, a principal regra de conexão é a *lex rei sitae*, que é a lei da situação da coisa. Com relação aos bens móveis, normalmente se aplica o princípio *mobilia sequuntur personam*, que determina que os móveis sigam a pessoa.

É razoável a aplicação do elemento de conexão *lex rei sitae* para os bens imóveis, uma vez que é politicamente e logisticamente inviável a aplicação de diferentes sistemas normativos para bens localizados no mesmo país. A questão política do sistema normativo a reger os bens imóveis está relacionada com o conceito de soberania, uma vez que a propriedade imóvel está vinculada ao território e este à soberania da nação, que ficaria relativizada ao se permitir que diferentes sistemas normativos se aplicassem sobre a propriedade dos solos. O DIPr nacional positiva essa orientação do uso do *lex rei sitae* para os bens imóveis na LINDB em seu artigo 8º:

> Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.
> § 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares [...]
> (BRASIL, LINDB, 1942)

Com relação aos atos e fatos jurídicos, seus efeitos normalmente são regidos pela: a) lei do lugar da celebração – *lex loci celebrationis* – como é o caso do casamento, por exemplo; c) lei do lugar de sua execução – *lex loci executionis;* e c) lei do lugar de sua constituição – *locus regit actum*. Mais recentemente tem sido muito comum também a aplicação da regra de conexão da lei mais favorável, como forma de proteção àquela parte considerada hipossuficiente na relação, assim como também o princípio da autonomia da vontade.

1.6.1 **Conflitos de qualificação**

Conforme já mencionado, levando-se em consideração as diferenças entre os diversos sistemas normativos existentes em cada país, é razoável, e mesmo esperado, que ocasionalmente ocorram conflitos na maneira como é feita a qualificação de determinados

institutos jurídicos. Por exemplo, certo sistema normativo pode considerar que uma relação jurídica pertença ao Direito de família e outro sistema normativo entenda a relação como sendo pertencente ao Direito sucessório. Ou seja, idênticas relações podem possuir múltiplas e distintas qualificações, dependendo de quais sistemas normativos elas estejam submetidas. Esta divergência na qualificação das relações jurídicas perante o Direito é o que se denomina de conflito de qualificação.

Tendo em vista a importância que o conflito de qualificação pode ter no resultado final da localização do sistema normativo a reger a relação jurídica, serão apresentados três casos práticos na jurisprudência internacional que possui relação direta com este tipo de conflito: a) o caso da sucessão do maltês Bartholo; b) o caso do testamento ológrafo do holandês; e c) o caso do casamento do grego ortodoxo. Todos eles foram relacionados por Dolinger como exemplos de conflito de qualificação, em sua obra de Direito Internacional Privado. (DOLINGER, 2014, p. 391.)

1.6.1.1 O caso Bartholo

O caso Bartholo é didaticamente exemplar para clarificar a questão do conflito de qualificação e as suas possíveis implicações na localização do sistema normativo que vai reger a relação jurídica.

De um modo bem sumarizado, este caso diz respeito a um casal da Ilha de Malta que estabeleceu o seu primeiro domicílio nessa ilha e que optaram por não fazer nenhum pacto antenupcial. Após migrarem para a Argélia, transferindo consigo seus bens, o marido faleceu, sem deixar filhos, todavia, deixando outros herdeiros e bens imóveis.

De acordo com a lei argeliana, a viúva não era considerada herdeira do marido, por outro lado, de acordo com as leis da Ilha de Malta, a viúva deveria herdar um quarto dos bens deixados pelo falecido marido. É evidente a importância que a localização do sistema normativo passou a ter neste caso real. A dificuldade de julgar o caso surgiu, no entanto, devido à diferença de qualificação entre os sistemas normativos da Ilha de Malta e o sistema normativo da Argélia: o caso diz respeito ao regime matrimonial ou diz respeito ao direito sucessório? Se a relação jurídica for qualificada como sendo de regime matrimonial, os bens seriam regidos pela lei do primeiro domicílio conjugal, que no caso seria a Ilha de Malta, que permitiria à viúva herdar um quarto dos bens; por outro lado, se a relação jurídica fosse qualificada como sendo do direito sucessório, o sistema normativo a ser escolhido deveria ser o da Argélia, pois, em caso de sucessão de bens imóveis, a lei da situação dos mesmos deve

reger a relação que, neste caso, é a lei da Argélia, não herdando a viúva absolutamente nada do seu falecido marido.

Percebe-se neste exemplar caso a importância da qualificação do instituto jurídico no resultado do julgamento. A diversidade de qualificação tem como resultado que idênticas relações jurídicas se associem a regras de conflitos diferentes, com a consequente localização de sistemas normativos também distintos. Para este caso em particular, o tribunal da Argélia qualificou o caso como sendo pertinente ao regime de bens, com a aplicação da lei maltesa, beneficiando a viúva.

Pode-se perceber que a qualificação foi conduzida segunda a *lex fori*, ou seja, pela lei da Argélia, que entendeu ser a relação jurídica de regime de bens e, desta forma, a localização deveria selecionar o sistema normativo da Ilha de Malta. O entendimento também no Brasil é de que a *lex fori* deve ser aquela a conduzir a qualificação, mas com duas exceções: a) em matéria de bens, que deve se localizar o sistema normativo da situação dos bens; e b) em matéria dos contratos, que deve se localizar o sistema normativo da residência do proponente.

1.6.1.2 O testamento ológrafo do holandês

O segundo exemplo fornecido por Dolinger, muito referenciado pela doutrina em geral, é o caso do holandês que outorga na França um testamento ológrafo, ou seja, um testamento particular. Após a morte do testador, o problema enfrentado foi estabelecer a validade do referido instrumento perante os tribunais franceses.

Segundo o artigo 992 do Código Civil da Holanda, todo holandês que se encontre no exterior não pode outorgar um testamento se não for à forma autêntica e de acordo com as regras em vigor no país em que o ato se realiza. A dúvida se concentrou na possibilidade legal, ou não, de um tribunal francês reconhecer a validade deste testamento. Esta questão acabou por ter a qualificação do art. 992 do Código Civil holandês que proibia o testamento ológrafo.

Se os tribunais franceses qualificarem a proibição do artigo 992 como sendo relacionada à capacidade do testador e, portanto, uma regra de capacidade, o testamento será considerado nulo. Por outro lado, se os tribunais franceses qualificarem a proibição desse artigo como sendo relacionado à forma do ato jurídico, o testamento será considerado válido, pois a lei francesa admite o testamento na forma ológrafa. Se a forma ológrafa for qualificada sob o ponto de vista da capacidade do testador, o Direito holandês será aquele a ser localizado

para reger a relação, pois é o direito pessoal do testador. Assim sendo, o testamento será considerado nulo, pois, segundo o artigo acima mencionado, o torna nulo. No entanto, se a forma ológrafa for qualificada sob o ponto de vista de forma do negócio jurídico, deve-se localizar o sistema normativo francês (*locus regit actum*) e o testamento será considerado válido.

Este é outro exemplo concreto de como a qualificação é determinante na localização do sistema normativo a reger a relação jurídica.

1.6.1.3 O caso Caraslanis

O caso Caraslanis é outra situação conhecida da jurisprudência da *Cour de Cassation francesa* envolvendo questões de conflito de qualificação. Neste caso, um grego ortodoxo casou-se com uma francesa na França, seguindo as formalidades deste país, todavia, a lei de nacionalidade de seu país demandava obrigatoriamente a celebração religiosa. A questão a ser resolvida era se o casamento era válido ou nulo.

Essa é outra situação em que a definição de validade ou não do ato jurídico vai depender da qualificação que se faça desse ato. Se o tribunal francês considerar que a celebração religiosa do casamento é uma condição de fundo (substância) e não de forma, ela deverá seguir a lei grega, pois é esta a localização que é determinada pelo DIPr francês com relação às questões de fundo do casamento, tornando-o nulo. Se, pelo contrário, o tribunal considerar que esta exigência é uma questão apenas de forma, ela deverá ser regida pelo Direito francês (*lex loci celebrationis*) e o casamento será considerado válido, conforme decisão da *Cour de Cassation francesa:*

> La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesqueles le caractère religieux on laïc du mariage est une question de forme.[56]

O tribunal francês, por considerar a celebração do casamento, segundo as tradições religiosas, uma questão de forma e não de fundo, localizou o sistema normativo francês como sendo aquele a reger o ato, considerando, por conseguinte, o casamento válido.

---

[56] ALLAROUSSE, Veronique. **A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law**. 23 Case W. Res. J. Int'l L. 479. 1991. Acesso em: 25 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol23/iss3/5 >.

"A questão de saber se um elemento da cerimônia de casamento pertence a categoria de forma ou de substância deve ser respondida por tribunais franceses com referência a conceitos legais franceses, que considera a natureza civil ou religiosa da cerimônia de casamento uma questão de forma." (Tradução nossa.)

1.7 **O princípio da autonomia da vontade**

O princípio da autonomia da vontade é a prerrogativa dada às partes de definir, de forma livre, como tutelar os seus interesses jurídicos. Naturalmente, essa liberdade será restringida na medida dos interesses sociais, que, sob todos os pontos de vistas, têm precedência com relação àqueles considerados privados. Contudo, é sempre importante lembrar que o objeto deste estudo envolve a demanda por processos que permitam a localização de sistemas normativos substantivos e eficazes, ou seja, sistemas normativos vinculados às partes e aos fatos que ensejam a relação jurídica.

Sob o ponto de vista individual, a vontade livre da pessoa, como forma de expressão da sua liberdade individual em expor seus verdadeiros desejos e anseios, certamente representa muito do que esta pessoa é, assim como também demonstra alguns dos seus valores culturais relacionados com esta expressão de vontade. Não havendo interesses públicos afetados, é recomendado respeitá-la e interpretá-la como legítima expressão dos valores individuais e culturais desse indivíduo.

Sob o ponto de vista social, a autonomia da vontade está vinculada ao espírito do comércio internacional e com sua natureza empreendedora que, por meio da sua liberdade de ação, cria, desbrava e descobre novos mercados e produtos na sua permanente demanda por lucros. Apesar de a autonomia da vontade envolver a tutela de todos os interesses jurídicos do indivíduo, é no comércio que ela se potencializa como instrumento de consecução de acordos jurídicos. A vinculação da *lex voluntatis* com a *lex mercatória* faz parte da história do comércio, que se fundamenta no original desejo da livre troca e satisfação das partes. Strenger relaciona a *lex mercatória* como sendo o conjunto coletivo da *lex voluntatis*, que se consolidou pela continuidade do costume:

> A introdução das vontades indivíduais reciprocamente consolidadas na concretização dos atos de comércio internacional foi, pela continuidade da prática, transformando-se em vontade coletiva, convalidada com o amálgama da lex mercatória. (STRENGER, 2005, p. 821.)

Certamente, o Estado não pode deixar a sociedade totalmente à mercê e em função de apenas uma de suas facetas de interesse – é preciso subjugar os interesses mercantis, de natureza privada, aos interesses maiores de toda a sociedade. Desta maneira, o Estado social regulou e limitou a *lex voluntatis* de modo a não ofender e comprometer outros interesses sociais e de ordem pública, tais como a justiça social, conforme observado por Strenger:

> [...] o Estado moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar maior justiça social, intervindo até mesmo nos contratos celebrados por particulares em matéria que antes era do estrito domínio privado [...].
> (STRENGER, 2005, p. 818.)

Não havendo ofensa a valores sociais, entendemos que deve prevalecer a *lex voluntatis*. Essa visão moderna de limitação da autonomia da vontade em função dos interesses maiores de toda a sociedade já era compartilhada por Beviláqua, no início do século passado, quando ainda não se cogitava o Estado social:

> Certamente não se erige o querer individual em força dominadora cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual para produzir effeitos juridicos tem de collocar-se sob a égide da lei da qual tira toda a sua efficacia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza effeitos juridicos em contrario as suas presunções. [...] Collocada nos seus naturaes limites e agindo de acordo com'a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionaes e unilateraes, consequentemente lhe deve ser permitido, nas relações internacionaes, escolher a lei a que subordina as obrigações livremente contrahidas. (BEVILÁQUA, 1906, p. 263.)

Mas a perspectiva de que a autonomia da vontade deva sempre prevalecer nos espaços não regulados pelo Direito público não é unânime entre todos os doutrinadores. Um argumento contrário à aplicação da *lex voluntatis* é que ela permite às partes a não submissão a regras mandatórias do sistema normativo regedor da relação, o que equivale conceder a elas um poder soberano e legislador. Conforme Ernst Rabel enfatiza, citando aqueles que discordam da aplicação do uso da autonomia da vontade, permitir que o contrato defina o sistema jurídico que vai regê-lo antes de verificar a sua validade segundo o sistema jurídico competente é "colocar a carroça na frente dos bois".

> […] prevailing theory attacks the freedom of the parties to a contract to determine the law that shall govern its validity, because this enables them to evade compulsory rules of a law otherwise controlling. It has been said that to allow parties to select their law would elevate them to the rank of a legislature and delegate to them a sovereign power. […] To recognize an agreement respecting applicable law before determining which law governs the validity of the agreement, is accordingly regarded as putting the cart before the horse.[57] (RABEL, 1958, p. 90.)

Nas relações comerciais, principalmente naquelas regidas por meio do contrato, é onde há ocorrência de um maior número de aplicação da *lex voluntatis*, pois o contrato é o instrumento jurídico que possui por objeto justamente o ajuste das vontades das partes, como

[57] "*[...] a teoria prevalecente ataca a liberdade das partes de um contrato para determinar a lei que deve reger a sua validade, porque isso lhes permite evadir de regras legais obrigatórias, que de outro modo seria controlada. Foi dito que se permitir que as partes selecionem sua lei, isto elevaria-as ao nível de legisladores, delegando-lhes um poder soberano. [...] reconhecer um acordo respeitando a lei aplicável antes de determinar qual a lei que deve reger a validade do acordo é colocar o carro na frente dos bois."* (Tradução Nossa)

se verifica em Maria Helena Diniz, porém em conformidade com a ordem jurídica:

> [...] contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. [58]

O contexto jurídico em que a vontade das partes é mais efetiva é aquele encontrado sob os efeitos dos contratos consensuais, ou seja, aqueles contratos que se tornam perfeitos no momento de aceitação da proposta pelo simples consentimento dos contratantes. Os exemplos mais comuns de contratos consensuais são: a) a compra e venda; b) a locação; c) o mandato; e d) a comissão, dentre outros menos expressivos.

No Direito Internacional Privado brasileiro, o elemento de conexão aplicável às obrigações contratuais está regido pelo artigo 9 da LINDB:

> "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem." (BRASIL, LINDB, 1942)

Há omissão no nosso ordenamento jurídico quanto à possibilidade ou não do uso da autonomia da vontade como elemento de conexão aplicável aos negócios jurídicos. Levando isso em consideração, o entendimento majoritário da jurisprudência é o da não aplicação da *lex voluntatis* para escolha do sistema normativo a reger os contratos.

O Direito de família, em uma relação jusprivatista, possui natureza privada, uma vez que as partes são indivíduos privados. Contudo, apesar de possuir natureza privada, o Direito de família possui um alto nível de intervenção estatal, que se estabelece por meio de várias normas cogentes e de ordem pública, limitando a sua autonomia privada a áreas bem específicas, tais como as convenções matrimoniais (no caso do casamento), à partilha do divórcio e à herança. Todas essas áreas são relacionadas a bens jurídicos de natureza patrimonial. Essa tendência de maior autonomia nas questões de Direito de família, quando aplicável, pode ser verificada pelo novo texto constitucional, no que se refere ao divórcio, conforme exemplifica Paulo Lôbo:

> A nova redação do §6º do art. 226 da Constituição, em 2010, ao suprimir qualquer referência à causa, culposa ou não, para a realização ou concessão do divórcio, convalidou a trajetória emancipadora do direito de família brasileiro, de menor

[58] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

> intervenção estatal na vida privada e de maior respeito à autonomia das pessoas neste âmbito.[59]

Tendo isso em vista, é possível considerar a viabilidade de aplicação da autonomia da vontade, mesmo para o estatuto pessoal, naqueles tópicos que a lei permita e que tratem primordialmente das relações patrimoniais. Portanto, resumindo os exemplos acima, a incidência da autonomia da vontade pode ocorrer: a) no casamento, ao se estabelecer o regime patrimonial inicial dos bens do casal ou ao se fazer a sua alteração; b) no caso do divórcio, na questão de como pode ser feita a partilha dos bens do casal; e c) na herança, como pode ser definida a distribuição da legítima.

O princípio da autonomia da vontade, quando aplicado especificamente ao Direito Internacional Privado na forma da livre indicação de um sistema normativo a ser localizado, representa um natural e espontâneo vínculo entre as partes e o sistema normativo por elas indicado como sendo aquele de sua preferência. Essa expressão de vontade não deve ser desconsiderada ou ignorada, mas incorporada como um elemento de proximidade a fazer parte da composição do perfil material das partes. Não havendo ofensa aos interesses sociais, sejam na forma de ordem pública, bons costumes ou preceitos constitucionais, a livre preferência das partes pela localização por determinado sistema normativo deve ser um importante componente na decisão final do juízo de localização.

1.8 **Reenvio**

Como foi visto, por meio do método de resolução de conflito do DIPr é possível localizar o mais adequado sistema jurídico a reger uma determinada relação material que envolva elementos estrangeiros. A localização desse sistema é um dos principais objetos do Direito Internacional Privado e, no Brasil, é regido pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB). Por meio dos elementos de conexão, definidos pelo DIPr nacional, localiza-se o sistema normativo potencialmente aplicável à relação fática.

Duas questões ainda estão por se discutir com relação à aplicação do Direito estrangeiro no sistema de Direito Internacional Privado brasileiro. A primeira delas diz respeito a como se considerar o Direito estrangeiro: ele deve ser considerado como "fato" ou como Direito? A segunda questão diz respeito à remissão ao sistema jurídico estrangeiro: quando a remissão se procede, deve-se apenas considerar as normas de caráter material ou a remissão vai contemplar também as normas indiretas de sobredireito de DIPr?

---

[59] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. p. 49.

No Brasil, o Direito estrangeiro é tratado como Direito e não como fato. A principal consequência desta opção legislativa é que o julgador pode aplicar o Direito estrangeiro de ofício, ou seja, independente de invocação da parte interessada, por meio do método de resolução de conflito do DIPr. Se o Direito estrangeiro fosse considerado como fato, ele dependeria de invocação das partes interessadas para que pudesse ser aplicado.

O DIPr brasileiro não deixa margem a dúvidas com relação a como deve ser aplicado o Direito estrangeiro – ele deve ser aplicado como lei, como norma, conforme podemos confirmar na textualidade da LINDB, em seu art. 7: "A lei do país em que domiciliada a pessoa determina*... ".* A interpretação legítima do comando acima é: para o estatuto pessoal o sistema normativo do domicílio da pessoa determina qual o direito será aplicado, seja ele o nacional ou o estrangeiro, de ofício pelo julgador, sem qualquer participação ou invocação das partes.

A segunda questão diz respeito à remissão ao direito alienígena: as normas de sobredireito do Direito Internacional Privado dos sistemas estrangeiros estão incluídas ou não na remissão? Elas deverão ser também aplicadas? Ao se remeter a questão jurídica ao Direito estrangeiro, essa remissão é direcionada a todo o sistema normativo estrangeiro, incluindo as suas normas de sobredireito, ou a remissão inclui somente as normas de Direito material?

A combinação destas duas hipóteses a) se a aplicação do Direito estrangeiro se dá como Direito ou como fato*;* e b) se a remissão ao sistema normativo estrangeiro inclui as normas de DIPr, ou somente o seu Direito material; levam forçosamente à contemplação do instituto chamado de reenvio ou devolução.

O conceito de reenvio fica bem esclarecido pelo Boletim XXXVIII da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que o define como sendo:

> [...] o problema que surge do facto de a legislação estrangeira designada pelo Direito Internacional Privado do foro para regular certa relação de vida se lhe não considerar aplicável e antes a remeter para outra ordem jurídica (que tanto pode ser do Estado local como a de um terceiro Estado).[60]

Ernst Rabel, de uma forma mais didática, conceitua o reenvio por meio de um exemplo prático:

> Renvoi, translated as "remitting", "reference back", properly means that, when a conflict rule of a state refers to the "law" of another state and the conflicts rule of the

[60] **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. XXXVIII, 1962.

> latter state directs the application of the former's own internal law, such law is applied. [Prossegue o autor com exemplo] Thus, in a French court, succession upon death to the movables of an American citizen domiciled in France is governed by the "American law" but, the law of the domicil, i.e., French inheritance law, being applicable under American principles of conflicts, this law is applied by the French courts.[61] (RABEL, 1958, p. 78.)

Ou se preferirmos um exemplo mais próximo à nossa realidade, podemos recorrer a Beviláqua, que fornece o exemplo da capacidade de um argentino domiciliado no Brasil, tendo por base o Direito Internacional Privado brasileiro vigente no início do século XX, quando ainda prevalecia a nacionalidade como sendo o elemento de conexão do estatuto pessoal e o reenvio era denominado retorno:

> Supponhamos em se tracta de determinar a capacidade de um argentino domiciliado no Brasil. A lei brasileira estatue que essa determinação seja feita pela lei argentina; esta, por seu turno, devolve o caso para a lei do domicilio que é a brasileira. Eis ahi o retorno. (BEVILÁQUA, 1906, p. 95.)

Para esses casos de reenvio, nada melhor do que um exemplo prático para a sua compreensão. Adicionalmente àqueles casos práticos fornecidos por Rabel e Beviláqua, vejamos um caso de conflito negativo. Suponha que o DIPr nacional de um país "A" remeta um litígio para ser resolvido por um determinado sistema normativo de um país "B" e que o DIPr desse país "B" tenha como regra a remissão deste litígio ao país "A". Esse conflito também é conhecido como "conflito negativo entre os elementos de conexão" – pois os dois sistemas consideram que não são legitimados para resolver a lide – é o chamado reenvio ou devolução.

Outro cenário possível é a situação oposta, ou seja, quando dois sistemas normativos distintos se consideram competentes para julgar um determinado litígio, segundo as regras de seus respectivos DIPr locais. Nesse cenário há um conflito positivo entre os elementos de conexão, também chamado de renúncia.

É importante mencionar que o reenvio somente diz respeito ao conflito de leis e não à competência, pois não está se referindo ao envio físico do processo, mas na aplicação do sistema normativo estrangeiro pelo mesmo juízo do foro. O reenvio, nesse caso, significa a reanálise do caso sob outro sistema normativo, contudo perante a mesma jurisdição.

---

[61] *"Renvoi, traduzido como 'reenvio','referência para trás', significa apropriadamente que quando a regra de conflito de um estado se refere à 'lei' de outro estado e a regra de conflitos deste último direciona a aplicação da lei interna do primeiro, tal lei é aplicada. Por conseguinte, em um tribunal francês, a sucessão, após a morte, dos bens móveis de um cidadão americano domiciliado em França é regida pela 'lei americana', mas a lei do domicílio, ou seja, a lei de herança francesa, sendo aplicável de acordo com os princípios americanos de conflitos, esta lei deve ser aplicada pelos tribunais franceses."* (Traduçao nossa)

Outro aspecto primordial a ser observado é a posição histórica e majoritária da doutrina brasileira em favor do reenvio, apesar de que, com a nova LINDB, de 1942, o reenvio passou a ser proibido de forma expressa. O sistema de Direito Internacional Privado brasileiro é taxativo na proibição ao reenvio, conforme pode ser confirmado pela leitura do seu art. 16º:

> Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei. (BRASIL, LINDB, 1942)

É indiscutível que o sistema normativo brasileiro não admite, de forma decisiva, a remissão a outra lei feita pela lei estrangeira. Apesar disso, nomes importantes da doutrina brasileira, tais como Clóvis Beviláqua, Haroldo Valladão e Irineu Strenger, defenderam o instituto do reenvio, mencionando diversos argumentos em favor dele, tais como: a) o sistema normativo de um país deve ser visto de uma forma integralizada, sem separar as suas normas de natureza material das normas indireta, como as de Direito Internacional Privado; b) ao enviar um determinado problema a um sistema jurídico, este deve ser aplicado em seu todo, não podendo excluir ou expurgar a aplicação do seu DIPr; e c) uma das premissas do DIPr é que o magistrado da *lex fori* deve se colocar no lugar do magistrado do sistema jurídico localizado, de modo a aplicar o sistema estrangeiro como se lá estivesse, ignorando qualquer possível influência do direito local. Considerando que o magistrado estrangeiro não deixaria de obedecer aos ditames do seu próprio Direito Internacional Privado, o magistrado da *lex fori* também não pode deixar de aplicá-lo, pois, assim agindo, não estaria seguindo os mesmos passos que o juiz estrangeiro seguiria.

Assim esclarece Valladão a aplicação do instituto do reenvio:

> A diretriz jurisprudencial quase em todos os países, inclusive, ultimamente, a do Estado de Nova York, salvo apenas a da Itália, resolveu o conflito negativo pela teoria chamada da devolução (reenvio, renvoi, rinvio), aceitando o juiz do foro a referência, a devolução, que a lex causae (a lei por êle declarada competente) faça à mesma lex fori retorno, (devolução para trás, retorno, renvoi au premier degré, rinvio indietro, renvoi of remittal, Rüchverweisung), ou a outra lei, para diante, devolução à lei estrangeira (renvoi au deuxième degré, rinvio altrove, renvoi of transmission, Weiterverweisung). Destarte nessa posição intuitiva, conciliadora entre os textos de DIP divergentes, o Juiz brasileiro aplica a lei brasileira ao brasileiro domiciliado na Itália (retorno) e a lei francesa ao francês domiciliado na Itália (devolução à lei estrangeira).[62]

Conclui-se esse tópico com o comentário do professor Dolinger, para evidenciar o

[62] VALLADÃO, Haroldo. **Conflitos no Espaço das Normas de DIP – Renúncia e Devolução**. São Paulo. Faculdade Nacional de Direito.

quanto é importante o respeito pela cultura e pelo sistema jurídico estrangeiro, que requer, para a sua completa perfeição, uma compreensão de forma integrada, sem excluir qualquer de suas áreas de conhecimento, inclusive aquelas normas de sobredireito do Direito Internacional Privado:

> A riqueza da diversidade do mundo, o Espírito de Tolerância e o princípio da proximidade, são estes os valores que aprendemos quando nos aprofundamos no estudo do Direito Internacional Privado. (DOLINGER, 2014, p. 38.)

1.9 **A ordem pública**

Não é possível definir conceitualmente a ordem pública, pois ela é fluida, variável no tempo e no espaço, possuindo componentes de natureza moral, política, econômica etc. Enfim, é um instituto que abrange toda a natureza sociojurídica de uma sociedade. Ela também reflete a cultura média de um país em uma determinada época e funciona como uma restrição à aplicação das regras do DIPr, não permitindo que o Direito estrangeiro, incompatível com os valores sociais e fundamentos jurídicos da nação, venha a ser aplicado localmente. A natureza aberta e indefinida da ordem pública é bem explícita nas palavras de Dolinger:

> [...] a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição [...]. (DOLINGER, 2014, pp. 412-423)

Pensamento este também compartilhado por Weiss, que a considera como sendo:

> [...] obscura e incerta e que é quasi impossível defini-la.
> (WEISS,1903 apud BEVILÁQUA, 1906, p. 78.)

Ou Mônaco, que de uma forma mais completa, traduz esse sentimento de indeterminação da ordem pública:

> Já quanto à invocação da ordem pública, insta deixar assente o fato de ser o princípio de dificílima conceituação e precisão, encontrando incrível mobilidade no espaço e no tempo justamente por depender da verificação de certa filosofia político-jurídica imanente às legislações, reflexo da vontade básica e majoritária de cada nação, vontade que acaba por refletir as necessidades de cada Estado, em determinada época. (MONACO, 2012, p. 112.)

Entretanto, apesar da evidente indefinição na sua conceituação, é possível listar algumas das características principais da ordem pública, tais como:

1. Ser relativa ao *mens populi* e dele emanar, conforme é possível se extrair das palavras de Maristela Basso:

> [...] a ordem pública se afere pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. (BASSO, 2013, p. 314)

2. Ser instável, variável no tempo e no espaço. Os conceitos e valores sociais mudam – evoluem e retrocedem – e, com eles, o sentido de ordem pública. O real conteúdo da ordem pública possui natureza social;

3. Ser contemporânea. O seu conteúdo é válido numa determinada época, modificando-se no tempo; e

4. Incide em três níveis distintos, cada um deles sendo diferentemente permeável aos fatos:

i) O primeiro nível de incidência não está no plano do DIPr, pois a ordem pública neste nível afeta a todos os tipos de relações jurídicas de Direito interno, incidindo indistintamente na autonomia individual das partes. Mônaco assim descreve esse primeiro nível de incidência:

> [...] no primeiro nível a ordem pública (ou a vontade comum da nação) se levanta para impedir que a vontade individual das partes de um negócio jurídico possa prevalecer contra os interesses postos pela maioria. (MONACO, 2012, p. 114.)

Normas de proteção aos hipossuficientes, proteção à economia e proteção às famílias são bons exemplos deste primeiro nível de incidência.

ii) O segundo nível de incidência é mais seletivo. A ordem pública vai afetar a legítima aplicação do Direito estrangeiro, que foi localizado pelo DIPr nacional. A aplicação do Direito estrangeiro é derrogada em favor do Direito nacional. Para que essa derrogação ocorra, a norma estrangeira deve agredir a ordem pública de forma mais grave que no nível anterior. Mônaco também descreve esse segundo nível de incidência:

> No segundo nível, no entanto, essa ordem pública ganha contornos internacionais. Sua aplicabilidade relaciona-se com a constatação de que a lei estrangeira indicada pela norma de direito internacional privado interna como sendo a lei aplicável para o deslinde da questão jurídica apreciada exprime valores muito diversos dos valores da sociedade nacional, motivo pelo qual a sua aplicação incondicional poderia chocar os bons costumes, ou a soberania nacional. (MONACO, 2012, p. 115.)

iii) No terceiro nível a aplicação da norma internacional tem que ser muito mais ofensiva aos valores da ordem pública para que ela não seja aplicada, pois neste nível são afetados inclusive os reconhecimentos dos direitos adquiridos no exterior. Um exemplo típico desse cenário é o reconhecimento de casamentos bígamos que tenham

ocorrido no exterior.

Mônaco explica esse terceiro nível de incidência:

> No terceiro nível, por fim, "em grau de natureza gravíssima, a ordem pública irá ao ponto de impedir a aceitação no foro de situações já consumadas e consagradas no exterior". Trata-se da recusa de reconhecer situações que configurem até mesmo eventual direito adquirido de uma das partes [...]. (MONACO, 2012, p. 115.)

Todavia, é importante enfatizar que a intensidade da rejeição da lei estrangeira depende de quão próxima do foro as partes ou as situações jurídicas estejam. A depender desta vinculação entre as partes e o foro, é possível haver alguma mitigação da aplicação da ordem pública. A doutrina da "aproximação", ou da "adaptação", defende a discricionariedade do magistrado local em aplicar o Direito estrangeiro por meio da aplicação da exceção da ordem pública, autorizando o reconhecimento de efeitos parciais do Direito estrangeiro ainda que ocorra alguma violação de ordem pública.

Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional e sua estrutura está ligada aos seus fundamentos, podendo ser implantados como uma espécie de princípio geral de direito ou ainda como uma cláusula de reserva.

O intento de se obter o equilíbrio entre respeitar o Direito estrangeiro e, simultaneamente, não violar importantes valores sociais locais é a essência de aplicação da exceção da ordem pública no Direito Internacional Privado. No Direito Brasileiro a exceção da ordem pública é definida no artigo 17 da LINDB, que assim a declara:

> As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. (BRASIL, LINDB, 1942.)

Como um princípio de exceção à aplicação do Direito estrangeiro, responsável por mitigar o respeito mútuo entre as nações, a ordem pública é extremamente significativa para o Direito Internacional Privado, uma vez que ela pode comprometer e restringir o seu maior objetivo – que é a integração e o respeito mútuo entre as diferentes sociedades. Muito cuidado deve ser tomado na sua aplicação, uma vez que existe uma tendência natural de que o magistrado local busque aplicar a legislação pátria em detrimento da lei estrangeira, criando o risco de se utilizar a ordem pública como uma forma travestida de busca pela justiça plena, quando, na verdade, deseja-se a aplicação da *lex fori.* Este mau uso da ordem pública desconfigura o seu objetivo e já era uma preocupação manifestada por Beviláqua no início do

século XX:

> O princípio da territorialidade das leis de ordem pública não quer dizer que essas leis se devam indistínctamente applicar a todas as pessoas e bens que se acharem presentes ou a todos os actos que se executarem no seu território. Esse principio somente se applica a essas leis, quando o interesse social, que ellas defendem, se achar ameaçado. (BEVILÁQUA, 1906, p. 47.)

1.10 **Normas de aplicação imediata**

As normas de aplicação imediata são aquelas leis de natureza material, que devido a políticas legislativas de interesse do Estado, sejam elas de natureza moral, social ou econômica, afastam possíveis regras de conflito bilaterais, envolvendo relações plurilocalizadas de Direito Internacional Privado.

Quase todas as nações, em algum momento de sua história, fecham as suas portas à bilateralidade na resolução de conflitos plurilocalizados para atender alguma situação particular e excepcional de Direito Internacional Privado. Esta tendência é mais comum de ocorrer em normas relacionadas com a ordem econômica ou na defesa dos interesses dos hipossuficientes, entretanto pode ocorrer também por qualquer outra razão de interesse específico dos Estados. Nádia de Araújo assim define as normas de aplicação imediata:

> [...] 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 económica do país.[63]

Conceito que é complementado por Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques, no tratado sobre *Normas de Aplicação imediata e Direitos do Consumidor*:

> [...] A solução é muitas vezes aplicar diretamente a norma nacional material de proteção e menosprezar o método conflitual clássico do DIP. São as chamadas 'leis de aplicação imediata', leis básicas de segurança do mercado ou sociedade ('*sauvegarde de l'organisation politique, sacia/e ou économique du pays'*), leis para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem necessidade de antes passarem pelo método clássico do Direito Internacional Privado, da indicação de uma lei aplicável.[64]

As normas de aplicação imediata normalmente se encontram na fronteira do Direito Público e o do Direito Privado, pois, apesar de muitas vezes tratarem de interesses privados,

---

[63] ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais**, 2.ed., Rio de janeiro: Renovar, 2000, p. 33.

[64] MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. **Normas de Aplicação imediata como um método para o Direito Internacional Privado de proteção do consumidor no Brasil.** Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2004.

como, por exemplo, os contratos internacionais, esses interesses são objetos de proteção de políticas públicas, como no caso da defesa do consumidor. No entanto, não é para se falar em exceção de ordem pública, uma vez que as exceções ao DIPr são aplicadas no método do Direito Internacional Privado clássico para resolução de conflitos somente após a etapa de localização do sistema normativo e, de maneira distinta, as normas de aplicação imediata previnem antecipadamente a aplicação do método do Direito Internacional Privado como um todo.

Na verdade, as normas de aplicação imediata são uma alternativa ao método do Direito Internacional Privado, conforme esclarecido por Nádia Araújo:

> Enquanto a ordem pública é 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 de plano, e o conflito de leis nem mesmo considerado.[65]

Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques mencionam Phocion Francescakis e a sua obra *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé,* de 1958, na qual introduziu a teoria das normas de aplicação imediata e foi o primeiro a utilizar a expressão lei de aplicação imediata (*lois d'application immédiate*).[66] Todavia, o mesmo Francescakis admite que a questão das normas de aplicação imediata já havia sido anteriormente tratada por Savigny, porém sem a utilização desta denominação:

> Another class of absolute statutes, on the contrary, has its end and object beyond the province of pure law apprehended in its abstract existence (c), so that they are enacted not merely for the sake of the persons who are the possessors of rights. Laws of this class may rest on moral grounds. Such is every marriage law which excludes polygamy. They may also rest on reasons of public interest (*publica utilitas*), whether these relate to politics, police, or political economy.[67]
> (SAVIGNY, 1880, p.78.)

Ou nas palavras das autoras citadas anteriormente:

> Segundo Savigny, essas leis se revestiam de caráter político, de polícia ou de economia política e, para descobrir se determinada lei se inseria nesses casos

---

[65] ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**, 1ª.ed., Porto Alegre. Revolução eBook, 2016.

[66] FRANCESCAKIS, Ph. **La Théorie du Renvoi**. Paris, Sirey, 1958.

[67] *"Outra classe de estatutos absolutos, pelo contrário, tem seu fim e objeto além da província da pura lei compreendida em sua existência abstrata (c), para que sejam promulgadas não apenas por causa das pessoas que são possuidores de direitos. As leis desta classe podem basear-se em motivos morais. Como é o caso de toda lei de casamento que exclui a poligamia. Elas também podem se basear em razões de interesse público (publica utilitas), sejam elas relacionadas à política, a políticas públicas ou a políticas econômicas"* (Tradução nossa)

> excepcionais, dever-se-ia pesquisar a intenção do legislador. Assim, se fosse confirmado alguns desses casos, aplicar-se-ia, obrigatoriamente, a lei do foro [prosseguem as autoras] as leis rigorosamente obrigatórias excluiriam, no entanto, qualquer utilização do método conflitual bilateral.
> (MARQUES; JACQUES, 2004, p.75.)

Portanto, compete às normas de aplicação imediata desautorizar o método do Direito Internacional Privado, afastando a sua abordagem bilateral, de modo a impor uma aplicação direta e unilateral das normas materiais da *lex fori*, em defesa dos interesses do Estado do foro.

É importante novamente enfatizar a natureza de absoluta excepcionalidade que deve se revestir as normas de aplicação imediata, tendo em vista seu carácter de proteção dos interesses do Estado do foro, uma vez que elas não devem ser utilizadas como forma de afastar o Direito Internacional Privado na sua abordagem multilateral de respeito a outras culturas.

Segundo Francescakis, as normas de aplicação imediata devem possuir as seguintes características: a) a sua aplicação não deve resultar na aplicação do método conflitual do DIPr; b) possui natureza unilateral, definido pelo legislador do foro, segundo os interesses políticos do seu Estado; c) as normas de aplicação imediata podem possuir natureza pessoal ou territorial; e d) são normas de aplicação em carácter excepcional, visando proteger os interesses do seu Estado.

Compete às leis de aplicação imediata afastar as regras de conflito bilaterais, exigindo uma aplicação direta aos casos civis e comerciais internacionais. Elas consagram os interesses estaduais do local do foro e as políticas materiais, representando ainda a orientação substancial do direito de conflitos contemporâneo. De uma forma geral, as seguintes áreas do Direito são mais propensas à aplicação de normas de aplicação imediata: a) normas mercantis envolvendo o comércio exterior; b) normas contra a concorrência desleal; c) normas sobre monopólios; d) normas de controle cambial; e) normas de defesa do consumidor; f) normas de controle de bens imóveis para estrangeiros; g) normas de defesa dos hipossuficientes; h) proteção de patrimônio cultural; e i) qualquer outra área que o Estado tenha interesse em manter a sua regência ao abrigo do controle local.

É importante também enfatizar que as normas de aplicação imediata são normas de Direito material, sendo distintas das normas de conflito do DIPr, que são normas de sobredireito. As normas de aplicação imediata solucionam diretamente a relação jurídica, sem

necessidade de remissão para nenhuma outra norma. Elas, portanto, afastam a aplicação do DIPr e, de uma forma apriorística, localizam a *lex fori* como a única competente para reger a relação e resolver a questão de Direito material. Nesse sentido, pode-se considerar que as normas de aplicação imediata definem uma metodologia alternativa ao método conflitivo do Direito Internacional Privado.

2. A PERSPECTIVA CLÁSSICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O método conflitual clássico do Direito Internacional Privado para a localização do sistema normativo a reger litígios com elementos estrangeiros é baseado em regras de conflitos que determinam a lei aplicável por meio da determinação da sede da relação jurídica e de seus elementos de conexão. É bem definido nessa metodologia que as leis materiais aplicáveis à vida real não fazem parte das normas de DIPr, por conseguinte, não é seu objeto a imposição direta da justiça substantiva, mas, sim, a localização do sistema normativo que irá executá-la.

Apesar do DIPr não ser a vertente do sistema normativo que é responsável por impor diretamente o Direito material a ser aplicado ao caso *in concreto* (segundo uma perspectiva clássica), ele é aquela divisão do Direito que seleciona ou que localiza esse Direito material. Essa responsabilidade do DIPr em localizar o sistema normativo que determinará o Direito material a ser aplicado, vincula-o materialmente com a realidade dos fatos envolvidos, ainda que de forma transitiva, não direta. Esta transitividade é estabelecida uma vez que o sistema normativo localizado para reger o Direito material deve ser vinculado aos fatos; por outro lado, o DIPr é aquele que determina o sistema normativo a ser localizado, por conseguinte, ele se vincula aos fatos envolvidos por transitividade. Portanto, apesar de não reger diretamente o Direito material, o Direito Internacional Privado deve possuir vinculação com os fatos que deram origem à relação, ainda que na sua função de sobredireito, estritamente localizadora. Por isso, a localização não prescinde de se levar em consideração a análise cognitiva da realidade factual e dos fatos que deram origem à relação jurídica.

A concepção clássica de DIPr forneceu a metodologia das regras de conflitos, tendo por base a sede da relação jurídica e os seus elementos de conexão. Será ainda visto nesta dissertação que não existe incompatibilidade intrínseca entre a metodologia clássica e o desenvolvimento de uma abordagem substantiva na localização do sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada. A substantividade no processo de julgamento de relações jurídicas plurilocalizadas está mais relacionada com as políticas legislativas do que com a metodologia utilizada para a localização do sistema normativo a regê-las.

2.1 **A visão de Savigny**

Friederich Carl Von Savigny é um dos maiores nomes do Direito Internacional Privado. Ainda na fase moderna do DIPr, foi ele quem mais perseguiu um princípio

unificador e geral para essa ciência. Segundo Strenger, a primeira regra fundamental do sistema de Savigny é:

> [...] a lei que deve reger a relação jurídica é aquela mais conforme à natureza dessa relação jurídica, seja a lei nacional ou a estrangeira. [complementa o professor da USP] a lei mais conforme à natureza da relação jurídica é a determinada pela sede dessa relação. (STRENGER, 2005, p. 238.)

A determinação da sede da relação jurídica pressupõe o conhecimento prévio da natureza dessa relação, a ser relacionada com as categorias de Direito que possui os maiores vínculos factuais com as situações plurilocalizadas de DIPr a ser julgada. Savigny identificou as seguintes categorias de Direito como sendo aquelas importantes para a sua teoria: a) estatuto pessoal, que define os atributos constitutivos da individualidade da pessoa humana, tais como aquisição de personalidade jurídica (por meio do nascimento), capacidade, filiação, poder familiar, casamento, divórcio, morte etc.; b) estatuto real, envolvendo os bens em geral; c) atos e fatos jurídicos; e d) obrigações em geral.

Para cada uma dessas categorias de Direito, Savigny definiu as sedes que ele considerava mais adequadas, mais significativas, no contexto das relações plurilocalizadas de DIPr, tendo por base aqueles elementos que ele entendeu como determinantes:

1. Para o estatuto pessoal, a sede da relação sugerida é o domicílio da pessoa;
2. Para os bens, a sede da relação sugerida é a situação dos mesmos;
3. Para o ato ou fato jurídico, a sede da relação sugerida é o lugar da celebração;
4. Para a obrigação, a sede da relação sugerida é o lugar do seu cumprimento.

A determinação do sistema normativo a ser localizado é obtida a partir dessa metodologia geral, que resumidamente consiste em: a) identificar a natureza da relação jurídica ou, conforme também é conhecido tecnicamente este processo, qualificá-la. Conforme visto, a qualificação é o processo técnico jurídico pelo qual se agrupam os elementos fáticos, tendo por base as instituições criadas pela legislação ou pelo costume; b) a partir da natureza jurídica da relação, determina-se a sua sede; e c) identificada a sua sede, localiza-se o sistema normativo mais adequado para ela, por meio de aplicação dos seus elementos de conexão.

Por exemplo, numa relação envolvendo divórcio plurilocalizado, a primeira etapa para se localizar o sistema normativo a reger essa relação é identificar a sua natureza jurídica, que neste caso pertence ao estatuto pessoal. Qualificada a relação, o segundo passo na metodologia savigniana é identificar a sede da sua relação jurídica que, neste exemplo em

particular, consiste na determinação do(s) domicílio(s) das partes envolvidas. E, finalmente, identificado o elemento determinante da sede da relação (ou elemento de conexão), obtém-se o sistema normativo a reger a relação, ou seja, o sistema normativo do domicílio das partes. Observe que o elemento de conexão domicílio utilizado no exemplo é aquele sugerido por Savigny, no entanto nada impede que outros elementos possam ser escolhidos pelos DIPr dos mais diferentes países.

A metodologia savigniana é bem sumarizada nas palavras de Beviláqua, que a define com uma teoria completa de Direito Internacional Privado:

> Savigny, examinando a efficacia da lei no espaço, desenvolve uma theoria completa de direito internacional privado. Entende o excelso jurisconsulto que o juiz, achando-se em face de um conflicto de leis de Estados diferentes, deve examinar, com cuidado, a natureza da relação jurídica que lhe cumpre julgar, inquirir depois qual é a lei que mais convém a essa relação, e, por fim, aplica-la, muito embora seja estrangeira essa lei. (BEVILÁQUA, 1906, p. 32.)

Além de completa, a metodologia savigniana é simples, objetiva e funcional. Neste momento, ainda não será analisado o mérito desta metodologia, com relação à sua natureza formal ou material, ou de como os mais diversos países implantaram as suas leis de DIPr, tendo por referência a metodologia savigniana, ou das críticas que (equivocadamente em nosso entendimento) recaíram sobre o método em si mesmo e não na maneira como ele foi aplicado.

O entendimento defendido nesta dissertação, com relação ao método clássico de Direito Internacional Privado savigniano, é que ele é um método que: a) possui natureza universal, pois pode ser aplicável a todas as relações jurídicas, de qualquer sistema normativo, desde que sejam utilizadas as suas variáveis conceituais na forma de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, tais como a sede da relação, a sua natureza jurídica e o seus elementos determinantes; b) é genérico – característica relacionada com a anterior, pois o método pode se adequar a diferentes cenários, desde que adequadamente modelado para eles; c) proporciona segurança jurídica, no sentido de se viabilizar a reprodução dos mesmos procedimentos, ajustados à realidade factual de cada caso, permitindo, desta forma, uma maior previsibilidade de resultados; e d) por ser estruturado, permite uma maior economia processual, evitando-se procedimentos redundantes ou desnecessários. De uma forma resumida, é possível caracterizar a metodologia conflitual savigniana como possuidora das seguintes características: universal, genérica, flexível, proporciona segurança jurídica, previsível, estruturada, proporciona economia processual.

O método savigniano ainda será explorado em mais profundidade, quando, então, será possível se demonstrar que ele, por si mesmo, não é responsável pela existência ou pela falta de substancialidade no processo de aplicação da justiça nos casos envolvendo o Direito Internacional Privado. A formalidade ou a substancialidade do DIPr depende de políticas legislativas de Estado – que podem dedicar maior ou menor esforço político e jurisdicional às suas questões plurilocalizadas – e não apenas a uma metodologia teórica.

É natural e humano associar os métodos e as metodologias aos formalismos e estes últimos às superficialidades e à falta de substância nas decisões. Talvez a transitividade por associação seja a maneira pela qual a mente nos induza a compreender os métodos, em geral, como superficiais, mesmo naquelas situações em que as verdades dos fatos não a fundamentem. Levando isso em consideração, segue abaixo algumas palavras de Antônio Boggiano sobre a relação do método savigniano e a substantividade que se almeja por meio dos conceitos de sede da relação ou, como também é conhecido, centro de gravidade ou o Direito mais conectado:

> Es de advertir que aun la primera determinación, que persigue la justa localización del caso mediante el hallazgo de su 'sede' (Savigny), de su 'centro de gravedad' (Gierke) o del derecho con el cual el caso 'está más estrechamente conectado' (Westlake), busca, indirectamente, la justa solución material del caso. Esta idea localizadora se halla presente también en la finalidad de 'respeto positivo al derecho extranjero', em la justicia indirecta de la elección del derecho aplicable al caso, Internationalesprivatrechtliche Gerechtigkeit, y en la investigación del derecho que presenta la relación más próxima con el caso. Todas estas concepciones pueden ser consideradas una profundización de la tesis central de Savigny.[68]

Outro importante elemento na teoria de Savigny, além de sua clássica metodologia, é a definição do domicílio como elemento de conexão para o estatuto pessoal. Como vimos, o domicílio é o vínculo jurídico entre a pessoa e o local onde ela deseja viver de forma permanente. Para Savigny, a sede da relação jurídica do instituto pessoal deve ser o domicílio, pois é esse vínculo que melhor reflete as relações de caráter pessoal do indivíduo. A escolha do domicílio faz parte da livre decisão de cada pessoa e, devido a isso, muitos doutrinadores modernos concordaram com a sugestão de Savigny: o *lex domicilii* é a regra que deve reger o

---

[68] BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado: derecho de las relaciones privadas internacionales.** 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot S.A. 2000. p. 45.
"Deve se notar que mesmo na primeira determinação, que busca pela justa localização do caso mediante o encontro da sua 'sede' (Savigny), ou do seu 'centro de gravidade' (Gierke) ou do direito com a qual o caso 'está mais estreitamente conectado' (Westlake), busca, indiretamente, a justa solução material do caso. Esta idéia localizadora se fará presente também na finalidade do 'respeito positivo da lei estrangeira', na justiça indireta da escolha da lei aplicável ao caso, 'Internationales privatrechtliche Gerechtigkeit', e na investigação do direito que representa a relação mais próxima com o caso. Todas essas concepções podem ser consideradas como um aprofundamento da tese central de Savigny." (Tradução nossa)

estatuto pessoal. A defesa de que a *lex domicilii* seja a regra a reger o estatuto pessoal tem por principal fundamento a sua natureza voluntária, ao contrário, por exemplo, da nacionalidade, que normalmente não há uma liberdade de escolha (pelo menos no que diz respeito à nacionalidade originária).

Savigny entendia que o domicílio era o vínculo mais seguro que relacionava as pessoas ao território, teoria essa expressa nas suas próprias palavras, ao fazer a defesa do domicílio como elemento de conexão para o estatuto pessoal:

> The great influence of this voluntary submision to the territorial law has always been very generally recognised. It might have been doubted in Roman law, according to which personal dependence on a particular local law was chiefly determined by municipal citizenship (§ 357), which everyone normally obtained, not by his own free will, but by birth (§ 352). But every possible doubt disappears in modern law, in which personal subjection to a particular local law is determined by domicile; for as domicile itself is fixed by perfectly free choice, so in regard to particular legal relations the normal faculty of subjecting oneself at will to any territorial law admits of no doubt.[69] (SAVIGNY, 1880, p. 134.)

Ao definir um sistema normativo estrangeiro para reger uma determinada relação jurídica plurilocalizada, Savigny entendia que a comunhão de direitos entre as nações civilizadas era o que demandava a aplicação do Direito estrangeiro, em detrimento do Direito nacional. Contudo, esta comunhão de direitos admitia exceções, devendo prevalecer o sistema normativo local: a) quando as leis internas fossem obrigatórias, de interesse geral e utilidade pública; e b) quando as instituições jurídicas estrangeiras fossem desconhecidas no país de aplicação. Segundo Savigny, para esses dois cenários deveria se excepcionar a aplicação do Direito estrangeiro, ainda que a regra de conflito o localizasse como sendo aquele a reger a relação.

Conforme visto, a teoria de Savigny tem por base a submissão das relações jurídicas à sua sede, o que permite, *a priori*, a localização do sistema jurídico mais adequado a cada relação. Ela define também a distinção entre as normas de Direito privado e as de Direito público, sendo as primeiras classificadas em necessárias e voluntárias. Para as necessárias, a vontade das partes não é determinante na localização do sistema normativo a reger a relação; por outro lado, para as normas voluntárias – por exemplo, os negócios contratuais –, a

---

[69] *"A grande influência desta submissão voluntária à lei territorial sempre foi geralmente muito reconhecida. Pode ter sido duvidada na lei romana, segundo a qual a dependência pessoal a uma particular lei local era determinada principalmente pela cidadania municipal (§ 357), que cada um normalmente obtia não por sua livre vontade, mas pelo seu nascimento (§ 352). Mas todas as possíveis dúvidas desaparecem na lei moderna, na qual a sujeição pessoal a uma determinada lei local é determinada pelo domicílio; como o próprio domicílio é fixado por livre escolha, então, nas relações jurídicas privadas, a faculdade normal de submeter-se por vontade própria a qualquer lei territorial não admite dúvidas."* (Tradução nossa)

vontade das partes pode ser elemento de localização. Com relação às normas de Direito público, elas seriam regidas pelo princípio da territorialidade.

Strenger, ao resumir o papel de Savigny no Direito Internacional Privado, evidencia a sua capacidade de organizar e estruturar o DIPr dentro de uma perspectiva científica, que é a mais importante contribuição do pensador alemão:

> Historicamente, Savigny é a expressão máxima do direito internacional privado. Colocou a questão em termos científicos. Teve a virtude de ser uma grande romanista. (STRENGER, 2005, p. 242.)

2.2 **A visão de Story**

Joseph Story, além de ter sido um dos pioneiros do Direito Internacional Privado moderno, foi quem deu pela primeira vez este nome à disciplina. Ele representou a escola anglo-americana de Direito Internacional Privado, de abordagem mais pragmática e com fundamentos jurisprudenciais. A abordagem de Story é bastante distinta daquela abordagem da escola europeia de sua época, que possuía uma perspectiva mais teórica do que prática.

Walter W. Cook, em seu artigo *The Logical and Legal Bases of The Conflict of Laws*, fez uma ampla e estruturada análise das características entre o método teórico e o método material de DIPr; o primeiro como representante das escolas europeias continentais e o segundo como representante das escolas americanas e inglesas. Ele os compara com os métodos das ciências físicas e naturais.

Cook inicia a sua explanação apresentando os dois métodos utilizados pelas ciências, o dedutivo e o indutivo, fazendo uma contraposição entre eles. Ele afirma que as ciências inicialmente se utilizavam da metodologia dedutiva, ou seja, aquela que partindo da lógica e de princípios gerais assumidos como verdadeiros – premissa maior – e por meio de relações com uma segunda proposição – premissa menor – pode-se chegar à verdade daquilo que se propõe. Por outro lado, a ciência moderna, baseada nas leis da natureza, passou a se utilizar da metodologia indutiva, que é uma metodologia fundamentada na observação dos fenômenos concretos e por meio de processos de "tentivas e erros" desenvolve generalizações que podem tanto descrever os fenômenos passados como prever o futuro. Segundo Cook, a ciência física moderna se estruturou e se ergueu tendo por base o método indutivo ou experimental, que é aquele que se utiliza da tentativa para se chegar à verdade sobre eventos particulares. A metodologia pura, tendo por base a dedução de princípios gerais assumidos como verdadeiros, foram sendo gradativamente abandonados.

Cook fez um esclarecedor paralelo entre as metodologias científicas e aquelas utilizadas pelo Direito Internacional Privado. Ele descreveu o método teórico, adotado pelas escolas europeias continentais, como sendo aquele que parte de princípios fundamentais de DIPr, tendo por base os seus sistemas normativos e deriva as regras que fundamentam as decisões dos casos jurisprudenciais. Portanto, o autor apresenta o método teórico como sendo aquele derivado de métodos científicos dedutivos. Em contraposição ao método teórico, tem-se o método positivo, que se fundamenta no fato de que as regras de conflito são também leis, no sentido estrito do termo, derivando-se da soberania do país que a impõe, de modo que toda importante doutrina de uma sociedade, de alguma forma, é expressa em seu sistema normativo. A partir do estudo da jurisprudência e de seus casos concretos, é possível se induzir regras gerais que a fundamentem. Conclui o jurista americano que a experiência em outras áreas das ciências, tal como a física, por exemplo, demonstra que a observação do fenômeno a partir da realidade permite generalizações posteriores mais eficazes:

> But, I may be asked, if the answer to conflict of laws cases cannot be deduced from certain pre-existing principles relating to 'jurisdiction', how are they to be decided? The only answer that can be given, by the same methods actually used in deciding cases involving purely domestic torts, contracts, property, etc. The problem involved is that of legal thinking in general. It requires for its adequate discussion an inquiry into the technique of human reasoning in general and that of reasoning in the field of law in particular. It must be admitted that the 'outrageous bit of nonsense' that men think in syllogisms, that they solve the problems of life by deductive reasoning, has apparently ruled in law as well as in morals and theology. Actually, however, in law as in the natural sciences, practice has preceded theory, at least to a considerable extent, and conclusions have not actually been reached deductively. The reason for this is shown by recent investigations into human thinking. These investigations have convinced the leading students of logic that formal logic, the deductive syllogism, is always purely hypothetical reasoning and never of itself assures us of the factual truth of the conclusions reached.[70]

Segundo Cook, a aplicação de métodos positivos no DIPr, foi pela primeira vez

---

COOK, Walter Wheeler. **The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws**. Faculty Scholarship Series. 1924. Paper 4025. Disponível em < http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4025>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

"No entanto, posso ser questionado, se a resposta para os conflitos de leis não pode ser deduzida a partir de certos princípios pré-existentes relativos à 'jurisdição', como devem ser decididos? A única resposta que pode ser dada, pelos mesmos métodos realmente utilizados na decisão de casos envolvendo danos puramente domésticos, contratos, propriedade, etc. O problema envolvido é o do pensamento jurídico em geral. Ele exige, para uma discussão adequada, uma investigação sobre a técnica do raciocínio humano em geral e sobre o raciocínio no campo do direito em particular. É preciso se admitir que o 'ultrajante absurdo' de que os homens pensam por meio de silogismos, que eles resolvem os problemas da vida por raciocínio dedutivo, aparentemente predominou tanto na lei como na moral e na teologia. Na realidade, no entanto, tanto na lei como nas ciências naturais, a prática precedeu a teoria, pelo menos em grande parte, e as conclusões não foram realmente alcançadas por meio da dedução. A razão para isso é demonstrada por investigações recentes sobre o pensamento humano. Essas investigações convenceram os principais estudiosos da lógica de que a lógica formal, o silogismo dedutivo, é sempre um raciocínio puramente hipotético e nunca, por si só, assegura a verdade factual das conclusões alcançadas." (Tradução nossa.)

apresentada na obra de Story, sendo totalmente estruturada em base de casos concretos, o que significa dizer que, por meio de observações das decisões dos tribunais, poder-se-ia induzir generalizações jurisprudenciais.

A principal obra de Story, *Commentaries on the Conflict of Law, foreign and domestic,* teve como fundamento várias decisões jurisprudenciais de natureza prática e foi estruturada tendo por base o tipo de assunto a ser tratado e não seguiu a tradicional divisão europeia entre estatutos reais e pessoais. Sua obra foi organizada nos seguintes capítulos, que expressam a sua abordagem prática dos problemas de DIPr: a) domicílio nacional; b) capacidade das pessoas; c) casamento; d) divórcios; e) contratos; f) propriedade pessoal; g) propriedade real; h) testamento; i) sucessão; j) partilha; l) tutelas e guardas estrangeiras; m) jurisdição e recursos; n) Direito penal; e o) evidências e provas.

A obra de Story sobre o Direito Internacional Privado reflete a sua experiência prática de conflitos de leis no espaço, principalmente conflitos entre os diversos Estados federados americanos. Segundo Strenger, a sua teoria se baseia em duas premissas fundamentais:

> 1. Cada nação decide autonomamente em que medida deve aplicar o Direito estrangeiro.
> 2. É de interesse mútuo admitir o direito de outro país: vale dizer: o governo tem o "dever moral"' de fazer justiça aos súditos de nações estrangeiras, afim de que os governos dessas nações façam também a justiça aos seus súditos.
> (STRENGER, 2005, p. 233.)

É preciso respeitar a autonomia dos Estados na maneira como vai desenvolver o Direito estrangeiro, de modo a não ofender a sua soberania; por outro lado, o Estado tem o dever moral de fazer justiça aos estrangeiros residentes ou de passagem por seu território. Se este dever moral não for reconhecido como fundamento da aplicação do Direito estrangeiro, que seja, pelo menos, a visão pragmática tendo por base a reciprocidade, conforme palavras de Maristela Basso:

> [...] pois assim agindo, terão certeza da reciprocidade por parte dos demais. (BASSO, 2013, p. 149.)

Na visão de Story, a aplicação da lei estrangeira não é questão de cortesia internacional – *comitas gentium* – mas, sim, uma questão de interesse mútuo entre as nações, com efeitos práticos para resolução de problemas de fato, na busca pela justiça plena. Apesar de o *comitas gentium* fazer parte do DIPr, este não é regido por aquele. O juiz deve apreciar a lei local, a lei estrangeira, a questão da ordem pública e os fatos vinculados à relação jurídica

e, somente então, é que deve tomar a decisão em busca da melhor justiça.

A visão de Direito Internacional Privado dos norte-americanos é muito influenciada pela sua experiência jurisprudencial de conflitos de leis entre seus Estados federados, assim como também por questões no cenário internacional. Desta visão híbrida de DIPr, envolvendo tanto as experiências de conflitos entre distintas soberanias nacionais, assim como também a experiência de conflitos normativos entre múltiplos Estado federados, propiciou uma extensa jurisprudência no campo de DIPr, que foi fundamental para o desenvolvimento da obra de Story. Isso é bem enfatizado no comentário de Dolinger:

> Está aí uma síntese feliz do campo de estudos da nossa disciplina por um autor americano que tinha um horizonte europeu da matéria, consciente de que conflitos ocorrem não só no plano interno dos Estados Unidos, em que as legislações estaduais divergem entre si, como também no plano internacional (o que não foi seguido pela maioria do jus-internacionalistas norte-americanos da segunda metade do século XX), utilizando o sistema anglo-americano de examinar e comentar a experiência dos tribunais. (DOLINGER, 2014, p. 193.)

No capítulo I, observações introdutórias, Story prepara a fundamentação histórica da sua obra de Direito Internacional Privado relacionando a diversidade das leis existentes entre os diferentes agrupamentos humanos com as diversidades físicas de meio ambiente no qual esses grupos se desenvolveram. Sociedades que habitam um ambiente hostil e de difícil sobrevivência demandam um tipo de Direito distinto daquelas sociedades que gozam de uma maior prosperidade natural; assim como também, por exemplo, aquelas sociedades litorâneas mais acostumadas ao contato com outras sociedades desenvolverão um Direito que atenda a essas necessidades de contatos com outros povos. Story conclui que o meio físico espacial interfere na formação do Direito de cada povo, ou seja, distintas características físicas de meio ambiente produzem diferentes necessidades para a preservação da população que ali se estabelece, demandando também por costumes e leis específicas para acomodar cada cenário. Desta forma, é possível concluir que a uniformidade normativa entre distintos povos é exceção à regra da diversidade.

As sociedades, diante das diferenças entre os Direitos dos diversos povos, por meio de uma visão pragmática, baseada inicialmente na natural conveniência do comércio mútuo, buscaram regras de convivência entre as nações. Essas regras, posteriormente, expandiram-se para outras áreas de relacionamento social, dando origem aos tratados internacionais e às regras de Direito Internacional Privado para lidar com os demais conflitos oriundos das relações privadas entre os indivíduos.

A visão histórica de DIPr, associada a uma abordagem pragmática, é refletida em toda a obra de Story, sempre fundamentada em exemplos práticos da jurisprudência, envolvendo conflitos quotidianos do homem comum. Para reforçar essa abordagem prática, esse notável jurista define os fundamentos que permitirão o avanço do Direito Internacional Privado, os quais são reproduzidos abaixo:

> § 7. It is plain, that the laws of one country can have no intrinsic force, proprio vigor e, except within the territorial limits and jurisdiction of that country. They can bind only its own subjects, and others, who are within its jurisdictional limits; and the latter only while they remain there.
>
> […]
>
> Whatever extra-territorial force they are to have, is the result, not of any original power to extend them abroad, but of that respect, which from motives of public policy other nations are disposed to yield to them, giving them effect, as the phrase is, submutiue vicissitudinis obtentu, with a wise and liberal regard to common convenience and mutual necessities.[71] (STORY, 1834, pp.7-8.)

O reconhecimento da igualdade e da independência entre as nações, representadas pela aceitação de sua soberania absoluta sem admissão de nenhuma outra que lhe seja superior, com exclusiva jurisdição sob o seu território, permearam toda a obra de Story.

2.3 **A visão de Mancini**

Outro grande nome no Direito Internacional Privado moderno foi o italiano Pasquale Mancini. Segundo Mancini, a nacionalidade é o princípio basilar do estatuto pessoal, o fundamento do Direito Internacional, a personalidade da lei. Ele defendia que o Direito acompanhava as pessoas aonde quer que elas fossem, caracterizando, desta forma, a sua extraterritorialidade. No entanto, o jurista e estadista italiano entendia que o elemento condutor da portabilidade do Direito pessoal se constituía tendo por base a nacionalidade.

Mancini negava aos Estados o poder absoluto em aceitar ou não as leis de outros países em seu território. Ele defendia, de maneira incisiva, o fim do princípio da territorialidade e não admitia o *comitas gentium* como fundamento de DIPr, pois a cortesia internacional não é Direito. No seu entendimento, a aplicação do Direito estrangeiro, quando pertinente, não poderia depender da simples vontade dos Estados, como forma de uma

---

[71] *"É claro que as leis de um país não podem ter força intrínseca, vigor próprio, exceto dentro dos limites territoriais e jurisdicionais deste país. Elas podem vincular apenas os seus próprios súditos, e outros, que estão dentro de seus limites de jurisdição; sendo que os últimos somente enquanto lá permanecerem.[...] Qualquer que seja a força extraterritorial que eles têm, não é devido a qualquer poder original de estendê-los para fora do país, mas do respeito que, por motivos de política pública, outras nações estão dispostas a ceder a eles, dando-lhes eficácia, como diz a frase, submissão vicissitudinis obtentu, com uma consideração sábia e liberal para a conveniência comum e as necessidades mútuas."* (Tradução nossa)

cortesia discricionária, porque a aplicação do mesmo é um poder-dever a ser cumprido, sob o aval e escrutínio da comunidade internacional de Direito. A extraterritorialidade do Direito, segundo ele, seria fundamentada por duas características básicas das sociedades: a) diversidade das legislações existentes; e b) natureza essencialmente cosmopolita do ser humano. (BASSO, 2013, p. 156.)

A importância da nacionalidade para Mancini era de tal envergadura que ele a considerava como fundamento dos Direitos das Gentes, vinculando o Direito Internacional Público ao Direito Internacional Privado por meio da nacionalidade. O completo entendimento da significação da nacionalidade na teoria de Mancini somente é possível dentro de uma perspectiva histórica da Europa na segunda metade do século XIX. Em uma era pós-Revolução Francesa e pós-império napoleônico, tendo como desfecho o Congresso de Viena e um sentimento generalizado de frustração da não realização das expectativas criadas pelo mesmo, as nações europeias voltaram-se para si mesmas, buscando na identidade nacional a solução para as suas mazelas. Esse cenário deu origem à intensificação de sentimentos nacionalistas que vieram desembocar na Primeira Grande Guerra Mundial.

Foi nesse contexto nacionalista que Mancini se inseriu como jurista e estadista, tendo um papel importantíssimo na busca pela unificação política da Península Itálica. Ao se estudar Mancini, não há como separar o jurista do estadista, nem o papel desempenhado pela nacionalidade, em sua teoria de Direito Internacional, dos interesses políticos italianos de sua época. Para Mancini, a importância da nacionalidade como elemento de conexão nas regras de conflitos do DIPr é diretamente vinculada aos interesses italianos em se unificar politicamente. A ideologia política e os interesses acadêmicos de Mancini se misturaram numa importante teoria sobre a nacionalidade, conforme palavra de Beviláqua:

> O princípio da nacionalidade apareceu na Itália, quando esta se afírmava entre os povos, movida pelo sentimento de nacionalidade. Em Mancini, o estadista e o patriota confundem-se com o jurista. No dizer de Pillet, sua these brilhante, mas falha foi apresentada em favor de uma causa, cujo successo ajudou a assegurar. (BEVILÁQUA, 1906, p.142.)

O quanto na obra de Mancini a ciência foi influenciada pela política é algo de difícil determinação, uma vez que envolve elementos motivacionais de natureza subjetiva. Mas não restam dúvidas que há uma evidente relação entre a política de unificação nacional da Itália, na segunda metade do século XIX, e o peso dado por Mancini à nacionalidade, como elemento determinante do estatuto pessoal nas relações com elementos estrangeiros.

2.4 **A visão de Pillet**

Antoine Pillet destacou duas características que definem a eficácia da lei: a sua continuidade e a sua generalidade. A continuidade está relacionada com a permanência da lei no tempo, com sua atuação contínua, dentro do período definido entre o momento de sua promulgação até o momento de sua revogação. A generalidade está relacionada com a aplicabilidade da lei a todos aqueles indivíduos e relações jurídicas que ela pretende reger.

Segundo Pillet, essas duas características legais – continuidade e generalidade – aplicam-se a todas as normas internas, pois elas estão sujeitas à idêntica jurisdição estatal. Entretanto, no âmbito do Direito Internacional Privado, nem sempre essas duas características estão presentes, pois a garantia da unicidade jurisdicional existente nas relações locais não ocorre nas relações plurilocalizadas, pois nestas últimas pode haver concorrência de leis, de diferentes jurisdições, competindo pela competência da regência das mesmas relações jurídicas. Nesse cenário de múltiplos sistemas legais em conflito de concorrência, não há como se garantir a continuidade e a generalidade para todos eles, implicando em alguma forma de mitigação dessas características.

Para esse jurista francês, no âmbito internacional, a continuidade da lei é equivalente à extraterritorialidade, ao passo que a generalidade é equivalente à territorialidade. Segundo Beviláqua, a explicação para essa afirmação reside no fato de que o Direito pessoal de cada indivíduo deve acompanhá-lo aonde esse indivíduo for, mantendo-se, dessa forma, a sua continuidade, mas demandando uma aplicação extraterritorial. A generalidade requer a aplicação da lei a todos aqueles que se encontrem no território, independentemente de serem nacionais ou estrangeiros, caracterizando, assim, o princípio da territorialidade.

> A continuidade, sob o ponto de vista internacional, implica necessariamente a extraterritorialidade e a generalidade objectiva toma a feição de territorialidade, entendendo-se pela primeira a necessidade que tem a lei de acompanhar o individuo por onde quer que elle vá, e pela segunda a necessidade de applicar a lei a todos os indivíduos, nacionaes e estrangeiros, que se encontrem no território do Estado. (BEVILÁQUA, 1906, p. 45.)

Percebe-se que para Pillet a lei pode tanto respeitar o princípio da territorialidade como o Direito pessoal dos indivíduos; contudo, para aquelas relações plurilocalizadas de DIPr, poderá haver, eventualmente, o sacrifício da sua generalidade ou da sua continuidade. Esse balanceamento entre generalidade e continuidade é bem esclarecido por Beviláqua:

> A lei é, ao mesmo tempo, territorial e pessoal, mas, encontrando-se na vida internacional com outras leis legalmente dotadas com esses caracteres, e, tendo de

> harmonisar-se com ellas para a solução dos conflictos de competência suscitados por esse encontro, forçoso é que alguma cousa sacrifique de sua actuação. Ora o sacrifício recahirá sobre a extraterritorialidade e a lei se applicará no paiz, impondo-se indistinctamente a nacionaes e a estrangeiros; ora será mantida a extraterritorialidade em detrimento da territorialidade, applicando-se a cada um a sua lei particular, seu estatuto pessoal, sem attenção ao logar onde essa applicação se faça. (BEVILÁQUA, 1906, p. 45.)

No entanto, uma vez que as duas características são igualmente importantes (a continuidade e a generalidade), como ponderar qual delas deve prevalecer, em caso de conflito de leis plurilocalizadas? Para tomar essa decisão, Pillet entende que é preciso ser verificado o fim social da lei, ou a sua alma – é ela quem vai definir aquela característica que deve prevalecer. O fim social da lei pode objetivar pela: a) proteção individual das pessoas, o que implicaria na sua extraterritorialidade, respeitando-se a continuidade da lei por meio da aplicação do Direito pessoal do indivíduo, onde quer que ele esteja; e b) a proteção social, prevalecendo a *lex fori* e o princípio da generalidade.

Para Strenger, não há qualquer falta de lógica na doutrina de Pillet, entretanto, há algumas lacunas, tais como a definição do método adotado para a escolha entre as normas territoriais e as extraterritoriais, uma vez que ambas são simultaneamente aplicáveis (STRENGER, 2005, p.249). Beviláqua, por outro lado, aponta a confusão entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado como sendo um dos grandes problemas na teoria de Pillet, além das lacunas com relação aos casos não solúveis e a regra *locus regit actum*:

> Como defeito, penso que se deve apontar confusão entre o direito internacional privado e o publico, dando-lhes o mesmo fundamento, irmanando-os, jungindo-os debaixo das mesmas idéas primordiaes quando naquele resalta o elemento individual e neste apparecem os Estados na sua qualidade de pessoas políticas, de organismos sociaes. E as lacunas o auctor não as escondeu, quando, nas proposições undécima e decima quarta, se confessa deante de casos insolúveis, e na decima quinta desclassifica a regra locus regit actum, cuja applicação lhe parece anormal, apezar de consagrada pelo costume. (BEVILÁQUA, 1906, p. 48.)

No entanto, apesar das suas críticas, Beviláqua é cuidadoso em enfatizar as qualidades da teoria de Pillet antes de apresentar seus defeitos, destacando aquilo que ele considerou como excelência na teoria, não deixando qualquer dúvida com relação à sua admiração pelo doutrinador francês:

> Como excellencias são dignas de nota: a filiação de suas idéas ás de Savigny, que é o ponto de partida da organisação verdadeiramente scientifica do direito internacional privado; a idéa de que o direito internacional privado deve conter um principio de obrigação, para os Estados, de applicarem a lei estrangeira quando esta deve presidir, dentro delles, á relação de direito; a idéa de procurar, no fim da lei, o

> critério para distinguir a lei territorial da extraterritorial; a preferencia dada á lei nacional para regular o estado, a capacidade e as relações de família do estrangeiro. (BEVILÁQUA, 1906, p. 48.)

Como referência à obra de Pillet, não há como deixar de anexar o resumo de sua teoria, apresentado por ele próprio, em dezesseis artigos, que reproduzimos abaixo, a partir da obra de Beviláqua:

> 1º - Todas as leis são, por sua natureza, ao mesmo tempo territoriaes e extraterritoriaes.
>
> 2º - É impossível conservar-lhes, no commercio internacional, esse duplo caracter, sob pena de se tornarem insolúveis os conflictos entre legislações diferentes.
>
> 3º - É preciso, portanto, fazer com que, em cada caso, prevaleça o caracter que mais interesse ao effeito social da lei e sacrificar o que menos importe a esse effeito.
>
> 4º - As leis consideradas no ponto de vista social não têm auetoridade e valor sinão pelo fim social a que se dirigem.
>
> 5º - As leis encaradas em relação ao seu fim social, podem distinguir-se em leis de protecção individual, e leis de protecção social, conforme o seu objecto directo e immediato é constituído pelos interesses do individuo que soffre a sua applicação ou pelos da sociedade em cujo seio foram elaboradas. Ha leis que apresentam estes dous caracteres no mesmo grau.
>
> 6º - As leis de protecção individual são extraterritoriaes.
>
> 7º - As leis de protecção social são territoriaes.
>
> 8º - Em matéria de leis extraterritoríaes, a lei competente (estatuto pessoal) é a lei nacional da pessoa de que se tracta.
>
> 9º - Em matéria de leis territoriaes, a lei competente é a do Estado, cujos interesses se acham em jogo.
>
> 10º - O principio da territorialidade das leis de ordem publica não quer dizer que essas leis se devam indistínctamente applicar a todas as pessoas e bens que se acharem presentes ou a todos os actos que se executarem no seu território. Esse principio somente se applica a essas leis, quando o interesse social, que ellas defendem, se achar ameaçado.
>
> 11º - Os conflictos entre leis extraterritoríaes serão resolvidos pela applicação, a cada pessoa, de seu estatuto particular. No caso em que não for possível essa applicação distributiva, si as leis forem da mesma natureza, a mais severa deverá ser preferida; no caso contrario, nenhuma solução racional é possível.
>
> 12º - Entre leis territoriaes, os conflictos (si existirem) serão resolvidos pela applicação de cada lei em seu território.
>
> 13º - Em caso de conflicto entre uma lei extraterritorial e outra lei territorial esta ultima deve prevalecer.
>
> 14º - Não ha solução possível para os conflictos entre leis egualmente extraterritoríaes e territoriaes.
>
> 15º - A regra locus regit actum é de puro direito costumeiro e não se oppõe á applicação dos princípios onde é possível pratica-la.
>
> 16º - O principio da autonomia da vontade deve restringir-se às leis facultativas. (BEVILÁQUA, 1906, p. 46.)

2.5 **A visão de Jitta**

Daniel Josephus Jitta (1854 -1925) foi um dos mais renomados estudiosos holandeses do Direito Internacional Privado. A sua visão de Direito Internacional se fundamentava numa perspectiva universalista de uma ordem mundial internacional. A sua perspectiva universalista

não se restringia tão somente ao mundo jurídico – ele acreditava que uma forma de harmonia mundial poderia ser obtida a partir do momento em que as pessoas se vissem não apenas como cidadãos de um Estado, mas também como cidadãos do mundo, membros de uma comunidade humana. A sua visão de mundo era humanista e considerada ingênua, conforme ele mesmo costumava admitir, principalmente sob o contexto histórico da Primeira Guerra Mundial. No entanto, passado quase um século, não há como negar que vários passos foram dados no sentido de se buscar uma melhor ordem mundial, demonstrando que a visão humanista de Jitta não era, na verdade, tão ingênua assim.

A sua obra mais conhecida é o clássico método do Direito Internacional Privado, na qual ele defende o Direito uniforme como uma das formas e instrumentos do DIPr. O Direito Internacional Privado, segundo ele, deve ser considerado como sendo o Direito Privado de uma sociedade universal de pessoas, e o Direito uniforme é uma de suas manifestações.

Na resolução de conflitos envolvendo relações plurilocalizadas duas abordagens distintas se apresentam: uniformizar ou harmonizar. Cada uma dessas abordagens complementa a outra, numa medida a ser definida conforme o caso e a realidade dos fatos.[72] O lado uniformizador da teoria de Jitta é bem demonstrado por Beviláqua ao associar a necessidade da uniformidade ao comércio internacional, dentro do contexto do final do século XIX:

> Não discrepa desse modo de ver o illustre Jitta que nos fala de uma "sociedade jurídica universal", que anniquilou as distancias e as fronteiras, por meio do vapor e da electricidade, que une os homens entre si pelo commercio quotidiano e que, portanto, exige leis uniformes, para regular as relações jurídicas dos indivíduos. (BEVILÁQUA, 1906, p. 64.)

Portanto, segundo o pensador holandês, o Direito Internacional Privado é uma ferramenta asseguradora da harmonia da aplicação de um Direito Privado a nível mundial para toda a humanidade, considerando-se as diversidades e as multiplicidades de culturas e sistemas normativos nacionais. Diversidade esta que é a realidade de um mundo multifacetado e que, sob uma perspectiva socioantropológica, faz parte da civilização humana. Deve-se, então, uniformizar o Direito Internacional quando viável e criar mecanismos conflituais harmonizadores quando a uniformização não for possível.

Jitta deu origem a escola de autores denominada universalista. Os universalistas

[72] JITTA, D. Josephus. **Método de Derecho Internacional Privado**. Traduzido por J. F. Frida. Madrid: La Espanã Moderna.

abordam as questões de Direito Internacional Privado sob duas perspectivas: a) a primeira é aquela em que os Estados são considerados individualmente; e b) a segunda é aquela em que os Estados são vistos como pertencentes a uma "comunidade internacional". Quando vistos sob a ótica individualista, os Estados têm o dever de respeitar todas as pessoas que fazem parte da comunidade jurídica internacional, positivando em seu ordenamento interno essa proteção. Quando considerados como parte de uma comunidade internacional, os Estados têm o dever comum de resolver as questões de DIPr de forma uniformizada, tanto por meio de leis uniformes como também por meio de tratados.

Complementando a sua visão de comunidade internacional, Jitta entende a soberania legislativa dos Estados como uma representação local do poder público da humanidade. Por outro lado, quando os Estados legislam em conjunto, essas normas têm como destinatários toda a humanidade, pois existem relações que não se limitam apenas à vida local de uma sociedade em particular, mas elas pertencem à ativa vida de toda a humanidade. A lei a ser aplicada, nesse caso, precisa ser uma provisão que dependa tantos das considerações estritamente locais como também aquelas de natureza internacional. Segundo Cavers, Jitta foi um grande crítico das regras mecânicas de conflitos de DIPr, pois as relações complexas podem pertencer simultaneamente às esferas locais e internacional:

> Professor Jitta, a vigorous critic of mechanical rules for choice of law, suggests that this be done wherever "a juridical relation may not belong to the active local life of a society but to the active, international or universal life". The law to be applied in such a situation may be "an independent provision which is derived from a consideration of the local public order and the universal public order".[73]
> (CAVERS, 1933, p. 94.)

Dolinger complementa, ao afirmar que o DIPr contemporâneo se utiliza dos métodos uniformizadores e conflituais, de acordo com a orientação de Jitta, buscando a uniformização a nível internacional, quando possível exercê-lo por meio de tratados e acordos internacionais; não havendo essa possibilidade, coordenando a harmonização via método conflitual. O método conflitual se constitui a partir da positivação interna do Direito Internacional Privado de cada nação e território e, ao se comparar todos eles, certamente serão encontradas divergências em suas regras conflituais. Tendo em vista a vocação natural das sociedades humanas em se diversificarem, é esperado que o Direito também se diversificasse. (DOLINGER, 2014, p.200.)

[73] "*O professor Jitta, crítico vigoroso das regras mecânicas para a escolha da lei, sugere que isso seja feito sempre que 'uma relação jurídica possa não pertencer à vida local ativa de uma sociedade, mas à vida ativa internacional ou universal'. A lei a ser aplicada em tal situação pode ser 'uma disposição independente que é derivada da consideração da ordem pública local e da ordem pública universal.'*" (Tradução nossa)

A visão globalizadora de Jitta, com seu método universal, envolvendo toda a comunidade jurídica do gênero humano (a chamada sociedade internacional), que distingue entre a perspectiva individual – na qual os Estados são considerados individualmente cumpridores dos seus deveres para com a sociedade internacional dos indivíduos – e a perspectiva universal – onde os Estados são vistos como pertencentes a uma comunidade internacional, devendo esta comunidade instituir o Direito Privado mediante normas aplicáveis a toda a humanidade – proveu o Direito Internacional Privado com uma perspectiva humanista e internacionalista, visão esta que estava em falta naquele momento histórico entre o final do século XIX e o início do século XX. A dicotomia entre soluções uniformizadoras e conflituais foi harmonizada em sua obra por uma abordagem que tornou essas visões complementares entre si. A uniformização deixou de ser a negação do Direito Internacional Privado para se tornar um instrumento de solução e de prevenção de conflitos, quando factível de ser aplicada.

A visão de um Direito Internacional fundamentado na perspectiva universalista de uma ordem mundial internacional, mais humana e integradora, constituiu o cerne da obra de Jitta, conforme é possível se observar em suas próprias palavras:

> Private international law is, in a certain sense, a part of the law of a country, but it is above that something else. The conception that private international law should exclusively be a part of the law of a country is a too narrow conception. Private international law is certainly a matter of national regulation, it includes directions, given by the lawgiver of a country to the courts of the same country, for their guidance in matters connected with aliens, foreign laws and foreign judgments. But private international law may be considered from a higher point of view, that of a union of nations, or States in the American sense, and even from the point of view of the collectivity of nations, acting as the public power of mankind and able to give to mankind universally working regulations. We have to discriminate, therefore' a national branch of private international law, and an inter- national or universal branch.[74] (JITTA, 2017, p. 499.)

[74] *"O direito internacional privado é, em certo sentido, uma parte da lei de um país, mas está acima dessa outra coisa. A concepção de que o direito internacional privado deveria fazer parte exclusivamente da lei de um país é uma concepção demasiado restrita. O direito internacional privado é certamente uma questão de regulação nacional, inclui instruções, dadas pelo legislador de um país aos tribunais deste mesmo país, para sua orientação em assuntos relacionados com estrangeiros, leis estrangeiras e julgamentos estrangeiros. Mas o direito internacional privado pode ser considerado de um ponto de vista mais elevado, o de uma união de nações, ou Estados no sentido americano, e mesmo do ponto de vista da coletividade das nações, atuando como o poder público da humanidade e capaz de dar à mesma humanidade normas funcionais universalmente. Precisamos discriminar, portanto, um ramo nacional do direito internacional privado e um ramo internacional ou universal."* (Traduçao nossa.)

PARTE II – OS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

3. REVISÃO CRÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A metodologia de resolução de conflito de leis do Direito Internacional Privado moderno trouxe, indiscutivelmente, uma técnica que agregou segurança e estabilidade jurídica às matérias submetidas à sua regência, além de propiciar procedimentos com substancial economia processual. O aumento da segurança jurídica é devido ao uso de uma metodologia uniforme, nas várias sedes do Direito Internacional Privado, que se apresenta estável nos diversos julgados, permitindo uma melhor previsibilidade de resultados e adequado ajuste prévio do comportamento social desejado. A economia processual advém da racionalização de uma metodologia conflitual que aperfeiçoa e minimiza a quantidade de etapas e procedimentos de localização do sistema normativo a reger a relações plurilocalizadas.

Todavia, ao se comparar os mais variados sistemas normativos em diversas implantações de DIPr pelo mundo, é possível se verificar que o aumento da segurança jurídica e o baixo custo processual obtidos pela metodologia de conflito de DIPr moderna têm produzido em contrapartida certa rigidez e superficialidade na solução de litígios plurilocalizados. Rigidez por não permitir exceções ou outras considerações na localização do sistema normativo a reger a relação jurídica que não sejam aqueles elementos de conexão estabecidos na lei; e superficialidade por desconsiderar completamente as complexidades de natureza material envolvidas na realidade da relação jurídica, afastando-se, desta forma, do seu âmbito de eficácia.

As diversas implantações da metodologia clássica de conflitos de DIPr têm se mostrado propensas ao uso de regras rígidas, que se aplicam de maneiras iguais a diferentes situações fáticas, de uma forma abstrata e distante, em muitas vezes, da situação específica que deseja reger. São as chamadas *hard and fast rules* (regras rígidas e rápidas) e que, segundo a escola norte-americana, é representada pela metodologia clássica savigniana. A vinculação obrigatória da localização do sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada, por meio apenas da sua sede jurídica e dos seus elementos de conexão, mostra-se, na verdade, como uma grande simplificação da realidade fática das múltiplas e complexas relações humanas.

A metodologia clássica, baseada nas regras de conflitos, induz a implantações de Direito Internacional Privado que podem ser caracterizadas como: a) rápidas; b) econômicas;

c) seguras; d) formais; e) abstratas; e f) superficiais. Essas características podem ser explicadas por dois fatores que se complementam: 1) pela natureza de sobredireito de DIPr, que situa o procedimento de localização do sistema normativo a reger a relação jurídica num nível de abstração acima daquele que se encontra as normas materiais em geral. Por ser um Direito a reger direitos e não um Direito a reger os fatos, o DIPr induz ao legislador despercebido a não considerar a relação factual nas suas regras de localização, produzindo um DIPr nacional abstrato e desconectado com a realidade fática; e 2) as regras conflituais clássicas savignianas, por sua mecanicidade reducionista, propiciam ao legislador nacional a definição de elementos de conexões também mecânicos e superficiais.

No entanto, por meio de uma análise criteriosa da metodologia clássica de conflitos do DIPr é possível se identificar de uma forma mais específica as razões pelas quais as mais diversas implantações das versões nacionais do método clássico de Direito Internacional Privado, a partir do século XX, têm se mostrado formalistas, abstratas e superficiais, de acordo com as mais distintas interpretações doutrinárias. Apesar das críticas ao Direito Internacional Privado clássico possuírem vários fundamentos pertinentes, muitas vezes elas carecem de determinar claramente o seu objeto, não deixando especificado quando se trata de uma deficiência da metodologia em si mesma ou da forma como ela foi interpretada e implantada pelos diversos países em seus diferentes sistemas normativos.

O processo legislativo possui natureza política, pois envolve o embate de interesses dos mais variados segmentos sociais, normalmente prevalecendo a versão normativa daquelas parcelas que detêm o maior poder de influenciar os legisladores. Por ser o Direito Internacional Privado uma norma de natureza indireta, não regendo o Direito material diretamente, ele se torna mais suscetível – quando comparado com outras áreas do Direito – a incorporações de políticas públicas estranhas ao seu objeto. Por não possuir a necessidade pragmática de reger um Direito material e concreto diretamente, com resultados específicos e determinados, o DIPr tem se tornado a vítima preferida para a incorporação de outras normas de interesse público não relacionadas com o seu objeto principal, que é a localização do sistema normativo mais próximo das partes e dos fatos a reger a relação plurilocalizada.

Muitas vezes, devido a incorporações de normas estranhas ao objeto do DIPr é possível, por meio do Direito comparado, identificar diversas implantações de Direito Internacional Privado que demonstram justamente essa faceta mecânica, superficial e abstrata, sem qualquer preocupação com a substantividade que o processo de localização do DIPr requer. As críticas de superficialidade, de excessivo formalismo e de abstracionismo que

caracterizam as normas de conflito devem ser direcionadas especificamente a essas implantações de DIPr que buscaram atender a objetos estranhos ao fim do Direito Internacional Privado. Para exemplificar uma típica implantação de DIPr formalista e superficial, não é necessário se recorrer ao Direito comparado, basta investigar o próprio DIPr brasileiro que é um rico e excelente exemplo desse tipo de implantação.

Portanto, é importante distinguir aqueles problemas que são específicos da implantação de um determinado DIPr nacional – que está sujeito à influência de diversas forças políticas que possuem pouca ou nenhuma preocupação com a boa técnica jurídica – daqueles problemas intrínsecos da metodologia clássica de DIPr. É imprescindível identificar a causa de cada uma das dificuldades enfrentadas para a resolução de uma lide com elemento estrangeiro, determinando se elas têm origem numa questão teórica e metodológica ou se têm origem em más implantações práticas das regras de DIPr. Uma vez estabelecida essa diferença, será possível verificar a viabilidade ou não da implantação de uma versão da metodologia clássica de conflitos de leis no espaço, tendo em vista a obtenção de resultados substantivos e materiais, vinculados à realidade dos fatos e das partes e, por conseguinte, inseridos no âmbito de eficácia das normas abrangidas.

Como ainda será visto em mais detalhes à frente, existe uma relação inversamente proporcional entre a justiça substantiva e a economia processual – esta última, mensurada em termos de duração do processo e dos recursos materiais envolvidos para a sua decisão. Isso equivale dizer que quanto maior for a demanda por uma justiça substantiva, menor será a expectativa da economia processual obtida. O equilíbrio harmônico entre esses dois bens jurídicos (justiça substantiva e economia processual), de certa forma, vai balancear o quanto cada um deles se apresentará na decisão final.

O Direito, como subproduto da sociedade humana, necessita acompanhar as suas transformações, atualizando e adaptando os seus métodos e normas com interpretações evolutivas, de modo a não se distanciar daqueles valores sociais considerados importantes para uma determinada sociedade numa dada época. Nesse sentido, novas interpretações e implantações da metodologia conflitiva de DIPr são primordiais para que o sistema normativo se mantenha em harmonia com a sociedade em geral.

3.1 **Princípio da proximidade**

Dentro do contexto da substancialidade dos processos localizadores de Direito Internacional Privado é imprescindível mencionar um dos mais importantes princípios

orientadores do Direito moderno, que é o princípio da proximidade. Ele teve sua origem, pelo menos com essa denominação, na escola americana de Direito Internacional Privado, sendo aplicado, inicialmente, nas relações contratuais, mas não se limitando tão somente a elas. Para Dolinger, a importância do princípio da proximidade pode ser expressa por:

> O mais relevante princípio do moderno do Direito Internacional Privado [...] estabelece que as relações jurídicas devem ser regidas pela lei do país com a qual haja a mais íntima, próxima, direta conexão. (DOLINGER, 2014)

Para esse autor, o princípio da proximidade é um princípio que, a rigor, poderia comandar sozinho a solução de todos os problemas no campo do conflito das leis, buscando um sentido de adequação entre a escolha da lei e a da realidade fática, tendo suas origens na clássica sede da relação jurídica savigniana.

> Filosoficamente, podemos buscar inspiração em Savigny, quando, em seu festejado "System das heutigen Romisches Recht", ensinou que há de se procurar em toda relação jurídica internacional a sua sede. Esta foi uma colocação rudimentar, que se tornou famosa, e que em verdade, se bem analisada, contém a essência do princípio – a sede de uma relação jurídica é justamente aquela à qual ela está mais ligada, mais conectada, mais próxima.[75]

Trata-se de um princípio que procura valorizar o sistema jurídico com o qual as partes estejam mais familiarizadas, mais próximas. Ele deve ser considerado tanto sob uma abordagem formal como também sob uma abordagem substantiva de Direito Internacional Privado. Pode-se extrair dos adjetivos utilizados por Dolinger com relação ao princípio da proximidade – íntimo, próximo, direto – que ele é um princípio de conteúdo indeterminado, aberto, a ser especificado com base em particularidades da realidade concreta.

O princípio da proximidade foi objeto de estudo de Cavers, quando, em 1933, publicou o artigo já anteriormente mencionado: *A critique of the choice of law problem.* Nesse artigo ele critica a falta de uma perspectiva material para a solução de conflitos de leis na metodologia conflitiva clássica. Cavers discorda da teoria clássica tendo em vista a excessiva ênfase dada à sua função localizadora e rejeita, também, a sua estrutura de regra de conflitos. Nesses termos, Cavers descreve o método clássico como um mero teste cego – *blindfold test* – em que a justiça é obtida por mera casualidade, uma vez que a localização não tem vinculação ou preocupação com as suas consequências na vida real. Conforme comenta Aurea Tanaka, em sua tese de doutorado:

---

[75] DOLINGER, Jacob. **Aula Inaugural pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.** Rio de Janeiro. Janeiro de 2002.

> A crítica de Cavers à abordagem convencional e clássica, quando um caso de conflitos de leis é apresentado, relaciona-se ao fato de que se está buscando uma jurisdição adequada, na qual o direito apropriado será encontrado e não o direito adequado a ser aplicado ao caso concreto.[76]

Nesses termos, Cavers entende o método clássico como um *blindfold test*, em que a justiça é obtida por mera causalidade, uma vez que a escolha não tem relação direta com os fatos e suas consequências jurídicas na vida real. Segundo ele, há um total desinteresse do sistema clássico de DIPr em solucionar o caso *in concreto*, sem atenção às suas consequências de natureza substancial, havendo uma completa abstração do conteúdo da lei, por meio da aplicação dos elementos de conexão. O conflito de leis é solucionado de forma mecânica, sem análise de seu conteúdo ou fim social das normas, uma vez que o magistrado soluciona o conflito aprioristicamente somente com base nas regras de conflito, sem qualquer comprometimento com a justiça material, tornando a localização um processo "cego" aos seus resultados em termos de obtenção da justiça (*a blindfold test*).

> Now, however pragmatic the considerations may be which move the court in its determination of the rule for choice of law, the fact remains that as to this case, and all subsequent cases in which that rule will be involved, the court is employing the divining rod, or, to use a more modern metaphor to symbolize fortuitous selection, it is engaging in a blindfold test.[77] (CAVERS, 1933, p. 180.)

Para Cavers, a função localizadora do DIPr deve ser substituída por uma função cognitiva desempenhada pelo magistrado, cujo seu principal objeto é a justiça material. O magistrado deve se guiar pelo espírito da norma, pelo conteúdo da lei e pela justiça plena. Contudo, esse tipo de escrutínio de natureza material a ser desempenhado pelo juiz é incompatível com a metodologia conflitual clássica.

Essa visão de Cavers é convergente com a de seu compatriota Walter W. Cook que contrapôs a visão indutiva de Direito Internacional Privado com a visão puramente dedutiva, sendo esta última baseada em princípios gerais a serem utilizados por uma lógica silogística, conforme já mencionado. Cook também advertiu sobre o perigo de essa abordagem dedutiva não ser utilizada como uma mera ferramenta mecânica:

> This view does not lead to the discarding of all principles and rules, but quite the contrary. It demands them as tools with which to work as tools without which we

---

[76] TANAKA, Aurea Christine. **Princípios Aplicáveis ao Divórcio no Direito Internacional Privado**: O caso dos Brasileiros no Japão. Tese de doutorado apresentada Faculdade de Direito – USP. SP 2005 p. 31.

[77] *"Agora, por mais pragmáticas que possam ser as considerações que levam o tribunal a determinar a regra de escolha da lei, o fato é que, quanto a este caso, e todos os casos subsequentes em que essa regra será envolvida, o tribunal está empregando uma 'vara de sorte', ou, usando uma metáfora mais moderna para simbolizar a seleção fortuita, está engajada num teste cego."* (Tradução nossa.)

> cannot work effectively. It does, however, make sure that they are used as tools and are not perverted to an apparently mechanical use. It points out that the use never can be really mechanical; that the danger in continuing to deceive ourselves into believing that we are merely 'applying' the old rule or principle to 'a new case' by purely deductive reasoning lies in the fact that as the real thought-process is thus obscured, we fail to realize that our choice is really, being guided by considerations of social and economic policy or ethics, and so fail to take into consideration all the relevant facts of life required for a wise decision.[78] (COOK, 1924, p. 487.)

Ao se contrapor as teorias de Cavers, que buscava uma justiça substantiva, com aquelas de Savigny, que possui uma perspectiva voltada para uma metodologia formal, genérica e universal, é possível extrair dessa contraposição as possíveis críticas às principais ideias da escola americana: a) caracterizada por um excessivo casuísmo. Ao se buscar uma justiça substantiva a todo custo, aumentaria a insegurança jurídica e a instabilidade do sistema. A procura pela justiça mais substantiva, sem serem estabelecidos os parâmetros para orientar a decisão judicial, exigiria do magistrado um maior grau de discricionariedade na aplicação da norma, aumentando-se o risco de obter uma forma de Direito livre; b) outro importante tópico que a teoria de Cavers não aborda é a análise quantitativa e qualitativa de como lidar com o aumento dos custos processuais que uma localização estritamente substantiva incorreria.

A incorporação da análise cognitiva de Direito material num cenário plurilocalizado, ainda na fase de localização do sistema normativo, tem duas consequências negativas e imediatas: a) a necessidade de conhecimento prévio de todos os sistemas normativos eficazes e elegíveis a serem localizados; e b) conhecimento em profundidade dos fatos, de modo a permitir a localização do melhor sistema para cada caso em particular. O juízo que primeiramente se confrontasse com a matéria já teria, logo num primeiro momento, esses dois grandes desafios a serem resolvidos. As teorias que criticam a metodologia conflitiva clássica não fazem uma análise das consequências processuais de suas sugestões e, dessa maneira, não consideram a possibilidade de separação da fase de localização da fase de conhecimento, no julgado das relações de DIPr.

A separação das fases de localização e de julgamento, por meio do instrumento processual denominado tutela localizadora (o qual ainda será objeto de estudo detalhado em

---

[78] *"Esta visão não leva ao descarte de todos os princípios e regras, mas muito pelo contrário. Demanda-os como ferramentas para serem utilizadas como ferramentas, sem as quais não podemos trabalhar de forma eficaz. Ela, entretanto, certifica-se de que eles são usados como ferramentas e não são pervertidos para um uso aparentemente mecânico. Ela aponta para que o uso nunca possa ser mecânico; que o perigo em continuar a enganar-nos a acreditar que estamos simplesmente 'aplicando' a velha regra ou princípio a 'um novo caso' pelo raciocínio puramente dedutivo reside no fato de que, como o processo do pensamento real é assim obscuro, percebemos que a nossa escolha é realmente, guiada por considerações de política social e econômica ou ética, e por isso deixamos de levar em consideração todos os fatos necessários e relevantes da vida para uma sábia decisão."* (Tradução nossa.)

capítulo à frente nesta dissertação), vai permitir a especialização naqueles sistemas normativos que apresentem maior número de ocorrências de litígios jurídicos com elementos estrangeiros. Por meio dessa separação, a localização poderá ser realizada por um magistrado especializado nas regras de localização do DIPr da *lex fori*, sem a necessidade do conhecimento prévio do Direito material de nenhum dos possíveis sistemas normativos elegíveis a serem localizados. Ao se finalizar a localização do sistema normativo, o julgamento poderá ser encaminhado a um juízo especializado no Direito material do sistema normativo escolhido. Essa especialização de juízos e varas nos diferentes Direitos estrangeiros (principalmente para aqueles que possuem uma maior incidência de ocorrências) é um fator que vai permitir a escalabilidade e a eficiência do sistema como um todo.

Naturalmente, a separação do processo em fases de localização e julgamento encontra a sua maior utilidade diante de cenários com muitos processos, como naqueles encontrados nos grandes centros urbanos em que vivem extensas comunidades estrangeiras.

Num segundo momento em sua carreira, Cavers adaptou sua teoria, passando a incluir conceitos como o método da pesquisa da melhor lei – *better law approach*. Nessa nova abordagem, ele incorpora os elementos de conexão à sua tese, obtendo um resultado híbrido, com alguns componentes considerados de natureza clássica e outros considerados mais contemporâneos. A *better law approach* deve localizar o sistema normativo, dentre aqueles elegíveis por possuírem vinculações com elementos estrangeiros, que mais adequadamente permita obter uma decisão mais justa do ponto de vista material. Adicionalmente, para reduzir o conteúdo de soluções *ad hoc*, ou seja, com alto teor de juízo de valor, Cavers introduziu o princípio de preferência (*principles of preference*), que tem como objeto auxiliar o magistrado na escolha do melhor sistema jurídico. Cavers desenvolveu o princípio de preferência com relação a dois temas, não diretamente relacionados com o estatuto pessoal: a) responsabilidade civil contratual; e b) responsabilidade civil extracontratual.

> The conflict of laws rule may refer the court to the intention of the parties as a guide to the selection of the appropriate law. Where this intention has been expressed, as is not infrequent in contracts when at least one party is regularly engaged in interstate business or in wills and trust settlements of importance, the parties themselves will probably have appraised the consequences of an application of the law intended to the controversy in question. If the court is willing unquestioningly to accept their intention as its guide, the blindfold, if preserved, is without consequence.[79] (CAVERS, 1933, p. 184.)

[79] *"A regra de conflito de leis pode remeter ao tribunal a intenção das partes como um guia para para a seleção da lei apropriada. Sempre que essa intenção tenha sido expressa, como não é raro em contratos, quando pelo*

O princípio de preferência de Cavers aproxima este autor da teoria clássica, uma vez que passa a fazer uso de regras de conflitos tradicionais, muito embora com uma maior flexibilidade, uma vez que permite a incorporação de elementos fáticos ao julgamento do magistrado. Como o objeto do princípio de preferência é a localização da lei aplicável sem delimitar o elemento de conexão podemos considerá-lo como uma forma de regra de conflito.

O grande mérito de Cavers foi se empenhar em tornar o Direito Internacional Privado mais sensível à justiça material, afastando-o do mecanicismo estritamente formalista. A expectativa satisfativa das partes passou a ser considerada no processo de localização, assim como também a relação da lei aplicável com os fatos que ela pretenda reger. A relação mais significativa (*The most significant connection),* assim como também a harmonia das decisões, passaram a fazer parte da metodologia moderna do DIPr.

Contudo, faltou na nova versão teórica de Cavers uma parametrização mais específica e concreta de como pode ser aplicado o princípio da preferência e a relação mais significativa. De similar maneira que na versão original de sua teoria, a decisão final a ser tomada pelo julgador carece de parâmetros materiais que possam auxiliá-lo no caso *in concreto*. Assim como muitas outras teorias críticas ao DIPr clássico, a teoria de Cavers foi efetiva em mostrar as deficiências das várias implementações da metodologia savigniana, porém, careceu de apresentar uma forma eficaz para resolver o problema.

3.2 **Exceção de ordem pública: fundamentação constitucional e de direitos humanos**

Outro importante tema do DIPr moderno é a relação deste com os princípios constitucionais, principalmente aqueles envolvendo os direitos fundamentais da pessoa humana. Como compatibilizar o DIPr com os valores constitucionais, com as suas diferentes versões para cada cultura e como solucionar os eventuais conflitos que surjam? As respostas para essas perguntas possuem uma grande relação com a demanda por uma justiça substantiva, que a cada dia se torna mais relevante no estudo do Direito Internacional Privado.

A internacionalização dos direitos humanos ocorre historicamente entre o final da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, quase simultaneamente quando o Direito Internacional Privado passa a ser questionado pela sua falta de materialidade e substantividade. Essa coincidência não é mera obra do acaso, pois nesse período surge um

---

menos uma das partes está regularmente envolvida em negócios internacionais ou em testamentos e acordos de confiança de importância, as próprias partes provavelmente terão avaliado as conseqüências de uma aplicação da lei destinada à controvérsia em questão. Se o tribunal está disposto a aceitar, sem questionar, sua intenção como guia, a 'blindfold', se preservada, é sem conseqüência." (Traduçao nossa)

Direito Internacional Privado mais realista, por meio da chamada revolução conflitualista americana, que criticou o excesso de formalismo do DIPr e demandou um Direito que estivesse mais conectado com a vida social e com o Direito material, como forma de se buscar uma justiça plena para as questões materiais e substantivas do indivíduo. Foram desenvolvidos e reforçados os instrumentos jurídicos do Direito Internacional Privado, de modo a se obter resultados mais substantivos, ainda que sob uma abordagem clássica.

A ordem pública, apesar da sua natureza indeterminada, passou a se incorporar e a se adequar àqueles valores representativos do novo século XX que se iniciava, podendo ser citado como exemplo um novo constitucionalismo social e mais humano. Criaram-se regras de conflitos protetivas, visando favorecer aquela parte considerada mais frágil na relação jurídica, tais como os: a) consumidores; b) empregados assalariados; c) alimentados; d) crianças e idosos.

As leis de aplicação imediata passaram a ser mais utilizadas, de forma apriorística, preventivamente antes mesmo de qualquer consideração conflitiva de natureza plurilocalizada, substituindo as regras de conflito de DIPr naquelas áreas consideradas sensíveis para a sociedade. De uma maneira unilateral, como expressão de política legislativa de interesse do Estado, as leis de aplicação imediata passaram a proteger imperativamente e excepcionalmente aqueles valores locais que, de acordo com o entendimento do legislador nacional, não estavam suscetíveis à regência pela norma estrangeira. Essa pretensão por uma visão mais substantiva na esfera do Direito Internacional Privado é convergente e compatível com os conceitos e valores dos direitos humanos.

A localização histórica dos direitos humanos é definida por André de Carvalho Ramos, em sua obra *Teoria Geral dos Direitos Humanos*:

> No caso dos direitos humanos, a internacionalização em sentido amplo dessa temática apresenta-se incipiente, embora fragmentada e com motivação diversa, desde o século XIX e início do século XX [80].

A internacionalização dos direitos fundamentais do ser humano, da mesma forma que influenciou o constitucionalismo mundial no século XX, também teve grande ingerência na fundamentação do moderno Direito Internacional Privado. Os direitos humanos foram incorporados à metodologia de resolução de conflitos plurilocalizados como elemento de

[80] CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional –** 4ª Ed. 2014, p. 54.

restrição à escolha de um sistema normativo, ou seja, os direitos humanos passaram a atuar como fator de exclusão do sistema normativo elegível e eficaz à localização, uma vez que este sistema permita possíveis violações de direitos fundamentais. Essa compatibilização do Direito Internacional Privado com os direitos fundamentais do homem foi enfatizada por Tanaka em sua tese de doutorado:

> [...] o DIPr não pode prescindir da observância dos direitos fundamentais do homem, que pressupõem o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja aplicação no método de conflitos de leis preserva a identidade cultural dos indivíduos.
> (TANAKA, 2005, p. 59.)

No DIPr contemporâneo, a identidade cultural do indivíduo passa a ser elemento obrigatório de consideração na localização do sistema normativo a reger a relação jurídica, seja ela de natureza constitucional ou de ordem pública. As questões de direitos humanos, assim como também as questões de ordem pública e constitucionais, passaram a atuar como forma de restrições ao sistema jurídico localizado pelo método clássico de solução de conflitos de leis, sendo aplicados na análise a posteriori da escolha do sistema normativo a reger a relação jurídica. Adicionalmente, os direitos humanos passaram a ser considerados, aprioristicamente ao próprio DIPr, como leis de aplicação imediata, impedindo qualquer consideração de aplicação da lei estrangeira, em caso de riscos de violações aos seus fundamentos.

Apesar de autores como Cavers entenderem a exceção de ordem pública como uma forma de "cláusula de escape" às diversas limitações do sistema clássico, implicando na reiterada utilização da *lex fori* para todas aquelas situações em que as soluções de DIPr se mostrarem mais complexas ou deficientes, é possível verificar que em muitos casos a aplicação da exceção de ordem pública é utilizada como uma das poucas e eficientes maneiras de se descartar as decisões artificiais das regras de conflitos:

> The conflict of laws rule may be disregarded when the foreign law it selects dictates a result repugnant to the public policy of the forum. In this situation, we have a frank discarding of the blindfold. There is, however, no disavowal of the choice of law rule which is preserved for use when the results it produces do not run counter to local standards of justice and policy.[81] (CAVERS, 1933, p. 183.)

Desta maneira, os princípios constitucionais, principalmente aqueles envolvendo os

[81] *"A regra do conflito de leis pode ser desconsiderada quando a lei estrangeira que ele seleciona ditar um resultado repugnante à política pública do fórum. Nesta situação, temos um descarte franco da 'blindfold'. Não há, no entanto, nenhuma desobediência às regras de conflito que é preservada para uso quando os resultados produzidos não são contrários aos padrões locais de justiça e política."* (Traduçao nossa.)

direitos fundamentais da pessoa humana, a ordem pública e as leis de aplicação imediata podem se apresentar como formas alternativas e eficazes para se contornar o possível formalismo abstrato do DIPr, orientando a jurisprudência a preencher as lacunas de definição do método com elementos substantivos de justiça material. Assim, a aplicação mecânica, rígida, da metodologia clássica de solução de conflito de leis no espaço, tendo por base somente os elementos de conexão, passam a ter parâmetros objetivos adicionais de aplicabilidade de princípios relativos aos direitos humanos e à dignidade do indivíduo, tornando a justiça do Direito Internacional Privado mais material e substantiva.

3.2.1 **Lei mais favorável: uma questão de hipossuficiência**

O Direito Internacional Privado contemporâneo tem introduzido novas regras de conexão como forma de se aproximar dos valores vinculados à justiça material e se afastar do excesso de formalismo simplório. Essas novas regras de conflitos se adicionam às regras clássicas já existentes como maneiras alternativas, subsidiárias ou cumulativas de se resolver o conflito de leis. Um importante exemplo desse tipo de novas regras de conexão é o elemento referente à "lei mais favorável". O elemento de conexão lei mais favorável é utilizado quando houver a presunção de hipossuficiência de uma das partes, o que induziria à localização do sistema normativo que favorecesse esta parte hipossuficiente. Desta forma, pode-se dizer que esse elemento de conexão possui uma natureza híbrida, pois conjuga a metodologia formal das regras de conflito com uma abordagem substantiva que demanda uma maior justiça social, por meio do favorecimento àquele considerado mais frágil na relação.

Haroldo Valladão assim define o elemento de conexão lei mais favorável:

> É um elemento de conexão original, pois parte de uma comparação substancial entre a lei do país onde se levantar a questão, habitualmente a lei do foro, a lei nacional, e a lei ou leis estrangeiras que a impregnaram. E concluiu-se pela aplicação da lei que for mais favorável, seja à validade do ato, ou ao menor ou incapaz, ao filho, ao pupilo, ao alimentando, ao devedor, ao herdeiro legítimo [82].

É possível se identificar a aplicação do elemento de conexão lei mais favorável no sistema normativo brasileiro, na própria Constituição federal de 1988, ao definir em seu artigo 5º, 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 à lei pessoal do de cujus.
> (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.)

[82] VALLADÃO, Haroldo**. O princípio da lei mais favorável no Direito Internacional Privado**. Organização dos Estados Americanos. Curso de derecho internacional. 1981. pp. 522-560.

Percebe-se o uso de conceitos abertos na Constituição pátria, como no artigo acima referenciado, ao se fazer menção à lei mais favorável. Esses conceitos abertos permitem ao magistrado uma maior liberdade na decisão pela busca da justiça substantiva.

Dolinger menciona outros exemplos no sistema normativo brasileiro de aplicação do elemento de conexão lei mais favorável, tais como: a) a proteção do menor das relações familiares; b) a lei mais vantajosa para o empregado nas relações trabalhistas; c) a lei que protege a pessoa que sofreu danos. (DOLINGER, 2014, p. 300.)

A relação entre a demanda por um DIPr mais substantivo, os direitos humanos e a lei mais favorável é uma derivação lógica e conceitual de cada uma delas. A lei mais favorável envolve a relação entre duas ou mais partes, na qual uma, ou mais, é considerada hipossuficiente em relação à(s) outra(s). Para haver uma relação envolvendo o elemento de conexão lei mais favorável é necessário existir uma relação de diferença de poderes entre as partes, caracterizando que uma seja considerada hipossuficiente em relação à outra, a qual é considerada hipersuficiente. Este elemento de conexão necessita da existência de um diferencial de poder e força entre as partes envolvidas e, havendo essa diferença, surge o contexto sociojurídico de hipossuficiência, o que permite a aplicação desse elemento de conexão para os casos de relações plurilocalizadas de DIPr.

Os cenários jurisprudenciais envolvendo a dicotomia entre as relações hipossuficientes e hipersuficientes são vários, tais como as relações de consumo, as relações empregatícias, as relações entre sexos opostos, as relações envolvendo menores, idosos, pessoas deficientes ou qualquer outra relação humana em que se demonstre a existência de um diferencial de poder entre as partes. Em toda relação que haja esta diferença de potencial de forças entre as partes, sejam estas forças de natureza política, física, econômica ou psicológica, ocasionando o exercício desproporcional de poder de um indivíduo sobre o outro, é possível ser caracterizada a hipossuficiência jurídica entre elas.

A lei mais favorável procura minimizar, de uma forma substantiva, as diferenças materiais entre as partes, de modo que elas possam se colocar perante a relação jurídica em condições de igualdade substantiva e não apenas formal. Desta maneira, ao incorporar a lei mais favorável como elemento de conexão, o DIPr proporciona à sua metodologia de conflito uma abordagem que busca encontrar soluções mais equilibradas e justas para as partes envolvidas.

Ao se observar as agressões àqueles direitos subjetivos considerados essenciais para o

desenvolvimento da dignidade do ser humano, quase sempre é possível verificar que o elemento comum nessas violações é justamente a existência de um grande diferencial de poder e força entre a parte considerada violadora dos direitos humanos e aquela considerada vítima da agressão. As violações de direitos humanos se caracterizam pelo desequilíbrio de forças e poder entre os indivíduos, o que permitem a ocorrência dessas violações. Quando há um equilíbrio de forças, esse equilíbrio por si só, de uma forma geral, evita os abusos necessários para que se caracterize uma violação de direitos humanos, pois a expectativa de que ocorra uma reação equivalente pela outra parte, inibe a aplicação de poder de forma unilateral.

Naturalmente, somente a existência do diferencial de poder não implica obrigatoriamente que haverá uma violação de direitos humanos nem que a parte considerada hipossuficiente venha a ser aquela considerada como vítima. Assim como a vinculação com a realidade fática numa relação jurídica plurilocalizada é primordial para a definição dos sistemas normativos considerados eficazes, a análise factual também é mandatória para a confirmação de qualquer violação de direitos humanos. Somente a análise do caso concreto permite se confirmar ou não a ocorrência de qualquer violação de direitos humanos.

Neste sentido, podemos identificar uma convergência entre aquelas fontes de direitos humanos e as do Direito Internacional Privado, pois ambas buscam igualmente decisões substantivas, fundamentadas na realidade dos fatos envolvidos nas relações jurídicas, de modo a se atingir a justiça plena. Fazer uma localização substantiva, numa perspectiva de DIPr, é identificar aqueles sistemas normativos que mais próximos estejam das partes e da relação jurídica que deu origem à decisão, dentro de uma abordagem de respeito aos indivíduos e às suas necessidades de vida em comunidade como ser humano. Por outro lado, as questões de direitos humanos buscam aquelas condições existenciais que assegurem às pessoas dignidade e completa integração com sua comunidade.

Para evidenciar essa integração entre os objetos das fontes dos direitos humanos e aqueles definidos pelo Direito Internacional Privado, quando visto sob uma abordagem contemporânea substantiva, evidenciamos duas importantes referências: a) a primeira delas de André de Carvalho Ramos, ao definir de forma precisa os direitos humanos; e b) a segunda de Claudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques, que relaciona a substantividade do DIPr com questões envolvendo a hipossuficiência das partes:

> Na necessidade de adotar uma definição concisa, entendo por direitos humanos um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade. (RAMOS, 2014, p. 34.)
>
> [...] os doutrinadores propugnam a necessidade do Direito Internacional Privado voltar-se para a proteção dos mais fracos, especialmente dos consumidores, incluindo novos elementos de conexão mais flexíveis e adaptados à tutela de conexões 'neutras' e rígidas, mais adaptáveis ao relacionamento entre iguais ou pelo menos entre profissionais, comerciantes, para a proteção dos consumidores novos métodos e normas de DIP seriam necessários. Aqui nos interessa a chamada 'materialização' do DIP. (MARQUES; JACQUES, 2004, p. 73.)

3.3 **A justiça substantiva vs. economia processual e segurança jurídica**

De tudo o que foi visto sobre o Direito Internacional Privado até agora, desde sua versão clássica até a contemporânea – começando pela visão jurisprudencial de Story, passando pelo conceito savigniano de sede das relações jurídicas, pelo princípio da proximidade da escola americana, pela aplicação dos princípios constitucionais e da lei mais favorável, sem deixar de se mencionar as exceções de ordem pública –, é possível perceber que, tanto as críticas feitas ao DIPr como também o reconhecimento dos seus pontos positivos, giram em torno da dicotomia justiça substantiva vs. segurança jurídica e economia processual.

Os institutos de DIPr mais contemporâneos mencionados acima buscam, por diferentes caminhos, uma justiça substantiva, que é o principal objetivo de qualquer área do Direito. Por outro lado, o método clássico do Direito Internacional Privado privilegia, primordialmente, a obtenção de maior segurança jurídica e economia processual, muitas vezes em detrimento de uma localização substantiva. Portanto, é viável afirmar que o DIPr ideal é aquele que pode resolver as questões plurilocalizadas de conflito de leis no espaço de uma forma que se atinja simultaneamente:

1. A máxima justiça substantiva, respeitando-se e considerando-se as especificidades de cada caso *in concreto*;
2. O máximo de segurança jurídica; e
3. O máximo de economia processual.

Uma teoria que consiga atingir todas essas metas seria aquela que unificaria o Direito Internacional Privado. No entanto, uma das dificuldades em se desenvolver uma teoria com esta abrangência de metas é que o crescimento da justiça substantiva é inversamente proporcional ao crescimento da segurança jurídica e ao crescimento da economia processual. Quando aquela aumenta, estas tendem a diminuir; quando aquela diminui, estas tendem a aumentar. A obtenção da justiça substantiva perfeita, no limite, pode proporcionar um tipo de "Direito livre", que obrigatoriamente será casuístico, uma vez que precisa considerar cada

pequeno detalhe factual do mérito da relação jurídica a ser tratada. Essa análise casuística, que se afasta de uma fórmula universal, abstrata e uniformizadora, obrigatoriamente terá uma menor previsibilidade de resultados, afetando diretamente a segurança jurídica. O seu custo processual também será alto, tanto no que diz respeito à parte de conhecimento do processo como também com relação ao seu aspecto probatório, reduzindo, desta maneira, a economia processual.

Cenários que envolvam a proteção simultânea de bens jurídicos, que se contrapõem entre si e exigem alguma forma de comprometimento mútuo, irão sempre estar passíveis a críticas de todos os lados. Qualquer solução de DIPr, que envolva algum tipo de comprometimento, receberá críticas daqueles que defendem mais radicalmente o seu valor comprometido. Quem entende que a justiça material deva ser buscada a qualquer custo, não aceitará comprometê-la em favor da segurança jurídica. Da idêntica forma, aquele que entende ser a demanda pela segurança jurídica um dos pilares de um sistema normativo sustentável, não aceitará a sua mitigação em favor da justiça material plena.

Levando-se em consideração todas as críticas do Direito Internacional Privado, tanto na sua vertente clássica como também na sua vertente mais contemporânea, percebe-se que a grande dificuldade talvez não seja identificar as falhas das diversas teorias, mas, sim, como desenvolver uma metodologia que atenda a todas elas, com o menor grau de comprometimento possível dos valores fundamentais envolvidos: a) a segurança jurídica; b) a justiça substancial; c) a economia e a operacionalidade processuais.

O objeto desta dissertação é definir uma metodologia jurídica que tenha como principal meta uma maior harmonização no comprometimento desses bens, ao se localizar o sistema normativo a reger a relação com elementos estrangeiros.

4. OS ÂMBITOS DE EFICÁCIA E DE COMPETÊNCIA NO DIPr

A eficácia das normas é a característica que garante que ela seja obedecida por todos aqueles que estão sob a sua regência. Segundo Kelsen, dizer que uma norma é eficaz é o mesmo que afirmar que ela será obedecida:

> Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas [...] A afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas.
> (KELSEN, 2000, p. 55.)

Ou seja, o Direito é eficaz quando atinge a sua finalidade designada, quando é aplicado e reconhecido pela sociedade como um todo, assim como pelas pessoas em particular. A eficácia normativa, nessa acepção, é axiomática e prescinde de maiores fundamentações, uma vez que a presunção de sua aplicabilidade e de seu reconhecimento por todos faz parte da natureza intrínseca da gênese normativa.

Pela definição de eficácia da norma, é possível verificar a sua importância na teoria do Direito, dado ser a norma um comando de "dever ser". Se ela não for obedecida, perde-se seu sentido de existir. No entanto, a eficácia normativa possui uma importância adicional no que diz respeito ao Direito Internacional Privado. Essa importância adicional está vinculada à característica essencial do DIPr que é o reconhecimento da legitimidade de normas estrangeiras para regerem as relações jurídicas plurilocalizadas no âmbito local.

A exigência do grau de eficácia de uma norma de DIPr quando comparada com uma norma do Direito local não deve ser maior ou menor, pois todas as normas devem ser igualmente eficazes, entretanto, é importante enfatizar que o Direito Internacional Privado é aquele que determina que uma norma estrangeira seja aplicada localmente, em detrimento da norma nacional. Deixar de aplicar o sistema normativo local para que um sistema estrangeiro ineficaz o seja é um total contrassenso, uma vez que o sistema estrangeiro carrega consigo custos sociais e processuais adicionais para a sua aplicação. Incorrer nesses custos extras e, simultaneamente, permitir que o sistema estrangeiro localizado não seja eficaz – isto é, não seja obedecido –, melhor seria, pura e simplesmente, a aplicação da *lex fori* já num momento inicial.

Sob uma perspectiva social, as leis que regem o comportamento dos indivíduos têm somente as suas existências legitimadas quando observam o interesse da sociedade em geral.

Como instrumento de pacificação, organização e uniformização da sociedade, o Direito é um dos fatores de imposição de comportamentos e, concomitantemente, ele também é submetido ao domínio dos objetivos e fundamentos dessa mesma sociedade. A efetividade, dentro dessa acepção social, significa a concretização do Direito por meio da satisfação plena de sua função social. O "dever ser" normativo se torna um instrumento de realização e harmonização social.

Em complemento à abordagem que tem por fundamento a eficácia do Direito no domínio social, também é possível analisar a eficácia do Direito tendo por base o domínio pessoal. A eficácia normativa no plano social é mais abstrata quando comparada àquela abordagem do plano pessoal, uma vez que este último se fundamenta naqueles comportamentos e atos concretos que tiveram como seus elementos geradores a expectativa individual de aplicação de uma determinada norma. Em outras palavras, um sistema normativo induz os indivíduos a um comportamento que seja adequado e em conformidade com esse sistema. Como visto anteriormente, Baptista Machado denomina essa indução comportamental de "impregnação" dos fatos por uma lei que os rege, ou seja, é o ajuste do comportamento humano de modo a estar em conformidade com o pressuposto sistema normativo competente.

Uma das funções normativas é conformar o comportamento das pessoas a um padrão prévio, prevenindo práticas de atos considerados ilegais e tornando os comportamentos e os atos dos indivíduos previamente ajustados ao Direito que supostamente é competente. Essa é uma função educadora da norma, que evita atos ilícitos por meio da imposição de um padrão de comportamento que passa a ser seguido por aqueles que estão submetidos à mesma, incorporando os valores normativos aos seus atos e fatos jurídicos. Essa incorporação dos valores normativos pelos atos e fatos é justamente a impregnação da relação jurídica pela norma que a rege, conforme visto anteriormente. Desta forma, Baptista Machado conclui que toda norma *agendi* somente pode reger aqueles fatos com os quais tenha contato:

> Nenhuma lei, enquanto norma agendi, pode ser aplicada a fatos situados fora do seu âmbito de eficácia. (BAPTISTA MACHADO, 1998, p. 120.)

O Direito de Conflitos de Leis, como gênero, baseia-se no princípio jurídico universal da não aplicação de uma lei a fatos situados fora do seu âmbito de eficácia, assim como também no respeito aos direitos adquiridos e às situações jurídicas previamente constituídas. Como espécies desse gênero, têm-se os conflitos de leis no espaço – Direito Internacional

Privado – e os conflitos de leis no tempo – Direito Intertemporal. Para Baptista Machado, o domínio da eficácia da lei se fundamenta no princípio da não "transconexão", também conhecido como princípio da não "transatividade". Esse princípio se especializa, no caso do Direito Intertemporal, no princípio da não retroatividade e, no caso do DIPr, no princípio de que toda norma *agendi* somente deve reger fatos que com ela esteja em contato.

Seja sob a perspectiva da eficácia social (tendo por fundamento as legítimas expectativas sociais) ou sob a perspectiva da eficácia pessoal (tendo por fundamento as legítimas expectativas vinculadas aos fatos "impregnados" pela norma), a eficácia das leis é o que legitima a aplicação de todos os sistemas normativos estatais que se inserem dentro das suas fronteiras. Uma vez que sejam identificados múltiplos Direitos estatais eficazes para reger uma determinada situação jurídica, é necessário resolver a questão da concorrência de competência entre eles. É preciso escolher aquele sistema normativo o qual a regra de conflito do DIPr do foro identifica como sendo o mais adequado. As regras de conflito são estabelecidas normalmente como fruto de políticas legislativas públicas que têm por finalidade representar os grandes interesses sociais e, de uma forma geral, possuem natureza abstrata e genérica, sem qualquer vínculo factual com a realidade a ser regida.

Se representássemos o âmbito de eficácia e o âmbito de competência das leis por círculos, o círculo representativo da competência normativa deveria estar completamente contido dentro do círculo representativo da eficácia normativa, conforme o diagrama 02, abaixo. Isso deve ocorrer porque as regras de conflito devem reconhecer apenas sistemas normativos estatais que possuam vinculação com os fatos em questão e, desta maneira, inseridos no domínio de eficácia legal.

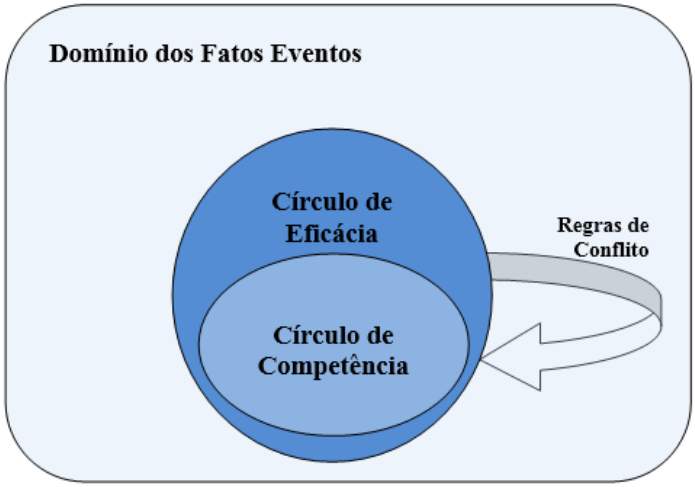


Diagrama 02

Contudo, quase sempre as regras de conflito dos DIPr, nos mais diversos países, buscam reconhecer sistemas normativos que atendam a suas políticas públicas nacionais, o que significa dizer que elas são utilizadas como instrumento de realização de objetivos de natureza social, sem maiores preocupações com os vínculos factuais envolvendo as partes da relação jusprivatista.

No Brasil, a razão da escolha do domicílio das partes como elemento de conexão para reger o estatuto pessoal foi essencialmente política, visando atender interesses públicos. Houve uma mudança significativa no cenário político durante a Segunda Guerra Mundial, o que produziu reflexos no DIPr brasileiro, uma vez que anteriormente a 1942 o estatuto pessoal era determinado pela nacionalidade da pessoa e, após essa data, passou a ser determinado pelo seu domicílio. É costumeiro mencionar como razões para essa mudança o fato de que o Brasil não desejava aplicar a lei nacional dos países do eixo Alemanha – Itália – Japão, uma vez que havia um grande número desses nacionais domiciliados em nosso país. Outra razão mencionada é a existência de uma política nacional que visava aumentar o vínculo dos estrangeiros domiciliado no Brasil com a cultura e a lei do nosso país, já que havia o entendimento de que a aplicação da *lex fori*, em princípio, permitiria um contato maior entre essas pessoas e o nosso sistema normativo.

Sejam quais foram as verdadeiras razões para essa mudança, é indiscutível que elas possuíam uma natureza política social abstrata, sem qualquer relação com a realidade concreta que deu origem à relação jurídica sob *judice*, nem qualquer consideração com as partes afetadas. Na verdade, tanto no sistema normativo brasileiro anterior, que se utilizava da nacionalidade como elemento de conexão do estatuto pessoal, como no novo, que passou a se utilizar do domicílio, a localização não possui qualquer vinculação com os fatos e as partes envolvidas, tornando o seu sucesso uma mera obra do acaso. Na perspectiva da eficácia pessoal, tanto a escolha do elemento de conexão nacionalidade como a escolha do elemento de conexão domicílio podem se mostrar completamente desconectados com as necessidades pessoais das partes. Isso ocorre porque a escolha desses elementos não levou em consideração qualquer aspecto específico ou pessoal, mas objetivou tão somente a eficácia no plano social abstrato.

O que se procura questionar nesse trabalho é até que ponto as regras de DIPr ficam comprometidas na sua capacidade de localizar sistemas normativos competentes e, simultaneamente, eficazes, dada a prática comum dos Estados de se utilizarem do Direito Internacional Privado como instrumento de aplicação de políticas públicas gerais e abstratas.

Ao se tornarem instrumentos dessas políticas, as regras de conflito de DIPr afastam-se do plano dos fatos que deram origem à relação jurídica, tornando-se abstratas e genéricas – incapazes de localizar sistemas normativos realmente eficazes.

Levando-se isso em consideração, a afirmação de Baptista Machado de que o âmbito da competência é um subconjunto do âmbito da eficácia tem como pressuposto mandatório que os elementos de conexão definidos pelas regras de conflito tenham obrigatoriamente vínculo com a realidade concreta dos fatos a serem regidos. Se esse pressuposto não for atendido, a aplicação das regras de conflito por meio do elemento de conexão pode localizar um sistema normativo competente, no entanto ineficaz, fazendo com que o âmbito de competência do sistema normativo localizado não esteja contido no âmbito de eficácia definido para a relação jurídica em particular.

4.1 **O âmbito de eficácia**

O fundamento original de aplicação de um sistema normativo alienígena a uma relação nacional é o vínculo existente entre esse sistema e os fatos jurídicos ocorridos no foro local. Qualquer outro possível fundamento a ser considerado deve ter por base a existência ou não deste vínculo factual. Como visto, Beviláqua adicionalmente cita como fundamentos do Direito Internacional Privado a integração entre os povos e comércio internacional:

> O commercío internacional, de um lado, e, de outro, a diversidade das leis são o fundamento lógico e social deste ramo do direito [...]
> (BEVILÁQUA, 1906, p.11.)

Podemos considerar que esses dois fundamentos mencionado por Beviláqua são de natureza imediata, possuindo eles as suas próprias razões. Com relação à diversidade das leis, ele identificou esse fundamento como sendo de natureza lógica, uma vez que o conflito de leis – seja no tempo ou no espaço – pressupõe como premissa básica a não existência de identidade entre os sistemas em conflito, pois, do contrário, não haveria conflito de localização de sistemas distintos a ser resolvido. Com relação ao comércio internacional, entendemos que ele é citado pelo autor como apenas uma das razões sociais que podem motivar as pessoas de diferentes territórios e culturas a compartilharem a convivência mútua numa sociedade comum. O comércio internacional, o espírito de aventura e outras razões de naturezas física e natural – tais como os desastres ambientais – podem também fazer com que as pessoas abandonem os seus territórios e busquem abrigos em outros lugares. É provável que Beviláqua mencionasse o comércio internacional como um mero exemplo representativo

de todos aqueles possíveis eventos sociais ou naturais causadores da migração humana.

Quais seriam, então, as razões mediatas que fundamentariam a aplicação do Direito pessoal de indivíduos domiciliados num país estrangeiro, com diferentes culturas e sistemas normativos? E em quais situações se recomendaria aplicação da *lex fori* para esses casos? Podem ser citadas as seguintes razões que fundamentam a escolha pela aplicação do Direito pessoal do estrangeiro, quando em concorrência com o local:

1. O pragmatismo racional, que demanda soluções mais efetivas nas soluções de conflitos, sejam elas fundamentadas no Direito estrangeiro ou nacional;

2. A teoria da urbanidade, que entende a aplicação do Direito pessoal do estrangeiro sob uma perspectiva de cortesia; e

3. Uma perspectiva *jus naturalista*, que fundamenta a busca pela melhor justiça como sendo intrínseca da natureza do homem ou de Deus, seja por meio da aplicação da *lex fori* ou do Direito estrangeiro.

4.1.1 **O pragmatismo racional**

A fundamentação da aplicação do Direito estrangeiro sempre gerou uma discussão tormentosa, principalmente na Idade Média, onde o isolamento das sociedades em feudos fez com que nascessem diferentes sistemas normativos, tanto derivados dos sistemas romanos e germânicos como também da *common law*. O isolamento feudal reforçou o princípio da territorialidade das leis, pois ele resolvia a contento as questões de aquisição, manutenção e extinção de posições jurídicas, muito simplificadas por serem regidas unicamente pelo Direito local. Porém, com o incremento do comércio e o consequente aumento dos contatos entre as distintas culturas, o territorialismo das leis passou a não atender mais os diversos e complexos conflitos sociais originados pelos contatos envolvendo pessoas com diferentes Direitos pessoais.

Considerar a possibilidade da aplicação do Direito pessoal das partes, até certo ponto, foi consequência de um pragmatismo racional que identificou essa abordagem como a mais efetiva para a pacificação e harmonização dos diversos conflitos sociais com elementos estrangeiros. Para aquelas relações jurídicas envolvendo indivíduos com direitos pessoais distintos da *lex fori*, a solução mais efetiva passa pela análise racional da possibilidade de aplicação do Direito pessoal estrangeiro em detrimento do Direito local. Por conseguinte, a procura racional e pragmática por uma solução mais efetiva na solução de conflitos jurídicos plurilocalizados é também um dos fundamentos da aplicação do Direito estrangeiro.

Story, no primeiro capítulo de sua obra *Conflict of Laws,* remarks § 35, fundamenta a aplicação do Direito internacional Privado tendo por base o mútuo interesse entre as nações. Esse mútuo interesse tem origem na expectativa de reciprocidade de uma melhor justiça, mais conectada com os cidadãos de diferentes países, e na utilidade de ver o seu Direito aplicado aos seus nacionais quando domiciliados no estrangeiro. Essa utilidade deve pressupor o interesse mútuo de todas as nações e não apenas de uma única, complementa Story.

> §35 The true foundation, on which the administration of international law must rest, is, that the rules, which are to govern, are those, which arise from mutual interest and utility, from a sense of the inconveniences, which would result from a contrary doctrine, and from a sort of moral necessity to do justice, in order that justice may be done to us in return.[83] (STORY, 1834, p. 45.)

Mas em quais situações um racionalismo pragmático pode localizar o Direito pessoal das partes como sendo aquele a reger a relação jurídica, uma vez que o Direito estrangeiro é mais custoso em ser aplicado, tanto em seu aspecto material como processual? A demanda racional por um sistema normativo a reger um fato jurídico envolve, necessariamente, a determinação do campo de eficácia desse sistema, pois não há qualquer lógica na escolha de um sistema normativo ineficaz, já que ele não seria efetivamente aplicado e obedecido, não gerando, desta maneira, qualquer resultado externo prático. Baptista Machado nos fornece o caminho para a determinação dos limites de eficácia de um sistema normativo:

> [...] esse limite define-se em função duma circunstância psicológica: poderem ou não os indivíduos contar com a sua aplicação no momento em que são praticados os actos de conduta ou em que se verificam os factos susceptíveis de alterar o status quo das situações jurídicas em que os mesmos indivíduos estão interessados. (BAPTISTA MACHADO, 1998, p. 45-46.)

Para o autor, a expectativa de aplicação de um sistema jurídico, fundada num nexo espaço temporal, traduz-se como um fenômeno psicológico, que fundamenta seu plano de eficácia. Portanto, o pragmatismo racional na determinação do sistema normativo a reger uma relação plurilocalizada demandará aqueles sistemas que se insiram no plano de eficácia, que é determinado pela vinculação dos fatos jurídicos ocorridos sob as expectativas psicológicas de regência dos referidos sistemas. A localização de qualquer outro sistema normativo, que não possua vinculação com os fatos, seria ineficaz e antieconômica, pois a aplicação desse Direito não seria acompanhada de uma efetiva obediência por parte da sociedade, tornando, portanto,

---

[83] *"O verdadeiro fundamento, sobre o qual a administração do direito internacional deve repousar, é que as regras que devem governar são aquelas que surgem do interesse e da utilidade mútuos, a partir do consenso da incoveniencia que resultaria de uma doutrina contrária, e de uma espécie de necessidade moral para fazer justiça, a fim de que essa justiça possa ser feita a nós em troca." (Tradução nossa.)*

essa localização irracional.

4.1.2 **Teoria da urbanidade: *comitas gentium***

A escola holandesa desenvolveu a teoria do *comitas gentium* como sendo um dos fundamentos teóricos para a aplicação do Direito estrangeiro. O emprego de um sistema normativo estrangeiro em uma nação é fundamentado pela perspectiva de cortesia e utilidade internacionais em reconhecer esse Direito como o Direito pessoal a ser aplicado aos estrangeiros domiciliados nesta nação.

A teoria do *comitas gentium*, quando fundamentada na perspectiva única de cortesia internacional, possui uma fragilidade evidente: o Direito não pode se basear em cortesia, uma vez que esta se traduz numa ideia de faculdade comportamental, tendo por fundamento a urbanidade, e pode ser entendida como:

> 1 - Qualidade do que é cortês.
> 2 - Delicadeza; urbanidade.
> 3 - Cumprimentos dos toureiros à autoridade e ao público, antes de começar a corrida.[84]

A segurança e a uniformidade jurídica não podem depender de faculdades opcionais de comportamentos, não sendo possível, portanto, utilizá-la como única fonte de decisões no Direito Internacional Privado. Essa visão foi defendida por Wharton, conforme relembra Beviláqua:

> [...] em certo sentido a cortesia internacional no fato de applicarem os juizes leis de um Estado estrangeiro, esta não é a verdadeira base sobre a qual devam repousar as regras do direito internacional privado.
> (WHARTON 1905 apud BEVILÁQUA, 1906.)

Wharton, numa passagem do seu livro *A Treatise on the conflict of laws, or, private international law*, menciona um exemplo que auxilia no entendimento da sua perspectiva sobre a questão da cortesia e da justiça no DIPr. Ele relata um conflito de entrega de bens vendidos no Estado da Louisiana. Esse Estado era, então, regido por um sistema normativo derivado do Direito Romano, o qual determinava que, para conformar o título de crédito, a entrega era imprescindível. O conflito ocorria quando vendedores que residiam em outros Estados, onde a entrega não era indispensável para a legal constituição do título, efetuavam vendas para consumidores no Estado da Louisiana e, eventualmente, ocorria algum problema

[84] HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Cortesia em:Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível em: ‹https://dicionariodoaurelio.com/cortesia›. Acesso em: 11 de março de 2018.

que impedia a entrega do bem. O título, nesse caso, deveria ser constituído ou não? A decisão da suprema corte daquele Estado foi no sentido de que a lei local da Louisiana deveria prevalecer com relação ao tema, não se constituindo o título, quando não houvesse a entrega do bem para os seus consumidores. O fundamento da decisão teve por base a ordem pública local, de modo que não se prejudicasse os residentes naquele Estado, que ficariam à mercê da "cortesia" (boa vontade) dos vendedores em não executarem o título indevidamente constituído.

> The effects of a contract entered into at anyplace, 'said Porter, J.,' will be allowed, according to the law of that place, in other countries, if no inconvenience will result therefrom, to the citizens of that other country, with respect to the right which they demand. This distinction appears to us founded on the soundest reasons. The municipal laws of a country have no force beyond Us territorial limit; and when another government permits these to be carried into effect within her jurisdiction, she does so upon a principle of comity. In doing so, care must be taken that no injury is inflicted on her own citizens; otherwise justice would be sacrificed to courtesy.[85] (WHARTON, 1872, p. 291.)

Essa abordagem é próxima da visão de Pillet sobre a inadmissibilidade da cortesia como base única do Direito Internacional Privado, tendo em vista a sua natureza voluntária e opcional:

> [...] porque é incompatível com o fim do direito internacional privado. Este pretende estabelecer entre as nações uma comunhão jurídica, oferecendo para as mesmas questões de conflito, as mesmas soluções. Mas esta ambicionada fixidez e universalidade de princípios não serão alcançadas enquanto a admissão das leis estrangeiras depender, em cada país, das inspirações eminentemente ondulantes da cortesia. A sociedade internacional tem necessidade da tutela permanente do direito, como as sociedades nacionais. Se as leis nacionais não podem manter a plenitude de seus efeitos, quando aplicadas internacionalmente, é forçoso que percam o menos possível de sua eficácia, e, assim, o problema fundamental do direito internacional privado é encontrar o principio de harmonia que deixe intacta a maior porção possível da autoridade do direito. E esse problema não pode ser uma questão de arbítrio, de conveniência ou de cortesia.[86]

No entanto, é importante perceber que quando vista sob uma perspectiva utilitarista, a fundamentação da teoria da *comitas gentium* adquire um enfoque baseado na reciprocidade. Ou seja, ao mesmo tempo em que se é esperado o respeito à autonomia e à soberania dos Estados na forma como vai aplicar o Direito estrangeiro, eles têm o "dever moral" de fazer

---

[85] *"Os efeitos de um contrato celebrado em qualquer lugar, 'disse Porter, J.', serão permitidos, de acordo com a lei desse lugar, em outros países, se não houver inconveniente para os cidadãos desse outro país, com respeito ao direito que eles demandam. Esta distinção nos parece fundamentada nas razões mais sólidas. As leis municipais de um país não têm força além do limite territorial dos EUA; e quando outro governo permite que estes sejam levados a efeito dentro da sua jurisdição, ela o faz sob um princípio de cortesia. Ao fazê-lo, deve ser tomado cuidado para que nenhum prejuízo seja infligido aos seus próprios cidadãos; caso contrário, a justiça seria sacrificada à cortesia."* (Traduçaõ nossa.)

[86] PILLET 1895 apud BEVILAQUA, 1906. p. 27.

justiça aos estrangeiros domiciliados no seu território. Essa visão está em sintonia com a visão de Maristela Basso, que assim define o princípio da cortesia internacional:

> [...] dever moral dos Estados de fazerem justiça às pessoas estrangeiras que se encontram em seu solo, pois, assim agindo, terão a certeza da reciprocidade por parte dos demais. (BASSO, 213, p. 149.)

Na visão de Story, a aplicação da lei estrangeira também não é uma questão de cortesia, mas, sim, um tema de interesse mútuo entre as nações, com efeitos práticos para resolução de problemas reais do dia a dia, na busca por uma boa justiça. Para Mancini, o Direito pessoal deve acompanhar os indivíduos onde quer que eles estejam, caracterizando a extraterritorialidade do DIPr que, para ele, como já visto, tinha fundamentação no vínculo nacional. A aplicação do Direito estrangeiro não deve possuir um caráter discricionário, não sendo, portanto, uma forma de "cortesia", mas, sim, um dever de cumprimento das leis estrangeiras, sob o aval da comunidade internacional.[87]

Bustamante está entre aqueles que criticam a doutrina que defende a cortesia como razão para aplicação do Direito estrangeiro, muito embora ele vá mais longe ao acrescentar à sua crítica o interesse e a reciprocidade. Para Bustamante, a cortesia é arbitrária, o interesse é parcial e a reciprocidade pode conduzir ao isolamento. Ele defende que os Estados coexistem por necessidade, como uma forma de sociedade, e essa coexistência necessária é o fundamento para a criação de regras de convívio mútuo. As nações não podem viver totalmente isoladas umas das outras, há a necessidade de uma convivência que tem natureza social e, naturalmente, demanda regras jurídicas que viabilizem a satisfação das necessidades e objetivos de cada uma delas, concluindo ser a comunidade jurídica internacional o verdadeiro fundamento do DIPr.

> Los Estados coexisten por necesidad, y por necesidad tienen reglas que deben someter todas las fases de su coexistencia. No deben fundarlas ni en la cortesía, que es arbitraria; ni en el interés, que es parcial; ni en la reciprocidad, que lleva en definitiva al aislamiento. Su sociedad les impone el derecho y tiene que ser de orden jurídico la norma de sus relaciones. [...] En la comunidad jurídica universal tiene su verdadero fundamento el Derecho Internacional Priyado.[88]
> (BUSTAMANTE Y SIRVEN, 1943, pp. 22-24.)

---

[87] MANCINI, Pasquale Stanislao**. Della Nazionalità come Fondamento del dritto dele genti:** Prelezione al Corso di dritto Internazionale e marittimo**.** Torino. Tipografia Eredi Botta. 1851.

[88] *"Os Estados coexistem por necessidade, e por necessidade têm regras que devem submeter todas as fases de sua coexistência. Não devem fundamentá-las na cortesia, que é arbitrária; nem no interesse, que é parcial; nem na reciprocidade, que leva em definitivo ao isolamento. Sua sociedade lhe impõe o Direito e tem que ser ordem jurídica as normas de suas relações [...] na comunidade jurídica universal tem o seu verdadeiro fundamento o Direito internacional Privado."* (Traduçao nossa.)

Entretanto é importante que, ao se falar em cortesia no Direito Internacional Privado, defina-se exatamente com relação ao que essa cortesia se refere e os seus sujeitos. A cortesia, como entendida pela escola holandesa, tem como sujeitos passivos imediatos aqueles estrangeiros domiciliados no território estrangeiro; e como sujeitos passivos mediatos, os seus respectivos Estados. O objeto dessa cortesia é o reconhecimento do direito subjetivo desses estrangeiros de serem regidos pelo seu Direito pessoal e, com relação aos Estados, de terem os seus nacionais regidos por seu Direito pessoal, onde quer que eles estejam. Mas em quais situações, de fato, faz sentido a concessão dessa cortesia? Da mesma forma que a racionalidade na localização do "melhor" Direito deve ter por base uma realidade factual, uma visão baseada na cortesia e na urbanidade das relações internacionais também precisa estar vinculada à mesma realidade dos fatos.

Não há qualquer sentido em se aplicar o Direito pessoal de um determinado estrangeiro em outro país, a título de cortesia, se esse Direito não possuir vínculo fático com a relação jurídica a ser julgada ou com as partes envolvidas. O objeto da cortesia é permitir que as partes possam ser regidas por aquelas leis e costumes com os quais elas conduzem seus atos e comportamentos, e não simplesmente impor a esses estrangeiros o sistema normativo de sua nacionalidade – principalmente quando esse sistema não conformou as suas ações. Não havendo vinculação fática, a imposição do sistema normativo da nacionalidade ou do domicílio, sem qualquer vinculação com as partes, é tão descortês quanto o seria a imposição da *lex fori* aos estrangeiros.

Desta forma, ainda que sob uma fundamentação da teoria do *comitas gentium*, é indispensável a vinculação do sistema normativo com os fatos e atos das partes que serão regidas por ele. Para haver cortesia no Direito Internacional Privado, ela precisa ser fundamentada nos fatos materiais que deram origem à relação jurídica e não em normas abstratas sem vinculação factual com as pessoas.

4.1.3 **Direito Natural e o Direito Internacional Privado**

Considerar a aplicação do Direito Internacional Privado como uma forma de expressão do Direito natural é tomar o *jus* naturalismo como um dos seus fundamentos. Mas, exatamente, o que significa considerar o DIPr como uma das formas de expressão do Direito natural? A resposta para essa pergunta está na noção de Direito natural, que é aquela vinculada à ideia de uma conduta originada da natureza humana, divina ou baseada no conceito de justiça natural aristotélico, conforme citado por Pound:

> So, Aristotle considers, not natural law and positive law, but what is just in itself – just by nature or just in its idea – and what derives its sole title to be just from convention or enactment. [89]

O Direito natural é um fenômeno independente do tempo e do espaço, cujos princípios se fundamentam na razão e na natureza das coisas. Segundo Kelsen, o Direito natural não é fruto da vontade, de uma ideologia ou do arbítrio dos indivíduos, mas, sim, é produto da própria razão dos seres humanos, sendo, desta forma, inato e congênito a estes.

> Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito Positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus. (KELSEN, 2000, pp. 12-16.)

Ao se abordar a perspectiva *jus* naturalista como fundamento do DIPr, chega-se à conclusão, de uma forma lógica e espontânea, que é mandatória, para o reconhecimento da condição humana de todas as pessoas, a aceitação dos seus Direitos pessoais, principalmente quando em situação de estrangeiro domiciliado em outro país. É ilógico e incoerente que um determinado país pleiteie o reconhecimento internacional pelo cumprimento dos Direitos fundamentais dos estrangeiros residentes em seu território quando, ao mesmo tempo, nega-se a aplicar o Direito pessoal desses mesmos estrangeiros para reger os seus direitos subjetivos. Respeitar o ser humano é, acima de tudo, compreender e tolerar todas as suas vertentes socioculturais, sem qualquer forma de discriminação ou preconceito. Dentre estas vertentes socioculturais se inclui o sistema normativo ao qual esta pessoa se submeteu na maior parte de sua existência.

Por outro lado, ainda sob a mesma perspectiva *jus* naturalista, é também possível se defender a aplicação irrestrita da *lex fori*, em oposição à aplicação do Direito pessoal dos estrangeiros. Essa abordagem se fundamenta no argumento de que a *lex fori* é o sistema normativo que melhor representa a natureza da sociedade humana onde ocorrem os fatos jurídicos, tendo sido o sistema normativo local aplicado nas mais variadas sociedades ao longo do tempo. É razoável se admitir que: a) a aplicação da lei do foro, no próprio foro, seja mais "natural" do que a aplicação da lei estrangeira; b) a aplicação da lei do foro ocorre com maior frequência entre os mais diversos grupos sociais ao longo da história da civilização humana; e c) a aplicação de uma lei estrangeira, aos estrangeiros domiciliados no foro, normalmente provoca insatisfação social, devido à existência de sistemas normativos

---

[89] POUND, Nathan Roscoe. **Introduction to the Philosophy of Law**. Yale University Press. London. 1922.
"*Assim considera Aristóteles não o direito 'natural' e o direito positivo, mas o que é justo em si mesmo – justo por natureza ou justo em sua idéia – e o que deriva seu título exclusivo de uma justiça ou de uma convenção ou promulgação estatutária.*" (Tradução Álvaro Cabral).

heterogêneos sob a mesma base territorial e à consequente falta de isonomia no tratamento entre nacionais e estrangeiros.

Qual seria então a razão justificadora para se aplicar o Direito pessoal de um estrangeiro, que voluntariamente decidiu residir num determinado país, por entender que o mesmo lhe proporciona melhores condições de vida? Ao se optar pelo convívio em uma sociedade estrangeira, não seria natural e justo que o estrangeiro devesse suportar o peso de suas leis, uma vez que decidiu usufruir dos benefícios proporcionados por ela? Nessa perspectiva, não seria justo nem isonômico se aplicar o Direito pessoal aos estrangeiros, uma vez que eles teriam o benefício de usufruírem dos valores e das riquezas de uma nação, porém sem arcar com o ônus de se submeterem ao seu sistema normativo. Inclusive, é importante observar que esse benefício não é extensível aos demais nacionais.

No plano abstrato, esses argumentos de aplicação irrestrita da *lex fori* podem parecer atraentes em uma primeira análise superficial, todavia, ao vinculá-los ao plano dos fatos, alguns problemas surgem. O primeiro deles é que nem sempre a submissão de um estrangeiro ao sistema normativo de um Estado ocorre de uma forma voluntária, invalidando a premissa de que houve uma legítima opção de convivência pelo indivíduo por uma determinada sociedade estrangeira. Por exemplo, em casos de conquista de um Estado por outro, os cidadãos do Estado conquistado, de modo geral, não possuem a opção de permanecer com sua nacionalidade anterior, sendo obrigados a se submeterem à nacionalidade do Estado conquistador, assim como também ao seu sistema normativo. Quando há incorporação de Estados nacionais, sem ocorrer propriamente uma conquista territorial, apesar de haver maiores opções individuais na escolha da nacionalidade, normalmente essas opções se reduzem à escolha daquela que é a "menos nociva".

Para os cidadãos dos Estados conquistados ou incorporados não é válido o argumento de que a opção voluntária de residência num determinado país pressupõe a aceitação voluntária de todas as suas condições, incluindo o seu sistema normativo, pois há várias situações concretas em que a voluntariedade individual simplesmente não faz parte da decisão do indivíduo. E ainda que haja voluntariedade formal, quando pela opção por domicílio de um Estado estrangeiro, é possível que, ao analisar com maior profundidade os fatos relacionados, confirme-se a existência de condições outras que reduzam a amplitude dessa presumida voluntariedade.

Ao se estudar o recente caso de migração maciça do Norte da África para a Europa –

que já envolveu a perigosa travessia do Mediterrâneo por mais de 300 mil pessoas somente nos primeiros sete meses de 2016 – é difícil caracterizar essa decisão como sendo de natureza voluntária. É uma tragédia humana envolvendo pessoas que se veem numa situação tão desesperadora que, para tentar a chance num país estrangeiro com melhores condições socioeconômicas, são capazes de se lançarem ao mar, com poucas chances de sobrevivência. Até que ponto é possível considerar que as decisões tomadas sob tão extremadas condições possam ser consideradas de livre vontade? Diferentemente da livre escolha do foro, que envolve a submissão a um sistema normativo de maneira voluntária – como ocorrem naquelas relações jurídicas, tipicamente patrimonial e comercial – a opção pelo domicílio em um Estado estrangeiro envolve decisões de caráter pessoal, familiar e social, que dificilmente podem ser consideradas sob a mesma ótica daquelas decisões de natureza estritamente patrimoniais.

A opção formal pelo domicílio num Estado estrangeiro não implica, necessariamente, na existência de voluntariedade livre e substantiva por parte daqueles que fazem essa opção, nem, muito menos, pelo desejo livre de submissão ao sistema normativo desse Estado. É mandatório levar em consideração todos os aspectos de natureza fática associados a cada caso *in concreto*, e somente após essa avaliação será possível confirmar a existência ou não dessa pretensa voluntariedade.

Por conseguinte, para as questões relacionadas ao instituto pessoal, é imperativo rever a pressuposta voluntariedade de eleição de foro com uma abordagem crítica, mesmo quando houver uma aparente voluntariedade formal na decisão. Normalmente, a migração voluntária para outros países ocorre em condições socioeconômicas, políticas ou ambientais que não permitem se presumir a existência de uma voluntariedade substantiva na escolha do foro dos países de destino.

Outro argumento que pode ser oposto à aplicação do Direito estrangeiro é aquele que identifica na regência deste Direito – que tem por consequência a possibilidade de aplicação de múltiplos sistemas normativos sob um idêntico território – uma possível disruptura social, devido ao tratamento não isonômico entre os diversos indivíduos, sob idêntica base territorial. Situações de litígios que envolvam partes nacionais e estrangeiras e que, simultaneamente, tenham elementos de conexão que localizem o sistema normativo alienígena como sendo aquele a reger a relação jurídica, podem gerar a sensação de injustiça e discriminação, principalmente quando ocorrer a sucumbência da parte nacional. Nesse sentido, é razoável se conceder que o Direito Internacional Privado pode ocasionar alguma disrupção social local,

devido à aparente falta de isonomia oriunda dos múltiplos sistemas normativos passíveis de serem aplicados.

No entanto, é preciso reconhecer que a quebra da isonomia normativa formal – ou seja, a possibilidade de diferentes indivíduos, sob a mesma base territorial, serem regidos por distintas leis – é, muitas vezes, a melhor maneira de se atingir a isonomia jurídica substantiva, que é umas das facetas mais expressivas da obtenção da justiça plena entre as pessoas. A verdadeira justiça plena demanda a consideração das diferenças factuais entre as partes envolvidas num litígio de modo a adequar as normas à realidade a qual elas pretendem reger, absorvendo as diferenças materiais existentes entre os indivíduos, apresentando-os num mesmo patamar de igualdade diante do Direito. Paradoxalmente, a quebra da isonomia normativa formal, desta maneira, é o mais efetivo caminho para a obtenção de uma isonomia substancial e, consequentemente, o atingimento de um ideal de justiça plena.

A isonomia formal está presente em nossa Constituição pátria, em seu artigo 5º, onde é assegurado o mesmo tratamento a todas as pessoas em geral, sem levar em consideração aspectos pessoais ou de grupos:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.)

Por outro lado, a garantia constitucional da isonomia formal não é absoluta, sendo relativizada quando a desigualdade material se apresentar como obstáculo à obtenção da justiça plena e a consecução da dignidade humana, principalmente naqueles cenários em que grupos minoritários ou hipossuficientes sejam uma das partes envolvidas no litígio. A mesma Constituição define como seus fundamentos e objetivos a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa e a promoção do bem de todos, sem discriminações ou preconceitos, relativos à origem, à raça, ao sexo, à cor ou à idade:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> [...]
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> [...]
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

> quaisquer outras formas de discriminação.
> (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.)

Dentro desse contexto do embate entre a igualdade formal e material, talvez o melhor exemplo em nosso ordenamento nacional do atingimento de uma efetiva isonomia normativa substantiva, em detrimento da isonomia normativa formal, seja a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). Esta lei recebeu esse nome em deferência a Maria da Penha Maia Fernandes, umas das mais emblemáticas vítimas da violência doméstica e familiar contra a mulher na história recente de nosso país. A seguir uma importante decisão com relação ao tema da isonomia constitucional da Lei Maria da Penha:

> APELAÇÃO - LEI MARIA DA PENHA - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - BUSCA DA IGUALDADE SUBSTANTIVA - COERÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.
>
> I - A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo.
>
> II - As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica.
>
> III - O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla.
>
> IV - Argüição de inconstitucionalidade rejeitada.
> (APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0672.07.240509-1/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS/MG - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO. ACÓRDÃO JULGADO EM 13/11/07, PUBLICADO EM 15/12/07).

A busca da igualdade substantiva é o ideal de justiça plena que o Direito Internacional Privado tem a pretensão de prover a todos aqueles residentes em países estrangeiros que avançaram além das fronteiras dos seus Estados. A aplicação do Direito estrangeiro, no âmbito de toda a comunidade internacional, quando ele for aquele detentor de uma maior vinculação com a realidade dos fatos e com as partes envolvidas, é o principal instrumento de realização de uma verdadeira isonomia material entre estrangeiros e nacionais que compartilham o mesmo território.

Outra possível abordagem com relação à aplicação do Direito natural ao DIPr é aquela que considera que a *lex fori* é a opção mais "natural" a reger os estrangeiros domiciliados no território nacional. Essa visão se fundamenta na lógica de que a *lex fori* é sempre aquela que acaba prevalecendo, de uma forma ou de outra, dado que o Direito Internacional Privado

nacional é, na verdade, incluso na *lex fori*. Portanto, é, ao final, a *lex fori* que determina como e quando será reconhecido o Direito estrangeiro e quais as exceções serão admitidas, seja a título de ofensa à ordem pública, instituto desconhecido ou qualquer outra. O sistema normativo nacional determina se há possibilidade de aplicação do sistema normativo estrangeiro e, havendo essa possibilidade, como e em quais situações ele pode ser localizável; e, ocorrendo localização, quais as situações de exceções que ela pode admitir.

Segundo esta perspectiva, a *lex fori* delega, quando assim desejar, a regência das relações jurídicas plurilocalizadas aos sistemas estrangeiros como forma de confirmação de sua competência absoluta em reger de maneira inicial – tanto as relações exclusivamente nacionais como também aquelas plurilocalizadas. Aplica-se a *lex fori* e ela delega aos ordenamentos estrangeiros, se assim considerar pertinente, a regência das relações plurilocalizadas. Esse é o posicionamento de Joseph Henry Beale ao entender a aplicação da *lex loci contractus* como sendo, na verdade, uma concessão do Direito nacional em reconhecer o Direito estrangeiro:

> The national law which is applied to the solution of conflicts is that portion of the national law which deals with the solution of conflicts. If by the national law the validity of a contract depends upon the law of the place where the contract was made, then that law is applied for determining the validity of a contract made abroad, not because the foreign law has any force in the nation, nor because of any constraint exercised by an international principle, but because the national law determines the question of the validity of a contract by the lex loci contractus.[90]

Esse entendimento é também compartilhado por Baptista Machado, que concorda que a competência do sistema normativo estrangeiro é atribuída pelo sistema normativo do foro, por meio do seu Direito Internacional Privado:

> [...] o sistema jurídico do foro (como aliás qualquer outro), através de um princípio imanente ao seu DIP, atribui competência às leis estrangeiras e, por este modo, confere validade no Estado do foro a conteúdos normativos que, de outro modo, a não teriam.[91]

---

[90] BEALE, Joseph Henry. **A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law.** Cambridge. Harvard University Press. 1916. p.106.
"A lei nacional que é aplicada à solução de conflitos é aquela parte do direito nacional que lida com a solução de conflitos. Se pelo direito nacional a validade de um contrato depende da lei do lugar onde foi feito o contrato, então esta lei é aplicada para determinar a validade de um contrato feito no exterior, não porque a lei estrangeira tem qualquer força no foro nacional, nem por causa de qualquer restrição exercida por um princípio internacional, mas porque a legislação nacional determina a questão da validade de um contrato pelo contractus lex loci." (Tradução nossa).

[91] MACHADO, João Baptista. **Lições de direito internacional privado**. 3º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 71.

Como vimos, a mesma perspectiva jusnaturalista pode ser aplicável ao DIPr de duas maneiras distintas e quase antagônicas. A primeira, como uma forma de negação do Direito Internacional Privado, ao defender a aplicação irrestrita da *lex fori,* tendo por base a isonomia dos sistemas normativos e a premissa de voluntariedade da escolha do domicílio. A segunda, como forma de princípio e fundamento de existência do DIPr, ao buscar na aplicação do Direito estrangeiro um meio de implantação da justiça natural entre as nações, assim como também o respeito mútuo entre os seus cidadãos.

Mas, independentemente de qual seja a abordagem adotada – seja prevalecendo a *lex fori* ou o respeito ao Direito estrangeiro –, a opção por um sistema normativo deverá sempre ser legitimada tendo por base os seus vínculos com a realidade fática associada à relação jurídica. Desta forma, é possível a determinação de quais sistemas normativos serão de fato eficazes e competentes para reger a lide em questão.

4.1.4 **Princípio da não transconexão e o âmbito da eficácia das leis**

O Direito dos Conflitos se fundamenta no princípio da não *transconexão* ou, como também é conhecido, princípio da não *transatividade*. Como vimos, esse princípio se especializa, no caso do Direito intertemporal, no princípio da não retroatividade, ou seja, a norma jurídica, em regra, não se aplica a fatos passados e, no caso do DIPr, no princípio de que toda norma *agendi* somente deve reger fatos que com ela esteja em contato. Portanto, tanto no DIPr como no Direito transitório é válido o princípio que assegura que nenhuma lei se aplica a fatos com os quais não se ache em contato.

A conexão entre fatos e norma está estritamente relacionada com o âmbito de eficácia desta última, uma vez que a eficácia de uma norma pressupõe que os atos e os fatos jurídicos que ocorreram sob a sua regência tenham se conformado com os seus mandamentos. Para aqueles indivíduos que não tiveram seu comportamento regido por uma determinada norma, não há porque se esperar que a sua eficácia seja observada de uma forma ampla. Por exemplo, em alguns Estados americanos existe a norma de trânsito que permite virar à direita num cruzamento, mesmo quando o semáforo estiver vermelho; no entanto, para outros Estados, este comportamento é considerado ilícito. Para aqueles Estados que proíbem este tipo de comportamento, é corriqueira a violação de virar à direita com o semáforo vermelho, majoritariamente praticada por aqueles indivíduos que vieram de Estados que permitem esta conduta. A eficácia da norma que proíbe virar à direita com o semáforo vermelho possui pouca eficácia para aqueles indivíduos que conformaram seu comportamento tendo por

fundamento uma norma que o permitia.

Outro bom exemplo sobre a estrita e necessária conexão entre a norma e a realidade factual é encontrado no artigo de Andréia Michelli Neves: *Crimes contra os costumes, costumes de quem? Uma análise das representações de indígenas em Dourados, MS, acerca dos crimes contra os costumes/estupro presumido*[92]. Nesse artigo, Neves questiona a aplicabilidade da presunção absoluta do crime de estupro de vulnerável (ou seja, quando as vítimas forem menores de 14 anos e/ou com deficiência mental) envolvendo indígenas pertencentes à reserva indígena Francisco Horta Barbosa, localizada próxima à cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul. Essa reserva é formada pelas aldeias Jaguapiru e Bororó, com população aproximada de 15 mil habitantes e é dividida em três distintas etnias: Guarani, Kaiowá e Terena.

O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) define o estupro como sendo da espécie vulnerável nas seguintes condições:

> Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
> § 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.[93]

Essa nova modalidade de estupro, que foi introduzida em nosso código penal pela Lei nº 12.015 de 2009, substituiu a antiga modalidade de "estupro presumido", que se caracterizava por praticar relação sexual com menores de 14 anos. A nova modalidade ampliou o conceito, abrangendo também as pessoas que não possam oferecer qualquer resistência, seja devido a uma deficiência mental ou outra enfermidade qualquer.

No entanto, a questão se há ou não presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima diante da violência imposta nesta modalidade de estupro, ainda prossegue atormentando tanto a doutrina como a jurisprudência. Cezar Bitencourt, em seu artigo *Crime de Estupro – O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*, oferece uma didática explanação sobre o tema:

---

[92] NEVES, Andréia Michelli. **Crimes contra os costumes, costumes de quem?** Uma análise das representações de indígenas em Dourados, MS, acerca dos crimes contra os costumes/estupro presumido. Revista Tellus, ano 11, nº 21, jul./dez 2011. Campo Grande, MS. pp. 173-201.

[93] BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

> (a) *presunção absoluta de vulnerabilidade* — pela presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, *vulnerável* e ponto final; não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção *iure et iure*, que não admite prova em sentido contrário;
>
> (b) *presunção relativa de vulnerabilidade* — a vítima *pode ser vulnerável*, ou pode não ser, devendo-se examinar casuisticamente a situação para constatar se tal *circunstância pessoal* se faz presente nela, ou não. Em outros termos, a *vulnerabilidade*deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, e presunção *juris tantum*. [94]

Quais são as condições factuais associadas ao estupro de vulneráveis que permitiriam uma presunção relativa da suposta violência praticada e da vulnerabilidade da vítima, próprias a esse tipo de crime? Quais são as verdadeiras condições para que uma pessoa possa ser considerada vulnerável, de modo a agravar o estupro para esse tipo? Uma parcela da jurisprudência tem considerado para esses casos a presunção de violência como sendo absoluta, ou seja, a idade inferior a 14 anos determina, sem possibilidade de prova em contrário, que o ato sexual não foi consensual, possuindo, portanto, natureza violenta, sendo agravado pelo fato de a vítima não poder oferecer oposição. Por outro lado, outra parte da jurisprudência e da doutrina aceita a maturidade psicológica e a precocidade física e orgânica, desde que acompanhada do livre consentimento, como fatores a fundamentar a relativização da tipificação do estupro de vulnerável.

Como exemplo jurisprudencial contrário à presunção absoluta de vulnerabilidade e da ocorrência de violência em caso de estupro de vulneráveis, Bitencourt, no mesmo artigo anteriormente citado, menciona o acórdão do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal de Federal, que defendeu que o comportamento social da vítima justificaria a relativização da violência praticada, obrigando o julgamento deste tipo de crime a uma avaliação casuística, tendo por fundamento a realidade dos fatos:

> A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público.[95]

Segundo Neves, a aceitação da presunção relativa de violência em casos de estupro de vulneráveis, tendo por base o comportamento social da vítima, motiva alguns doutrinadores a entenderem essa relativização como uma forma de inferiorização da mulher. No entanto,

---

[94] BITENCOURT, Cesar Roberto. **Crime de Estupro:** O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**.** Revista Consultor Jurídico, 19 de junho de 2012.

[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662/MG, 2ª T. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21 de maio de 2005.

prossegue a autora, o comportamento social da vítima ou a sua precocidade física e biológica não deveriam ser os únicos elementos a serem considerados para se desconsiderar a presunção absoluta de vulnerabilidade e violência do ato. Porque não considerar também, por exemplo, as diferenças de costumes dos povos indígenas como sendo um elemento a descaracterizar essa violência e vulnerabilidade presumidas, uma vez que a relação sexual entre o adulto e o adolescente é costume comum entre esse povo, possuindo uma conotação social bem distinta daquela existente na sociedade brasileira em geral?

Para fundamentar o argumento da necessidade de relativização da violência presumida no estupro de vulnerável entre os indígenas, tendo por base diferenças de costumes, a autora apresenta diversos julgados envolvendo este tema, assim como também uma série de entrevistas com índios Guaranis, Kaiowás e Terenas. (NEVES, 2012, p. 179)

Não é objeto deste trabalho o aprofundamento exaustivo dessa discussão, que é ampla e envolve abordagens antropológicas e de direitos humanos. O objetivo é tão somente oferecer mais um exemplo de como a norma precisa estar "em contato", "vinculada" e "conectada" com os fatos e a realidade que deram origem à relação jurídica, de modo a se mostrar eficaz em propiciar uma justiça verdadeiramente substantiva e não apenas formal. Para a determinação da existência de presunção absoluta de violência e vulnerabilidade em casos de estupro de vulnerável envolvendo a população indígena é evidente a necessidade de uma análise de conflito de leis no espaço por ser a mesma pertinente ao domínio do Direito Internacional Privado, uma vez que existem distintas culturas, com diferentes costumes e leis, vinculadas com a relação jurídica em estudo: a da sociedade brasileira em geral e a das sociedades indígenas.

A comunidade indígena das aldeias Jaguapiru e Bororó podem estar elegíveis a serem julgadas segundo as suas próprias leis e costumes, se são estas que conformam as suas ações e comportamentos. A aplicação das leis e costumes dos povos indígenas aos casos de estupro de vulnerável certamente proporcionaria uma abordagem distinta daquela oferecida pelo Código Penal Brasileiro. Naturalmente, os julgamentos de crimes cometidos pelos índios, seja dentro ou fora de suas comunidades, demandam um prévio estudo casuístico do grau de integração destas comunidades com a sociedade brasileira em geral, justamente para se determinar o grau de conformação que os atos e fatos jurídicos têm com a cultura indígena. Quanto maior for a integração sociocultural com a nossa sociedade, maior é a expectativa que o comportamento dessa comunidade indígena se conforme com os costumes e leis brasileiras, permitindo que o sistema normativo brasileiro adquira uma maior relevância. Para esse exemplo, o grau de

integração indígena à sociedade brasileira em geral pode certamente ser aplicado como um elemento de conexão e/ou proximidade.

Mais uma vez é possível verificar nesse exemplo que o "contato" – ou conexão – entre os fatos e as normas é mandatório para a adequada aplicação destas últimas, para o estabelecimento do seu âmbito de eficácia e, principalmente, para a consecução de um justo julgamento. A conexão entre fatos e normas é necessária tanto para o Direito Internacional Privado como também para o Direito intertemporal, porém, para este último, a vinculação se apresenta apenas em termos de determinação temporal – qual norma estava vigente no momento da ocorrência dos fatos que deram origem à relação jurídica sob judicie.

Um importante conceito normativo aplicável ao princípio da não *transconexão* é aquele que define juridicamente o estado da pessoa. O estado da pessoa é o conjunto de atributos que qualifica o indivíduo perante a sociedade, representando o seu modo único de individualização mediante o estabelecimento de uma situação jurídica, tendo por base qualidades inerentes à mesma. Ele se divide em seus aspectos físico (idade, sexo, saúde mental), civil (solteiro, casado, divorciado, viúvo, em união estável), familiar, ou seja, a situação em que a pessoa se encontra na família (cônjuge ou por vínculo sanguíneo ou de afinidade), social ou político (nacional ou estrangeiro). O estado da pessoa é bem esclarecido por Sílvio Venosa:

> O estado, portando, qualifica a pessoa dentro da sociedade. Quando desejamos situar uma pessoa, diferenciando-a de outra, devemos verificar sua qualificação, isto é, o status, nessas três esferas, ocupado pelo indivíduo na sociedade.[96]

Uma exceção à regra de que toda lei deve se aplicar a fatos com os quais esteja em contato, ou seja, que toda norma atua apenas dentro do seu âmbito de eficácia, pode ser encontrada naquelas situações relacionadas aos estados das pessoas e das coisas não vinculadas a eventos presentes. Os estados de fatos dizem respeito tanto a posições jurídicas de naturezas pessoais como reais e, como tais, são considerados fatos não autônomos, pois estão vinculados aos seus objetos. Por operarem fora do âmbito de eficácia da lei corrente, podem ser aplicados a fatos passados, sem que isso seja considerado uma forma de retroatividade.

Quando a lei corrente se aplica a estados de fatos, que não estão sob o seu domínio de

[96] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. v.1. 11ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2011. pp. 160-162.

eficácia, não há violação do princípio da não *transconexão*, pois os estados de fato se tornam qualidades que se aderem às pessoas e às coisas e, com elas, se atualizam sempre a fatos presentes, reincorporando-se ao domínio de competência do sistema normativo atual. Desta forma, a teoria do fato passado, dentro do Direito Transitório, mantém sua validade, conforme pode ser visto em Baptista Machado :

> [...] a lei nova não se aplica a fatos passados; e, em termos semelhantes, podemos enunciar a regra básica de DIP, estabelecendo: qualquer lei (e designadamente a lei do país do foro) é inaplicável aos factos que com ela não tenham qualquer conexão [...]. Para o Direito Transitório: "a nova lei aplica-se aos factos novos e a lei antiga a factos do pretérito"; para o DIP: "qualquer lei é aplicável a todos e quaisquer factos que apenas estejam em contacto com essa lei"[...] e ainda: qualquer lei é potencialmente aplicável a todos e quaisquer factos que apresentem em relação a ela uma conexão ou contacto. (BAPTISTA MACHADO, 1998, p. 14.)

O princípio da conservação das situações jurídicas, que nos garante o Estado de Direito, fundamenta o respeito aos direitos adquiridos. É importante também proteger, por normas específicas, as condições gerais que devem ser verificadas para que essas situações jurídicas venham a ser concretizadas, ou seja, proteger o estado do fato.

A vinculação de uma conexão a pessoas ou a coisas e não aos fatos, não faz com que essa vinculação não seja regida pelos fatos ocorridos, quando existentes. Tanto para o DIPr como para o Direito Transitório, o âmbito de eficácia de uma norma se define no contexto dos fatos com os quais ela se ache em contato.

4.1.5 **Os direitos adquiridos sob a perspectiva do Direito Internacional Privado**

A relevância do estudo dos direitos adquiridos no âmbito de eficácia das leis é fundamentada na possibilidade de que os direitos adquiridos, quando presentes, reduzem a extensão da sua eficácia. Os direitos adquiridos são aqueles que fazem parte do patrimônio jurídico dos sujeitos das relações que deram origem à aquisição desses mesmos direitos. Os direitos adquiridos incorporam-se a essas relações, acompanhando-as aonde quer que elas estejam. Esse patrimônio jurídico incorporado transcende o tempo e o espaço, devendo ser respeitado tanto no âmbito do Direito no espaço – Direito Internacional Privado – como também no âmbito do Direito intertemporal.

Como vimos, essa perspectiva está de acordo com a teoria clássica savigniana de DIPr que estabelece a relação entre os direitos adquiridos e o Direito intertemporal. Para exemplificar a importância do tema para o Direito Internacional Privado, Savigny comenta o exemplo da lei promulgada em 440 D.C. pelo imperador Theodosius:

> New laws, it says, are to be applied to all juridical acts afterwards undertaken (futuris ... negotiis), not to be applied to past juridical acts (*non ad facta praeterita revocari*), even if their effects should still be in the future (*adhuc pendentibus negotiis*). It makes the reservation, however, that a future law may exceptionally attribute to itself a retroactive force, which must be recognised. Hence it is evident that this law is intended as an instruction to the judges (a rule of interpretation), and not for the legislator, for whom complete independence in every particular case is expressly reserved. [97] (SAVIGNY, 1880, p. 346.)

A importância dessa proteção aos direitos adquiridos é de tamanha importância que a nossa Constituição lhes concedeu especial atenção no seu artigo 5º, XXXVI:

> [...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**.** (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Essa menção também é replicada na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), todavia, foi acrescentada a definição de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada:

> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
> § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.
> § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (BRASIL, LINDB, 1942)

A nossa lei de introdução ao definir esses conceitos nos permite concluir, pela relação de continência entre eles, sendo o conjunto dos direitos adquiridos o mais amplo e que contém o conjunto dos atos jurídicos perfeitos que, por sua vez, contém o conjunto das coisas julgadas, sendo, este último, mais restrito, conforme diagrama 01 já referenciado anteriormente:

Diagrama 01 (TARTUCE, 2014, p. 26.)

[97] "*Novas leis, diz-se, devem ser aplicadas a todos os atos jurídicos posteriormente empreendidos (futuris... negotiis), não devem ser aplicados a atos jurídicos do passado (não ad facta praeterita revocari), mesmo que seus efeitos ainda estejam no futuro (Adhuc pend & ntibus negotiis). Faz-se, no entanto, a reserva de que uma futura lei pode excepcionalmente atribuir-se uma força retroativa, que deve ser reconhecida. Assim, é evidente que esta lei se destina a ser uma instrução para os juízes (uma regra de interpretação), e não para o legislador, para quem a total independência em cada caso particular está expressamente reservada*." (Tradução nossa).

A importância dos direitos adquiridos na esfera do Direito Internacional também foi reconhecida pelo Código de Bustamante, em seu artigo 8, porém relativizada para as questões de ordem pública internacional:

> Os direitos adquiridos segundo as regras deste Código [Bustamante] têm plena eficácia extraterritorial nos Estados contratantes, salvo se se opuser a algum dos seus efeitos ou conseqüências uma regra de ordem pública internacional. [98]

Portanto, os direitos adquiridos podem ser considerados como uma forma de exceção ao princípio da não *transconexão*, uma vez que eles não possuem relação com os domínios dos fatos do sistema normativo corrente que rege a relação jurídica, seja no domínio espacial ou temporal. Os direitos adquiridos possuem vinculação com os fatos e eventos da sua aquisição, sob a regência do sistema normativo no espaço e no tempo de sua ocorrência. É o que Baptista Machado chama de domínio de estado de fatos, ou seja, aqueles que geram posição jurídica que se incorporam ao patrimônio das partes e que as acompanham onde quer que elas estejam.

4.2 **O âmbito de competência**

O âmbito de competência para o Direito Internacional Privado consiste no sistema normativo – estrangeiro ou nacional – localizado para reger a relação jurídica, tendo por base os elementos de conexão estabelecidos nas regras de conflitos no DIP nacional. Essas regras têm, normalmente, natureza abstrata, uma vez que são definidas por meio de políticas legislativas que almejam atingir objetivos nacionais gerais e, muitas vezes, completamente desvinculadas dos fatos que dão fundamento às relações jurídicas a serem julgadas. Essa possibilidade de desvinculação dos fatos com o sistema normativo localizado como competente é o elemento mais criticado nas diversas implantações de DIPr de muitos países.

Como mencionado, o âmbito de eficácia das leis exige a vinculação com os fatos com os quais ela tenha tido contato. A razão para isso é que somente aquela lei que demandou um determinado comportamento pressupostamente legal é legítima para reger os atos e fatos jurídicos oriundos desse comportamento. Ou seja, um sistema normativo "B" não é legítimo para reger as relações jurídicas que foram oriundas de um comportamento que procurava obedecer a um sistema normativo "A". Somente "A" é eficaz para reger essas relações. O

---

[98] BRASIL. Decreto Nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. **Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana.** Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

fundamento da eficácia legal pode ser encontrado no Direito natural, uma vez que não é justa a exigência de um determinado comportamento legal, definido segundo um conjunto de regras e, num momento posterior, avaliar sua legalidade segundo regras distintas das primeiras, contrariando as expectativas de direito e a segurança jurídica. Ou seja, não é justo, sob qualquer ângulo que se olhe, mudar as regras do jogo durante o mesmo.

A fragilidade do âmbito de competência dos diversos DIPr's nacionais é a possibilidade de se permitir a quebra da vinculação com a realidade factual, bastando para isso que as suas regras de conflitos introduzam elementos de conexão que não possuam vinculação material com os fatos a serem julgados, o que significa dizer que as regras de conexão desconsiderem os fatos que deram origem à relação jurídica a ser julgada. Ocorrendo essa hipótese, o âmbito de competência das leis, numa determinada relação de DIPr, não faria parte do subconjunto do âmbito de eficácia dessas leis, pois careceria de contato com os fatos que lhe deram origem e estaria fora do domínio de eficácia.

O diagrama 03, abaixo, mostra que as regras de conflitos abstratas, tais como as políticas legislativas de incentivo de consolidação de novas nações (baseadas na cidadania, por exemplo) ou aquelas orientadas para facilitar a adaptação de estrangeiros à cultura do Estado em que residem (baseadas no domicílio, por exemplo) podem se encontrar fora do domínio dos fatos, implicando na localização de uma competência legal artificial e abstrata, podendo proporcionar decisões completamente desvinculadas das necessidades e das realidades das partes.

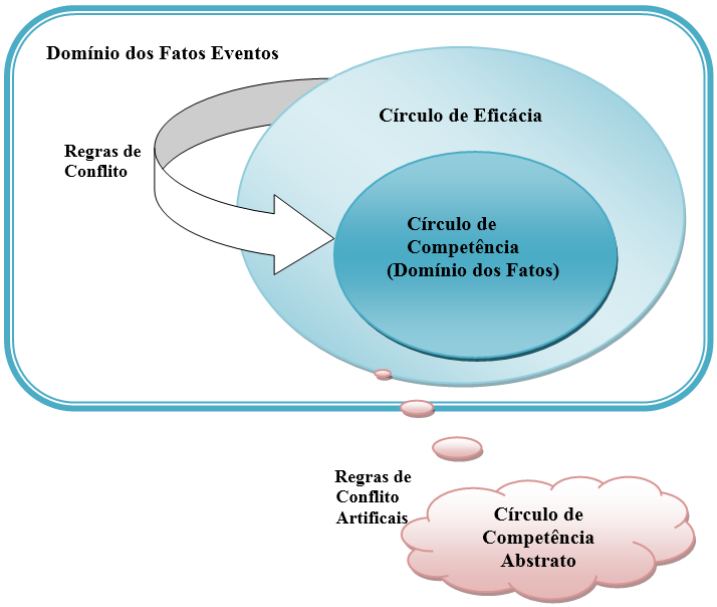


Diagrama 03

Por exemplo, normas de DIPr que tenham na sua regra de conflito o elemento de conexão "cidadania" para determinação do sistema normativo a reger as relações de família, localizará idêntico sistema normativo para todas as relações envolvendo cidadãos de um único país, independentemente de que eles tenham ou não uma vinculação real com esta nação. Por exemplo, o caso de uma pessoa que adquiriu pelo nascimento a sua cidadania no país "A", mas estabeleceu imediatamente após o nascimento domicílio em um país "B" sem nunca ter chegado a criar qualquer vínculo com o país "A". Esse indivíduo, sem nunca ter vivido no país "A", vai ser regido pelo seu sistema normativo "A", de igual maneira que outro cidadão que tenha sido domiciliado nesse país por toda sua vida. O indivíduo que apenas nasceu no país "A", sem qualquer contato com a cultura ou com o Direito desse país, não poderia ter suas relações jurídicas regidas por esse sistema normativo, uma vez que o seu comportamento se conformou com o sistema normativo do país "B", o qual lhe regia os atos.

Essa divergência entre o sistema normativo localizado pelas regras de conflito e aquele que deveria ser escolhido pela proximidade com a realidade factual é originada pela escolha de elementos de conexão que não possuem vinculação com os fatos. Os elementos de conexão definidos pelas regras de conflitos não podem ser aprioristicamente escolhidos, mas precisam ser determinados, levando em consideração as condições factuais que estabeleceram a relação jurídica, de uma forma concreta e *a posteriori*. As regras de conflito, quando apriorísticas, não podem ser determinantes e específicas, mas genéricas e abertas, permitindo-se a incorporação de elementos *a posteriori*, que somente serão conhecidos e levantados no momento do julgamento.

Portanto, o âmbito de competência definido aprioristicamente, por meio de regras de conflitos abstratas e genéricas, de um modo geral, é desprovido de eficácia, uma vez que essas regras não são estabelecidas tendo por base os elementos factuais determinantes da relação jurídica. A falta de eficácia do âmbito de competência no DIPr tem como consequência julgados com resultados artificiais e muitas vezes injustos, com consequências direta na baixa qualidade do Direito provido às partes envolvidas. A estrutura abstrata das regras de conflitos vem caracterizando o DIPr desde de sua versão original clássica, como proposta inicialmente por Savigny, conforme se pode verificar em Mônaco:

> O método conflitual, desde Friedrich Carl von Savigny, vem procurando fixar as relações intersubjetivas em sua sede territorial, designando a lei vigente em tal território para reger tais relações. [...] Trata-se da relação jurídica, estrutura abstrata que procura explicar o fenômeno jurídico a partir de categorias pré-estabelecidas e considerada pelo autor atributos da pessoa. (MONACO, 2008, p.77.)

É irrefutável que a eficácia do sistema normativo competente de DIPr é comprometida pela abstração de suas regras de conflitos, tendo por base somente elementos de conexão apriorísticos e descompromissados com a realidade dos fatos, fazendo com que o âmbito de competência do Direito Internacional Privado não se constitua inserido dentro do âmbito de eficácia das leis.

4.2.1 **As regras de conflito**

As regras de conflitos podem ser comparadas a uma ponte que interliga o domínio da eficácia das leis ao seu domínio de competência. No entanto, essa ponte deve possuir as suas duas extremidades localizadas no âmbito de eficácia, por ser o âmbito de competência um subconjunto do âmbito de eficácia. As regras de conflitos devem localizar o Direito competente, dentre todos aqueles que se mostrarem concorrentes e eficazes em reger a relação jurídica vinculada a múltiplos sistemas normativos, incluindo aquele do foro. Essa especificação do âmbito de competência, a partir do âmbito de eficácia, é a chamada localização do sistema normativo que regerá a relação jurídica plurilocalizada.

As regras de conflitos podem ser estruturalmente definidas como possuindo um "conceito-quadro", que envolve a qualificação e o seu elemento de conexão. (BAPTISTA MACHADO, 2008, p.191.) O conceito-quadro é definido a partir da sua qualificação, que como foi visto, é o processo técnico jurídico pelo qual se classificam os elementos fáticos, tendo por base as instituições criadas pela legislação ou pelo costume, ou seja, é a definição dos fatos perante as diversas categorias de Direito existentes. Os elementos de conexão possuem a finalidade de determinar qual sistema normativo será aplicado em uma determinada relação jurídica, envolvendo múltiplos sistemas. Irineu Strenger assim define os elementos de conexão:

> [...] é fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável. É o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico. (STRENGER, 2005, p. 336.)

Contudo, a mais importante característica do elemento de conexão é o seu compromisso em determinar o âmbito de competência das leis – ou a lei competente – dentro do âmbito de eficácia. O que significa dizer que a lei competente tem que ser eficaz e estar inserida no âmbito de eficácia normativa daquela relação jurídica sob *judice*. O elemento de conexão desvinculado do âmbito de eficácia da relação jurídica, sem nenhum vínculo com os fatos que deram origem a ela, tem como provável consequência a localização de sistemas

normativos que regerão a relação jurídica sem qualquer compromisso com a obtenção da justiça social que se pretende para as partes.

Regras de Conflitos que busquem atender políticas legislativas públicas, que não tenham por objeto a busca da justiça entre as partes envolvidas, que são desconectadas dos fatos reais que deram origem à relação jurídica sob judice, normalmente definem elementos de conexão artificiais e completamente desvinculados do âmbito de eficácia da relação que buscam julgar. Nesse cenário, a justiça somente é obtida de forma acidental e casual, ocorrendo apenas quando estatisticamente esse elemento de conexão, artificialmente designado pelas regras de conflito de DIPr, localiza idêntico sistema normativo que uma abordagem material e substantiva localizaria.

Conforme já mencionado, os exemplos mais tradicionais de políticas públicas aplicadas por meio do Direito Internacional Privado é o uso da nacionalidade e do domicílio como elementos de conexão de DIPr. A escolha da nacionalidade ou do domicílio como elementos de conexão não possui qualquer relação prévia com a eficácia da relação jurídica *sob judice,* mas, na verdade, visa apenas atender a políticas legislativas públicas, dentro de um contexto histórico específico.

No caso do Brasil, conforme já mencionamos, a política legislativa escolheu inicialmente a nacionalidade como elemento de conexão do estatuto pessoal, quando entendeu ser o melhor para o país, tendo em vista seu interesse em promover a nossa nacionalidade. Passadas algumas décadas, mudaram-se as condições políticas do mundo e do Brasil, fazendo com que o nosso país mudasse o seu entendimento e optasse pelo domicílio como novo elemento de conexão do estatuto pessoal. Neste momento histórico, entendeu-se como importante o incentivo à divulgação da nossa cultura àqueles estrangeiros residentes em nosso território e que compartilhavam nossa cultura. Em dois momentos próximos em nossa história recente aplicamos os dois mais comuns elementos de conexão para o estatuto pessoal: a nacionalidade e o domicílio.

No caso da Europa, a influência do contexto histórico e político dos processos de unificações nacionais, que ocorreram no século XIX, ocasionou a adoção majoritária da nacionalidade, como elemento de conexão aplicável ao estatuto pessoal, como é o caso, por exemplo, da Itália, da França e da Alemanha. Como foi visto, o pensador italiano Pasquale Stanislao Mancini foi um grande teórico e estadista defensor da nacionalidade, como determinante do sistema normativo a reger as relações pessoais:

> Le cose dette fin qui mostrano or mai a discoperto in che consista una NAZIONALITA, e quali ne siano gli elementi constitutivi, e ci porgono ragione di riconoscere in essa una società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di língua conformati a comunanza di vita e di conzcienza sociale.[99] (MANCINI, 1851, p. 41.)

Para Mancini, a nacionalidade é aquela que deve ocupar a principal função de definição do sistema normativo a reger as pessoas, dado que é ela que desempenha o papel unificante de comunhão dos vários elementos de natureza social que formam a cultura de uma pessoa, tais como: a etnia, a língua, os costumes, a história comum, o direito e as religiões. Esse conjunto de elementos sociais comuns forma o elemento psicológico da consciência de nacionalidade e a subjetividade espiritual de unidade moral, sendo, segundo o jurista italiano, o candidato perfeito para reger as relações do Direito Internacional.

O que percebemos de comum nos dois exemplos citados anteriormente, tanto no caso brasileiro como no europeu, é a opção por elementos de conexões de uma forma prévia e abstrata, tendo como componente motivador apenas fatores externos à relação jurídica envolvendo as partes jusprivatista. A escolha do elemento de conexão, de uma maneira prévia, ocorre porque ele é definido anteriormente ao acontecimento dos fatos que dão origem à relação jurídica. A escolha de forma abstrata possui o sentido de não se considerar os fatos em que a relação se processa, definindo os elementos de conexão de uma forma genérica. Independente do mérito da motivação política da escolha da nacionalidade ou do domicílio, como elemento de conexão a reger as relações jurídicas plurilocalizadas do estatuto pessoal (ou qualquer outra possível conexão a ser abstratamente utilizada), pode-se afirmar que um julgamento eficaz e justo para as partes não faz parte dessa motivação.

Razões abstratas para a escolha de elementos de conexões não deixa de ser um contrassenso com o próprio sentido de justiça, uma vez que a demanda por uma justiça substancial, sob uma perspectiva humana e pessoal das partes, é objeto não somente do DIPr, como do Direito em sentido amplo. Ao se utilizar o DIPr como um instrumento político, de forma abstrata e desconectada com a realidade dos fatos, nega-se às partes envolvidas a melhor justiça cabível ao seu caso em particular. Por isto, não é admissível que regras de conflitos sejam determinadas politicamente.

Buscar a efetivação de objetivos gerais e abstratos por meio de vinculação com regras

---

[99] *"As coisas que aqui foram ditas ou nunca descobertas mostram em que consiste uma nacionalidade, e quais são os seus elementos constitutivos, e nos entregamos à razão em reconhecer nela uma sociedade natural de homens por unidades do território, por origem, por costumes e por língua, conformados com a comunhão de vida e consciencia social."* (Tradução nossa).

de conflitos de Direito Internacional Privado pode ocasionar os mais diversos resultados, mas não aqueles considerados adequados e eficazes sob o ponto de vista jusprivatista das partes envolvidas, isso simplesmente porque as partes são completamente desconsideradas na decisão da escolha dessas conexões. Abdica-se da busca por uma justiça substantiva jusprivatista em prol de implantações de políticas públicas.

O exemplo mais frequente e exemplificador da efetivação de políticas públicas por meio do Direito Internacional Privado é justamente a utilização da nacionalidade ou do domicílio em regras de conflito do DIPr. Isso equivale, no caso do estatuto pessoal, na utilização de estados das partes como elementos de conexão. É possível fundamentar esse ponto de vista com base no argumento de que tanto a nacionalidade como o domicílio são estados das partes e, como tais, podem se vincular indiretamente com os fatos definidores da relação jurídica em júdice. Por serem esses estados indiretamente vinculáveis aos fatos determinantes daquelas condições que se enquadram nas regras de conflito, é possível se considerar esses estados como sendo endógenos à relação jurídica sob júdice, ou seja, como sendo parte delas.

O problema com esse raciocínio é que ele não leva em consideração aquelas situações concretas nas quais os elementos de conexão, abstratamente definidos com base nos estados das partes, não tenham qualquer vinculação factual com a relação jurídica em julgamento. Há diversas ocorrências práticas na realidade migratória contemporâneo dos séculos XX e XXI que podem ser utilizadas como bons exemplos desse cenário.

Nas últimas eleições norte-americanas do século XX, a questão imigratória tem sido central no embate entre visões liberais e conservadoras. A defesa da deportação massiva de imigrantes ilegais, defendida pela visão dita conservadora, enfrenta a oposição, da visão dita liberal, que consiste no argumento da existência de crianças – filhos desses imigrantes ilegais – que estão domiciliadas nos Estados Unidos desde bebês e, consequentemente, completamente vinculadas à cultura desse país, porém desprovidas da cidadania americana.

Para essas crianças, há uma completa e profunda identidade cultural com os EUA, que pode ser expressa pela integração com a sua língua, com a sua cultura e demais valores norte americanos. A identidade dessas crianças com os Estados Unidos substituiu qualquer possível vínculo com o seu país original de nacionalidade. Seria feita a justiça, nesse caso, em se aplicar o elemento de conexão nacionalidade para julgamento de casos jusprivatistas dessas crianças? Apesar de a nacionalidade ser um importante elemento de estado da pessoa

(principalmente segundo uma visão manciniana), para casos como esse, o seu uso como elemento de conexão pode levar a decisões injustas e completamente desconectadas com as partes e a realidade dos fatos. Nesse exemplo em particular, a nacionalidade formal não reconhece essas crianças como norte americanas, contudo, o vínculo factual e real demonstra que elas o são. A justiça substantiva e plena seria concretizada ao não se reconhecer essas crianças como norte americanas, somente por não terem sido nascidas no território dos Estados Unidos? Dificilmente poderia se responder sim a essa pergunta.

Portanto, políticas legislativas de natureza pública, ao serem fundamentos de determinação de elementos de conexão no DIP, podem localizar sistemas normativos completamente desvinculados dos fatos a serem julgados, uma vez que a realidade demonstre que o elemento de conexão não possui vinculação factual com a relação jurídica. E isso é verdade ainda que a natureza de seu objeto se relacione com estados das partes, embora sem considerar os fatos que deram origem à relação.

O segundo cenário envolvendo a implantação de políticas públicas como elemento de conexão de regras de conflitos do DIP pode ser exemplificado pelo artigo 10, § 1º da nossa LINDB, ao definir a lei brasileira como competente para reger a sucessão de bens situados no Brasil, em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros.

> A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.
>
> § 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. (BRASIL, LINDB, 1942)

Esse é outro exemplo de norma que procura a efetivação de políticas públicas por meio do uso de elementos de conexão de DIPr, mas, nesse caso, há uma pequena diferença. Existe um maior grau de vinculação com as partes da relação jurídica, quando comparado com os exemplos anteriores. Essa maior vinculação ocorre devido a uma premissa legal de que há: a) uma hipotética hipossuficiência do cônjuge e/ou filhos brasileiros; e b) tratamento legal preferencial, em caso de sucessão, dado aos nacionais brasileiros, quando comparado com o tratamento dado aos estrangeiros.

Diferentemente dos exemplos relacionados à nacionalidade e ao domicílio, que se utilizam de estados das partes como elementos de conexão, o tratamento normativo diferenciado concedido à sucessão para os brasileiros cria fatos jurídicos a partir do

pressuposto absoluto de hipossuficiência e preferência normativa aos herdeiros nacionais. Ao se dar preferência legal ao cônjuge e aos filhos brasileiros, essa preferência se reveste de juridicidade, dando origem a um fato jurídico novo que legitima a competência e eficácia do sistema normativo nacional para reger a relação. Nesse caso, podemos considerar que a opção legislativa por políticas públicas que prefere os nacionais aos estrangeiros (nas questões sucessórias, por exemplo) ocorreu por meio de um fato jurídico *stricto sensu*, o que torna o elemento de conexão de preferência pelos nacionais um fator endógeno com relação às partes e à situação fática. Ou seja, a lei cria a condição jurídica preferencial e essa condição se incorpora à relação jurídica e ela que vai permitir a localização do sistema nacional.

O que ocorre, nesse exemplo, é a aplicação de um elemento de conexão do tipo lei mais favorável, que tem a pretensão de compensar o desequilíbrio de forças entre as partes, de modo a se viabilizar uma maior igualdade substantiva entre elas, a partir de uma desigualdade formal. Não há como negar a existência de uma maior substantividade desse tipo de elemento de conexão, quando comparado com aqueles que localizam o sistema normativo apenas com base nos estados das partes. Nesse exemplo, há evidente maior preocupação com soluções mais justas, tendo em vista a incorporação do fator de hipossuficiência das partes, o que demonstra uma perspectiva mais humana e menos formal.

Contudo, a aplicação do elemento de conexão do tipo "lei mais favorável" possui um componente abstrato e formalista, que a depender do caso *in concreto*, ainda pode localizar sistema normativos fora do âmbito de eficácia das leis. Quando a política legislativa brasileira determina que:

> § 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. (BRASIL, LINDB, 1942)

Observe que a norma não considera a possibilidade fática de que os cônjuges ou filhos brasileiros não sejam, na realidade, a parte hipossuficiente da relação jurídica, abrindo-se a possibilidade para a ocorrência de duas situações:

1. A justiça substantiva não seja alcançada, uma vez que a isonomia material buscada por meio do elemento de conexão lei mais favorável não está equilibrando a relação, pois, ao beneficiar a parte hipersuficiente, está aumentando ainda mais o diferencial de forças entre as partes;
2. Por não considerar a realidade fática, que contradiz a premissa legal (que considera

existir hipossuficiência dos cônjuges ou dos filhos brasileiros), o elemento de conexão Lei mais favorável localiza como competente um sistema normativo que está fora do âmbito de eficácia dos fatos.

Dessa maneira, podemos afirmar que a aplicação do elemento de conexão lei mais favorável proporciona uma solução mais substantiva, quando comparada com aquelas obtidas por meio de elementos de conexão baseados apenas nos estados das partes. No entanto, ainda é mandatório que haja vinculação factual com o âmbito de eficácia das leis que deram origem à relação, para se evitar situações em que as premissas que fundamentem a hipossuficiência venham a ser contrariadas pela realidade dos fatos.

Um terceiro cenário de efetivação de políticas públicas por meio de regras de conflitos de DIP são aqueles completamente exógenos com relação às partes e a relação jurídica sob júdice. Nesse terceiro cenário, mais extremado entre os estudados, não haveria nem a utilização de fatos eventos por meio de estados das partes nem a vinculação factual por meio de fatos jurídicos *stricto sensu* (especificado nas próprias regras de conflito); mas tão somente a definição normativa de regras de conflitos visando atender políticas públicas, sem qualquer relação com as partes ou com os fatos envolvidos, seja direta ou indiretamente.

Nesse último caso, há um total descompromisso com a justiça e com quaisquer dos objetivos do Direito Internacional Privado ou do Direito em geral. Para efeito meramente didático, imagine que um determinado Estado, como forma de reconhecimento e incentivo ao comércio exterior, inclua no seu DIPr nacional regras de conflito que determine que em havendo concorrência de sistemas normativos estrangeiros, na resolução de conflitos jusprivatista plurilocalizados, terão precedência aqueles com os quais esse Estado tenha relações diplomáticas ou comerciais. A política pública de incentivo ao comércio exterior não possui qualquer relação com as partes envolvidas ou a relação jurídica existente entre elas, seja na forma de referência aos estados das partes, seja na forma de definição de fatos jurídicos *stricto sensu* definidos pelas regras de conflito. Esse cenário se resume a uma mera inclusão arbitrária, na pespectiva do Direito Internacional Privado, que foi estabelecida de forma tecnicamente indevida, para atender outros objetivos não relacionados à justiça envolvendo as partes.

A prática extensiva do territorialismo pela extinta União Soviética, na sua fase pós-revolucionária, é bom exemplo histórico a ser enquadrado no terceiro cenário acima mencionado. Tendo por política pública a consolidação do novo Estado socialista, a União Soviética buscou impor o seu sistema normativo a todos aqueles que residissem em seu

território, independente da eventual vinculação que o domiciliado tivesse com outros sistemas normativos estrangeiros. De acordo com a visão majoritária da antiga União Soviética, três distintos sistemas de DIPr são reconhecidos: a) o sistema normativo capitalista para reger os países capitalistas; b) o sistema normativo socialista para reger os países socialistas; e c) o sistema normativo comum, para reger tantos países capitalistas e socialistas, indiferentemente. O elemento de conexão territorialidade, *lex fori*, do DIPr soviético não tinha por objeto atender a justiça entre as partes, mas, sim, garantir o sucesso da consolidação do sistema socialista. Juristas soviéticos, tais como Yevgeny A. Korovin, somente reconheciam a validade do Direito Internacional como parte do sistema normativo nacional, adotando a soberania absoluta do Estado.

Independente de orientação ideológica, não há como deixar de reconhecer o estreito vínculo entre o princípio da territorialidade com ambientes políticos pós-revolucionários, com tendências absolutistas, normalmente presentes nas fases iniciais após grandes mudanças sociais. Tanto isso é verdade, que o princípio da territorialidade foi defendido, indistintamente, por socialistas e nazistas, apesar de possuírem posicionamentos ideológicos diametralmente opostos. Rodas menciona, por exemplo, o Código Civil Mexicano de 1926, em seu artigo 12, que adota o territorialismo como elemento de conexão, mesmo para aqueles indivíduos que estejam apenas de passagem pelo país:

> Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refierem ao estado capacidade de las personas, se aplicam a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transúntes. [100]

O reconhecimento da incapacidade de se alcançar a justiça social nas relações jusprivatistas por meio da aplicação irrestrita da *lex fori* não possui nenhuma conotação ideológica, mas, sim, tem por fundamento lógico a não vinculação entre a realidade fática das partes e o sistema normativo localizado por meio da territorialidade. Ao se aplicar a *lex fori* irrestritamente, as pessoas e as suas realidades são simplesmente desconsideradas no equacionamento da localização do sistema normativo, sem consideração de quaisquer outros elementos sociais.

Para o Direito Internacional Privado, a aplicação de políticas públicas por meio de

---

[100] RODAS, João Grandino. **Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais**. In João Grandino (Coord.) Contratos Internacionais. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002, p. 13.
"As leis mexicanas, incluindo as que se referem ao estado da capacidade das pessoas, aplicam-se a todos os habitantes da República, sejam nacionais ou estrangeiros, sejam estes domiciliados nela ou sejam transeuntes." (Tradução nossa.)

regras de conflitos significa comprometer um dos seus mais importantes objetos – que é a busca pela justiça jusprivatistas entre as partes envolvidas na relação jurídica com elemento estrangeiro. Ao se procurar a efetivação dessas políticas gerais e abstratas, por meio da solução de conflitos de leis plurilocalizados nas relações privadas, abdica-se da oportunidade de se ponderar, de forma racional, o peso que cada um dos fatos definidores dessa relação possui, afastando-se cada vez mais de uma viável solução eficaz para cada um dos envolvidos.

Como vimos, não importa a forma que essas políticas venham a ser implantadas, seja por meio de vínculos com os estados das partes (cidadania, domicílio etc.), seja por meio de vínculos estabelecidos por normas jurídicas que criem fatos jurídicos *stricto sensu* (presunção de hipossuficiências, preferências etc.) ou ainda que sejam completamente arbitrárias e sem qualquer vínculo com os fatos (imposição da territorialidade). Em todos esses casos há sempre, em diferentes graus, um desrespeito às partes e ao seu direito subjetivo de demandar uma melhor justiça.

Sob uma perspectiva jurídica, as políticas públicas devem ser implantadas por meio de normas específicas para a sua efetivação, que possam atender a todas as especificidades que os objetivos estatais demandem para cada caso em particular. Não faz qualquer sentido, seja do ponto vista do Direito Administrativo ou do Direito Internacional Privado, o uso de regras e elementos de conexão como forma de incentivar ou implantar qualquer política pública, pois essa estratégia se defronta com os seguintes problemas:

a) a implantação das políticas públicas precisam se conformar às metodologias e às características do Direito Internacional Privado, limitando o seu alcance e a sua dinâmica em se ajustar, no evento de haver um planejamento que precise ser ajustado. As formas e os métodos do DIPr atuariam como uma "camisa de força" às adaptações que, ocasionalmente, viessem se mostrar necessários às políticas públicas; e

b) por ser a política pública de natureza abstrata, genérica e apriorística aos fatos originadores da relação plurilocalizada, ela não é o instrumento adequado para se localizar os sistemas normativos eficazes para reger uma relação plurilocalizada.

5. O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O novo Direito Internacional Privado ou Direito Internacional Privado pós-moderno, como também é conhecido, é assim denominado por incorporar algumas características particulares do final do século XX e início do século XXI. Entre essas características, está um maior diálogo entre o Direito Internacional Privado e as outras áreas do Direito em geral, tais como o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público, os Direitos Humanos, todos combinados com o respectivo Direito material envolvido, como, por exemplo, o Direito do Consumidor.

Esse diálogo se mostrou uma importante ferramenta para a obtenção de uma justiça mais substantiva nas questões plurilocalizadas de Direito Internacional Privado, diante de um cenário mundial representado por uma nova versão mais agressiva da "globalização", tanto em sua vertente econômica como na sua vertente cultural, constituído por meio de espaços regionalizados supranacionais.

Por intermédio de uma visão mais integralizada de justiça, conduzida substancialmente pelo vetor dos direitos humanos, o novo Direito Internacional Privado procura suprir o formalismo característico dos métodos clássicos de DIPr com uma abordagem complementar mais humanista e menos tecnicista. Devido à sua característica única de ser o instrumento localizador do Direito mais próximo das partes numa relação plurilocalizada o DIPr se mostra como um natural candidato a ser o elemento-chave na proteção do ser humano. Essa função pós-moderna de DIPr é bem enfatizada nas palavras de Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, ao afirmar que:

> [...] o Direito Internacional Privado, destinado a tornar-se uma das matérias chaves para a proteção da pessoa humana, sendo este objetivo considerado a razão mesmo de ser do Direito Privado, ainda mais uma vez que as soluções dos conflitos de leis pressupõem um diálogo intercultural, a respeitar a diversidade dos indivíduos.[101]

Segundo Erik Jayme, por ser o Direito Internacional Privado o provedor da metodologia que permite uma análise substantiva de localização do sistema normativo mais próximo das partes, ele se torna um importante instrumento para a obtenção de soluções pacíficas entre os envolvidos. É, por conseguinte, o Direito Internacional Privado aquela área

[101] JAYME, Erik. **O Direito Internacional Privado do novo milênio:** a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.5.

do Direito que é mais suscetível às mudanças sociais e políticas, num ambiente dinâmico e globalizado como é este vivenciado no início do século XXI. Portanto, o DIPr pode se tornar o instrumento a prevenir embates envolvendo distintas valorações ideológicas de cada um dos diversos sistemas normativos nacionais, permitindo localizar soluções materialmente justas, tendo em vista uma ocasional hipossuficiência de uma das partes envolvidas, assim como também permitindo e facilitando a uniformização normativa, quando a identidade cultural de cada umas das nações relacionadas assim o permitir.[102]

É razoável se identificar os propósitos e os fins do novo Direito Internacional Privado com aqueles expostos pela escola americana de Direito Internacional Privado, nas primeiras décadas do século passado, quando se intensificou o processo de demanda por uma maior substantivação das formas de localização do sistema normativo a reger as relações jurídicas plurilocalizadas. Ao publicar em 1933 seu conhecido artigo – *A critique of the choice of law problem* –, David Cavers enfatizou a necessidade de se agregar uma perspectiva material às soluções clássicas de conflitos de leis no espaço, as quais ele caracterizou como um mero teste cego (*blindfold test*).

Esta abordagem substantiva de Cavers é compartilhada com a de seu compatriota americano, Walter W. Cook, que entendia a metodologia do Direito Internacional Privado clássica como sendo puramente dedutiva e abstrata, sendo baseada em princípios gerais a serem utilizados por uma lógica silogística, implementada de uma forma mecânica. (COOK, 1924, p. 487). Assim como a escola americana de Direito Internacional Privado buscou, no início do século passado, por uma maior substantivação do DIPr, o novo Direito Internacional Privado, pós-moderno, também demanda, no início deste século, soluções substantivamente vinculadas ao Direito material, tendo por motivação a demanda por uma maior justiça social.

O diálogo harmonizador e coordenado entre as múltiplas fontes do Direito e o DIPr é um elemento central na visão pós-moderna do Direito Internacional Privado. É por meio desse diálogo que o novo Direito Internacional Privado busca por fundamentos de substantivação e materialidade para aquelas localizações que sejam consideradas abstratas e formais. Sempre que o DIPr deixar de atender à justiça substantiva ou for ineficaz na proteção daqueles que necessitam de sua maior atenção (seja devido a uma evidente hipossuficiência ou alguma violação de direitos fundamentais), a integração com outras áreas do Direito pode ser a

[102] MARQUES, Claudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado:** Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 141-194.

solução para compensar a sua perda de contato com o âmbito de eficácia normativo. Sob uma perspectiva de substantividade e de justiça material, o diálogo com o Direito Constitucional e com os Direitos Humanos é aquele a que se deve dar maior atenção e ênfase.

O diálogo entre o DIPr e os direitos humanos certamente é aquele que propicia maior condições de corrigir as diversas injustiças que a localização de um foro inadequado possa ocasionar. O sentido aqui utilizado de "adequação" ao foro está diretamente relacionado com o conceito de identidade cultural entre as partes e o sistema normativo a ser localizado, ou seja, corresponde à noção sociocultural de proximidade. É importante observar que o direito subjetivo à identidade cultural está diretamente vinculado à essência da dignidade humana, sendo o direito subjetivo a esta identidade um direito fundamental por si mesmo, a ser respeitado em todas as suas vertentes sociais.

Ao se localizar sistemas normativos próximos das partes, ou seja, identificados culturalmente com elas, a garantia aos direitos humanos se processa de duas maneiras distintas: a) garante às partes o sistema normativo que elas se identificam culturalmente. Esse respeito à identidade cultural das partes – em uma relação jurídica plurilocalizada – por si mesma é um direito fundamental, uma vez que garante aos indivíduos que eles sejam julgados por normas que estão em conformidade com o comportamento social exigido deles; b) o sistema normativo mais próximo das partes é aquele que possui mais condições de atender as suas necessidades materiais, uma vez que possui valores socioculturais compatíveis com aqueles que estão envolvidos com os fatos da relação jurídica.

Pelas razões acima mencionadas, não há como se negar a existência de um forte vínculo entre o DIPr e os Direito Humanos. Por ser o Direito Internacional Privado por excelência, o Direito de localização do sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada é ele que pode estabelecer ou não as condições e garantias para se ter acesso a uma justiça plena, por conseguinte, a eficaz aplicação dos direitos fundamentais e das normas garantidoras das liberdades constitucionais, seja por meio de aplicação dos elementos de conexão, dos elementos de proximidades substanciais ou das aplicações das exceções de DIPr (tais como a ordem pública, a fraude à lei, a reciprocidade, o interesse nacional lesado ou as instituições desconhecidas).

Esse vínculo entre o DIPr e os Direito Humanos deve se processar na forma de diálogos entre as suas respectivas fontes normativas, muito embora, é necessário sempre observar que a sua interpretação esteja de acordo com a Declaração Universal dos direitos

humanos e dos tratados e os acordos internacionais referentes aos direitos humanos.[103]

Contudo, é no reconhecimento e no respeito à identidade cultural de cada nação, no esforço pela compreensão das diferenças entre as diversas culturas, sem qualquer forma de discriminação, racismo ou xenofobia (que normalmente ocasionam a imposição de uniformizações culturais e normativas, na tentativa de assimilações daquelas minorias hipossuficientes) que podemos encontrar o verdadeiro vínculo teleológico entre o DIPr e os direitos humanos. Cabe ao DIPr, como norma localizadora, o estabelecimento de métodos e ferramentas técnicas que propiciem a convivência entre sociedades multiculturais. Valores estes evidenciados por Diego Arroyo, ao comentar sobre a proteção das minorias no Conselho da Europa:

> [...] la prohibición de toda discriminación fundada en la pertinência a uma minoría nacional(art. 4.1º), el compromisso de los Estados partes de promover las condiciones necessárias para permitir a las personas pertenecientes a minorias nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidade, a saber, lengua, religión, tradiciones e patrimônio cultural (art. 5.1º), y la prohibición de toda política encaminhada a la asimilación no voluntaria (art. 5.2º) [104] (ARROYO, 2005, p. 104)

O diálogo entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público se operacionaliza através da demanda por uma maior uniformização entre os Direitos materiais dos múltiplos países interessados em reduzir os conflitos entre sistemas normativos distintos, aplicados sob uma única base territorial. A uniformização se processa na forma jurídica de tratados e convenções, frutos das negociações entre os Estados partícipes na procura por um Direito material comum entre eles, assim como também por um Direito Processual integrador e não conflitivo.

É preciso enfatizar que a opção pela uniformização normativa somente será possível e desejável quando as identidades culturais dos variados Estados signatários não sejam descaracterizadas ou violadas. Sendo assim, somente se devem permitir soluções normativas uniformizadoras quando não houver ameaça à identidade cultural daquelas nações que buscam por normas comuns. A globalização mundial é fato, assim como também é fato a

---

[103] ARROYO, Diego P. Fernández. **El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI**. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.103.

[104] [...] *a proibição de toda a discriminação fundada na pertinência a uma minoria nacional (artigo 4.1º), o compromisso dos estados partes de promover as condições necessárias para permitir as pessoas pertencentes a minorias nacionais, manter e desenvolver a cultura, assim como preservar os elementos essenciais de sua identidade, a saber: língua, religião, tradições e patrimônio cultural (artigo 5.1º), e a proibição de toda política orientada à asimilação não voluntária (artigo 5.2º)* (Tradução nossa.)

substituição parcial das funções exercidas pelos Estados por funções a serem exercidas por um mercado globalizado, de uma forma mais uniformizada (quando analisada sob a perspectiva deste mercado). Não obstante, também é fato a natural propensão das sociedades humanas à diversidade, à busca por seus próprios caminhos e estruturas socioculturais. O ser humano é um ser social que, nesse processo de socialização, se agrupa por meio de identificações interpessoais, criando subgrupos que desenvolvem suas características e valores *sui generis* próprios, num processo contínuo de diversificação.

Naturalmente, o conceito de nação aqui utilizado é aquele que possui uma acepção preponderantemente sociológica. Essa perspectiva sociológica de nação pode ser compreendida, de uma forma sumária e objetiva, como sendo definida por todos aqueles conaturais de uma determinada região e que compartilham uma unidade cultural em comum. De uma forma mais extensa, a nação pode ser entendida como sendo aquele grupo de indivíduos que, a partir de uma coabitação estável e duradoura numa relação de vizinhança, estabelece laços culturais comuns, tais como a religião, a língua, os valores, os costumes, dentro de uma idêntica base territorial, seja ela permanente ou itinerante[105]. Contudo, a característica mais importante dos indivíduos que compõem uma determinada nação é a sua natureza subjetiva, que é aquela que diz respeito à consciência nacional de cada pessoa, à sua convicção de querer fazer parte de uma vida em comum nesse particular grupo humano.

Portanto, o diálogo entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público diante da demanda por instrumentos normativos uniformizadores – tais como os tratados e as convenções internacionais – deve ter seu domínio limitado pelo respeito aos patrimônios culturais de cada nação e à autodeterminação dos povos que a compõem. Isso se reflete no plano individual na forma de garantias ao direito subjetivo fundamental dos indivíduos de terem respeitadas as suas identidades culturais.

Dentro da perspectiva desta dissertação, outro importante diálogo é aquele que ocorre entre o DIPr e Direito Constitucional. Esta importância é justificável, uma vez que a Constituição é a norma fundamental de todo sistema normativo nacional, sendo sua a função e a responsabilidade de integrar todas as fontes normativas, perfazendo uma unidade lógica e sistemática de todo o Direito nacional. Naturalmente, dentro deste sistema normativo nacional, também se insere as normas de Direito Internacional Privado.

---

[105] SELLERS, Mortimer. **As bases da democracia e autodeterminação dos povos no Direito Internacional sob a perspectiva republicana:** distinção entre povos, nações, países e Estados. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.677.

Certamente, a metodologia conflitual clássica prevê exceções para ajustar a localização do sistema normativo, quando houver questões de Estado que exijam correções. Como já mencionado, foram desenvolvidos institutos tais como a "cláusula de exceção", as "normas de aplicação imediata", a "ordem pública", além da análise de "compatibilidade constitucional" justamente para realizar esses ajustes. Essas exceções permitem afastar as regras de conexão quando alguma questão cultural de grande importância – logo, de ordem pública – vier a ser violada.

Tendo em vista que as normas de aplicação imediata, a ordem pública e a cláusula de exceção, devido à sua importância para o sistema normativo nacional, têm fundamento de Direito material normalmente definido e especificado no próprio texto constitucional, é possível concluir pela íntima relação entre a fase de tratamento das exceções no DIPr, dentro da metodologia clássica, e a análise de conformidade constitucional. Essa íntima relação entre o texto constitucional e o tratamento de exceção do método conflitual clássico evidencia a compatibilidade deste último com a abordagem moderna que demanda um maior diálogo entre o DIPr e a constituição.

A complexidade do diálogo envolvendo o Direito Constitucional reside justamente na obrigatória ponderação entre os princípios e os valores constitucionais que venham ocasionalmente a colidir diante de uma multiplicidade de fontes, seja no contexto estritamente nacional, internacional, de conflitos de leis no tempo ou de conflito de leis no espaço. É indispensável a ponderação envolvendo a oposição dos diversos interesses, sejam públicos ou privados, ainda que estes últimos estejam sob garantias constitucionais. Havendo colisões de interesses e direitos, estando todos eles eventualmente protegidos sob o manto constitucional, será imprescindível eleger aquele que prevalecerá. Essa é uma tarefa de difícil execução, principalmente partindo do princípio que não há hierarquia entre os variados princípios constitucionais, devendo todos eles ser considerados num patamar de igualdade. Ocorrendo esses conflitos, pergunta-se: como decidir? O que sacrificar?

A análise casuística do caso concreto pode fornecer a solução. Esta análise casuística leva à preferência daquela solução que causar o menor número violações e penalizações aos princípios constitucionais, para cada decisão em particular. Primeiramente, deve-se preferir aquela solução que proporcione o mínimo impacto em termos de sacrifícios de direitos subjetivos, de uma maneira geral. E, num segundo momento, deve-se preferir aquela opção

que causará o menor dano social[106]. Após se ponderar esses múltiplos elementos decisórios será possível encontrar aquela que será a melhor solução, tendo por base o princípio da proporcionalidade, fundamentado no caso em concreto.

A noção de uma solução que cause o menor impacto, em termos de sacrifício aos direitos subjetivos fundamentais, está associada ao conceito de otimização da aplicação desses direitos fundamentais. Segundo Robert Alexy (em citação a Peter Lercher), diante de uma situação de colisão entre princípios constitucionais – sendo entendidos como mandamentos de otimização – estariam eles vinculados a uma única solução, o que tornaria o resultado otimizado ao máximo, no contexto da realidade fática e jurídica dos fatos. Naturalmente, a solução única estaria adstrita a um cenário limitado e pré-determinado, o que não é o caso do âmbito dos Direitos Fundamentais, que são, por natureza, ilimitados.

Na visão alexyana, no âmbito dos Direitos fundamentais, os princípios são normas que ordenam a realização de algo na melhor medida do possível, levando-se em consideração a realidade jurídica e fática. Essa afirmação implica na existência de uma máxima proporcionalidade (*lato sensu*), que é composta por uma máxima adequação, uma máxima necessidade e uma máxima proporcionalidade (*stricto sensu*), sempre dentro do contexto factual.

Para Alexy, a adequação pode ser entendida como sendo aquela que:

> [...] exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover a qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados[107].

Ou seja, a adequação se baseia na ideia de que se devem utilizar os meios que causem o menor impacto negativo nos demais princípios envolvidos, que é uma forma de expressar a lei de eficiência econômica de Pareto:

> [...] uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada.
> (ALEXY, 2008, p.589.)

Segundo esse autor, a "máxima necessidade", por outro lado, define que deve ser escolhido o meio, dentre todos aqueles considerados como adequados, que cause o menor

---

[106] TEPEDINO, Gustavo. **A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas:** um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 127-137.

[107] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008. pp. 584-611.

grau de intervenção nos demais. É possível observar mais uma vez a aplicação do conceito de otimização de Pareto, tendo em vista que se procura melhorar a decisão, como um todo, a partir da aplicação de um determinado meio, de modo a minimizar a penalização aos demais. Alexy assim define a máxima necessidade, segundo o contexto de sua teoria, como sendo um princípio que demanda um meio que cause a menor interferência nos demais:

> Esse princípio requer que um dos dois meios de promover P1, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em P2. (ALEXY, 2008, p.591.)

E, finalmente, Alexy define a máxima proporcionalidade (*stricto sensu*), tendo por base a lei do sopesamento (ou balanceamento):

> Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. (ALEXY, 2008, p.592.)

Ou seja, a otimização de princípios colidentes se resume ao balanceamento desses princípios, tendo por base a lei do sopesamento:

> A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2008, p.594.)

Ao se estudar a visão alexyana envolvendo colisão entre princípios constitucionais, fica evidente a complexidade envolvida num possível diálogo entre o Direito Internacional Privado e o Direito Constitucional, principalmente quando houver implicações abrangendo garantias constitucionais dos Direitos Fundamentais. Adicionalmente à intrínseca complexidade inerente à localização conflitual do DIPr, é imperativo também se resolver os ocasionais conflitos entre princípios constitucionais que surgem num eventual diálogo entre estas duas áreas do Direito.

O diálogo direto entre o Direito Internacional Privado e um determinado Direito material vai ocorrer sempre que a maior relevância social deste Direito demandar ao sistema normativo do foro um tratamento privilegiado. Esse tratamento privilegiado pode ocorrer na forma da definição de elementos de conexão *ad hoc* nas regras de conflito do DIPr nacional, na forma de ordem pública, na forma de normas de aplicação imediata (*lois de police*) ou como “interesse nacional lesado”. Dessa maneira, a importância social dada pelo foro nacional a uma determinada área do Direito material pode ocasionar o diálogo direto entre

este Direito e o Direito Internacional Privado do foro.

A utilização de norma de aplicação imediata é a forma mais direta de se estabelecer um efetivo diálogo entre o DIPr e o Direito material desejado. Conforme foi visto em tópico específico, as normas de aplicação imediata são aquelas leis de natureza material, que devido a políticas legislativas de interesse do Estado, sejam elas de natureza moral, social ou econômica, afastam as possíveis regras de conflito bilaterais, envolvendo relações plurilocalizadas. Estas normas são mais comuns de serem estabelecidas para relações jurídicas envolvendo a ordem econômica ou a defesa dos interesses de hipossuficientes como, por exemplo, as normas de defesa de direitos do consumidor. Muito embora, essas normas podem ocorrer para qualquer outra razão de interesse social.

Uma das características principais das normas de aplicação imediata é desabilitar a aplicação do método conflitual de DIPr, impossibilitando a sua abordagem bilateral e impondo a aplicação direta e unilateral das normas materiais da *lex fori* eleitas como de aplicação imediata. Elas afastam aprioristicamente a aplicação das normas de DIPr, estabelecendo a *lex fori* como a única competente para reger e resolver a relação plurilocalizada. Portanto, as normas de aplicação imediata podem ser vistas como uma metodologia alternativa ao método conflitivo do Direito Internacional Privado. É essencial enfatizar a natureza de absoluta excepcionalidade que esse tipo de norma deve se revestir, uma vez que a sua índole de unilateralidade exclui por completo a aplicação de qualquer sistema normativo estrangeiro.

Outra importante característica das normas de aplicação imediata é que elas são normas de Direito material e não de sobredireito, como é o caso das normas de conflito do DIPr. As normas de aplicação imediata resolvem diretamente o conflito material, criando, modificando e desconstituindo diretamente direitos e posições jurídicas, sendo, por consequência, uma forma alternativa ao método de conflitos do DIPr, sem qualquer necessidade de remissão para nenhuma outra lei. O Direito de Consumidor é, nos dias atuais, o melhor exemplo desse tipo de norma no Direito brasileiro.

O Direito do Consumidor adquiriu, nas últimas décadas, uma natural vocação internacional. Isso ocorreu devido à crescente globalização econômica, oriunda de uma maior integração mundial, tendo a tecnologia como suporte de fundo. Consumir produtos de outros países nunca foi tão fácil e comum como neste início do século XXI. O consumidor contemporâneo é um propenso consumidor global. Cláudia Lima Marques e Daniela Corrêa Jacques, no artigo *normas de aplicação imediata como um método para o Direito*

Internacional Privado de proteção do consumidor no Brasil, afirmam que não há mais a necessidade do consumidor ser um "consumidor-ativo" (como um turista, por exemplo) para que ele possa ter acesso ao consumo de bens e serviços de outros países. Atualmente, o consumo virtual eletrônico ser tornou uma realidade, modificando profundamente a estrutura de consumo do mercado globalizado. (MARQUES; JACQUES, 2004, p.67.)

Para acompanhar essa nova tendência de consumo globalizado, novos instrumentos jurídicos precisam ser desenvolvidos para que se possa efetivar a adequada proteção desse consumidor supranacional, que é cada vez mais frequente. Por abranger relações plurilocalizadas, esse consumo transnacional demanda um DIPr que atenda às suas necessidades, de uma forma flexível e substantiva, não mais limitado às regras de conflitos rígidas e desprovidas de contato com a realidade dos fatos que lhes dão fundamento. No caso brasileiro, por ora, observa-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) como uma norma de aplicação imediata, justamente por atender à defesa do consumidor nacional nas relações de consumo transnacional. O CDC é aplicado pelo Direito Internacional Privado brasileiro como uma forma alternativa de solução direta e materializada de conflitos plurilocalizados de consumo, relativizando o método conflitual.

Uma vez que o DIPr nacional não possui mecanismos que possam resolver os conflitos de consumo plurilocalizados, de uma forma substantiva e conectada com a realidade dos fatos, o uso do CDC, como uma norma de aplicação imediata, apresentou-se como a solução mais efetiva e mandatória, dentro do contexto nacional. Em referência à situação europeia, a partir dos anos 70 do século passado, as referidas autoras comentam:

> [...] os doutrinadores [europeus] propugnam a necessidade do Direito Internacional Privado voltar-se para a proteção dos mais fracos, especialmente dos consumidores, incluindo novos elementos de conexão mais flexíveis e adaptados à tutela de conexões "neutras" e rígidas, mais adaptáveis ao relacionamento entre iguais ou pelo menos entre profissionais, comerciantes, para a proteção dos consumidores novos métodos e normas de DIPr seriam necessários. Aqui nos interessa a chamada "materialização" do DIPr. (MARQUES; JACQUES, 2004, p.73.)

É importante enfatizar a posição duplamente vulnerável do consumidor transnacional, propiciada pelos seguintes fatores: a) existência de vulnerabilidade devido à sua particular posição de consumidor, desprovido de profissionalidade na atividade de consumo; e b) existência de uma vulnerabilidade devido à sua situação de consumidor turista ou consumidor virtual.

Observe que adicionalmente à vulnerabilidade que todo consumidor normalmente incorre (por ser uma pessoa física, que contrata produtos e serviços sem fins lucrativos, fora de sua atividade profissional) o consumidor supranacional tem contra si: a) a enorme distância

entre o fornecedor e o consumo do produto e/ou serviço fornecido; b) desconhecimento da cultura comercial do país do fornecedor; c) ocasional dificuldade linguística; e d) dificuldade e custos adicionais para ter acesso ao suporte e à garantia sobre a qualidade do produto/serviço fornecido. Por conseguinte, é incontroverso o aumento da situação de hipossuficiência do consumidor num mercado transnacional.

Dessa forma, o Direito do Consumidor pode ser considerado como um dos mais notórios exemplos envolvendo o diálogo entre o Direito Internacional Privado e o Direito material, por meio de emprego de normas de aplicação imediata. Esse diálogo com as normas de aplicação imediata ocorre de maneira distinta daquela que se processa, por exemplo, com a aplicação da ordem pública, uma vez que esta é uma exceção aplicada ao método de conflito num momento pós-localização do sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada. As normas de aplicação imediata são empregadas de uma maneira apriorística, impedindo a própria utilização do método conflitivo e resolvendo diretamente a relação jurídica plurilocalizada.

5.1 **Conflitos no diálogo das fontes normativas**

A demanda por uma maior substantivação do Direito Internacional Privado pós-moderno, por meio de um diálogo mais amplo com as fontes das mais variadas áreas de Direito Material, traz como benefício irrefutável a possibilidade de uma visão mais abrangente para a solução de litígios plurilocalizados. O diálogo harmonizador e coordenado entre as múltiplas fontes de Direito Material local e o DIPr pode ser o caminho a ser percorrido para a obtenção de soluções mais eficazes e conectadas com a realidade factual das partes envolvidas, quando comparadas com aquelas localizações e soluções plurilocalizadas estritamente abstratas e formais. Sempre que o DIPr deixar de atender a procura por uma justiça mais substantiva afastando-se do seu âmbito de eficácia normativa ou se mostrar ineficaz na proteção daqueles hipossuficientes que mais necessitam de sua proteção, o diálogo com outras áreas do Direito pode ser a solução para compensar a fuga do âmbito de eficácia, devido ao afastamento formal da realidade dos fatos.

As formas, os procedimentos e os métodos devem se subordinar ao objetivo maior que é a prestação de uma justiça plena, uma vez que os primeiros são meras ferramentas desta última, que possui um fim em si mesmo e é o produto a ser entregue à sociedade. Se as formas, os procedimentos e os métodos do Direito Internacional Privado são incapazes de prover a justiça plena, para uma dada situação em concreto, cabe ao Direito provê-la, por ser ele o instrumento social imediato de consecução dessa justiça. O diálogo entre as diversas

fontes normativas de Direito se tem mostrado um eficaz instrumento complementar à metodologia conflitual, para aqueles casos em que esta metodologia não se mostre adequada.

Contudo, o diálogo das fontes, ainda que envolva diretamente o Direito material (por meio do uso de normas de aplicação imediata), não é uma solução que deva ser aplicada para todos os casos. É indispensável haver o devido cuidado de se verificar que o DIPr não possua instrumentos alternativos para resolver, de maneira substancial, a relação plurilocalizada no caso em concreto, antes de se aplicar qualquer forma de soluções unilaterais. Não havendo esse cuidado, existe o risco de se adotar irrestritamente procedimentos unilaterais de aplicação da *lex fori*, tendo como consequência a desconsideração e o desrespeito aos elementos estrangeiros, o que caracterizaria um verdadeiro retrocesso para o Direito Internacional Privado como um todo.

A justiça plena é a justiça para todos, nacionais e estrangeiros, não podendo haver qualquer tipo de discriminação entre os indivíduos. Conforme mencionamos anteriormente, o Direito do Consumidor brasileiro é um bom exemplo do uso de normas de aplicação imediata, devido à completa incapacidade material de nosso DIPr nacional de lidar com a questão de consumo plurilocalizada.

André de Carvalho Ramos, em referência à cooperação jurídica internacional (CIJ), chama atenção para o risco de a interpretação internacional ser centrada na desconfiança e nos interesses apenas dos Estados, quando, na verdade, a interpretação do novo Direito Internacional Privado deve resgatar:

> [...] a universalidade dos direitos como paradigma de interpretação, superando a visão voltada aos particularismos da prevalência da *lex fori* e do (mal) uso das leis de aplicação imediata e da cláusula de ordem pública, que podem fragmentar a interpretação do Direito Internacional Privado, levando à desconsideração de direitos constituídos em outros ordenamentos.[108]

É também muito importante não se subestimar as dificuldades que surgem quando ocorre o diálogo entre diferentes fontes normativas. É provável que haja colisões e conflitos entre os diversos diplomas apreciados, assim como também nas suas mais variadas interpretações. O problema da hermenêutica jurídica, ainda que restrita a uma única norma individual pode ser complexa, pois envolve a compreensão de signos linguísticos, cujas interpretações variam no tempo e no espaço. Com a multiplicidade de normas envolvidas,

---

[108] CARVALHO RAMOS, André de. **O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito de Fontes na Cooperação Jurídica Internacional.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. v. 108. pp 621-647. Jan./dez. 2013. p. 622.

num amplo diálogo entre variadas áreas jurídicas, essa dificuldade cresce de uma forma exponencial.

Conforme Tercio Sampaio Ferraz Júnior nos ensina, o uso de signos linguísticos ocorre tanto no aspecto "onomasiológico" (que é o uso corrente, comum), como no aspecto "semasiológico" (que é o uso com significado normativo). Apesar desses dois aspectos dos signos linguísticos estarem vinculados, eles não coincidem. Ao se estabelecer o diálogo entre múltiplas fontes normativas, ainda que sejam todas elas exclusivamente locais, é comum se encontrar distintas significações jurídicas para idênticos institutos, tornando primordial uma "tradução" normativa prévia entre todas as fontes.

Para esclarecer este ponto, Tercio fornece como exemplo as diferentes acepções da palavra "parente", que em um sentido cotidiano difere daquela acepção utilizada no âmbito jurídico, que, por sua vez, também não é uniforme quando comparada entre distintas normas, algumas vezes significando parentescos em "linha reta", outras vezes significando parentescos "colaterais" (que a depender da área jurídica pode definir diferentes graus de colateralidade) e outras significando parentescos afins, tendo por base o vínculo de afinidade (genro, sogro, nora, sogra). Tercio assim resume esta questão polissêmica do Direito:

> O legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Esse sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo, por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos. [109]

Quanto mais amplo for o diálogo entre as diversas fontes do Direito, maior é a probabilidade de haver divergências entre as interpretações dos diversos institutos jurídicos, provocando conflitos a serem harmonizados, tendo em vista a finalidade prática de definir a força e o alcance normativo, assim como também a decidibilidade do conflito no caso em concreto.

Alberto do Amaral Júnior, no seu estudo sobre o diálogo das fontes, no âmbito do Direito Internacional, reconhece que a enorme proliferação normativa, ocorrida nas últimas décadas, devido ao crescimento da globalização, propiciou uma maior probabilidade de ocorrência de conflitos entre as diversas fontes normativas, provocando a fragmentação do

---

[109] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo. Atlas. 2011. p. 220.

Direito Internacional em diversos subsistemas dotados de lógica *sui generis* e fins específicos. Dificuldades envolvendo fragmentações normativas e conflitos podem também ser encontrados num cenário de amplo diálogo nacional entre as múltiplas fontes da *lex fori*, uma vez que cada uma destas fontes pode ser considerada como subsistemas normativos com fins específicos e significações únicas.

Da mesma forma que é possível reconhecer as dificuldades de se concretizar o diálogo entre múltiplas fontes normativas no âmbito internacional, é possível também se reconhecer que algo similar ocorre no âmbito das relações jurídicas plurilocalizadas e no âmbito das relações estritamente locais. Amaral Júnior propõe a seguinte solução para o âmbito local:

> Proponho, ao contrário, um novo método, intitulado "diálogo" das fontes, sob a inspiração do trabalho pioneiro desenvolvido por Eric Jayme no âmbito do direito internacional privado. [...] Trata-se de aplicar, simultânea, coerente e coordenadamente, as várias fontes do direito internacional de modo a eliminar a norma incompatível somente quando se verificar que a contradição que ela causa é insuperável. A coordenação flexível das fontes restabelece a coerência ao identificar complementaridades, convergências e harmonias. [...] O "diálogo" das fontes vislumbra a totalidade das normas internacionais sem esquecer, obviamente, as especificidades que marcam os subsistemas particulares. O que se deseja é perceber o direito internacional como um sistema no qual a busca de unidade não faz desaparecer a singularidade das partes que o constituem, e que ele se sujeita a princípios que organizam os elementos individualmente considerados. [110]

Por conseguinte, é possível fazer um paralelo entre as dificuldades envolvidas na aplicação do diálogo entre as fontes num contexto de Direito Internacional com aquelas dificuldades envolvidas no diálogo das fontes num contexto estritamente local. Esse tipo de inter-relação entre normas de diferentes subsistemas do Direito é acompanhado por complicações que se assemelham àquelas encontradas no conflito de leis, pois propicia o embate de distintas fontes de direito, cada qual com as suas significações particulares dos institutos jurídicos a serem utilizados.

Naturalmente, com relação aos diálogos envolvendo relações estritamente nacionais, a ser regidas pela *lex fori*, a Constituição desempenhará o papel de coordenação, de harmonização e de hierarquização das normas a serem aplicadas, assim como também da interpretação a ser seguida. Porém, à luz do caso concreto, a harmonização constitucional pode também ser conflitante, com embates entre princípios constitucionais entre si. Essa afirmação pode ser verificada e endossada pelo estudo da jurisprudência do STF – guardião

[110] AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O diálogo das fontes**: fragmentação e coerência no Direito Internacional contemporâneo**.** Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 12, 2008.

da interpretação constitucional – no julgamento de casos envolvendo possíveis violações de direitos e garantias constitucionais.

5.2 **Harmonização normativa versus conflitual**

Um tema muito recorrente, no que diz respeito ao diálogo entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, é a contraposição entre soluções de DIPr que envolvem soluções conflitivas entre as normas e aquelas que envolvem soluções que objetivam a harmonização entre elas.

O esforço por uma maior integração entre múltiplos Estados é um processo complexo e que demanda um grande planejamento entre eles, uma vez que esta integração não se limita apenas às questões da compatibilidade entre os diversos sistemas normativos envolvidos, mas também – e principalmente – à compatibilidade sociocultural entre cada uma das nações partícipes. A integração sociocultural, possibilitada pela compatibilidade de valores, ideologias e pela existência de elementos culturais em comum, é justamente a questão de fundo ao se falar em integração entre Estados.

As integrações envolvendo várias nações, com características histórico-geográficas comuns, ou não, sejam elas regionalizadas (tais como a União Europeia ou o Mercosul), bilaterais ou multilaterais, visam atender aos interesses individuais entre dois ou mais Estados e podem ter os mais variados fundamentos e motivações, tais como: a) propiciar o crescimento econômico por meio da disponibilização de um maior mercado de consumo; b) a demanda uma paz estável entre as nações, por meio do fortalecimento dos vínculo políticos; c) a existência de uma forte identidade sociocultural, propiciando a concepção de um povo supranacional[111]; e d) existência de um antecedente histórico de relações internacionais, abrangendo, inclusive, tratados e convenções.

Sejam quais forem as fundamentações ou razões para o interesse por uma maior integração entre dois ou mais Estados, elas precisam ser fortes o suficiente para superar as dificuldades envolvidas no processo. Um dos grandes desafios a ser mencionado é a adequação dos sistemas normativos de cada um dos Estados abrangidos pela integração, de modo a torná-los compatíveis e harmônicos entre si, assim como também com os eventuais tratados e convenções criados em vista desta integração. O principal objetivo da busca pela harmonia jurídica é evitar uma possível fragmentação normativa originada pela criação desses

[111] CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade Europeia e seu Ordenamento Juridico.** Editora LTr. São Paulo. 1994.

inúmeros instrumentos internacionais, sem a adequada análise integrada de seus efeitos legais. A falta de planejamento normativo dos efeitos legais do conjunto de tratados envolvidos, tanto no âmbito nacional como no internacional, é umas das maiores fontes de conflitos e colisões entre os sistemas normativos abrangidos pela integração regional ou por acordos bilaterais ou multilaterais.[112]

A doutrina identifica três níveis distintos de compatibilização entre os diversos instrumentos normativos, sejam eles nacionais ou internacionais, sob a perspectiva do Direito internacional: um primeiro nível de harmonização, um segundo nível de uniformização e um terceiro nível de unificação.

A harmonização normativa entre os sistemas jurídicos de diversos Estados consiste na aproximação desses sistemas de modo que quaisquer incompatibilidades sistêmicas entre eles sejam eliminadas, permitindo-se, dessa maneira, que cada um mantenha a sua identidade cultural. O objetivo é a compatibilização de todas as normas conflitantes, entre os diversos sistemas implicados, por meio da definição de "leis-tipo" ou "leis-quadro", construídas tendo por base conceitos jurídicos comuns. Paulo Barbosa Casella, por outro lado, entende que o processo de harmonização é aquele que atua somente nas leis de localização do Direito Internacional Privado, não envolvendo qualquer ajuste nas leis de natureza material.[113]

A harmonização, seja ela considerada o processo a ser aplicado nas regras de localização do DIPr ou considerada como o processo de desenvolvimento de leis-tipo ou ou leis-quadro, comuns aos diversos sistemas normativos, é um processo menos intrusivo do que os processos de uniformização e unificação. A harmonização atua numa camada mais abstrata dos sistemas normativos, não se envolvendo diretamente nas regras de Direito material, definindo apenas objetivos, princípios, limites ou regras de localização de sobredireito, permitindo-se, assim, uma maior flexibilidade operativa, quando comparada com os demais níveis de compatibilização entre sistemas normativos (uniformização e unificação).

A uniformização, por outro lado, é um processo que procura tornar os sistemas normativos envolvidos mais homogêneos, por meio do desenvolvimento de tratados a serem incorporados no ordenamento nacional de cada Estado partícipe, regularizando a conformação

---

[112] ONU, Organização das Nações Unidas. **Fragmentation of international law**: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. International law commission. Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006. p. 10.

[113] CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nádia de (Coord.). **Integração jurídica interamericana:** as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**.** São Paulo. LTr. 1998.

entre os diversos sistemas e forjando uma identidade jurídica comum. Casella entende a uniformização como sendo o processo que pode operar tanto sobre a camada de sobredireito do DIPr – regras de conflito – como também na camada de Direito material.

E, finalmente, o terceiro nível de compatibilização entre os distintos instrumentos normativos é o chamado processo de unificação e se caracteriza pela implantação, em cada Estado partícipe, de normas de Direito material, consideradas comuns em substituição às regras de Direito material existente em cada foro local. É inegável o alto grau intrusivo que o processo de unificação impõe aos Estados subscritores. Esta imposição normativa aos Estados, sem as devidas negociações tratativas sobre cada tema em particular, torna a eficácia jurídica do texto imposto muito limitada, pois, além de haver uma grande relativização da soberania dos Estados signatários, a unificação possibilita também violações a valores e identidades culturais daquelas nações que tiveram pouca força política durante a negociação do texto em comum. A eventual falta de representatividade da identidade cultural de uma determinada nação pode comprometer nesta nação o âmbito de eficácia das normas de Direito material negociada, pois as suas interpretações jurisprudenciais procurarão conformar suas decisões, tendo por base a identidade cultural local que não está representada na norma comum adotada.

O processo de integração entre diferentes nações, com diferentes culturas, deve procurar interferir o menos possível nos sistemas normativos nacionais de cada um dos Estados envolvidos, de modo que o texto comum acordado venha alcançar um resultado mais realístico e com maior eficácia. Não é razoável se esperar que uma norma comum de Direito Internacional, que não representa os valores culturais de uma determinada nação, venha adquirir plena eficácia nessa nação. Ainda que exista uma suposta eficácia formal da norma de Direito material comum adotada, a eficácia substantiva será comprometida, uma vez que interpretação jurídica desta norma, pelo foro nacional, não poderá deixar de levar em consideração a sua identidade sociocultural.

Dessa maneira, é importante se minimizar as intrusões nos diversos Direitos materiais nacionais, de modo a evitar futuros conflitos normativos. O que se procura é a harmonia internacional, uniformizando o que for possível de ser uniformizado e respeitando as diferenças culturais e normativas daqueles institutos que fazem parte da identidade cultural de cada nação. Não é desejável a imposição de uma ofensa à identidade cultura de um povo, em favor de uma uniformização artificial e formal. Este entendimento pode ser encontrado nas palavras de Casella:

> A harmonização, unificação e uniformização do direito não se colocam como fins em si mesmas; seria supérfluo, como utópico, pensar em sistemas fechados, teoricamente perfeitos – trata-se, antes, de alcançar a adequação entre meios e fins. Mais do que pretender total alinhamento, trata-se de aparar e eliminar arestas, permitindo convivência harmônica dos sistemas, nos quais desempenham papel vital as normas de conflito. (CASELLA; ARAUJO, 1998, p. 89.)

O fundamento da proteção da diversidade jurídica entre as várias sociedades pode ser sustentado pela importância da manutenção da diversidade cultural, que é inerente à história da civilização humana. Esta multiplicidade cultural se apresenta sob a forma de um espectro dinâmico de características e especificidades sociais que nascem, se modificam e desaparecem, a cada momento na história da humanidade, constituindo e desenvolvendo culturas únicas em cada recanto do planeta. Onde houver um novo agrupamento humano, uma nova cultura se desenvolverá. Esta capacidade das sociedades humanas de constituir e desenvolver novas culturas, sob os aspectos estéticos e sociológicos, motivou Claude Lévi-Strauss a afirmar:

> Há muito mais culturas humanas que raças humanas, já que umas se contam por milhares e as outras por unidades. [...] impõe-se uma primeira constatação: a diversidade das culturas humanas é, de fato no presente, de fato e também de direito no passado, muito maior e mais rica do que tudo que delas pudermos chegar a conhecer.[114]

Prossegue o antropólogo belga afirmando que nas sociedades humanas existem forças que agem no sentido de aumentar as características únicas de cada cultura, tornando-as ainda mais específicas e, simultaneamente, existem também forças uniformizadoras, produzindo convergências culturais e afinidades entre os diversos agrupamentos sociais, de uma forma mutável e dinâmica. A diversidade cultural não se deriva unicamente do ocasional isolamento de um determinado grupo social, a diversidade é encontrada também internamente no seio de cada sociedade e, muitas vezes, a forma interna de diversidade é mais intensa e pluralizada do que aquela que surge do isolamento de um grupo:

> Vê-se, portanto, que a diversidade das culturas humanas não deve ser concebida de uma maneira estática. Esta diversidade não é a de uma amostragem inerte ou de um catálogo. É indubitável que os homens elaboraram culturas diferentes por causa do afastamento geográfico, das propriedades particulares do meio e da ignorância que tinham do resto da humanidade; mas isto só seria rigorosamente verdadeiro se cada cultura ou cada sociedade tivesse nascido e se desenvolvido isoladamente de todas as outras. Ora, este não é nunca o caso [...] jamais as sociedades humanas estão sós; quando parecem mais separadas, ainda o é sob forma de grupos ou feixes.
> (LÉVI-STRAUSS, 1993, pp. 332-333)

---

[114] LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural II:** Raça e História. 4ª edição. Edições Tempo Brasileiro Ltda. Rio de Janeiro. 1993. pp. 328-332.

Os ensinamentos socioantropológicos de Lévi-Strauss sobre a diversidade cultural podem ser aplicados às ciências jurídicas pós-modernas, principalmente no que diz respeito às integrações regionais entre distintos sistemas normativos. O respeito à diversidade cultural de um país pode e deve ser também expresso pelo respeito à diversidade de seu sistema jurídico, que é uma das formas de expressão desta cultura. É primordial que durante o processo de integração normativa, os limites que definem os elementos socioculturais de uma nação não sejam violados, em nome de uma uniformização normativa de seus institutos jurídicos.

Certamente, nem todo elemento que é objeto das normas jurídicas faz parte da identidade sociocultural de uma nação. Para estes casos, uma intervenção uniformizadora para esses elementos não essenciais à cultura de uma nação não deve ofender à sua identidade cultural. Um exemplo típico deste cenário são os tratados e as convenções de natureza comercial. Os acordos comerciais têm por objeto o aumento do fluxo comercial entre os Estados envolvidos. Este aumento de fluxo comercial pode ser fomentado tanto pela redução das barreiras não tarifárias existentes (restrições quantitativas, licenciamento de importação, exigência de procedimentos alfandegários etc.), como também pela redução das tarifas de impostos alfandegários. Exemplos tais como uma eventual uniformização de regras de importação e exportação ou acordos na definição de uma faixa de valor das tarifas de importação praticadas não possui, *a priori*, nenhum elemento que possa afetar a identidade cultural das nações partícipes. Acordos comerciais, em princípio, não têm o dom de afetar diretamente os valores que fundamentam e constituem uma sociedade humana (tais como a sua arte, religião, estrutura familiar, política ou ideológica).

Por outro lado, exemplos tais como a relação entre a religião e o Estado, assim como também as formas estruturais da organização familiar, são exemplos que normalmente fazem parte da identidade cultural de uma sociedade, sendo, portanto, menos flexíveis a uniformizações diante de uma possível integração.

Não é razoável a expectativa de que um Estado teocrático, como a República Islâmica do Irã, por exemplo, venha aderir a um tratado que tenha por objeto a redução da influência da religião nas decisões da sociedade civil em geral. Um tratado como este vai de encontro a um dos fundamentos socioculturais formadores desta sociedade, que é uma organização política e social do Estado tendo por base uma religião (o islamismo). Outro exemplo hipotético pode ser considerado com relação à expectativa de que o Estado do Vaticano venha a aderir uma suposta convenção sobre o reconhecimento do divórcio e da separação judicial. Certamente, uma convenção como esta agride e viola os dogmas religiosos cristãos que fundamentam o

Estado do Vaticano, sendo, dessa forma, infactível.

Certamente, é possível haver tratados e convenções internacionais sobre temas que são fundamentais para a formação da identidade cultural da sociedade humana, sem que esta identidade seja ofendida. Na verdade, estes tratados e convenções existem e são em grande número (vide Apêndice B – Convenções Internacionais relacionadas ao Direito de família). Todavia, a adesão a esses tipos de tratados e convenções – que versam sobre valores fundamentais da cultura humana – fica limitada àquelas nações que possuam compatibilidade cultural com os valores neles contidos. Se houver adesão de uma nação cuja cultura seja incompatível com os valores culturais expressos no tratado, o âmbito de eficácia do seu texto normativo ficará completamente comprometido para esta nação. A compatibilidade cultural entre os termos da convenção e aqueles valores essenciais à formação da identidade cultural de um Estado signatário é mandatório para a eficácia desta convenção.

Por ser o Direito de família um tema que possui profundos vínculos com os fundamentos socioantropológico de uma nação, será explorado, no tópico a seguir, a sua relação com o Direito Internacional, tanto no aspecto público como no privado, dentro da perspectiva dos séculos XX e XXI.

5.3 **O Direito de família sob uma perspectiva do Direito Internacional Privado**

Como foi já mencionado no primeiro capítulo, esta dissertação tem o seu foco centrado primariamente nas relações jurídicas plurilocalizadas do estatuto pessoal do Direito Internacional Privado, contemplando os seus elementos estrangeiros, sejam eles oriundos da nacionalidade, do domicílio ou de qualquer outro elemento de conexão vinculado às partes da relação jurídica. O estudo das relações de Direito real e obrigacional no âmbito do Direito Internacional Privado – sejam elas de origem contratuais ou aquilianas – fará parte desta dissertação na medida em que esteja relacionado com o estatuto pessoal.

Serão analisadas, principalmente, aquelas relações jurídicas que tenham elementos estrangeiros vinculados aos estados das pessoas, sendo esses estados que determinarão ou não a característica estrangeira da relação. O Direito de família tem sido a área jusprivatista mais abordada, tendo em vista que ela é a parte do Direito mais permeável aos valores éticos e sociais e, portanto, é aquela que também demanda uma perspectiva mais flexível e substantiva do Direito Internacional Privado. Para enfatizar a forte relação entre o Direito de família e o Direito Internacional Privado ou o Direito Internacional Privado de Família, tomamos emprestadas as palavras de Nádia de Araújo e Daniela Vargas:

> A família moderna é um núcleo cada dia mais transnacional, ensejando repercussões de caráter internacional, por conta das características da sociedade informada pela comunicação global, e precisando, por conseguinte, de uma disciplina própria para resolver esses problemas. Acreditamos ser este o papel do DIPr.[115]

Conforme citado anteriormente, as críticas ao DIPr clássico que compreendem a superficialidade e a rigidez como defeitos intrínsecos e sistemáticos da abordagem savigniana encontraram um fértil terreno nas relações de Direito de família, justamente por estas relações demandarem soluções menos abstratas e maiores vínculos factuais com a realidade.

Tanto os valores da família como a sua estrutura social sofreram uma intensa mutação no século XX, principalmente no cenário posterior à Segunda Guerra Mundial. Situações fáticas que antes eram consideradas como verdadeiros tabus se incorporaram à realidade das famílias do século passado, exigindo novas soluções jurídicas, tanto no cenário doméstico como no cenário internacional. Os seguintes institutos podem ser citados como exemplos destas novas relações familiares que passaram a ser regidas pelo Direito dentro do cenário internacional do século XX:

1. O instituto do casamento sem o pressuposto legal da diversidade de sexo dos nubentes;
2. Reconhecimento de uniões estáveis;
3. Dissolução do casamento, na forma de divórcio;
4. A filiação multiparental;
5. A adoção, como forma de constituição de relações familiares;
6. A maternidade de substituição;
7. Direitos de guarda e visita;
8. Rapto ou sequestro de menores;
9. As preocupações com a proteção das pessoas incapazes e a garantia das condições mínimas de sua subsistência; e
10. Direitos aos alimentos.

Esse conjunto de novos institutos do Direito de família – alguns já há muito tempo existentes na realidade social das relações familiares, muito embora ignorados pelo Direito formal em geral – provocou um alargamento do objeto do Direito de família, assim como também do objeto do Direito Internacional Privado de Família. A expansão dos domínios das relações familiares ocorreu para acomodar o surgimento de novas formas sociais de família e, principalmente, devido ao reconhecimento jurídico de algumas relações familiares já

---

[115] ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela. **Os Efeitos Pessoais e Patrimoniais do Casamento no Direito Internacional Privado Brasileiro, à luz do Novo Código Civil**. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.195.

existentes.

Para atender esse novo Direito de família, mais amplo e mais aberto – que evoluiu na segunda metade do século XX, representativo das relações familiares do pós-guerra e pós-movimentos feministas, fruto de uma sociedade mais urbana, mais internacionalizada e humana –, foi imperativo que novos valores constitucionais fossem incorporados ao domínio jurídico das relações familiares.

O Direito de família se tornou mais sensível aos princípios constitucionais, princípios estes que propiciaram um tratamento mais isonômico entre os cônjuges, uma maior proteção daqueles considerados hipossuficientes na relação, o respeito ao direito subjetivo de pertencer a uma família etc. A maior sensibilidade aos princípios constitucionais contemporâneos, observada pelo Direito de família, ocorreu de uma forma praticamente simultânea nas esferas internacional e brasileira, assim como também em diversos outros países. O constitucionalismo do Direito de família e do Direito Internacional Privado de família adequou-se à construção kelseniana, no âmbito nacional, tendo como norma fundamental a Constituição, permitindo a absorção dos princípios constitucionais, na forma de ordem pública.

De forma paralela, decisões jurisprudenciais reforçaram o respeito aos direitos humanos e constitucionais quando passou a decidir que as regras de conflito de DIPr estavam sujeitas também, assim como as demais normas de Direito em geral, ao confronto com os direitos humanos fundamentais. Um excelente exemplo jurisprudencial deste tema é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 04 de maio de 1971, que decidiu que não violava o princípio fundamental da igualdade ou da isonomia (definido no artigo 3º, parágrafo 1º, da Constituição alemã) a regra da lei de introdução ao código civil alemão (o artigo 13, § 1º da EGBGB) que previa a aplicação distributiva da lei nacional dos nubentes em matéria de capacidade para contrair o casamento. Ou seja, uma regra de conflito específica do DIPr alemão teve a sua constitucionalidade aferida, tendo por base princípios gerais de direitos humanos. O Tribunal Constitucional Alemão expressamente determinou que:

> [...] as regras do direito internacional privado alemão devem ser confrontadas com os direitos fundamentais.

O impacto desta decisão foi mais intensamente sentido, sobretudo, na esfera do Direito Internacional Privado de família. É importante observar que nas Constituições do pós-guerra (tanto nas europeias como nas americanas) além dos consagrados princípios constitucionais

gerais – tais como o princípio da igualdade – já era possível serem encontradas normas e princípios referentes à família e ao casamento. Em alguns casos, como no caso da Constituição Portuguesa de 1976, havia, inclusive, a proibição à discriminação dos filhos fora do casamento.

Essa decisão do Tribunal Constitucional Alemão propiciou uma profunda alteração do Direito Internacional Privado, principalmente no cenário europeu, devido à influência da irradiação dos preceitos constitucionais sobre o Direito material das relações familiares. Essa nova abordagem na esfera familiar, em conjunto com outros fatores, permitiu tornar o Direito Internacional Privado mais sensível às questões de natureza material, abandonando, em parte, a adesão estrita ao formalismo savigniano de localização do sistema normativo a reger as relações plurilocalizadas.

Não é mais aceitável, tendo em vista a integração global entre os povos, ignorar-se a demanda por uma maior harmonização entre os objetos de estudo do Direito de família e do Direito Internacional Privado de família. Os casos concretos, envolvendo litígios entre pessoas de diferentes nacionalidades e culturas na esfera do Direito de família, é uma realidade cada vez mais presente em todas as sociedades de todos os continentes.

É importante evidenciar que o estreito vínculo entre as questões de Direito de família e as questões de direitos humanos reveste a primeira de uma natureza de ordem pública, tanto na esfera nacional como na esfera internacional, exigindo, desta forma, soluções jurídicas mais harmonizadas. A busca pela harmonização entre os diversos sistemas normativos internacionais tem por fundamentação a demanda pela efetivação da dignidade da pessoa humana, no âmbito de toda a sociedade internacional, sem submissão às fronteiras nacionais ou a elementos socioculturais que ofendam aos direitos humanos.

Diante da perspectiva de uma intensa demanda por harmonização internacional nas relações plurilocalizadas de Direito de família, é esperado que ocorresse um papel destacado para o Direito Internacional Público, na forma de consecução de tratados e convenções. Esses tratados abrangem uma grande variedade de temas na esfera familiar, tais como a cobrança de alimentos num Estado estrangeiro, a questão da nacionalidade da mulher casada, as questões envolvendo possíveis alterações de nome etc. (vide Apêndice B – Convenções Internacionais relacionadas ao Direito de família, para acesso a uma lista mais completa). Devido à premente importância das questões familiares no âmbito internacional, o Direito Internacional Público é o agente natural a desempenhar um papel de coordenação junto aos Estados nos ajustes aos

seus Direitos de Família nacionais.

Com relação ao Direito Internacional Privado, este precisou rever seus fundamentos, ao buscar por maneiras mais substantivas e concretas de lidar com as questões de ordem familiar. O DIPr precisou desenvolver, em paralelo ao seu formalismo localizador, elementos que levassem em consideração a realidade fática da relação jurídica envolvida. A busca pós-moderna por uma maior substantividade no Direito Internacional Privado de família teve como consequência imediata a perda da unidade do instituto pessoal, no que diz respeito à localização do sistema normativo a regê-lo.

Para os casos plurilocalizados de Direito de família, é irrefutável a necessidade de uma maior diversificação normativa, de modo a atender, de uma forma mais substantiva, às suas relações jurídicas, tendo por base uma vinculação com os fatos que lhes deram origem. A solução clássica, caracterizada pela aplicação de um único elemento de conexão (seja ele a nacionalidade, o domicílio ou qualquer outro isoladamente considerado) mostrou-se incapaz para resolver as questões no âmbito familiar.

A sede do estatuto pessoal precisou se especializar e se dividiu em diversas subsedes como, por exemplo, as relações envolvendo o casamento, que se tornou uma subárea específica dentro deste estatuto. No contexto do casamento, é possível ainda se diferenciar as questões de fundo daquelas questões de forma; é possível diferenciar os efeitos patrimoniais dos efeitos pessoais. Um tratamento individual pode ser dado à questão da extinção do vínculo matrimonial, assim como às questões envolvendo a filiação, levando-se em consideração as suas diversas origens, tais como as de vinculação biológica, adotiva ou afetiva, tanto com relação a sua constituição como com relação aos seus efeitos. A demanda pela especialização do estatuto pessoal é ampla e abrange múltiplas frentes.

Uma maior integração global entre os povos tem como efeito imediato a perda da supremacia da normatização nacional com relação ao seu Direito Internacional Privado. A normatização do DIPr, historicamente de natureza nacional, concorre modernamente com as normas e com os acordos internacionais, assim como também com os sistemas normativos das uniões supranacionais, tais como o da União Europeia e o do Mercosul. Os Estados nacionais não são mais completamente autônomos em normatizar e legislar sobre o seu Direito Internacional Privado, como foram no passado, principalmente com relação aos temas relacionados ao Direito de família e os direitos humanos em geral.

Outra questão que tem influenciado, de uma forma decisiva, a muitos dos diversos

DIPr nacionais, assim como também ao Direito Internacional Público, é o surgimento de novas formas de relações familiares, seja no âmbito estritamente nacional ou no âmbito plurilocalizado. Temas tais como o casamento homoafetivo, a adoção por parte destes casais, o reconhecimento de uniões estáveis etc., não se limitam mais aos limites territoriais dos Estados nacionais. Assim como a natureza, as relações afetivas humanas não reconhecem fronteiras, desta maneira, novas estruturas familiares surgem (mais intensamente a partir da segunda metade do século XX) quase simultaneamente nos mais diversos países, demandando a adequação do Direito de família, tanto na esfera nacional como na internacional.

As relações familiares plurilocalizadas têm se caracterizado pela sua acomodação à diversidade. Diversidade de institutos, na medida em que diferentes formas de relações têm se apresentado ao Direito, tanto devido às mudanças nas estruturas familiares tradicionais já existentes, como também no surgimento de novas formas familiares. Isso pode ser confirmado nas palavras de Rui Manuel Moura Ramos:

> Enfim, a alteração da estrutura da ordem jurídica, como a modificação operada nos seus comandos, tem vindo crescentemente a acreditar o direito da família, e também, de algum modo nele, o direito internacional privado das relações familiares, como o laboratório de uma realidade social em acelerada mutação. [116]

5.3.1 **A internacionalização do Direito de família**

O Direito Internacional Privado da família, além de sido submetido a um intenso processo de constitucionalização, sofreu também uma acentuada demanda por maior integração internacional, fruto de uma concepção "pós-moderna", que exige a unidade do Direito nacional como um todo. Com relação a este tema, houve um aumento significativo no número e na importância das convenções e dos tratados na ordem jurídica internacional. Naturalmente, a internacionalização do DIPr não se restringiu apenas às relações familiares ou ao estatuto pessoal, na verdade, assim como ocorreu com a constitucionalização do Direito Internacional Privado, a internacionalização afetou todas as suas sedes jurídicas. Mas, certamente, foi no estatuto pessoal que a internacionalização se mostrou mais intensa.

Não causa surpresa, portanto, que seja no campo das relações familiares que as fontes

---

[116] RAMOS, Rui Manuel Moura. **O Direito Internacional Privado da família nos inícios do século XXI**: uma perspectiva Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. Endereço eletrônico: < http://hdl.handle.net/10316.2/38890 >. Acessado em 06 de maio de 2017. p. 427.

normativas internacionais vieram a ter a sua maior importância, evidenciando a sede do estatuto pessoal como uma área com grande demanda por soluções nas esferas do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado.

Apesar forte vínculo com a identidade cultural nacional, as relações familiares plurilocalizadas puderam alcançar um alto grau de uniformização em suas matérias, principalmente devido à atuação de organizações internacionais, tanto de natureza geral (como a Organização das Nações Unidas, Conselho da Europa e a Organização dos Estados Americanos - OEA) como também de natureza especializada (como é o caso da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e da Comissão Internacional do Estado Civil). Mesmo diante de uma grande dificuldade para a obtenção de consenso entre as diversas nações, o Direito Internacional Privado de família conseguiu um relativo avanço em termos de harmonização internacional de seus sistemas normativos.

Houve várias convenções e acordos de cooperação internacional envolvendo o Direito de família, como, por exemplo, aqueles relacionados aos direitos dos menores, à proteção dos adultos hipossuficientes, à adoção, aos alimentos, ao casamento, ao reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, à nacionalidade da mulher casada etc. A seguir listamos algumas destas convenções, no entanto, no Apêndice B, é possível encontrar uma listagem mais completa dos principais tratados envolvendo o Direito Internacional Privado de Família.

1. As duas convenções relativas à proteção dos menores;
2. As duas convenções sobre a adoção;
3. As quatro convenções e um protocolo sobre obrigações de alimentos;
4. A convenção sobre a cobrança de alimentos;
5. E a convenção sobre o rapto internacional de crianças;
6. A convenção sobre mudança de nome;
7. Reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento;
8. Facilitação da celebração do casamento no estrangeiro;
9. Nacionalidade da mulher casada; e
10. Reconhecimento das decisões relativas às uniões estáveis registadas (ver anexo).

Todos esses tratados, independentemente de terem sido promovidos diretamente pelos Estados ou por meio de Organizações Internacionais, trouxeram uma maior uniformidade e segurança jurídica ao sistema do Direito Internacional Privado, principalmente no âmbito familiar.

Ao mesmo tempo, a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos estabeleceu padrões mínimos a serem observados, tendo por referência as mais diversas

convenções sobre o tema dos Direitos Fundamentais relacionados à família, como, por exemplo, o direito ao respeito à vida privada, ao casamento, à igualdade entre os cônjuges etc. Logo, é irrefutável o caráter internacionalizado que o Direito de família pós-moderno assumiu.

5.3.2 **O método do DIPr e sua relativização no Direito de família.**

O ponto de partida para a localização do sistema normativo a reger as relações plurilocalizadas, ainda presente nos DIPr nacionais dos mais variados países, é a regra de conflitos de natureza bilateral de inspiração savigniana. Segundo a visão clássica do Direito Internacional Privado, a determinação do ordenamento mais adequado como competente a reger a relação jurídica de um dado instituto deve se fundamentar na sua sede jurídica e no seu elemento de conexão. Contudo, em matéria de relações envolvendo o Direito de família, a hipótese legal destas regras tem adquirido, cada vez mais, uma natureza especializada, operando a lei cuja competência é reconhecida dentro do contexto específico a ser tratado. Este movimento tem conduzido a uma fragmentação do estatuto pessoal, na medida em que o legislador passa a tratar, de forma diferenciada, a constituição das relações jurídicas dos efeitos destas relações. Isso ocorre, por exemplo, com o matrimônio, com o divórcio, com as obrigações de alimentos e com a filiação, em suas mais distintas modalidades.

Por outro lado, as regras de conflitos aplicadas ao Direito de família têm, gradativamente, abandonado a natureza de conteúdo rígido e têm adquirido uma natureza mais aberta à modelação judicial. Modernamente, é possível se verificar em DIPr de diversos países que essas regras têm sido dotadas de uma maior flexibilidade, permitindo a adaptação da realização da justiça conflitual às particularidades de cada situação. Essa maior flexibilidade das regras de conflito tem por objeto uma maior justiça material, mais próxima da realidade e se efetiva por meio do uso de conceitos indeterminados, permitindo ao julgador uma maior margem de discricionariedade em suas decisões. Uma maior discricionariedade é obtida por meio do uso de uma conexão mais estreita com os fatos ou por meio da utilização de cláusulas de exceção, permitindo o afastamento do sistema normativo cuja competência havia sido inicialmente determinada. Este afastamento deve ocorrer quando o conjunto dos elementos factuais revelar que o sistema normativo inicialmente localizado não propiciava a solução mais próxima das partes, quando analisada sob uma perspectiva mais substantiva e concreta.

Mediante uma crescente demanda por localizações substantivas e eficazes, as normas de aplicação necessária e imediata (*overriding statutes*) apresentam-se como um natural e

adequado instrumento jurídico de aplicação ao Direito de família, pois se mostram efetivas na proteção daquelas pessoas que se encontrem vulneráveis ou hipossuficientes nas relações jurídicas de natureza familiar. Como visto, estas normas foram inicialmente desenvolvidas por Francescakis e hodiernamente possui ampla aplicação no Direito de família do foro local.

Outro bom exemplo de aplicação de uma abordagem substantiva em localizações do Direito Internacional Privado pode ser encontrado no reconhecimento pela *lex fori* daquelas relações jurídicas plurilocalizadas que se constituíram no estrangeiro, ainda que sem atender às exigências legais do foro. O reconhecimento pela *lex fori* das relações jurídicas constituídas no exterior tem por objeto a preservação do princípio geral da estabilidade e da confiança na manutenção das situações jurídicas legalmente constituídas, mesmo que estas relações não se conformem juridicamente com o sistema normativo local.

As regras de conflitos do Direito Internacional Privado têm deixado de ser, gradativamente, regras puramente localizadoras e têm adquirido finalidades materiais de interesse da sociedade como um todo, transformando-se, desta forma, em regras de conflitos de conexão material. Estas regras de conflitos de conexão material reduzem a separação metodológica existente entre a justiça material e a justiça conflitual, descaracterizando parcialmente a natureza de sobredireito do DIPr. As regras de conflitos têm perdido, pouco a pouco, a sua neutralidade valorativa e têm passado a ser instrumento de políticas de Direito material, como é o caso, por exemplo, da proteção da parte considerada hipossuficiente na relação jurídica.

O resultado prático da inserção de regras de Direito material nas regras de conflito de DIPr é o favorecimento ou desfavorecimento da constituição ou extinção de estados e situações jurídicas jusprivatistas com elementos estrangeiros, afastando o DIPr de sua função localizadora e aproximando-o da solução material do conflito, sustentada por políticas sociais públicas (como é o caso da defesa do consumidor, da proteção do idoso e da família brasileira).

5.3.3 **O Direito Internacional Privado de família e a especialização do estatuto pessoal**

De modo a adequar o Direito Internacional Privado de Família à realidade de uma sociedade internacional mais integrada e humana, ocorreu um gradativo abandono da clássica referência à lei nacional (*lex patriae*), tanto por meio da aplicação de sistemas normativos estrangeiros que se apresentassem mais próximos às partes envolvidas como por meio da adesão a tratados e acordos internacionais que regulamentassem o tema familiar. A recorrente

referência à *lex patriae* caracterizou a história do Direito de família por muito tempo, por isso, não deve causar surpresa a afirmação de que internacionalização desta área do Direito tem se apresentado como um grande desafio.

As soluções jurídicas para os litígios de natureza plurilocalizada, com a presença de elementos estrangeiros, tornaram-se cada vez mais distantes da estrita aplicação da *lex patriae*. Este distanciamento ocorreu devido às naturais dificuldades existentes em se resolver litígios derivados de relações jurídicas que apresentavam vínculos com mais de um sistema normativo, o nacional e o(s) estrangeiro(s). Ao se limitar a regência das relações jurídicas plurilocalizadas apenas ao sistema normativo nacional (que muitas vezes nem sequer possui os institutos jurídicos representativos do Direito material envolvido) priva-se as partes da possibilidade de uma solução mais próxima de sua identidade cultural e familiar.

A dificuldade da restrita aplicação da *lex patriae* foi gradativamente aumentando à medida que novas situações plurinacionais foram surgindo. Isso, de certa forma, é natural e mesmo esperado numa sociedade internacional cada vez mais integrada, globalizada e despreparada para lidar com os conflitos jurídicos oriundos de outras culturas e sistemas normativos. Desta maneira, a *lex patriae* se mostrou incapaz de representar o vínculo sociocultural daquelas pessoas que estavam sob a sua regência e envolvidas em relações jurídicas plurilocalizadas mais complexas.

A complexidade das relações humanas pós-modernas, no que diz respeito às relações familiares, não permite mais que o estatuto pessoal seja visto como um único bloco monolítico, sob uma única sede savigniana. É indispensável levar em consideração as vinculações com realidade e o seu âmbito de eficácia de modo a especificar, para cada caso em concreto, distintos elementos de conexão, não mais restringindo o estatuto pessoal apenas ao domicílio ou à nacionalidade. É necessário a fragmentação do estatuto pessoal em unidades menores que demonstrem uma coesão lógica mais adequada para tratar os problemas que a família moderna se defronta.

A fragmentação do estatuto pessoal derivou-se da conscientização do caráter diversificado das múltiplas situações relacionadas com as questões familiares. É preciso haver a possibilidade de existência de distintas regras conflituais para cada subárea particular do estatuto pessoal, assim como também possibilitar ao julgador a discricionariedade, com a devida fundamentação jurídica, de criar regras *ad hoc*, quando assim considerar conveniente. Abaixo, segue alguns exemplos de subáreas do estatuto pessoal que podem ser elegíveis a um

tratamento diferenciado, podendo dar origem a regras conflituais específicas e diferenciadas:

1. Casamento – é possível conceder tratamento diferenciado neste instituto com relação: a) às questões de fundo; b) às questões de forma; c) às questões de efeitos patrimoniais; d) às questões de efeitos pessoais; e e) às questões de extinção do vínculo matrimonial;
2. Filiação – é possível conceder tratamento diferenciado neste instituto com relação às questões relacionadas com a sua origem, tais como as de vinculação biológica, adotiva, afetiva, tanto para a sua constituição como para os seus efeitos.

A fragmentação do estatuto pessoal é desejável, uma vez que ela tem origem na legítima preocupação de especializar as regras de conflito para cada ramo jurídico em particular. Busca-se, desta maneira, estabelecer vínculos entre cada uma das sedes do sistema normativo a ser localizado com a realidade concreta da relação jurídica. É importante observar que o elemento de conexão que eventualmente venha a ser eleito genericamente para o estatuto pessoal (seja ele a nacionalidade, o domicílio ou ainda a residência habitual) independe dessa especialização, uma vez que é possível definir elementos de conexão específicos para cada subárea desse estatuto.

Naturalmente, tendo em vista a busca por um Direito Internacional Privado de família mais substantivo, voltado mais para as questões de fundo e menos para as de forma, outras conexões podem ser também consideradas, tais como: a) o uso da nacionalidade efetiva, em contrapartida à nacionalidade formal; b) aplicação do princípio da proximidade entre as pessoas e o sistema normativo a ser localizado e; c) uso da autonomia da vontade das partes, quando aplicável.

A localização substantiva do sistema normativo a reger as relações jurídicas plurilocalizadas, no âmbito do Direito de família, deixou de ser vista apenas como uma maneira de corrigir as disfunções das regras de conflitos que se utilizavam dos elementos de conexão rigidamente, passando a ser cada vez mais uma forma de se alcançar os objetivos constitucionais, tais como a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Tendo em vista a busca por soluções no Direito de família na esfera internacional que reflitam a real necessidade das partes e não apenas políticas públicas abstratas, a forma perde espaço para a substância e a abstração normativa perde espaço para a concretude da vinculação com a realidade da vida.

5.4 **A cooperação jurídica internacional e o Direito Internacional Privado**

A importância da cooperação jurídica internacional nos temas plurilocalizados com

elemento estrangeiro não se restringe exclusivamente ao Direito de família. Na verdade, abrange quase todos os casos de Direito Internacional Privado. No entanto, certamente é no Direito de família que a eficácia de suas decisões mais necessita de uma estruturada cooperação jurídica internacional.

No entanto, não foi apenas a legislação internacional que se dedicou aos temas de interesse do Direito Internacional Privado de família, também na jurisprudência internacional (especialmente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos direitos humanos e da Convenção Europeia dos direitos humanos) houve diversos julgados referentes ao direito subjetivo de respeito à vida privada e familiar, ao direito ao casamento, à proibição geral de discriminação, à igualdade entre os cônjuges, ao regime de bens, enfim, a todos aqueles temas relacionados direta ou indiretamente com as questões familiares. Desta forma, foi se construindo, na esfera internacional, uma extensa jurisprudência relativa ao Direito de família, que definiu padrões mínimos a serem seguidos pelos sistemas normativos nacionais.

É irrefutável que nas situações plurilocalizadas a realização do Direito impõe o envolvimento de recursos e autoridades de outros Estados tanto judiciários como administrativos, a quem compete a tomada final de decisões para solucionar os conflitos jusprivatistas. A eficácia das decisões dos órgãos competentes nacionais é circunscrita ao seu domínio territorial, portanto, os Estados dependem de recursos e estruturas jurídicas de outros Estados – onde de fato ocorrerão as execuções dos diversos julgados – para que as suas decisões sejam eficazes além de suas fronteiras. Desta forma, a cooperação jurídica internacional, muitas vezes, apresenta-se como *conditio sine qua non* para que as decisões do Direito Internacional Privado sejam eficazes.

A cooperação internacional se apresenta sob as seguintes formas: a) por meio de tratados e convenções (bilaterais ou multilaterais), envolvendo apenas os Estados diretamente interessados; b) por meio de tratados e convenções patrocinados por organizações internacionais, aos quais os diversos Estados têm a prerrogativa de adesão; e c) por meio de atos extrajudiciais e de natureza administrativa.

De acordo com André de Carvalho Ramos, a Cooperação Jurídica Internacional pode ser assim definida:

> A cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça. Esses atos de colaboração envolvem atividades de solicitação e cumprimento de medidas

> extrajudiciais (por exemplo, solicitação de informação do Direito vigente em um Estado) e judiciais. Nesse último caso, a cooperação jurídica internacional abrange a colaboração para o cumprimento de medidas pré-processuais, de desenvolvimento regular de um processo e de execução. [117]

Segundo Carvalho Ramos, a cooperação jurídica internacional integra a estrutura jurídica do Direito Internacional Privado, pois este tem como um dos seus objetos as regras que permitem a colaboração e, eventualmente, execução de um ato do sistema de justiça estrangeiro em outro Estado. Essa cooperação exige a integração e o diálogo entre diversos sistemas normativos e a *lex fori*, envolvendo distintas áreas do Direito (tanto de natureza processual como de natureza material), medidas jurisdicionais e medidas extrajudiciais (de caráter meramente administrativo).

Carvalho Ramos chama atenção para o papel protagonista a ser desempenhado pelos direitos humanos, uma vez que diante do cenário de cooperação internacional, além de haver o envolvimento dos Estados demandantes e dos Estados demandados, há sempre a figura dos indivíduos que têm o direito fundamental ao devido processo legal, uma vez que seus direitos fundamentais sejam violados.

É inegável a grande abrangência jurídica e administrativa que a cooperação jurídica internacional demanda, de modo que as decisões de DIPr possam ter a sua eficácia concretizada, ao resolver as questões jusprivatista plurilocalizadas. A cooperação jurídica internacional além de ser caracterizada por envolver uma grande diversidade de fontes normativas – locais e estrangeiras – está sujeita também à possibilidade de múltiplas interpretações: a nacional e a internacional. Essa combinação de multiplicidade de fontes e diversidade de interpretações tornam a cooperação jurídica internacional uma complexa ferramenta normativa a ser aplicada às questões de plurilocalizadas de DIPr.

5.5 **Considerações finais sobre o novo Direito Internacional Privado**

A denominação de "novo Direito Internacional Privado", ou "Direito Internacional Privado pós-moderno", possui um problema intrínseco que é originado pela vinculação da sua identificação nominal com uma determinada fase temporal que ocorre num certo período histórico o qual, normalmente, não é informado. Para esse tipo de denominação (novo, moderno etc.) possuir algum significado prático é imprescindível a determinação de qual referência temporal implícita ela está se referindo.

---

[117] CARVALHO RAMOS, André de**. O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito de Fontes na Cooperação Jurídica Internacional.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. v. 108. pp 621-647. Jan./dez. 2013. p. 624.

A eficácia desse tipo de denominação em delimitar o domínio do seu conteúdo passa obrigatoriamente pelo esclarecimento explícito, ou implícito, da sua referência no tempo de comparação. Em outras palavras, tudo aquilo que é considerado novo, é em relação a algo que é considerado velho; de igual maneira, tudo aquilo que é considerado moderno, é com relação a algo que é considerado ultrapassado. Para algo ser considerado "novo" é imprescindível se definir o que deve ser considerado "velho"; para algo ser considerado "moderno", ou "pós-moderno", é mandatório se definir o que é ser "ultrapassado". O uso das palavras novo e moderno, por si mesmas, em nada ajuda nessa tarefa.

Outro problema com esse tipo de denominação de uma nova área de estudo – que utiliza posicionamentos temporais na intenção de definir uma determinada corrente de pensamento ou área de investigação – é que ele não auxilia na exteriorização do conteúdo teórico diferenciador desta nova área, justamente por se apoiar em definições (tais como "velho" ou "ultrapassado") que não são conceituadas e definidas para o leitor.

No entanto, talvez a pior característica deste tipo de denominação é que ela já nasce com o seu prazo de validade com data de expiração: o "novo" somente é considerado novo até que outro mais "novo" surja, o "moderno" é moderno até que algo mais inovador o torne antiquado. Ao surgirem no futuro novas abordagens de Direito Internacional Privado, mais abrangentes e contemporâneas (se comparadas com as atuais), denominações tais como "Novo Direito Internacional Privado" ou "Direito Internacional Privado pós-moderno" se tornarão automaticamente obsoletas, causando confusão na identificação das diversas correntes históricas da matéria.

Superada essa observação inicial sobre inadequação da denominação novo Direito Internacional Privado ou de Direito Internacional Privado pós-moderno, é importante sumarizar o que está compreendido nos domínios deste conceito chamado de novo DIPr, ou melhor, o que a doutrina, de uma forma convergente, tem acordado como sendo aquilo que faz parte de um novo Direito Internacional Privado, dentro da perspectiva do século XXI.

Uma importante característica a ser reconhecida no chamado novo Direito Internacional Privado é a sua inegociável exigência por localizações substantivas, em contraposição às localizações que têm por fundamento um único elemento de conexão, que normalmente é definido de forma abstrata e apriorística nas regras de conflito do DIPr de cada país.

Como visto, a demanda por uma maior substantividade nos processos de localização

de DIPr encontra a sua origem já nos estudos da escola americana do início do século XX, inspirada na visão pragmática de Joseph Story, tendo por fundamentos as experiências jurisprudenciais de conflitos de leis entre os Estados federados americanos.

A abordagem pragmática de DIPr de Story se confrontava com a da escola europeia, mais teórica e abstrata. Segundo Cook, Story desenvolveu um raciocínio de DIPr que foi completamente estruturado com base em casos concretos, a partir do estudo das decisões dos tribunais ele induziu generalizações jurisprudenciais a serem aplicadas aos casos jusprivatista plurilocalizados. Como já mencionado, em seu estudo *The Logical and Legal Bases of The Conflict of Laws*, em 1924, Cook desenvolveu duas comparações: a) um primeiro paralelo entre a metodologia teórica e abstrata europeia com a metodologia científica dedutiva; e b) e um segundo paralelo entre a metodologia pragmática de Story com a metodologia científica indutiva. Um pouco mais tarde, David Cavers, em seu artigo *A critique of the choice of law problem*, de 1933, também defendeu a aplicação do Direito material para a solução de conflitos de leis envolvidos em relações jurídicas plurilocalizadas, reforçando as críticas à teoria clássica por se focar tão somente na sua função localizadora.

Portanto, essa primeira característica do novo Direito Internacional Privado (de buscar por localizações mais substantivas) pode ser localizada, historicamente na escala temporal, como se situando entre a segunda metade do século XIX até os dias atuais. Ou seja, o qualificador novo, dentro da perspectiva da procura por localizações substantivas do Direito Internacional Privado, abrange os últimos cem a cento e cinquenta anos de sua história.

A segunda característica que merece menção no novo Direito Internacional Privado é a sua exigência por uma maior integração com outras áreas do Direito, por meio do diálogo entre as diferentes fontes normativas, proporcionando novas abordagens e perspectivas multifacetadas. O diálogo normativo é importante na medida em que permite uma maior integração entre as perspectivas processuais e de sobredireito com aquelas perspectivas mais próximas da relação jurídica material.

Ao se integrar, por exemplo, a perspectiva do Direito do Consumidor à abordagem localizadora de DIPr, é possível enriquecer esta última com elementos de proteção aos hipossuficientes, que é uma perspectiva importante no Direito consumista. A integração entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, por exemplo, proporciona uma nova perspectiva de harmonização na esfera internacional, por meio da uniformização daqueles direitos materiais e procedimentos processuais que são passíveis de se tornarem

uniformes, por fazerem parte do patrimônio jurídico da humanidade.

A teoria do diálogo das fontes foi proposta pelo jurista alemão Erik Jayme, ao final da década de 1990. O diálogo das fontes, quando aplicado ao Direito Internacional Privado, permite a regência normativa das relações plurilocalizadas de uma forma mais integrada, tornando o sistema normativo um todo mais harmônico e coordenado. Reduz-se o papel das antinomias jurídicas nas soluções de conflitos entre normas, permitindo uma abordagem mais cooperativa entre os diversos ordenamentos envolvidos. Essa teoria foi aplicada à realidade brasileira por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no seu estudo do Direito do Consumidor.

Raphael Carvalho de Vasconcelos vê no Direito Internacional Privado uma propensão natural à integração entre as diversas fontes locais de Direito, proporcionando às demais áreas jurídicas um canal de comunicação e diálogo, assim como também o ambiente ideal para o desenvolvimento do Direito comparado, harmonizando as múltiplas perspectivas e abordagens normativas, sob o manto hierárquico constitucional:

> O estudo de experiências de sistemas legais alienígenas se faz importante porque ao mesmo tempo em que o direito internacional privado se submete à Constituição dos estados e se insere nas ordens jurídicas por elas regidas, suas regras funcionam como canal natural para o diálogo entre ordenamentos. A técnica jusprivatista constitui, conforme apontado anteriormente, ambiente ideal do Direito comparado. [118]

A segunda característica do novo Direito Internacional Privado (demandar por uma maior integração com as demais áreas do Direito, por meio do diálogo das fontes) pode ser situada historicamente no início na última década do século XX, muito embora o seu pleno desenvolvimento prossiga nos dias atuais, nesta segunda década do século XXI.

A terceira característica a ser evidenciada no chamado novo Direito Internacional Privado é a sua incorporação de princípios e valores constitucionais, assim como também a sua vetorização axiológica tendo por eixo fundamental os direitos humanos.

Segundo Luís Roberto Barroso, o novo constitucionalismo europeu teve o seu marco histórico definido no período pós-guerra, fornecendo como referência as constituições da Alemanha (1949), da Itália (1947), de Portugal (1976) e a da Espanha (1978). No Brasil, o marco histórico do renascimento do constitucionalismo ocorreu após a Constituição de 1988, ao se estabelecer o Estado constitucional democrático de direito. Barroso entende que uma

---

[118] CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael. **Constitucionalização e Direito Internacional Privado no Brasil.** Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, Ano 4, Nº 7, pp. 185-205, maio 2016**.**

das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Portanto, a Constituição deixou de ser um documento estritamente político para passar a ser também um documento normativo, com caráter compulsório de suas disposições.

A supremacia das constituições se estabeleceu no período pós-guerra, já contemplando a proteção aos direitos fundamentais, a ser exercido junto ao poder judiciário, inclusive com o processo de controle de constitucionalidade junto aos tribunais constitucionais. Adicionalmente, desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional das normas em geral, alterando os tradicionais papéis desempenhados por elas e pelos julgadores que a interpretavam. O novo papel das normas passa a incluir cláusulas gerais, princípios e ponderações envolvendo colisões de normas constitucionais. O novo papel do julgador passa a incluir a coparticipação no processo de criação do Direito: completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

O constitucionalismo se desenvolveu, segundo essa perspectiva, no berço da aproximação entre o desenvolvimento das novas constituições (já com força normativa) e as democracias pós-guerra, propiciando o nascimento do modelo constitucional atual. No Brasil, de acordo com Barroso, o constitucionalismo renasceu com a Constituição de 1988. [119]

Raphael Carvalho de Vasconcelos proporciona uma visão histórica integrada – particularmente a brasileira –, entre os múltiplos processos constitucionalistas, ocorridos ao longo do século XX, a consolidação dos direitos humanos e a evolução do Direito Internacional Privado. Segundo o jurista, os direitos humanos tiveram, num primeiro momento, a sua positivação na forma de garantias, tanto nas declarações modernas de direitos humanos como também nas diversas constituições dos Estados nacionais, sendo, gradativamente, incorporados em todos os sistemas normativos nacionais. Dessa forma, é possível afirmar que o positivismo constitucional foi um importante instrumento na consolidação dos direitos humanos. Esses direitos se apresentaram, pelo menos numa fase inicial, como não cogentes, no entanto, pouco a pouco, foram se incorporando ao topo hierárquico do sistema jurídico de cada Estado, tornando as garantias individuais como obrigatórias. Conclui esse autor:

---

[119] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Quaestio Iuris. vol.02, Nº 01, Rio de Janeiro, 2006. pp 1-48.

> Nesse panorama, resta claro que o fenômeno da positivação de direitos individuais relacionado à chamada constitucionalização e, conseqüentemente, ao rol inegociável de preceitos protetivos contido no texto das constituições nacionais - comumente denominados direitos fundamentais - contribuiu à consagração da proteção interna, local, dos direitos humanos. (CARVALHO DE VASCONCELOS, 2016, p. 187.)

Todavia, o vínculo entre o Direito Internacional Privado e os direitos humanos é, na verdade, atemporal. O termo atemporal está no sentido de que este vínculo esteve sempre presente entre estas duas áreas do Direito, mesmo antes que elas pudessem ser consideradas áreas autônomas. Essa afirmação tem a sua motivação no fato que o Direito Internacional Privado tem a sua motivação existencial fundamentada justamente em um direito subjetivo que é considerado um direito fundamental: o direito ao reconhecimento de sua identidade cultural e de ser julgado segundo as normas e regras que representam essa identidade e essa cultura. Ter a sua identidade cultural reconhecida e respeitada é fator essencial para a dignidade da pessoa humana.

É plausível a afirmação de que o constitucionalismo, como um processo jurídico-político que é, surgiu e se fortaleceu durante o século XX, assumiu a função de guardião dos direitos fundamentais, consagrou-se como instrumento de proteção local dos direitos humanos e estabeleceu uma maior integração com o Direito Internacional Privado, a partir da segunda metade do século XX. Por outro lado, o vínculo entre os Direitos Humanos e o Direito Internacional Privado é permanente e original, uma vez que este último é uma forma de expressão daquele. O DIPr, além de ser um instrumento de realização dos direitos humanos em geral é também um direito fundamental em si mesmo, quando visto sob a ótica do direito do reconhecimento da identidade cultural de cada indivíduo.

A terceira característica do novo Direito Internacional Privado (incorporação de princípios e valores constitucionais, assim como também a sua vetorização axiológica, tendo por eixo fundamental os direitos humanos) pode ser situada historicamente, no que diz respeito especificamente ao constitucionalismo, na segunda metade do século XX, porém, com relação à característica de vínculo com os direitos fundamentais, podemos dizer que ele nasceu com o próprio surgimento do Direito Internacional Privado.

Logo, o chamado novo Direito Internacional Privado é uma abordagem de Direito Internacional Privado que conjuga alguns elementos e características pós-modernos – que se originaram no período pós-guerra – com outras características intrínsecas ao DIPr. Como exemplo de elementos pós-modernos podem ser citados: a) o diálogo entre as diversas fontes do direito, que permite uma integração harmoniosa do DIPr com as demais áreas, tais como o

Direito material em geral, o Direito Internacional Público, o Direito Processual, o Direito Constitucional etc. Por esta razão, Raphael Carvalho de Vasconcelos identifica no DIPr um canal natural para o diálogo entre as mais diversas fontes normativas; e b) maior integração entre o DIPr e os direitos fundamentais, por meio de um diálogo intenso com o Direito Constitucional e a incorporação dos direitos humanos. Como exemplo de características já presentes no DIPr e desenvolvida no novo Direito Internacional Privado, sob uma nova perspectiva, podemos citar: a) a demanda por uma localização substantiva. Isso pode ser evidenciado no estudo jurisprudencial de Story ou pelo desenvolvimento do princípio da proximidade; b) o respeito à dignidade humana, representado no reconhecimento das identidades culturais dos estrangeiros e na aplicação dos seus direitos pessoais.

O Direito comparado fornece múltiplos exemplos de endereçamento de diversos temas envolvendo a dignidade da pessoa nas regras de conflito de diversos DIPr nacionais, tais como a igualdade de gêneros, a proteção de hipossuficientes (crianças e adolescentes, idosos) etc. O objetivo desta dissertação é justamente coordenar e harmonizar todas essas distintas abordagens de Direito Internacional Privado, sejam elas classificadas como clássicas, modernas ou novas, de modo que o seu objeto primordial, que é permitir a completa realização da justiça plena para as relações jurídicas plurilocalizadas, não seja comprometido.

6. O MÉTODO CONFLITUAL

Assim como Savigny, Mancini também entendia a ordem pública como uma possível exceção à aplicação do Direito estrangeiro. Toda importante ofensa ao Direito local ou à ordem pública poderia justificar a recusa de aplicação do sistema normativo alienígena.

A visão clássica de Direito Internacional Privado procurou pela obtenção de um sistema uniformizador e harmonizador, aplicável além das fronteiras de cada país e não mais limitado pelas soberanias nacionais. Como visto o desenvolvimento de um "método universal" foi também objeto de outros autores clássicos como o holandês Josephus Jitta e o francês Antoine Pillet. Jitta apresentou a dicotomia entre o "método individual" e o "método universal". O método individual de Jitta, segundo Dolinger:

> Se caracteriza por seu ponto de partida e por sua maneira de considerar o problema de nossa ciência: coloca-se no ponto de vista de um determinado Estado e tem por fim o cumprimento do dever deste Estado com relação aos indivíduos que constituem a sociedade jurídica universal. (DOLINGER, 2014, p. 200.)

A metodologia de abordagem individual tem como principal consequência a criação de distintas versões de DIPr para cada Estado, tornando o Direito Internacional Privado de cada país apenas uma projeção, no plano internacional, do seu Direito interno. Dolinger esclarece o distinto enfoque do método universal, quando comparado com o método individual:

> Já o método universal utiliza-se de prisma totalmente diverso, trabalhando com pontos de partida e chegadas diferentes: parte ele do conjunto de Estados que têm o dever comum de assegura a manutenção do Direito Privado mediante regras jurídicas destinadas a obter sua aplicação em toda a humanidade[...]
> (DOLINGER, 2014, p. 200.)

As doutrinas clássicas possuem uma nítida percepção universalista do Direito Internacional. Todos os seus expoentes autores não se limitavam apenas à procura de um DIPr para uso exclusivo de um determinado Estado, mas almejavam uma metodologia universal a toda humanidade, com base em princípios científicos de Direito. Com horizontes amplos, tendo em vista uma solução que atendesse a comunidade internacional, com propostas de uniformização legislativa, por meio de tratados e convenções, a teoria clássica teve como um dos seus maiores méritos a aproximação entre os princípios do Direito Internacional Privado aos princípios do Direito Internacional Público.

O DIPr endereça as resoluções de questões plurilocalizadas envolvendo mais de um Estado ou mais de um sistema normativo, que sobrepõem a aplicação de seus diversos institutos sob uma base territorial comum. A sobreposição de sistemas normativos pode proporcionar insegurança jurídica se não for desenvolvida uma metodologia universal e genérica que possa prover um nível mínimo de previsibilidade e estabilidade jurídica na definição daquele sistema que deverá prevalecer sobre os demais. A visão clássica de Direito Internacional Privado, principalmente a partir do século XIX, buscou justamente minimizar as condições de incertezas e insegurança jurídica por meio de sua metodologia estruturada. Muito embora, o grande desafio para o DIPr foi, e ainda é, compatibilizar os diversos sistemas jurídicos, com seus diferentes direitos materiais, por meio de processos genéricos e abrangentes que possam resolver problemas concretos, sem a aplicação extensiva de decisões casuísticas, destituídas de qualquer previsibilidade de resultados.

Segundo a proposta clássica, a metodologia mais adequada se fundamenta nas regras de resolução de conflito plurilocalizados, que localizam o melhor sistema normativo competente para reger uma determinada relação jurídica por meio da qualificação normativa da matéria, ou seja, da determinação de sua sede jurídica e da identificação do correspondente elemento de conexão. Portanto, não se trata de escolher o sistema normativo mais adequado sob o ponto de vista do Direito material das partes, mas, sim, escolher o Direito que é indicado pela metodologia de conflitos, tendo por base apenas a qualificação e os seus elementos de conexão.

O método clássico tem por seu maior mérito a segurança jurídica que oferece, podendo ser traduzida pela simples frase: “diga-me o seu domicílio, a sua nacionalidade ou onde esteja que lhe direi qual o Direito deve ser aplicado”. O trabalho do magistrado, segundo esta abordagem clássica, resume-se a qualificar a matéria de Direito e a buscar nas normas positivadas do DIPr nacional qual o elemento de conexão que vai definir o sistema normativo que irá reger a relação, o nacional ou o(s) estrangeiro(s).

Como tem sido enfatizada neste estudo, a metodologia clássica não dedicou seus esforços à procura por uma justiça plena, substantiva, mas, sim, no desenvolvimento de uma metodologia científica que provesse segurança jurídica a baixo custo processual. É um sistema desenvolvido para obter a continuidade e a estabilidade das relações jurídicas, sem grandes preocupações com as expectativas e com as necessidades das partes envolvidas na relação. Este sistema procura – de uma maneira apriorística – localizar o Direito mais adequado, sem maiores investigações sobre a natureza material da relação jurídica ou

daqueles que serão diretamente afetados pela decisão a ser proferida.

O formalismo excessivo do método clássico, assim como a sua desatenção às questões de Direito material, fundamenta a maior parte das críticas a esse método, como veremos a seguir.

6.1 **As regras de conflito sob a perspectiva de sobredireito**

Apesar de ser um sobredireito, ou seja, um Direito aplicável ao próprio Direito, o DIPr não está imune aos seus fundamentos de ciências humanas, no sentido de ser ele também um produto social, com todas as suas complexidades, imprecisões e contradições inerentes a essas ciências. Assim como o Direito material, o DIPr não é impermeável aos valores sociais, éticos e econômicos da sociedade que o define. Ainda que seja um "Direito dos Direitos", o seu grau de abstração da realidade social fática é limitado ao objetivo primordial do Direito em geral, que é a procura pela justiça plena. O fato de o DIPr ser um instrumento de localização de sistemas normativos não o exime da necessária vinculação com a justiça material, a qual toda área do Direito deve possuir. Se a justiça plena não for o objeto final do Direito em geral (incluindo-se o Direito Internacional Privado em particular) o que se obtém, ao final, são as chamadas *hard-and-fast rules,* ou seja, regras rígidas, formais e desprovidas de sentido para as pessoas.

Como ciência social, o Direito Internacional Privado não pode se resumir a uma metodologia fechada, rígida no tempo e no espaço, tendo por base unicamente uma sistemática lógica e abstrata. Variáveis indefinidas e indefiníveis farão sempre parte do equacionamento dos problemas envolvendo pessoas, tanto sob o aspecto individual como em sociedade. Essa perspectiva social do Direito é percebida em Dolinger, no tópico *Amor pela Disciplina*, em seu manual de Direito Internacional Privado, onde defendeu a relação entre a diversidade humana e a tolerância ao diferente, como formas de aceitação da um sistema normativo estrangeiro que deve reger as relações plurilocalizadas. (DOLINGER, 2014, p. 200.) Esse elemento social do Direito internacional Privado também é identificado por Maristela Basso, que associa a maturidade e o desenvolvimento social de uma nação à sua capacidade de entender, aceitar e respeitar outras culturas e tradições. (BASSO, 2013, p. 13.)

Ao se abrir mão de uma parcela dos objetivos de natureza formais, sistêmicos e lógicos em prol de um DIPr mais humano, substantivo e justo, percebe-se que o estudo da ciência do Direito Internacional Privado, na verdade, torna-se mais interessante e desafiador, pois os seus objetivos não mais se restringem à universidade de uma metodologia

juridicamente segura e previsível, mas agrega a esta última valores humanos substantivos e imprevisíveis. O Direito Internacional Privado contemporâneo, que começou a desenvolver o seu perfil substantivo no início do século passado, requer, para a consolidação de sua função localizadora de sobredireito, uma maior proximidade com os valores humanos de natureza social, tendo em vista que a justiça plena, que passou a ser reconhecida como o seu verdadeiro objeto, tem por fundamento o conhecimento das partes envolvidas no conflito a ser pacificado, sob um ponto de vista humano e não apenas formal.

6.2 **Equilíbrio entre justiça substantiva e simplicidade processual**

Um dos objetos desta dissertação é explorar o desafio do Direito Internacional Privado contemporâneo que se resume na busca por soluções balanceadas entre o binômio "segurança jurídica e economia processual" de um lado e a "justiça substancial" do outro. Ou seja, como superar as deficiências apresentadas pelas diversas implementações da metodologia clássica (superficialidade, rigidez metodológica, impermeabilidade aos valores éticos sociais e a falta de comprometimento com a justiça material), sem que para isso não se abra mão dos bons resultados alferidos por este método, no que diz respeito à sua alta segurança jurídica e ao seu baixo custo processual. Ao se buscar por novas soluções substantivas de Direito Internacional Privado, é fundamental uma especial atenção à manutenção dos bens jurídicos já consolidados pela metodologia clássica (segurança jurídica e economia processual), pois são eles que estão mais propensos a serem penalizados mediante a adoção de uma abordagem exclusivamente substantiva de DIPr.

A segurança jurídica está intimamente associada à estabilidade social, à eterna busca pelo ser humano de uma regularidade em suas relações sociais, permitindo a previsibilidade do futuro tendo por base a experiência do passado. A estabilidade social possui um especial significado nesse contexto de ordem social, pois ela é um dos pressupostos da vida em sociedade, como uma forma de oposição ao caos, vinculando tradição, costume, segurança social e lei, conforme Pound a descreve:

> […] there is an idea of law as a tradition of the old customs which have proved acceptable to the gods and hence point the way in which man may walk with safety. For primitive man, surrounded by what seem vengeful and capricious powers of nature, is in continual fear of giving offence to these powers and thus bringing down their wrath upon himself and his fellows. The general security requires that men do only those things and do them only in the way which long custom has shown at least not displeasing to the gods. Law is the traditional or recorded body of precepts in

> which that custom is preserved and expressed [...][120] (POUND, 1922, p. 12.)

A importância social da segurança jurídica, como um dos pressupostos da vida em sociedade, é a razão pela qual ela, a segurança jurídica, é sempre elemento de composição de qualquer teoria de Direito. Não poderia ser diferente com o DIPr, onde a segurança jurídica sempre desempenhou um papel essencial desde os seus primórdios.

Portanto, se é possível se definir um conceito de Direito Internacional Privado considerado "ideal", este DIPr seria aquele que pudesse resolver as questões plurilocalizadas de conflito de leis no espaço propiciando simultaneamente:

1. A máxima justiça substantiva – respeitando e considerando as especificidades de cada caso *in concreto*;
2. A máxima segurança jurídica; e
3. O mínimo custo processual.

Todavia, a grande dificuldade em compatibilizar todos esses objetivos está em que a justiça substantiva é uma grandeza inversamente proporcional ao binômio segurança jurídica e economia processual. Quando aquela cresce, este tende a diminuir; quando aquela diminui, este tende a crescer. A obtenção da justiça substantiva perfeita, no limite, tende a um tipo de Direito livre e casuístico, uma vez que é necessário se levar em consideração, durante o julgamento, cada pequeno detalhe factual do mérito da relação *sob judice*. Essa análise casuística, que se afasta de uma fórmula universal e uniformizadora, obrigatoriamente possui uma menor previsibilidade de resultados, o que reduz a segurança jurídica em geral. O seu custo processual também é alto, tanto na fase de conhecimento do processo como também na fase probatória.

No diagrama 04, a seguir, evidencia-se a forma como os bens jurídicos acima mencionados se relacionam. No eixo horizontal (abscissa) tem-se o binômio "segurança jurídica e economia processual"; no eixo vertical (ordenada) tem-se a "justiça substantiva". A região abaixo e à direita no gráfico – em cor vermelha – corresponde às teorias clássicas, evidenciando a valorização dos bens jurídicos "segurança jurídica e economia processual", em detrimento do bem jurídico "justiça substantiva". Isso é obtido por meio de métodos de

---

[120] "*[...] existe uma idéia de lei como tradição dos velhos, remotos costumes que estava provado serem aceitáveis pelos deuses e, assim, apontavam o caminho que o homem poderia percorrer com segurança. Pois o homem primitivo, cercado pelo que parecem ser vingativos e caprichosos poderes da natureza, está em contínuo temor de ofender a esses poderes e de fazer, assim, desencadear a ira deles sobre si e seus companheiros. A segurança geral requer que os homens façam unicamente aquelas coisas e só aquelas que o costume bastante antigo demonstrou, pelo menos, não desagradar aos deuses. A lei é o corpo tradicional ou registrado de preceitos em que os costumes tradicionais são conservados e expresso[...]"* (Tradução Álvaro Cabral).

DIPr universais e uniformes. A região acima e à esquerda no gráfico, em cor laranja, corresponde às teorias contemporâneas, evidenciando a valorização do bem jurídico "justiça substantiva", em detrimento dos bens jurídicos "segurança jurídica e economia processual", este resultado é obtido por meio de aplicação de métodos de DIPr que enfatizam o uso de soluções casuísticas e não uniformes. A região central – em verde – corresponde às teorias de comprometimento entre os bens jurídicos "justiça substantiva" e o binômio "segurança jurídica e economia processual".

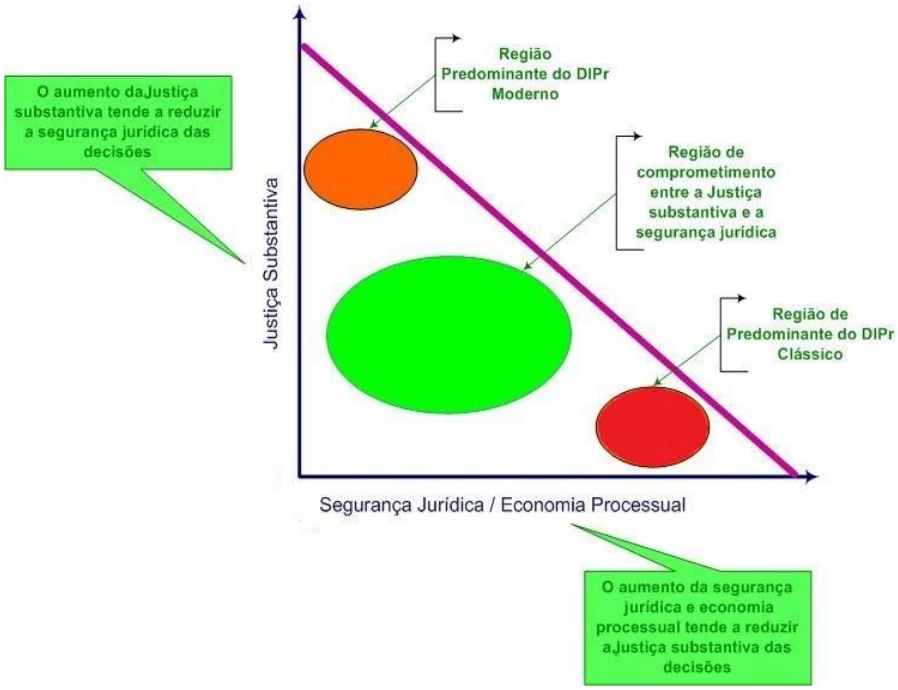


Diagrama 04

Conforme já mencionado, aqueles cenários que envolvem o embate de bens jurídicos que se contrapõem entre si, obrigando alguma forma de comprometimento mútuo, irão sempre estar passíveis a críticas por aqueles que defendem umas das posições extremadas. Qualquer solução de DIPr que esteja na área verde do gráfico, que indique algum comprometimento de valores, receberão críticas daqueles que defendem mais radicalmente o valor comprometido. Quem entende que a justiça material deve ser buscada a qualquer custo, não mudará esse entendimento em prol de uma segurança jurídica nas decisões. De igual maneira, aquele que entende ser a segurança jurídica um dos pilares de um sistema normativo sustentável, não aceitará a sua relativização em prol da justiça material e não estará disposto a sacrificá-la por meio do uso de métodos abstratos e uniformes.

A grande dificuldade do DIPr contemporâneo não é mais identificar as falhas das suas diversas teorias, mas, sim, como desenvolver uma técnica que atenda a todas elas, com o

menor nível de comprometimento possível dos bens jurídicos envolvidos. Para o desenvolvimento dessa técnica, de natureza material e processual, esse projeto vai propor o desenvolvimento de duas abordagens de Direito:

1. Especificação dos elementos de proximidade**,** de natureza material; e
2. Definição de uma nova tutela localizadora, de natureza processual.

Essa técnica deverá ter como meta encontrar soluções que estejam localizadas na área verde do gráfico acima, buscando atingir uma região de comprometimento mínimo entre os valores jurídicos afetados e, ao mesmo tempo, maximizando individualmente cada um deles. É importante esperar algum grau de comprometimento, tanto na segurança jurídica como na justiça substantiva, contudo, o objetivo desse estudo é fornecer uma proposta em que esse comprometimento seja minimizado para todos os bens jurídicos envolvidos.

6.3 **O método conflitual visto como metodologias *top-down, bottom-up* e espiral**

Outro importante objetivo desta dissertação é proporcionar uma alternativa que previna que a etapa de localização do sistema normativo não se confunda com a etapa de julgamento do processo. Para tanto, deve-se evitar a implantação de procedimentos sincréticos nos quais a localização se processa em conjunto com o julgamento do Direito material.

Tendo em vista a natureza de sobredireito do DIPr, ou seja, a sua função localizadora em selecionar o sistema normativo que vai reger a relação jurídica plurilocalizada, o ideal é que se estabeleçam duas fases processuais muito bem distintas no processo de julgamento de questões com elementos estrangeiros:

1. Primeira fase: localização do sistema normativo a reger a lide, que envolve uma fase de conhecimento das partes, não entrando ainda no domínio do Direito material. Observe que a fase de conhecimento é das partes e não do mérito em si; e
2. Segunda fase: conhecimento do Direito material envolvido. Uma vez definido o sistema normativo a reger a matéria – nacional ou estrangeiro – é possível proceder ao curso normal do processo, dando início à produção de provas, a oitiva das partes e eventuais testemunhas. O magistrado terá então conhecimento dos fatos e poderá aplicar adequadamente ao caso concreto o sistema normativo localizado.

Essa separação processual da fase de localização – a qual denominaremos de tutela localizadora – e a fase de conhecimento e julgamento do Direito material é compatível com a metodologia de sobredireito do DIPr. O conceito de sobredireito, como forma de julgamento apriorístico e preliminar de cognição, possui como grande vantagem – quando visto à luz de uma metodologia de compreensão de fenômenos em geral – a possibilidade de se dividir um

processo complexo em etapas distintas mais simples, quando observadas individualmente.

Ao se deparar com uma questão de DIPr, que além de envolver a tarefa de determinação do sistema normativo mais próximo das partes, necessita ainda efetuar o julgamento material tendo por base um sistema normativo estrangeiro (que ocasionalmente pode ser desconhecido), é natural e compreensivo considerar este julgamento como sendo um processo complexo. A proposta desta dissertação é justamente que essa complexidade seja departamentalizada em duas fases distintas, de modo que as dificuldades sejam isoladas em cada uma delas, tornando a sua execução, como um todo, mais simplificada.

Na fase de localização, o magistrado tem como principal responsabilidade a seleção do sistema normativo a reger a relação; e como requisito técnico, o conhecimento do sistema nacional de Direito Internacional Privado, incluindo todas as suas regras de localização. Na fase de conhecimento, o juízo de julgamento é aquele responsável pelo conhecimento e julgamento das questões de Direito material relacionadas à relação jurídica, já aplicando o sistema normativo escolhido na fase anterior. O requisito técnico para essa segunda fase é o conhecimento do sistema normativo localizado. Essa departamentalização em diferentes fases torna possível uma especialização jurídica que permite um desenvolvimento mais eficiente do processo envolvendo relações de DIPr.

A metodologia *top-dow* – também conhecida como "arquitetura passo a passo", "raciocínio dedutivo", ou "análise e decomposição" – é uma forma de compreensão de fenômenos complexos que por meio da sua divisão em camadas permite a aquisição de diferentes níveis de conhecimento. Inicia-se o estudo a partir de uma abordagem mais genérica e simples que pouco a pouco se torna mais complexa e específica, de uma forma "de cima para baixo" (*top-down)* em termos do grau de profundidade do conhecimento adquirido. Portanto, essa metodologia se inicia por camadas mais genéricas e abstratas prossegue para as camadas mais específicas, concretas e detalhadas.

A metodologia *top-dow* é uma metodologia reconhecida na ciência de aprendizagem e pesquisa, cuja cognição é desenvolvida a partir de uma visão preliminar e simplista, na qual gradualmente o conhecimento vai se aprofundando por meio da análise de cada um dos seus componentes menores, à medida que eles forem sendo identificados. Em seu livro *Psychology Notes,* Charles Ramskov afirma que uma abordagem *top-dow* envolve uma percepção que é um processo ativo de construção do conhecimento, não obtida por meio de estímulo direto,

mas do resultado de uma hipótese interna e de expectativas iterativas.[121]

Na metodologia *bottom-up* – também conhecida como raciocínio indutivo e utilizado como sinônimo de síntese – o conhecimento é adquirido de baixo para cima, ou seja, a partir de informações específicas e particulares se forma uma percepção do ambiente de conhecimento como um todo. A informação concreta é recebida pelo indivíduo que forma uma imagem representativa e genérica – em uma camada de conhecimento mais abstrata – que é a representação de um conhecimento mais abrangente do que aquele recebido inicialmente.

Na metodologia *bottom-up* busca-se especificar as informações recebidas com o maior número de detalhes possíveis, antes de se construir uma camada de abstração mais genérica acima dela. Após uma etapa de detalhamento, os elementos representativos da base do conhecimento já estarão vinculados entre si, formando uma camada de abstração mais abrangente que passa a ser o objeto imediato de estudo, a ser especificado e detalhado. Essa estratégia é executada até que todo o complexo informativo seja compreendido. A metodologia *bottom-up* de aquisição de conhecimento é metaforicamente associada ao crescimento de uma semente, que se inicia de forma simples e em pequena escala, transformando-se, aos poucos, numa estrutura orgânica complexa.

Abaixo, o diagrama 05 representa um simples exemplo das metodologias *bottom-up* e *top-dow* aplicadas ao processo de compreensão da escrita.

Diagrama 05

No exemplo acima, percebe-se que a metodologia *bottom-up* se inicia com a identificação das características da informação recebida, passando para a identificação das

[121] RAMSKOV, Charles. **Psychology Notes**, Kendall Hunt Publishing Company. Jan 9, 2008.

letras, que é a base mais simples para a compreensão do problema, seguindo para as palavras, frase e finalmente, o contexto geral para compreensão do tema. A abordagem *top-dow* percorre o caminho inverso, partindo da compreensão do tema como um todo e passando a abordá-lo gradativamente em seus detalhes, por meio de compreensão das frases, palavras e letras.

O conceito de sobredireito do DIPr é compatível com uma abordagem *top-dow* do conhecimento jurídico das relações plurilocalizadas, pois permite que se identifique qual o sistema normativo pode ser selecionado por meio de uma cognição preliminar e não exaustiva. Essa cognição preliminar ocorre justamente durante a etapa de qualificação do método do Direito Internacional que, como vimos anteriormente, compõe-se de:

1. Qualificação da área jurídica;
2. Identificação do seu elemento de conexão; e
3. Localização do sistema jurídico a ser selecionado – nacional ou estrangeiro.

O método do Direito Internacional é uma aplicação prática de uma construção *top-dow* do conhecimento humano no âmbito das ciências jurídica, iniciando-se, desta forma, a partir de uma visão do todo com posterior compreensão dos seus detalhes.

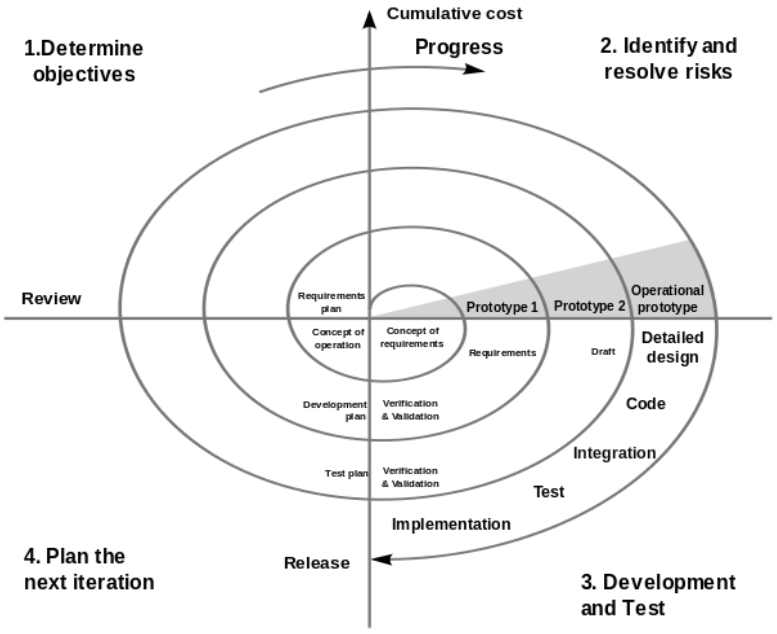
Outro instituto de DIPr bastante interessante, que já foi inclusive discutido neste estudo, é o instituto do reenvio. O processamento do reenvio pode ser comparado com técnicas de desenvolvimento de *softwares*, especificamente o desenvolvimento baseado em espiral (*spiral development*). O desenvolvimento em espiral é uma metodologia de desenvolvimento de *softwares* que procura representar o raciocínio e o conhecimento humano de uma forma não unidirecional, ao contrário das metodologias de estudos tais como a *top-dow e a bottom-up,* que têm naturezas unidirecionais. As metodologias unidirecionais partem de uma das extremidades do nível do conhecimento – nível superficial ou nível profundo – e se desenvolve em direção à outra extremidade, percorrendo as fases com diferenciais de complexidade uma a cada vez e de forma linear. A metodologia *top-dow* parte do conhecimento superficial de uma determinada área e, passo a passo, busca atingir o conhecimento profundo e exaustivo desta área. A metodologia *bottom-up* parte do conhecimento aprofundado de uma área específica e, gradativamente, procura atingir o conhecimento abstrato, superficial e completo de todo o aprendizado envolvido.

A metodologia em espiral, por outro lado, é mais iterativa, pois as análises se alternam entre *top-dow* e *bottom-up,* percorrendo o espectro de complexidade do conhecimento ora

num sentido ora no outro. Essa metodologia foi apresentada de maneira formal por Barry Boehm, após décadas de experiência em desenvolvimento de sistemas tecnológicos de processos humanos. O modelo em espiral de desenvolvimento de *software* de Boehm é baseado em iterações do ciclo de vida de desenvolvimento de sistemas. A cada iteração de 360º representada pela espiral, percorre-se todas as etapas desse ciclo, no entanto, o grau de compreensão do processo aumenta a cada ciclo, acompanhado de uma correspondente redução dos riscos no seu desenvolvimento. Isso é representado graficamente pela diminuição do raio da espiral a cada iteração, conforme o diagrama 06, abaixo[122]. Assim como uma visão *top-down*, o modelo de espiral também prevê um aumento gradativo de cognição, a partir do conhecimento adquirido na iteração anterior, acompanhado de uma redução de riscos do projeto, porém esse aprofundamento do conhecimento ocorre de forma alternativa entre cognições sumárias e aprofundadas.

Essa alternância entre estratégias *top-dow* e *bottom-up* pode, numa primeira análise preliminar, sugerir algum grau de desorganização do processo, contudo, é importante se observar que as iterações são sempre convergentes para o centro da espiral, que representa a cognição exaustiva e completa do problema.

A metodologia em espiral é aquela que melhor representa a maneira pela qual o conhecimento humano se desenvolve.



[122] BOEHM, Barry, **A Spiral Model of Software Development and Enhancement**, IEEE Computer, May 1988.

Diagrama 06 (PRESSMAN, 2001)

Seria possível se fazer um paralelo entre um processo cognitivo em espiral e o instituto do reenvio do Direito Internacional Privado? Ao percorrer as etapas do método do Direito Internacional Privado, é possível se verificar que, após a análise das exceções aplicáveis ao Direito estrangeiro localizado, a etapa seguinte consiste na análise da possibilidade de existência de reenvio. Segundo a definição da professora Maristela Basso, o conceito de reenvio pode ser assim posto:

> [...] devolve-se à *lex fori*, em virtude de uma regra de Direito Internacional Privado estrangeiro, a solução do caso com conexão internacional apreciado pelo juiz, aplicando-se o direito do foro ou outro direito por aquele indicado. Aqui se fala, respectivamente, em reenvio de primeiro ou de segundo graus.
> (BASSO, 2013, p. 283.)

É importante lembrar que o reenvio aqui mencionado diz respeito ao sistema normativo que vai reger a relação jurídica e não ao foro em que a mesma se processará. Isso é o mesmo que afirmar que o reenvio não está se referindo ao envio físico do processo, mas na localização de outro sistema normativo para reger a relação jurídica.

O reenvio, neste contexto, pressupõe a reanálise do caso, por igual jurisdição, contudo, sob outro sistema normativo. Portanto, podemos considerar que o primeiro julgamento de DIPr endereçaria o caso a um outro sistema normativo e, eventualmente, esse último poderia reenviá-lo a um terceiro sistema. Esse segundo reenvio pode ocorrer devido, por exemplo, à identificação de alguma exceção de ordem substantiva (ofensa à ordem pública, instituto desconhecido, fraude à lei, ofensa a algum princípio de natureza constitucional etc.) que impeça a regência sob aquele sistema normativo inicialmente localizado. A cada análise cognitiva subsequente do processo, sob um diferente sistema normativo, a mesma se beneficiaria dos resultados dos conhecimentos adquiridos pela análise sob o sistema anterior, agregando, a cada etapa, conhecimentos substantivos ao julgamento.

É aceitável a afirmação de que o reenvio permite a departamentalização do conhecimento a cada sistema normativo distinto para qual a relação jurídica é endereçada para julgamento. Deste modo, o julgado é reanalisado – partindo de uma cognição sumária até uma mais exaustiva – a cada novo sistema normativo submetido. Essa alternância entre os níveis de cognição, superficial e aprofundado, muito se assemelha à metodologia espiral de aquisição de conhecimento.

Por conseguinte, o instituto do reenvio do Direito Internacional Privado além de prover a possibilidade de correções e ajustes no processo de localização do sistema normativo a reger a relação jurídica, permite também uma natural e gradativa forma de compreensão do(s) sistema(s) normativo(s) envolvido(s), assim como também dos detalhes factuais que estão vinculados à relação jurídica.

6.4 **Qualificação pela *lex causae*: uma solução por método matemático iterativo**

Outra complexa possibilidade para o DIPr é a qualificação com base na *lex causae*, ou seja, a qualificação feita com base no sistema normativo a ser localizado. O problema com essa abordagem é que para se localizar o sistema normativo é mandatória a determinação do elemento de conexão que, por sua vez, tem dependência prévia e direta com a determinação da qualificação. Como é possível efetuar uma qualificação com base num suposto sistema normativo se esse sistema, para ser determinado, necessita justamente dessa qualificação? É o que Strenger chama de sofisma, se referindo a Gama e Silva:

> Como afirma Gama e Silva, a teoria da *lex causae* [Strenge se refere à qualificação pela *lex causae*] não convence, porque incide num verdadeiro sofisma, qual seja o de dar por provado aquilo que se quer provar. (STRENGER, 2005, p. 388.)

A impossibilidade de solução desse sofisma, tendo por fundamento unicamente uma lógica jurídica, praticamente elimina a viabilidade de uma qualificação com base na *lex causae*. Porém, ao se buscar metodologias alternativas em outras áreas do conhecimento humano como, por exemplo, a matemática, sem perder de vista a perspectiva estritamente jurídica que caracteriza o fenômeno da qualificação, abre-se a possibilidade de desenvolvimento de algumas soluções viáveis.

Uma forma matemática para resolver problemas em que haja dependências recíprocas e recursivas como essa é o uso de métodos iterativos, por aproximações sucessivas, até se encontrada a solução final. A ideia central desses métodos é presumir uma solução preliminar e inicial para o problema e, a partir dela, refiná-la por aproximação sucessiva através de um processo iterativo. O processo iterativo consiste numa sequência de instruções que são executadas passo a passo e são repetidas em ciclos, onde cada ciclo determina uma iteração. As iterações utilizam resultados obtidos na iteração anterior para encontrar uma nova aproximação, convergindo, desta forma, para a solução final. A solução final é obtida quando é atingido o critério de parada do algoritmo, que normalmente são especificações técnicas para a solução encontrada.

A aplicação de uma metodologia por aproximação sucessiva ao sofisma da qualificação pela *lex causae* pode ser modelada da seguinte maneira: para localizar o sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada, a primeira etapa do método do Direito Internacional Privado clássico é a qualificação e, para isso, é preciso se definir com relação a qual sistema normativo essa qualificação se dará:

1. Com base na *lex fori;* ou
2. Com base na *lex causae.*

O problema desse tópico consiste justamente em resolver o sofisma de realizar a qualificação, tendo por base a *lex causae*. Por conseguinte, será adotada como primeira premissa a opção 2. Contudo, o sofisma consiste justamente em não ser possível a realização da primeira etapa do método clássico – que é a determinação da qualificação – pois ela será definida somente após a definição da *lex causae*, que, por sua vez, depende da qualificação para ser determinada. A proposta desta dissertação consiste numa abordagem, via modelagem matemática, que permita encontrar uma solução por métodos iterativos, via aproximações sucessivas.

Partindo das seguintes definições e hipóteses:

1. Seja $\mathfrak{R}$ uma relação jurídica plurilocalizada e que possua os sistemas normativos $\mathfrak{A}, \mathfrak{B}, \mathfrak{C}, [...], \mathfrak{Z}$ que pertençam ao âmbito de eficácia de $\mathfrak{R}$;

2. Define-se, como hipótese, que os sistemas normativos $\mathfrak{A}, \mathfrak{B}, \mathfrak{C}, [...], \mathfrak{Z}$ estejam na ordem decrescente de seus graus de eficácia, tendo por base uma análise cognitiva preliminar;

3. Seja $\mathfrak{CP}$ o "critério de parada" do método iterativo, que para esse caso é definido como sendo a existência de uma identidade entre o sistema normativo assumido como competente na iteração e o sistema normativo localizado na mesma iteração, segundo a qualificação *lex causea* e o seu correspondente elemento de conexão. Ou seja, sempre que o sistema normativo assumido como competente na iteração for igual ao sistema normativo localizado pelo elemento de conexão definido na qualificação da *lex causea* o algoritmo deverá ser interrompido;

4. Seja $\mathfrak{SL}$ o sistema normativo localizado na iteração; ou

5. Seja $\mathfrak{EL}$ as exceções a serem aplicadas na localização, na forma de algum impedimento jurídico, tais como de ordem pública, de fundamento constitucional, de direitos humanos ou de outras naturezas que ocasionalmente inviabilizem *a posteriori* a localização encontrada e que, ao mesmo tempo, não façam parte do Critério de

Parada do algoritmo CP.

Define-se a iteração desse algoritmo, por aproximação sucessiva da qualificação pela *lex causea*, como sendo constituída pelas seguintes etapas:

1. Presume-se como "condição inicial" hipotética que A seja o sistema normativo a ser localizado como competente para a relação R. Observe que, pela hipótese 02, A é o sistema mais eficaz dentre aqueles elegíveis, uma vez que os sistemas normativos A, B, C, [...], Z foram definidos na ordem decrescente de seus graus de eficácia;

2. Qualifica-se a relação jurídica R tendo por base o sistema normativo A (*lex causea* presumida na primeira iteração);

3. Fazendo a qualificação pela *lex causea*, define-se o elemento de conexão do sistema normativo A e localiza-se o sistema normativo SL, tendo por base esse elemento de conexão;

4. Aplica-se o "critério de parada" CP, verificando se o sistema normativo A é idêntico ao sistema normativo SL;

4.1. Se não houver identidade entre A e SL, prossegue-se com o algoritmo, retornando-se à etapa 1, definindo-se como "condição inicial" hipotética que B seja o novo sistema normativo a ser localizado como competente para a relação R, prosseguindo-se conforme as etapas mencionadas acima;

4.2. Se houver identidade entre A e SL, verifica-se se existe alguma exceção EL a ser aplicada em SL;

4.2.1. Se não houver exceção EL, interrompe-se o algoritmo, pois foi localizado com sucesso o sistema normativo, aplicando-se a qualificação com base na *lex causea* (A);

4.2.2. Se houver exceção EL, prossegue-se com o algoritmo, retornando-se à etapa 1, definindo-se como condição inicial hipotética que B seja o sistema normativo a ser localizado como competente para a relação R, prosseguindo-se conforme as etapas mencionadas acima; e

5. Se nenhum dos sistemas normativos A, B, C, [...]Z pertencentes ao âmbito de eficácia de R atenderem ao critério de parada CP, ou seja, se nenhum deles puder ser localizado, é interrompido o algoritmo e se faz a qualificação pela *lex fori,* uma vez que a qualificação pela *lex causea* não foi possível.

Uma alternativa também viável é incluir as exceções a serem aplicadas na localização como parte do critério de parada do algoritmo. Por exemplo, o critério de parada do método iterativo, CP, que é definido como a existência de identidade entre o sistema normativo assumido como competente na iteração e o sistema normativo localizado na mesma iteração,

também pode incluir a verificação da violação de alguma exceção – condição de ordem pública ou de direitos humanos. Ou seja, ainda que haja identidade entre os sistemas normativos presumido numa dada iteração e aquele localizado em igual iteração, uma violação de ordem pública desautorizaria o sistema normativo localizado, forçando, dessa forma, o algoritmo para a próxima iteração.

Naturalmente, a solução acima para a questão da qualificação com base na *lex causae* é bastante teórica, com difícil aplicação prática, pois essa qualificação é complexa e não traz grandes benefícios evidentes para o processo de localização. Além do mais, nos sistemas normativos ocidentais, com grande influência do Direito canônico e do romano-germânico, a incidência de conflitos de qualificação não é tão frequente como inicialmente pode-se imaginar, pois a origem comum desses sistemas permite certo de grau de uniformização no tema, conforme se pode verificar em Wharton, na passagem abaixo, ao mencionar os sistemas normativos que tiveram como origem comum a lei do cristianismo:

> Persons are in general subject to the law of the territory in which they are domiciled; but when visiting other lands, they can only claim to be invested with the law of such domicil, to the extent to which it is consistent with the common law of Christendom, which is the basis of private international law.[123]
> (WHARTON, 1872, p. 32.)

No entanto, ainda que seja um tópico de maior interesse teórico do que prático, a qualificação pela *lex causae* demonstra a enorme capacidade teórica que a metodologia de sobredireito do DIPr oferece, uma vez que permite adequar os seus instrumentos às mais diferentes situações, na busca por soluções nos distintos cenários do Direito Internacional.

6.5 **A natureza de sobredireito do DIPr e a operacionalidade processual**

Outra importante característica do DIPr como instrumento de sobredireito é a alta operacionalidade processual que ele pode proporcionar, uma vez que venha a ser explorada as suas múltiplas fases cognitivas, tais como a fase de conhecimento de Direito material e a fase de localização. Uma abordagem crítica da metodologia do DIPr clássico, que apenas se foque nas limitações que ele apresenta, perde a chance de compreender a grande eficácia processual que essa metodologia pode proporcionar, tendo em vista que o seu método de conflitos explora eficientemente a natureza de sobredireito do Direito Internacional Privado. Ao qualificar, selecionar e redirecionar ao sistema normativo localizado as relações jurídicas

[123] *"As pessoas estão em geral sujeitas à lei do território em que estão domiciliadas; mas, ao visitar outras terras, elas somente podem reivindicar serem investidos com a lei de tal domicílio, na medida em que é consistente com a lei comum do Cristianismo, que é a base do direito internacional privado."* (Tradução nossa.)

plurilocalizadas, de uma maneira faseada, o DIPr permite a implantação de boas práticas administrativas e processuais.

A separação metodológica no Direito Internacional Privado entre as fases de localização e a de efetivo julgamento material permite a aplicação de mecanismos processuais de especialização e paralelização que podem gerar um significativo ganho de produtividade e economia processual. Por exemplo, para aqueles sistemas jurídicos estrangeiros, com alta demanda de processos plurilocalizados, a criação de juízos especializados permitiria uma maior agilidade processual. Este é o caso de metrópoles como São Paulo, que possui uma grande quantidade de imigrantes japoneses, bolivianos, chineses, coreanos etc. A criação de varas especializadas no Direito pessoal desses indivíduos permitiria uma maior rapidez processual, pois essas varas concentrariam juízes com conhecimentos específicos dos Direitos materiais dos países desses imigrantes.

A possibilidade de separação da fase processual de localização da fase de julgamento do Direito material, e a possibilidade da existência de varas especializadas em sistemas normativos estrangeiros, é completamente aderente com a natureza localizadora de sobredireito do Direito Internacional Privado que, pela sua essência, possui a localização logicamente independente das demais fases processuais.

A conjunção, numa única fase processual, do juízo de localização com o juízo de julgamento material, faz com que a decisão judicial se torne:

> 1. Complexa, pois conjuga duas fases com objetivos distintos e que requerem conhecimentos de naturezas diversas (conhecimento do processo de localização do DIPr nacional e do Direito material localizado); e
>
> 2. Ineficiente, pois exige de um único julgador o conhecimento prévio da metodologia de localização, assim como também do Direito material localizado, seja ele qual for. Além disso, conjuga tipos de análises de naturezas distintas numa mesma fase de trabalho.

Não é realístico se esperar que o magistrado conheça, de maneira prévia, todos os possíveis sistemas normativos a serem envolvidos numa relação jurídica plurilocalizada. É mais razoável a expectativa de que o magistrado venha adquirir o conhecimento do Direito material localizado somente após a sua localização, com exceção de daquelas situações que eventualmente o julgador já tenha tido contado prévio com o referido sistema. Essa necessidade de aquisição *a posteriori* do conhecimento do Direito material localizado demanda um maior tempo para a decisão do julgamento.

Não basta tão somente o Direito reger o presente, mas precisa também se preparar para as mudanças futuras que se apresentam à sociedade em cada momento de sua história. A globalização, com a sua consequente integração entre os povos, já é uma realidade há milênios (sendo o próprio cristianismo considerado como uma das primeiras manifestações deste fenômeno), mas, no último século, observou-se um enorme incremento da globalização devido ao extraordinário avanço tecnológico ocorrido nesse período. É esperado que essa integração continue a avançar, cada vez mais, nas próximas décadas e séculos. O Direito Internacional Privado precisa se preparar para esse aumento de demanda dos seus litígios, precisa estar preparado material e processualmente para lidar com uma maior integração global entre as diversas nações.

O Direito não possui a mesma dinâmica de mudanças que a sociedade civil em geral apresenta, portanto, é essencial que ele se antecipe nos seus movimentos, tanto com relação aos seus princípios como também operacionalmente, de modo a se manter atualizado com a sociedade que pretende reger. A previsibilidade do aumento de casos de Direito Internacional Privado era mencionada por Beviláqua, já no início do século XX:

> Ao passo que os systemas legislativos se mantêm distinctos e ciosos de sua autonomia, os indivíduos, movidos por vários impulsos, à procura de riqueza, do saber ou do gozo, espalham-se pelo mundo, despreoccupados das fronteiras que se erguem cheias de prevenções entre as differentes soberanias territoria. (BEVILÁQUA, 1906, p. 12.)

Se no início do século XX o aumento da demanda de casos de DIPr já era uma preocupação pelos estudiosos da época, o que podemos dizer sobre a necessidade atual, passados mais de cem anos, com relação à preocupante necessidade de escalabilidade da capacidade processual do DIPr, tanto no século XXI como nos próximos?

Por outro lado, é possível se argumentar que o aumento de demanda por litígios de DIPr não venha necessariamente a ocorrer, pois a obtenção de leis internacionais homogêneas e comuns aos diversos países proporcionaria o desenvolvimento de uma verdadeira sociedade de nações mais uniforme, nos moldes da visão savigniana:

> The standpoint to which this consideration leads us, is that of an international common law of nations having intercourse with one another; and this view has in the course of time always obtained wider recognition, under the influence of a common

> Christian morality, and of the real advantage which results from it to all concerned. [124] (SAVIGNY, 1880, p. 70.)

No entanto, como já enfatizado neste estudo, essa possibilidade de homogeneização jurídica deve ser considerada como sendo muito remota, uma vez que a riqueza da cultura humana tem sua origem na própria diversidade, seja ela de qual natureza for, sendo, portanto, infactível a uniformização da civilização humana em todas as suas vertentes. O Direito, como fenômeno social, reflete uma grande parte das características sociais de cada um dos seus grupos, desta forma, não é razoável a expectativa de que as diferenças normativas entre as diversas nações desapareçam por meio de uma possível uniformização legal, pois essa previsão tem por fundamento uma visão reducionista e simplificadora da natureza humana.

6.6 **A metodologia do DIPr clássico e a segurança jurídica**

Finalmente, neste tópico sobre o método do Direito Internacional Privado clássico, é importante enfatizar aquelas qualidades inerentes à metodologia clássica de conflitos de leis, que muitas vezes são despercebidas ou pouco mencionadas pela doutrina. Estamos nos referindo à segurança jurídica (nas suas formas de estabilidade nas decisões e de previsibilidade de resultados) e da economia processual, obtida pela otimização dos seus procedimentos advindos da implantação de passos estruturados de cada uma de suas etapas.

A contraposição entre segurança e flexibilidade jurídica é comum no estudo do Direito. Esses dois bens jurídicos atuam como grandezas que se opõem – o que significa dizer que, quando houver o crescimento de um deles, é esperado o decrescimento do outro.

A segurança pode ser entendida em seu sentido subjetivo, no qual ela se confunde com a confiança que a sociedade como um todo possui nos procedimentos e condutas jurídicas exercidas pelo Estado, por meio de sua estrutura judiciária; ou a segurança pode ser entendida em seu sentido objetivo, no qual ela se confunde com a irretroatividade dos efeitos das leis e de suas interpretações.

Uma lei atual ou futura não pode reger atos e fatos que já tenham se exaurido no passado, pois, do contrário, haveria uma grande instabilidade jurídica, uma vez que as pessoas não teriam condições de saber qual é o comportamento legal determinado pelo sistema

---

[124] *"O ponto de vista que esta consideração nos leva, é o de um direito internacional comum das nações que têm relações umas com as outras; e este ponto de vista tem obtido, no decorrer do tempo, um amplo reconhecimento, sob a influência de uma moral cristã comum e da real vantagem que resulta dela para todos os interessados."* (Tradução nossa)

normativo, gerando inseguranças e incertezas. Portanto, a segurança jurídica incorpora dentro de si os valores legais da estabilidade nas relações entre os indivíduos e da previsibilidade de quais são os presumidos comportamentos sociais tidos como legítimos a aceitáveis pelo Direito.

Outro bem jurídico importante é a flexibilidade jurídica. A flexibilidade aqui mencionada está no sentido de que as leis e as estruturas jurídicas estatais sejam capazes de se adaptarem, numa velocidade adequada, às mudanças sociais que ocorrerem. Essa flexibilidade é importante na medida em que a cultura de uma sociedade evolui, involui, modifica-se a todo instante. Se o Direito dessa sociedade não acompanhar essas mudanças, ele se torna obsoleto e desprovido de eficácia, resumindo-se à chamada "letra morta" da lei, pois a sociedade passa a não mais obedecê-lo.

A busca permanente pela segurança e pela flexibilidade legal se resume a uma ponderação entre esses dois valores jurídicos, sendo que o peso individual a ser dado a cada um deles deve ter por base a realidade dos fatos. Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, fornece uma visão clara da necessidade dessa ponderação, durante a criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais quando comparadas com aquelas normas derivadas do processo legislativo formal.

> Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. [prossegue o autor contrapondo o sistema anterior àquele formado pelas decisões dos tribunais] é o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal. Em conseqüência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica. Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados.[125]

As críticas ao método do Direito Internacional Privado clássico se encaixam adequadamente neste estudo kelseniano, que envolve a ponderação entre a segurança jurídica e a sua flexibilidade, com relação às normas oriundas da jurisprudência e aquelas oriundas do processo legislativo formal.

---

[125] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 175-177.

Ao se criticar o método do Direito Internacional Privado clássico com relação à sua rigidez formal, à sua falta de capacidade de se adaptar às condições da realidade e à sua superficialidade e simplicidade, está se afirmando, na verdade, que o método clássico provê um alto grau de segurança jurídica. O método clássico é uma metodologia que permite estabilidade nas decisões, por ser positivada de uma forma simples, sem margem para interpretações subjetivas ou discricionárias, permitindo um alto grau de previsibilidade nos resultados.

É importante reconhecer as boas características da abordagem clássica, uma vez que, ao se optar por soluções substantivas e alternativas ao seu método, é primordial que se entenda quais são aqueles bens jurídicos que eventualmente poderão ser penalizados, de modo que se possa minimizar os efeitos dessa penalização. As características de "primitividade" e "superficialidade", que dão origem a várias críticas ao método clássico (pois o torna incapaz de prover a justiça substantiva), proporciona ao sistema jurídico, simultaneamente, um alto grau de segurança e previsibilidade. Se as críticas às deficiências do método do Direito Internacional Privado clássico não vierem acompanhadas do reconhecimento das suas virtudes, elas serão críticas unilaterais e incompletas, sendo, desta maneira, incapazes de propor soluções alternativas que tragam a estabilidade desejada ao sistema, sem perda da segurança jurídica que a metodologia clássica proporciona.

Outro importante fator favorável ao método do Direito Internacional Privado clássico diz respeito à economia processual que ele proporciona. Essa economia se deriva de dois aspectos fundamentais do método:

> 1. Positivismo simplista: está mais relacionado com as implantações específicas dos DIPr nacionais do que com o método do Direito Internacional Privado clássico propriamente dito. Legislações de Direito Internacional Privado, como a do Brasil, por exemplo, tem positivado regras de conflito bem simplistas, facilitando a interpretação legal pelo juiz, permitindo que as decisões sejam rápidas e seguras; e
>
> 2. Racionalização metodológica: a metodologia conflitual clássica minimiza a quantidade de fases e procedimentos de localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada.

Por conseguinte, é importante considerar não somente os fatores negativos da metodologia clássica de DIPr como também aqueles considerados positivos, de modo a ser possível a construção de uma visão crítica ampla, sem ser parcial ou tendenciosa. A importância em se reconhecer esses componentes positivos da metodologia clássica é a

garantia de que, caso uma nova metodologia venha a ser proposta, ela não vai introduzir problemas ao sistema normativo que já tinham sido superados.

Desta forma, será detalhada, a seguir, cada etapa do método do Direito Internacional Privado clássico, de modo a determinar exatamente onde é possível melhorá-lo, tendo em vista a proposta de solução feita por esta dissertação, que é a aplicação dos elementos de proximidade.

6.7 **As etapas do método do Direito Internacional Privado clássico.**

Conforme mencionado nos capítulos introdutórios, o método do Direito Internacional Privado clássico para resolução de conflitos plurilocalizados compõe-se das seguintes etapas:

> 1. Identificar a existência de elemento (s) estrangeiro (s) e, pelo menos, de um elemento nacional;
> 2. Qualificar a espécie jurídica dos fatos;
> 3. Definir o elemento de conexão no sistema normativo de DIPr do foro (nacionalidade, domicílio, lei do foro etc.);
> 4. Localizar o sistema normativo a reger a relação jurídica;
> 5. Análise das exceções, caso existam;
> 6. Reenvio, se for o caso; e
> 7. Provas de vigências, se necessário. (MONACO, 2013)

É possível perceber a racionalização existente no procedimento e no sequenciamento das etapas do método clássico. A primeira etapa do método – identificar a existência de elemento(s) estrangeiro(s) e, pelo menos, de um elemento nacional – visa determinar preliminarmente a existência efetiva de um domínio de atuação do Direito Internacional Privado. Se não existir um elemento estrangeiro na relação jurídica, conclui-se pela não atuação do DIPr, por não se tratar de uma relação jurídica plurilocalizada. Interrompe-se o método e a relação jurídica será regida pela *lex fori,* tendo em vista os seus elementos exclusivamente de natureza local. Essa primeira etapa consiste na verificação do pressuposto de existência da relação jurídica de Direito Internacional Privado, que é estabelecida justamente na vinculação com, pelo menos, um elemento estrangeiro.

À primeira vista, pode parecer que essa etapa seja inócua, uma vez que a identificação das relações de DIPr se pressupõe de reconhecimento imediato. No entanto, isso não é completamente verdadeiro, já que os elementos nacionais e estrangeiros nem sempre estão facilmente identificáveis no momento do recebimento da petição inicial. É uma etapa que possui uma função saneadora, pois previne que as relações plurilocalizadas sejam tratadas exclusivamente pela *lex fori*, por falha no reconhecimento do elemento estrangeiro da relação. Ocorrendo essa falha na classificação de uma relação ser ou não plurilocalizada a decisão

final pode ser muito afetada, a depender do momento processual em que essa falha seja identificada. A primeira etapa do método – identificar a existência de elemento(s) estrangeiro(s) e, pelo menos, de um elemento nacional – evita erros e retrabalhos, implicando numa maior efetividade e economia processual. Portanto, ela possui natureza saneadora.

A segunda etapa do método diz respeito à qualificação que, nas palavras de Mônaco, pode ser conceituada como:

> [...] enquadramento teórico dos fatos juridicamente apreciados em um dos grupos estabelecidos nas normas de direito internacional privado.
> (MONACO, 2012, p. 31.)

A segunda etapa – qualificar a espécie jurídica dos fatos – procura realizar o enquadramento teórico dos elementos fáticos, vinculados à relação, a uma categoria jurídica determinada pela *lex fori* (lei do foro) ou pela *lex causae* (lei localizada), ou seja, a qualificação é a definição dos fatos perante o Direito. Se a primeira etapa determina a existência ou não do elemento estrangeiro na relação jurídica, na segunda etapa do método é feito o enquadramento dessa relação numa das categorias de Direito, seja este enquadramento definido pelo sistema normativo local ou pelo sistema localizado. Portanto, a etapa de qualificação do método possui natureza categorizadora.

No tópico anterior foram evidenciadas as dificuldades derivadas de uma possível qualificação pela *lex causae* devido à dependência recíproca que ocorre entre a qualificação e a localização pela *lex causae*. Foi visto que, apesar de factível, essa opção de qualificação tem uma função mais acadêmica do que prática, haja vista a sua dificuldade operacional em implantá-la. Para efeito deste estudo, quando falarmos de qualificação sem especificar o sistema pelo qual ela será realizada deve ser subentendido que é aquela realizada tendo por base a *lex fori*.

A importância da qualificação reside no fato de que os eventos e fatos jurídicos nem sempre estão claramente associados a quaisquer das categorias jurídicas pré-estabelecidas. É importante analisar os fatos envolvidos para se verificar em qual delas os fatos se conformam. Nesse sentido, a qualificação opera como uma etapa com função saneadora, além de sua natureza categorizadora, uma vez que tem por objeto tipificar os eventos factuais segundo as categorias de Direito.

Por ser a qualificação aquela etapa do método que determina a sede da relação jurídica e precede a determinação do elemento de conexão, é muito natural associá-la, de forma

exclusiva, ao método do Direito Internacional Privado clássico savigniano. A qualificação é entendida, sob essa perspectiva, apenas como uma etapa formal dentro da metodologia clássica, sem relação com outras formas de localizações mais substantivas – sendo esse entendimento completamente equivocado. A qualificação é importante tanto sob uma perspectiva clássica formal, por ser um requisito obrigatório na determinação do elemento de conexão e localização do sistema normativo a reger a relação, como também para a compreensão da adequada abordagem substantiva que será dada à relação jurídica, seja ela plurilocalizada ou não.

Conforme já visto, a teoria de Savigny tem por base a submissão das relações jurídicas à sua sede. Ao se deparar com um caso concreto plurilocalizado, o magistrado, independentemente da metodologia utilizada para fazer a localização, precisará identificar essas sedes, pois, do contrário, ele não dará à relação jurídica o tratamento materialmente adequado. Por exemplo, não é apropriado tratar as relações jurídicas do estatuto pessoal nas questões de família de igual maneira com que se tratam as relações do estatuto real, por exemplo.

As questões familiares, na maioria das vezes, dizem respeito a relações afetivas entre as pessoas envolvidas na relação jurídica; por outro lado, o estatuto real se refere, majoritariamente, a relações patrimoniais. Naquela, o juiz trata com questões íntimas e de natureza afetiva e, quase sempre, sem qualquer possibilidade de compensação em caso de erro jurídico. Como indenizar os genitores pelo tempo de guarda não usufruído com os seus filhos devido a um erro jurídico de concessão de guarda? A afetividade na família contemporânea é um elemento de sua constituição, conforme se percebe nas palavras de Paulo Lôbo, sendo inconcebível assumir que a compensação financeira é forma adequada de indenização para os casos de relações familiares:

> A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade. [...] A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito. (LÔBO, 2011, pp. 20-22.)

Por outro lado, a afetividade existente nas relações familiares não está presente nas relações do estatuto real ou obrigacional e, por isso mesmo, é possível afirmar que as relações

de natureza patrimoniais são razoavelmente resolvíveis e indenizáveis exclusivamente por meio de bens patrimoniais.

A qualificação prévia permite a identificação e o tratamento diferenciado de cada uma das distintas categorias do Direito, de modo que cada uma delas possa ser tratada adequadamente, de acordo com a sua natureza. Deste modo, a qualificação transcende à dualidade "justiça formal" versus "justiça substantiva" ou à dualidade envolvendo o DIPr clássico versus o DIPr contemporâneo. Ela é indispensável para todas as abordagens de Direito Internacional Privado e do Direito em geral, assim como também é imprescindível à obtenção da justiça plena, uma vez que permite o adequado enquadramento dos elementos. fáticos da relação jurídica ao tipo de estatuto que lhe dará a melhor abordagem legal. Qualificar é parte inerente do processo cognitivo humano de compreensão dos fenômenos que os envolve.

A terceira etapa do método – definir o elemento de conexão no sistema normativo de DIPr do foro – remete para o DIPr nacional a decisão de como efetuar a localização do sistema normativo a reger a relação jurídica *sob judice*, uma vez finalizada a qualificação e localizada a sede da relação jurídica. É importante enfatizar que o método do Direito Internacional Privado clássico não determina como fazer a localização, mas apenas transfere essa responsabilidade para o DIPr local. É louvável a metodologia clássica savigniana ter optado por delegar a determinação dos elementos de conexão para DIPr local, pois, do contrário, haveria uma intromissão excessiva na liberdade de criação normativa de cada país.

É bem verdade que Savigny, na definição da sede jurídica da relação, chegou a sugerir em sua obra *A Treatise on the Conflict of Laws*, como uma forma de "guia" orientativo, aquelas sedes e elementos de conexão que ele entendia como sendo os mais adequados para cada relação jurídica em particular: a) para o estatuto pessoal: o domicílio da pessoa; b) para os bens: a situação dos mesmos; c) para o ato ou fato jurídico: o lugar da celebração; e d) para a obrigação: o lugar do seu cumprimento.

> From this view we obtain, as a guide for the sequel of this inquiry, the following series of legal relations:
> I. Status of the person in itself (capacity for rights, and capacity to act).
> II. Law of things.
> III. Law of obligations.
> IV. Succession.
> V. Family law (Domestic Relations).
> a. Marriage.
> b. Paternal power.
> c. Guardianship.

> [...] The practical significance of these ideas is this: We start from the question, what statutes are to be applied even beyond the territory of the legislator; and it is answered in the following way: Personal statutes are to be applied to all persons who have their domicile in the territory of the legislator, even if a foreign judge has to decide. Real statutes are applicable to all immoveables situated in the territory of the legislator, again without distinguishing whether a native or a foreign judge has to decide. Mixed statutes, finally, are applicable to all acts done in the territory of the legislator, whether the decision is given in the same country or not. Such is a general view of the whole matter; but in details there are innumerable differences of opinion, according as the limits of the classes themselves, as well as of their practical application, are drawn in one direction or another.[126] (SAVIGNY,1880, pp.140-142.)

No entanto, essa sugestão feita por Savigny sobre as sedes das relações jurídicas e elementos de conexão não exime os Estados da responsabilidade legislativa de estabelecer e definir em seu DIPr nacional – tendo em vista as especificidades culturais de seu povo – qual deve ser o processo de localização a ser aplicado. O próprio Savigny teve o cuidado de enfatizar as diferenças de opiniões que esse tema propicia, deixando a questão como uma mera proposta. É importante observar que, mesmo entre aqueles que fazem parte da chamada versão clássica de DIPr, não há unanimidade na definição dos elementos de conexão. Mancini acreditava, ao contrário de Savigny, que o estatuto pessoal deveria ser regido pela nacionalidade e não pelo domicílio.

Não há como negar que, ao sugerir um único elemento de conexão para cada uma das sedes da relação jurídica, a metodologia clássica savigniana induziu muitos países que vieram a implantá-la em seus DIPr's nacionais a fazê-lo de forma superficial e simplista, utilizando-se apenas um único elemento de conexão. Porém, não é justo nem verdadeiro se concluir que a superficialidade encontrada no processo de localização de muitos DIPr nacionais seja devido unicamente à metodologia savigniana, pois a responsabilidade final de como definir os seus procedimentos de localização recai sempre sobre cada país. Portanto, são parcialmente devidas as críticas sobre a formalidade e a superficialidade do método do Direito Internacional Privado clássico, uma vez que elas devem ser também direcionadas a cada um dos DIPr's nacionais, de forma individualizada.

---

[126] *Desse ponto de vista, obtemos, como um guia para a continuação dessa investigação, as seguintes séries de relações jurídicas: I. Status da pessoa em si (capacidade de direitos e capacidade de agir). II. Lei das coisas. III Lei de obrigações. IV. Sucessão. V. Direito da Família (Relações Domésticas). A. Casamento. B. Poder paterno. C. Tutela. [...] O significado prático dessas idéias é o seguinte: partimos da questão, quais estatutos devem ser aplicados mesmo além do território do legislador; e é respondida da seguinte maneira: Os estatutos pessoais devem ser aplicados a todas as pessoas que tenham seu domicílio no território do legislador, mesmo que um juiz estrangeiro tenha que decidir. Os estatutos reais são aplicáveis a todos os bens imóveis situados no território do legislador, novamente sem distinguir se um juiz nativo ou estrangeiro deve decidir. Por fim, os estatutos mistos são aplicáveis a todos os atos praticados no território do legislador, independentemente de a decisão ser proferida no mesmo país ou não. Essa é uma visão geral do tema; mas há inúmeras diferenças de opinião com relação aos detalhes, a os limites das próprias classes, bem como de sua aplicação prática, em uma direção ou outra*. (Tradução nossa.)

A quarta etapa do método – localizar o sistema normativo a reger a relação jurídica – é a aplicação direta do que determina o Direito Internacional Privado nacional de cada país, seja por meio de aplicação sumária e formal de um único elemento de conexão ou qualquer outro processo mais substantivo que leve em consideração as partes da relação jurídica e os fatos a elas vinculados.

As demais etapas do método são julgamentos a posteriori à localização e possuem natureza de exceção de aplicação do mesmo. Nessa análise pós-localização serão consideradas as exceções de aplicação do Direito estrangeiro, tais como a ordem pública, a fraude à lei, a reciprocidade, o interesse nacional lesado, as instituições desconhecidas, assim como também as questões envolvendo temas de reenvio e de provas de vigência da lei estrangeira.

PARTE III – PROPOSTA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

7. OS ELEMENTOS DE PROXIMIDADE

Os elementos de proximidade são aqueles elementos de Direito material que auxiliarão o operador do Direito, em particular o magistrado, a localizar o sistema normativo, nacional ou estrangeiro, que regerá a relação jurídica plurilocalizada *sob judice*. Eles serão os pesos e os contrapesos de um sensível balanceamento entre a demanda pela justiça material plena e a sua viabilidade operacional, que é definida pelo limite suportável na redução da economia processual e na redução da segurança jurídica. A economia processual é caracterizada pelo baixo custo processual, representado pela duração do processo ou dos recursos materiais necessários ao seu desenvolvimento.

A economia processual, vista sob a perspectiva de duração do processo, é um princípio processual, que foi elevado a direito fundamental pela Constituição de 1988, no seu artigo 5º, LXXVIII, na forma do princípio da razoável duração do processo:

> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
> (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.)

Por conseguinte, a busca por uma justiça substantiva encontra no princípio constitucional da razoável duração do processo o seu principal elemento limitador. Cada relação jurídica possui a sua própria história particular, nenhuma será completamente idêntica à outra, o que requer investigações e análises específicas levando em consideração a realidade dos fatos. Estas investigações e análises específicas, no limite, exigem uma quantidade de esforço e de tempo que pode comprometer a efetividade do cumprimento da decisão judicial. A limitação temporal para que ocorra uma efetiva justiça é bem evidenciada nas palavras de Rui Barbosa, ao afirmar que a justiça atrasada não é justiça:

> Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.[127]

Por outro lado, em algumas situações, os direitos das partes não podem ser comprometidos em favor de uma celeridade processual, principalmente quando esses direitos possuem natureza de

[127] BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5ª. Ed. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999. p. 40.

direitos fundamentais, conforme enfatiza Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Deve ser lembrado que a celeridade nem sempre é possível, como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional. O legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas. [128]

E, por final, outro importante bem jurídico a ser considerado ao se buscar a justiça plena é a segurança jurídica, ou seja, a estabilidade dos direitos subjetivos e a previsibilidade nas decisões dos tribunais. A segurança jurídica atua como uma forma de restrição à liberdade do julgador em buscar a justiça plena, uma vez que esta última demanda a análise casuística e exaustiva do caso concreto, análise que, no limite, pode levar a distintas decisões para cada situação em particular a ser julgada, inviabilizando qualquer previsibilidade ou estabilidade dos julgados. Dentro do contexto deste tópico, é adequado o conceito de segurança jurídica segundo José Afonso da Silva:

> A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. [129]

A estabilidade dos direitos subjetivos envolve a perenidade nas relações jurídicas reguladas pelas leis promulgadas pelo Estado. A previsibilidade envolve a possibilidade de calculabilidade, por parte dos indivíduos, dos possíveis efeitos jurídicos advindos dos seus atos. Para José Afonso, a estabilidade dos direitos subjetivos corresponde ao sentido geral de segurança jurídica, enquanto que a sua previsibilidade corresponde ao seu sentido estrito.[130] Apesar de a segurança jurídica não estar explícita na Constituição de 1988, ela pode ser extraída de diversas passagens do texto constitucional, como por exemplo, no seu preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.)

Conforme foi evidenciado no capítulo anterior, a dificuldade em balancear adequadamente esses três bens jurídicos – a justiça material plena, a economia processual e a

---

[128] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, **Volume Único.** São Paulo. Ed. Método. 2015. pp. 104-105.

[129] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Ed. Malheiros. 32ª ed. 2005. p. 433.

[130] SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica.** In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). 2ª ed. 2009. p. 17.

segurança jurídica – advém da característica de eles serem grandezas que não variam na mesma direção, sendo, portanto, inversamente proporcionais – quanto maior for a demanda pela justiça plena, menor será a economia processual e menor também será a segurança jurídica.

A ponderação e a harmonização entre esses bens jurídicos têm como consequência, de maneira geral, alguma forma de mitigação e comprometimento entre eles. Na perquisição de um comprometimento ótimo – aquele que maximize o resultado, dentro das condições factuais existentes – é onde residem as maiores dificuldades das diversas teorias de Direito Internacional Privado. Como deve ser conduzido o comprometimento entre os bens jurídicos, sob o ponto de vista prático daqueles que irão julgar a lide jurídica? Afinal, devem ser eles – os magistrados – que, em última análise, efetuarão este balanceamento ao decidir tanto sobre a localização do sistema normativo como também a própria decisão material. Segundo Kelsen, são os magistrados e os tribunais que, ao julgarem um caso real, efetuam a interpretação e, eventualmente, multiplicam os significados das normas, criando direitos ao buscarem por uma justiça plena e absoluta.

> Por vezes, exige-se a livre descoberta do Direito, que garante a flexibilidade do mesmo, em nome da justiça, de uma justiça que se pressupõe absoluta. Justa, neste sentido, seria a decisão de um caso concreto somente quando tomassem em consideração todas as particularidades do mesmo caso. Como, porém, nenhum caso é perfeitamente igual a outro, mas cada caso é, de qualquer modo que seja, diferente de todos os outros, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto nunca poderia conduzir a uma decisão justa. (KELSEN, 1998, p. 76.)

É nesse cenário conflitivo, entre a demanda por uma justiça plena e ao mesmo tempo por um processualismo factível e viável, que se insere a proposta dos elementos de proximidade. Os elementos de proximidade desempenharão a função conciliadora de ponderar entre os bens jurídicos contrapostos, às vezes prevalecendo um, em sacrifício do outro, e vice-versa. Contudo, essa ponderação não pode permitir que nenhum direito fundamental seja violado ou esquecido. Desta forma, a proposta é que os elementos de proximidade instrumentalizem os magistrados com ferramentas de Direito material que lhes permitam a obtenção de uma justiça mais substantiva no cenário das relações jurídicas plurilocalizadas.

Mesmo que a obtenção de uma justiça absoluta – no sentido kelseniano – não seja possível de ser alcançada, sendo, portanto, apenas um ideal teórico, os elementos de proximidade podem ser aqueles elementos de Direito material que levem o processo a atingir um patamar mais próximo dela, sem que se perda de vista a viabilidade operacional do processo.

No entanto, é extremamente importante que os elementos de proximidade observem as considerações de Bustamante, no que diz respeito ao Direito Internacional Privado precisar corresponder simultaneamente a um ideal científico e às exigências da realidade (BUSTAMANTE Y SIRVEN, 1943, p. 8). Esses elementos devem também observa os âmbitos de eficácia das leis, assim como a sua vinculação com os fatos, observando ao princípio da não *transconexão*, que no caso do DIPr se traduz no princípio de que toda norma *agendi* somente deve reger fatos que com ela esteja em contato (BAPTISTA MACHADO, 1998, p. 104).

Para que os elementos de proximidade promovam um maior contato com os fatos da vida real, diante de um conflito de leis no espaço, é preciso que eles sejam atributos pessoais das partes e que fundamentem o procedimento localizador do sistema normativo mais próximo das pessoas sujeitas das relações jurídicas envolvidas. Eles precisam representar valores sociológicos, culturais e antropológicos daquelas sociedades cujos sistemas normativos são elegíveis a serem localizados para reger as relações jurídicas *sob judice*.

Por outro lado, o Direito Internacional Privado tem também por fundamento a comunidade jurídica internacional, conforme visão defendida por Bustamante, que entendia que os Estados coexistem por necessidade, como uma forma de sociedade. Esta coexistência necessária é um dos fundamentos para a criação de regras de convívio mútuo. (BUSTAMANTE Y SIRVEN, 1943, pp. 22-24.). Desta maneira, os elementos de proximidade não devem representar particularidades de uma determinada nação ou território, mas, sim, e na medida do possível, características comuns a todas as culturas. *A priori*, os elementos de proximidade não atenderão a ocorrências temporárias, associadas a eventos passageiros, uma vez que eles devem estar associados a valores sociais comuns a todas as civilizações no tempo e no espaço. No entanto, o julgador deve possuir a palavra final com relação a definir a criação daqueles elementos de proximidade específicos para satisfazer uma determinada situação em particular, quando parâmetros genéricos e comuns não atenderem aos fatos geradores da relação jurídica ou mesmo quando não se vincularem com esses fatos.

Levando-se tudo isso em consideração, pode-se concluir que o rol dos elementos de proximidade, devido à sua natureza intrínseca, é obrigatoriamente mutável no tempo e variável no espaço, o que significa dizer que este rol será meramente exemplificativo – *numerus apertus* – e não taxativo – *numerus clausus* – porque os elementos de proximidade não devem representar apenas valores sociais específicos de uma determinada localidade ou época. É esperado que eles se adequem com a evolução da sociedade em geral, permitindo-se

mudanças e adaptações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, à medida que a cultura do país ou internacional sofra mutação. Por conseguinte, os elementos de proximidade precisam ser dinâmicos no tempo e no espaço. Tentar definir elementos de proximidade absolutamente universais e permanentes vai contra a essência satisfativa de uma justiça plena, cujo conceito se modifica com a evolução da própria civilização humana.

A dinâmica dos elementos de proximidade deve ser considerada tanto no momento da criação legislativa da norma – uma vez que eles venham a ser positivados – como também, e ainda de maneira mais importante, nos juízos e tribunais de julgamentos. Pela sua natureza de instrumento de obtenção de uma justiça mais substantiva, por meio do conhecimento das partes e dos fatos a elas vinculados, os elementos de proximidade devem possuir forte vinculação com a realidade. Esta realidade factual somente é aferida e acessada no momento da aplicação das normas abstratas às situações reais da vida, ou seja, no julgamento.

Somente durante o julgamento é possível determinar quais elementos de proximidade deverão, de fato, ser aplicados e se há ou não a necessidade de algum novo ser "criado", de modo a atender às especificidades de cada caso em questão. Deve-se deixar aberto aos tribunais a possibilidade criativa, de modo a se tornar possível a obtenção da justiça plena, por meio da livre descoberta do Direito, conforme entendimento defendido por Kelsen:

> Por vezes, exige-se a livre descoberta do Direito, que garante a flexibilidade do mesmo, em nome da justiça, de uma justiça que se pressupõe absoluta. Justa, neste sentido, seria a decisão de um caso concreto somente quando tomassem em consideração todas as particularidades do mesmo caso. (KELSEN, 1999, p. 176.)

Com relação aos bens jurídicos de natureza universal, tais como os direitos humanos, a ordem pública internacional e os valores constitucionais, não faz sentido que eles sejam elegíveis a elementos de proximidade, uma vez que estes valores farão parte do juízo *a posteriori* – pós-localização do sistema normativo – que envolverá a análise de todas as possíveis exceções na aplicação do Direito estrangeiro localizado – ordem pública, valores Constitucionais locais, a fraude à lei, a reciprocidade, o interesse nacional lesado, as instituições desconhecidas e as leis de aplicação imediata (opção alternativa às regras de conflitos de DIPr).

Os elementos de proximidade, além de permitir uma forma instrumentalizada de se avaliar os fatos e as partes numa relação jurídica plurilocalizada, permitem ao operador do Direito a harmonização entre os bens jurídicos envolvidos na satisfação da justiça plena, tendo em vista o adequado balanceamento entre a segurança jurídica e a economia processual.

É importante se enfatizar que a economia processual e a segurança jurídica são justamente aqueles bens jurídicos privilegiados pela metodologia clássica e serão de igual maneira os bens que, eventualmente, poderão ser sacrificados quando da opção por uma justiça mais substantiva. A metodologia clássica esmerou pela economia processual na medida em que definiu, de forma racional, cada etapa a ser executada para a adequada localização do sistema normativo a reger a relação jurídica plurilocalizada, sem redundâncias ou omissões, quando observada sob o ponto de vista procedimental.

7.1 **Operabilidade dos elementos de proximidade: requisitos de simplicidade e facilidade**

Os elementos de proximidade precisam ser de fácil e imediata compreensão. A comprovação de que estas características estão sendo observadas pode ser verificada pela concreta viabilidade da aplicação – pelo juízo de localização – de um questionário prévio para o levantamento desses elementos. A possibilidade de levantamento dos elementos de proximidade, pelo menos preliminarmente, por meio de um simples questionário é um bom indicativo de que esses elementos são de fácil verificação.

O julgador deve submeter às partes um questionário com a lista daqueles elementos de proximidade que considere pertinente ao caso, de modo que ele possa ser respondido e devolvido ao juiz. Sendo satisfatórias as respostas, o magistrado já pode emitir uma decisão interlocutória, localizando o sistema normativo mais próximo a ser aplicado às partes: o nacional ou estrangeiro. Por outro lado, não havendo esta satisfação, o juiz poderá solicitar aqueles elementos de provas adicionais que considere relevantes para estabelecer o seu convencimento da mais adequada localização.

Por exemplo, se a parte declarar o interesse de ser julgada pelo Direito de determinado país, por entender que há vínculo cultural com o mesmo, tendo em vista a existência de um longo período de residência e de trabalho neste país, pode o julgador demandar que se apresente algum tipo de prova desta residência e desta relação trabalhista. Os seguintes exemplos de meios de prova podem ser utilizados para esses tipos de relações: o visto de entrada e saída no passaporte, contas de luz, contas de gás, comprovantes de pagamento do trabalho prestado – holerites –, cartas de recomendação comprovando o serviço, carteira de trabalho, contrato de trabalho etc.

Outro exemplo a ser mencionado é a declaração de existência de vínculo cultural tendo em vista a prática de uma das religiões majoritárias deste país. Os meios de prova

documentais, nesse caso, podem se mostrar de difícil aferição, contudo, cabe ao magistrado, de forma discricionária, solicitar uma audiência com a parte interessada, de modo a permitir o seu convencimento da veracidade das alegações feitas.

A importância da fácil operabilidade dos elementos de proximidade se justifica pelo fato deles serem aplicados na fase de localização do sistema normativo. Esta fase possui natureza de decisão interlocutória, sem julgamento de mérito, tendo por objeto somente a determinação do sistema normativo mais próximo das partes. Sendo, desta forma, uma questão incidental ao julgamento de mérito.

Outro importante ponto a ser considerado é a questão da economia processual. Elementos de proximidade complexos e muito subjetivos demandam um grande esforço processual em comprová-los, devendo ser evitados, na medida do possível e da necessidade concreta do julgamento. Naturalmente, para aqueles casos mais complicados, talvez não seja possível utilizar somente de elementos de proximidades de mais fácil verificação, uma vez que a qualidade da localização pode vir a ser comprometida. Sendo este o caso, o critério de facilidade de aferição dos elementos de proximidades perde importância tendo em vista a priorização da qualidade da localização a ser realizada.

Os elementos de proximidade têm por objetivo a definição de um perfil das partes, de uma forma substantiva, concreta, altamente vinculada com a suas experiências de vida. O estabelecimento de perfil material das partes demanda um maior grau de esforço de cognição quando comparado com o perfil de natureza formal obtido tendo por base apenas um único elemento de conexão, normalmente definido nas regras de conflito nacional. Por exemplo, definir o perfil material das partes, tendo por base os elementos de proximidades pertinentes a uma questão de natureza familiar, é bem mais complexo e trabalhoso do que o esforço investido para simplesmente se verificar os seus domicílios.

O princípio da operabilidade – consagrado como um dos princípios fundamentais no Código Civil Brasileiro de 2002 – possui o sentido de simplicidade e efetividade (ou concretude) dentro do contexto operativo do código brasileiro, conforme esclarecido por Tartuce:

> [...] esse princípio tem dois sentidos. O primeiro, de simplicidade ou facilitação das categorias privadas [...]. Segundo, há o sentido de efetividade ou concretude, o que foi buscado pelo sistema aberto de cláusulas gerais adotado pela atual codificação. (TARTUCE, 2014, p. 23.)

O princípio da operabilidade é perfeitamente aplicável aos elementos de proximidade, uma vez que a tutela localizadora, que tem por objeto o levantamento e a definição do perfil material das partes, possui natureza incidental ao mérito. A aplicação deste princípio é justificável pela necessidade de que os elementos de proximidade, na medida do possível, precisam ser simples e imediatos, no sentido de não demandarem para a sua determinação uma cognição exaustiva do mérito ou do conhecimento das partes. Eles precisam ser concretos, de modo que a localização se opere dentro do âmbito de eficácia – vinculados aos fatos envolvidos na relação jurídica.

É muito importante deixar evidenciado que os elementos de proximidade não se referem diretamente ao mérito cognitivo da lide. Eles se referem ao conhecimento das partes envolvidas e, somente de forma eventual e tangencial, ao mérito em si mesmo. O mérito será objeto de futura fase de conhecimento do processo, já sob a regência do sistema normativo localizado, após a conclusão da tutela localizadora. Ou seja, a fase de conhecimento das partes, que possibilita a localização substantiva do sistema normativo mais próximo delas, e a fase de conhecimento do processo, que objetiva o conhecimento do mérito do Direito material envolvido, devem ser fases distintas e independentes entre si.

Outro importante tema com relação aos elementos de proximidade diz respeito à sua aplicabilidade. Eles não devem ser aplicados de forma isolada, individualmente, mas somente em grupo, pois ao analisar os elementos de proximidade, o seu conjunto fornecerá um perfil sociocultural multifacetado das partes, a ser denominado neste estudo de “perfil material”. Este perfil material das partes poderá ocasionalmente motivar o magistrado a escolher um sistema normativo distinto daquele inicialmente localizado pela regra de conexão definida no DIPr local.

A aplicação individualizada de um único elemento, seja de proximidade ou de conexão, fornece apenas uma faceta singular das partes, o que normalmente não é suficiente para a localização substantiva do Direito mais próximo a reger a relação jurídica. Localizar o “melhor” sistema normativo, dentro do contexto do Direito Internacional Privado, não deve se resumir à aplicação de um único elemento de proximidade, uma vez que esta perspectiva singular normalmente propicia como resultado uma localização rígida e superficial, muito similar àquela obtida pela aplicação de um único elemento de conexão das regras de conflito do DIPr clássico.

Os elementos de proximidade estão vinculados à ideia de “perfil material” das partes,

que é definida pelas suas histórias de vida e pelos fatos vinculados à relação jurídica *sob judice*. Diante de uma perspectiva substantiva de DIPr, não é razoável a expectativa que apenas um único elemento de proximidade represente o perfil material das partes, em toda a sua extensão social e humana.

Como já mencionado, uma das mais contundentes críticas da escola americana ao método clássico de solução de conflito no espaço diz respeito ao fato dele ser do tipo *hard-and-fast rules*, ou seja, rígido e superficial. Um bom exemplo de ocorrência deste tipo de regras pode ser encontrado no Direito Internacional Privado brasileiro, especificamente na LINDB, nos seus artigos 7º, 8º e 9º, referentes ao estatuto pessoal e demais sedes. Por exemplo, atualmente no Brasil o domicílio é elemento de conexão aplicado para a determinação do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada de Direito Internacional Privado no que se refere ao estatuto pessoal. Para toda e qualquer relação jurídica – com elemento estrangeiro do estatuto pessoal – que venha a ser submetida ao judiciário nacional, o domicílio das partes é aquele elemento que determinará qual Direito que regerá a relação. Esta determinação legal não aceita exceções a priori, sejam as mesmas relacionadas às partes envolvidas ou relacionadas aos fatos que deram origem à relação jurídica. As únicas exceções consideradas são aquelas de ordem pública, que são de aplicação a posteriori, após o procedimento de localização ter sido finalizado. Toda e qualquer exceção de natureza pessoal das partes ou relacionada aos eventos fáticos que deram origem à relação jurídica são desprezadas durante o processo de localização do DIPr brasileiro.

Ao se aplicar um único elemento de proximidade, de forma isolada, sem a formação de um perfil material das partes, não há por que se esperar um resultado diferente daquele que é obtido pela aplicação rígida e superficial de apenas um único elemento de conexão, tais como os definidos pelo DIPr brasileiro. É preciso evitar, a todo custo, o erro de se formar uma visão simplista das partes e da relação jurídica, tendo por base apenas um atributo singular, seja ele de qual natureza for. É mandatório considerar o maior número possível de elementos de proximidades vinculados à relação antes de localizar o Direito que mais se aproxime dos interessados.

Segue abaixo a lista dos elementos de proximidade a ser analisada de forma mais detalhada na proposta desta dissertação:

1. Domicílio – *lato sensu*;
2. Idade de início de domicílio;
3. Quantidade de anos de domicílio;

4. Ânimo de domicílio;
5. Nacionalidade;
6. Proficiência na língua estrangeira;
7. Participação no mercado de trabalho;
8. Tempo de participação no mercado de trabalho;
9. Nível cognitivo do trabalho;
10. Família estrangeira;
11. Casamento entre cônjuges estrangeiros;
12. Filhos nascidos ou criados no estrangeiro;
13. Religiosidade;
14. Nível de escolaridade;
15. Participação em organizações sociais;
16. Sistema jurídico de preferência das partes.

7.2 **Elementos de proximidade qualificadores**

Ao analisar o rol dos elementos de proximidade acima exemplificado, podemos perceber que há alguns elementos que as suas ocorrências dependem da existência prévia de outros elementos. É o caso, por exemplo, da ocorrência do elemento de proximidade idade de início de domicílio (a idade que a pessoa tinha quando iniciou o domicílio em determinado país) que depende da existência prévia do elemento de proximidade domicílio. Se a ocorrência do elemento de proximidade domicílio num país não for relevante na determinação da proximidade desta pessoa com o país, logicamente a idade que tinha quando iniciou o domicílio neste mesmo país não pode ser considerada importante para a análise de proximidade como um todo. Ao se desconsiderar o domicílio como elemento de proximidade, os elementos dele derivados também deverão ser desconsiderados.

Outro exemplo dessa dependência lógica entre elementos de proximidades é a existência do elemento de proximidade “tempo de participação no mercado de trabalho” que depende da ocorrência do elemento de proximidade “participação no mercado de trabalho”. Não faz qualquer sentido em se considerar o “tempo de participação no mercado de trabalho” se esta participação no mercado laboral não existir. É o caso, por exemplo, da análise de proximidade com a cultura de um país de um estudante imigrante e que não faça parte do mercado de trabalho local. Para esse exemplo, o elemento de proximidade “participação no mercado de trabalho” não ocorre e deve ser desconsiderado, implicando na desconsideração também do elemento de proximidade “tempo de participação no mercado de trabalho”.

Desta forma, é possível estabelecer uma relação do tipo acessório e principal entre alguns dos elementos de proximidade. Essa relação ocorrerá toda vez que se verificar uma

dependência entre eles, ou seja, para que o elemento acessório ocorra, obrigatoriamente, o elemento principal precisa previamente existir.

Denominamos de “elementos de proximidade qualificadores” aqueles elementos que possuem esta natureza acessória, cuja existência dependa diretamente da ocorrência de outros elementos, os quais são denominados de “elementos de proximidade principal”. Os elementos de proximidade qualificadores são aqueles que vão dimensionar a intensidade com que os elementos de proximidade principal serão considerados na fase de conhecimento das partes. É intuitivo que quanto maior for o “tempo de domicílio” num determinado país, maior será o peso dado ao elemento de proximidade “domicílio”. Por conseguinte, um elemento de proximidade é do tipo “qualificador” quando ele for acessório de outro elemento e, além disso, ele for utilizado para ponderar o peso com que esse outro elemento deverá ser considerado na formação do perfil material das partes, durante o desenvolvimento da fase da tutela localizadora.

Nesse sentido, os seguintes elementos de proximidade devem ser classificados como qualificadores:

1. Idade de início de domicílio;
2. Quantidade de anos de domicílio;
3. Ânimo de domicílio;
4. Tempo de participação no mercado de trabalho; e
5. Nível cognitivo do trabalho.

Conforme já enfatizado, os elementos de proximidade não possuem natureza taxativa, podendo ser criados de uma forma discricionária pelo julgador, com base em fundamentação de natureza sociológica. De igual forma, os elementos de proximidade qualificadores, por serem espécies do tipo elementos de proximidade, também não farão parte de um rol taxativo. Novos elementos de proximidade qualificadores podem ser criados para qualificar novos elementos de proximidades principais ou outros elementos já existentes.

Os próximos tópicos serão dedicados à especificação individual de cada um dos elementos de proximidade relacionados anteriormente.

7.3 **Elemento de proximidade domicílio – *lato sensu***

Sob uma perspectiva normativa, o domicílio é o vínculo jurídico entre o indivíduo e o território ou nas palavras de Maria Helena Diniz:

> A sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou prática, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos. (DINIZ, 2010, p. 109.)

De acordo com o atual Código Civil Brasileiro, o domicílio possui um componente objetivo, que define onde a pessoa exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos, e um componente subjetivo, que consiste no ânimo manifesto da pessoa em se domiciliar em determinado lugar, conforme artigo 74, *caput*, do Código Civil Brasileiro:

> Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002.)

Pode-se considerar também o domicílio como sendo o local em que a pessoa exerce sua profissão – domicílio profissional – conforme o artigo 72 desse Código Civil Brasileiro:

> É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.
> Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

Flavio Tartuce diferencia o termo "moradia" do sentido jurídico de domicílio, tendo por base o ânimo subjetivo de permanência:

> Na moradia, há uma mera situação de fato, tratando-se do local onde a pessoa é encontrada ocasionalmente, não havendo ânimo de permanência. (TARTUCE, 2014, p. 118.)

Portanto, o *animus* da pessoa, de natureza subjetiva, é aquele componente que vai diferenciar o domicílio, vínculo jurídico do indivíduo ao território, da simples residência ou moradia, que é o vínculo factual do indivíduo ao território. A natureza subjetiva de intenção de permanência, o ânimo da pessoa de querer viver naquele local de forma definitiva, é o que vai distinguir os diversos conceitos jurídicos de domicílio, de residência, seja a habitual ou a atual[131], de moradia ou de local onde se encontre[132].

O elemento subjetivo de intenção, normalmente, é de extrema dificuldade de aferição e qualquer solução legal em presumi-la, muitas vezes, carece de vinculação com a realidade dos fatos. Para diferenciar legalmente o domicílio da moradia é recomendada uma declaração explícita das partes, descrevendo as circunstâncias factuais em que a permanência num dado

[131] BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed, p. 219.
[132] STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado** - Parte Geral - 6ª Ed. 2005, p. 42.

local se estabeleceu e o porquê ela tem natureza definitiva.

O domicílio, enquanto elemento de proximidade, possui três abordagens possíveis a serem aplicadas pelo julgador, todas elas discricionárias, devendo a sua escolha ter por fundamento a realidade dos fatos:

1. A primeira abordagem leva em consideração o domicílio tanto sob o seu componente subjetivo de intenção – *animus* – como também sob o seu componente objetivo de fato – "encontrar-se no local". Nesta perspectiva, o elemento de proximidade domicílio coincide com o conceito jurídico de domicílio;
2. A segunda abordagem considera o domicílio apenas sob o seu componente objetivo – o fato de encontrar-se num determinado local – desconsiderando o seu componente subjetivo – o ânimo de permanência. Nesta opção, o elemento de proximidade domicílio se confunde com os conceitos de domicílio, residência, moradia e local onde se encontre; e
3. A terceira abordagem considera o domicílio como uma forma híbrida das duas anteriores e contempla:
    a. A definição do elemento de proximidade domicílio de igual forma que na segunda abordagem, considerando apenas o seu componente objetivo de fato – encontrar-se no local – desconsiderando o componente subjetivo;
    b. Porém, o ânimo de permanência do domicílio é contemplado como elemento de proximidade *animus* de domicílio, ou seja, como um elemento de proximidade qualificador do elemento domicílio.

Cada uma das abordagens acima pode ser mais ou menos adequada, a depender de cada situação em particular em que for considerada pelo magistrado, de uma forma discricionária e fundamentada com base nos fatos.

Para aquelas relações jurídicas consideradas mais simples ou que o papel desempenhado pelo domicílio não seja considerado significativo na composição do perfil material das partes, a questão do *animus* de domicílio pode ser desconsiderada. A desconsideração do *animus* de domicílio simplifica em muito a análise de proximidade deste elemento de proximidade. Se for o elemento *animus* do domicílio, a opção mais recomendada é a segunda abordagem.

Por outro lado, se o papel desempenhado pelo domicílio for considerado preponderante na composição do perfil material das partes (ainda que a relação jurídica seja considerada simples), a melhor abordagem pode ser a primeira, uma vez que o componente subjetivo do domicílio não pode ser excluído da análise de proximidade.

Para aquelas relações jurídicas consideradas mais complexas, que requeiram uma maior flexibilidade na ponderação de cada componente objetivo e subjetivo do domicílio, a melhor abordagem é a terceira. A terceira abordagem é que vai permitir a ponderação mais adequada, tendo por base os fatos, adequando o devido peso que a vontade livre de permanecer em determinado país possa desempenhar para uma dada específica relação jurídica.

Sob a perspectiva de uma localização substantiva, não faz sentido inserir suposições legais que presumem as intenções das partes, como, por exemplo, a presunção de existência do ânimo subjetivo de permanência num determinado território. Se as partes não declararem expressamente como entendem os seus vínculos com o território, não cabe à lei fazê-lo por meio de premissas legais representantes de uma vontade não expressa. A razão para isso é que as premissas legais não possuem vinculação com os fatos e, se utilizadas, podem produzir localizações apenas formais e menos substantiva, que é justamente o que se deseja evitar.

Na análise cognitiva da localização do sistema normativo mais próximo às partes, qualquer elemento de natureza subjetiva, se essencial para a decisão, deve ser expresso pelas partes e verificado pelo julgador, evitando-se, desta forma, qualquer presunção de natureza formal.

Desta forma, a terceira abordagem, por ser a mais flexível e completa, é aquela a ser recomendada para a definição de proximidade entre as partes e o sistema normativo a ser localizado, no que diz respeito à análise de proximidade do vínculo entre as partes e os seus territórios, para todos aquelas relações em que o domicílio desempenhe um papel mais importante.

Por exemplo, se o magistrado considerar que o elemento volitivo do domicílio não seja importante para um julgamento em particular, na hipótese de umas das partes declarar que mora no país “A” há dez anos, o julgador deverá valorar a sua decisão de igual forma se ela declarasse que reside ou se domicilia ou se localiza neste país “A” por dez anos. Nesse contexto, o importante é saber se aquela pessoa se encontra ou não regida sob o Direito e a cultura daquele país, naquele momento, e o peso que o julgador vai dar a essa condição fática (segunda abordagem). Naturalmente, se o julgador entender que o elemento subjetivo de querer estar vivendo num dado país, de uma forma permanente, é importante para a sua decisão, deverá adicionar o componente volitivo como elemento desta decisão (primeira e terceira abordagens).

Mas qual é o verdadeiro significado material em aplicar o elemento de conexão domicílio – *lato sensu* – na localização do "melhor" Direito? De que forma ter o domicílio, num determinado país ou região, vincula esse indivíduo ao Direito e à cultura desse país? A análise do peso do domicílio, de uma maneira isolada, pode não possuir qualquer significação; por outro lado, esta mesma análise, quando em conjunto com outros elementos de proximidade, pode auxiliar na definição do perfil material das partes envolvidas e na definição da localização do sistema normativo mais eficaz. Por exemplo, ao conjugar o elemento de proximidade "domicílio" com os elementos de proximidades qualificadores "idade em que iniciou sua residência" e "quantidade de anos de residência" (estes elementos de proximidade serão detalhados mais à frente nesta dissertação) será possível definir, de uma maneira mais fundamentada, o peso que esse elemento terá na decisão final.

Se uma pessoa vive num determinado país há mais de vinte anos – por exemplo, desde os quatro anos de idade –, não há como descartar a influência que a cultura deste país teve na sua formação e, consequentemente, o maior grau de identificação que ela tem com o seu Direito. Por outro lado, se o sujeito vive num determinado país por apenas doze meses, iniciados quando ela tinha dezesseis anos, dificilmente é considerado o domicílio – em seu sentido *lato* – como determinante na localização do seu Direito mais próximo.

A aplicação do elemento de proximidade domicílio é extremamente dependente do contexto sociocultural do indivíduo, sendo indispensável a sua análise em conjunção com outros elementos de proximidades e com os fatos vinculados à relação jurídica. O uso desse elemento de proximidade é extremamente dependente do levantamento do perfil material das partes como um todo.

7.3.1 **O domicílio e o Direito Internacional Privado**

O domicílio possui uma antiga relação com o Direito Internacional Privado, principalmente como elemento identificador da vinculação com a cultura e com o Direito de um determinado território. Juntamente com a nacionalidade (ainda a ser detalhada neste estudo), o domicílio tem sido elegido por muitos juristas internacionalistas como sendo aquele elemento que mais expressa o vínculo social entre o indivíduo e um país. Dentre esses juristas estão os notórios Story e Savigny. Por conseguinte, não se deve causar surpresa a grande difusão do uso do domicílio como elemento de conexão para o estatuto pessoal do Direito Internacional Privado em muitos países.

Joseph Story foi um daqueles juristas do Direito Internacional Privado que concedeu

especial atenção ao domicílio como elemento de vinculação cultural. De uma maneira didática, ele diferenciou o conceito de domicílio, na sua acepção quotidiana, daquela acepção dada pelos juristas. Essa distinção continua válida até os dias de hoje, assim como era nos tempos de Roma Antiga:

> By the term 'domicil', in its ordinary acceptation, is meant the place, where a person lives, or has his home. In this sense the place, where a person has his actual residence, inhabitancy, or commorancy, is sometimes called his domicil. In a strict and legal sense, that is properly the domicil of a person, where he has his true, fixed, permanent home, and principal establishment, and to which, whenever he is absent, he has the intention of returning (*animus revertendi*).[133] (STORY, 1834, p. 39.)

Conforme já anotado neste estudo, o sentido jurídico de domicílio necessita de dois componentes para ser constituído: o componente fático e o componente volitivo. É preciso que a pessoa realmente possua a sua residência num determinado local, de forma permanente e sem qualquer simulação, e que ela tenha a livre vontade de que aquele local seja a sua moradia. A vontade aqui é utilizada no sentido de mecanismo racional de escolha, livremente selecionada pelo pensamento. Esses dois componentes, *animus* e *facto,* são explorados por Story na sua definição de domicílio:

> Two things, then, must concur to constitute domicil; first, residence; and secondly, intention of making it the home of the party. There must be the fact, and the intent; for, as Pothier has truly observed, a person cannot establish a domicil in a place, except it be animo et facto.[134] (STORY, 1834, p. 42.)

O componente volitivo também é destacado na definição jurídica de domicílio segundo a visão de Savigny:

> That place is to be regarded as a man's domicile which he has freely chosen for his permanent abode, and thus for the centre at once of his legal relations and his business.[135] (SAVIGNY, 1880, p. 97.)

Naturalmente, o componente volitivo de livre escolha do domicílio é importante para a sua constituição, contudo, não se pode afirmar que ele estará sempre presente. Há situações

---

[133] *"Pelo termo 'domicílio', em sua aceitação ordinária, significa o lugar onde uma pessoa vive, ou tem sua casa. Nesse sentido, o lugar onde a pessoa possui sua verdadeira residência, habitação ou moradia, às vezes é chamado de seu domicílio. Em sentido estrito e legal, que é propriamente o domicílio de uma pessoa, onde ela possui sua verdadeira, fixa, permanente casa, como estabelecimento principal e sempre que estiver ausente, terá a intenção de retornar (animus revertendi)."* (Tradução nossa.)

[134] *"Duas coisas, então, devem concordar para constituir o domicílio; Primeiro, residência; E em segundo lugar, a intenção de torná-lo o lar das pessoas. Deve haver o fato e a intenção; pois, como Pothier verdadeiramente observou, uma pessoa não pode estabelecer um domicílio em um lugar, exceto que seja seu animo e facto"* (Tradução nossa.)

[135] *"Esse lugar deve ser considerado como o domicílio de um homem que ele escolheu livremente para sua residência permanente e, portanto, para o centro de suas relações jurídicas e seus negócios"* (Tradução nossa.)

fáticas em que a livre vontade simplesmente não existe na escolha do domicílio. Como notório exemplo deste caso, pode ser mencionado o domicílio das crianças, que é determinada pela vontade paterna, ou ainda aqueles domicílios ditos "legais" ou "necessários", que são determinados pela lei. Na verdade, a vontade na determinação do domicílio não possui somente as gradações "presente" ou "não presente", ela se constitui como um *dégradé,* com diferentes graus de intensidade, a ser definido com base na situação concreta em que ocorrer.

Desta forma, é possível se situar a vontade formal e a vontade substantiva nos extremos desse *dégradé* volitivo, sendo a vontade substantiva constituída pela vontade completamente livre e soberana e a vontade formal definida por critérios não vinculados à vontade livre. A vontade formal possui o sentido de que a sua expressão ocorreu segundo as formalidades legais e sociais previstas para cada ato, sem necessariamente entrar nos aspectos subjetivos volitivos de cada decisão ou nos vínculos com os reais desejos do indivíduo. Ela pode ocorrer sem que a pessoa, de fato, a queira. A vontade substantiva, por outro lado, representa o real desejo do indivíduo, livre e desprovido de qualquer influência externa impositora. Ela é associada ao conceito filosófico religioso de livre-arbítrio.

No entanto, o que se verifica no mundo real são gradações volitivas que dificilmente atingem os extremos de sua amplitude distribuindo-se estatisticamente numa faixa intermediária, a qual não é totalmente desprovida de vontade livre, no entanto, está sempre presente alguma forma de imposição externa. Nesse sentido, deve-se relativizar o reconhecimento do componente *animus* do domicílio, devendo ele ser aferido com base em uma análise casuística da realidade.

Desta forma, o elemento de conexão domicílio que, por meio da regra de conflito de DIPr, localiza o sistema normativo a reger a relação plurilocalizada, não leva em consideração o grau de liberdade volitiva, a vontade substantiva, que deve ser aferida por meio das condições factuais ou por meio de autodeclarações dos indivíduos envolvidos na relação. Quando o DIPr brasileiro determina o domicílio como o elemento de conexão determinante para a localização do sistema normativo das relações plurilocalizadas do instituto pessoal, sem considerar a liberdade da vontade que o indivíduo teve para tomar essa decisão (*animus*), o nosso sistema normativo está utilizando o instituto domicílio numa acepção tecnicamente incorreta ou incompleta, juridicamente se considerando, uma vez que o componente *animus* da livre vontade é desconsiderada.

Por outro lado, o domicílio, como elemento de proximidade, deve contemplar a análise

do grau da liberdade de vontade, o quanto, de fato, a pessoa realmente desejou residir naquele território e quanto essa vontade foi determinante na sua decisão. É importante se reenfatizar que a função dos elementos de proximidade não é a simples localização formal do sistema normativo para reger a relação, mas, principalmente, determinar o seu grau de proximidade com os sistemas inseridos no âmbito de eficácia da relação jurídica de Direito Internacional Privado, sob a perspectiva de proximidade sociocultural entre as pessoas e uma determinada sociedade.

Desta forma, o domicílio, como elemento de proximidade, precisa levar em consideração tanto o componente *animus* como o componente *facto*, de uma forma substantiva e não tão somente formal. O domicílio, como elemento de proximidade, deve utilizar o instituto domicílio na sua acepção jurídica tradicional. Portanto, a melhor forma de tratar o componente subjetivo do domicílio pode ser por meio da sua decomposição em um elemento de proximidade qualitativo: *animus* de domicílio. Ao utilizar este qualificador, a expressão da vontade pelas partes envolvidas passa a ser obrigatoriamente expressa, eliminando a possibilidade de qualquer premissa legal que possa substituir a representação da verdadeira vontade das partes.

Para exemplificar como a decisão por um domicílio pode assumir diferente graus de intensidade de vontade, vejamos dois exemplos hipotéticos: a) o primeiro deles é o caso dos judeus brasileiros adultos – ou de judeus de qualquer outro país – domiciliados em Israel e que optaram por esse domicílio por entenderem ser esta a melhor forma de encontrar as raízes históricas e religiosas do seu povo. Há, neste exemplo, uma evidente busca por uma identidade cultural de uma forma completamente voluntária. O domicílio, neste exemplo, possui tanto o componente de *animus* como o de *facto*; e b) o segundo exemplo é o caso dos sírios que buscaram o Brasil como local de refúgio das condições de guerra civil que seu país se encontrou na segunda década do século XXI. Muitos deles chegaram ao Brasil como mera obra do acaso, escolhendo o nosso país por uma questão de maior facilidade logística de chegar ao Brasil, quando comparado com outros países. Nesse segundo exemplo, o domicílio em nosso país não representa, a priori, qualquer vínculo cultural ou de identidade com a nossa sociedade. Não houve, na verdade, uma liberdade volitiva substantiva na decisão pelo domicílio brasileiro, mas, sim, decisões que foram tomadas tendo em vista a autopreservação física.

No primeiro exemplo, no que diz respeito às questões do estatuto pessoal, a aplicação do Direito Internacional Privado brasileiro iria localizar o sistema normativo de Israel, pois o

nosso DIPr utiliza o elemento de conexão domicílio para localizar o Direito que irá reger as relações pessoais das partes. Por outro lado, se o DIPr brasileiro fosse mais substantivo e menos formal, seria localizado, de igual maneira, o sistema normativo de Israel. Desta maneira, tanto sob uma análise formalista do atual DIPr brasileiro, como sob uma análise substantiva, a localização coincidiria. A localização formal e substantiva coincide para este exemplo.

No entanto, no segundo exemplo, no que diz respeito às questões do estatuto pessoal, a aplicação do Direito Internacional Privado brasileiro iria localizar formalmente o sistema normativo do Brasil, como sendo aquele mais adequado a reger essa relação, pois o nosso DIPr utiliza o elemento de conexão domicílio para localizar o Direito que irá reger as relações pessoais das partes. Por outro lado, uma abordagem substantiva iria localizar o sistema normativo da Síria, como sendo aquele mais adequado a reger esta relação, pois possui maior vínculo sociocultural com as partes envolvidas. Nesse exemplo, o vínculo entre os sírios em nosso território tem natureza estritamente formal, definido pelo domicílio. A localização formal e substantiva não coincide para este exemplo.

Para finalizar esse tópico, faremos menção a uma referência de Savigny a Joseph Story, exemplificando a importância do domicílio para o Direito Internacional Privado:

> But Story, who proceeds entirely on the notions of the English law, assumes, notwithstanding, the idea of domicile as fundamental, and that precisely in the sense in which it is applied by writers on Roman law (chap.3 and 4). Domicile, therefore, must be recognised as, in fact, the universal principle of determination; and so, the writers referred to above (§ 358, a) have treated it as the true foundation of the subject-relation (in respect to private law).[136] (SAVIGNY, 1880, p. 128.)

7.3.2 **Elemento de proximidade idade de início de domicílio**

O elemento de proximidade idade de início de domicílio é um elemento qualificador do elemento de proximidade domicílio. Conforme já estabelecido nesta dissertação, o instituto do domicílio possui os componentes *animus* e *facto* que estão, respectivamente, vinculados à livre vontade do indivíduo e aos fatos em que esta vontade é exercida. O elemento de proximidade qualificador "idade de início de domicílio" está relacionado ao componente fático temporal do domicílio. É uma condição factual que vai determinar o momento de início

---

[136] *"Mas Story, que procede inteiramente com noções da lei inglesa, pressupõe, no entanto, a idéia do domicílio como fundamental, e isso precisamente no sentido em que é aplicada pelos escritores do direito romano (cap. 3 e 4). O domicílio, portanto, deve ser reconhecido como, de fato, o princípio universal da determinação; e assim os escritores referidos acima (§ 358, a) o trataram como o verdadeiro fundamento objeto da relação (no que diz respeito ao direito privado)."* (Tradução nossa.)

que uma pessoa em particular passou a residir num determinado país ou território.

É de conhecimento comum que quanto mais jovem uma pessoa esteja em contato com uma cultura ou com uma língua, mais facilmente ela se adaptará a essa cultura e mais facilmente aprenderá essa língua. Os iguais dez anos de domicílio em um país produzirão vínculos culturais distintos se estivermos falando de duas pessoas em diferentes fases etárias de suas vidas. Uma criança de três anos que resida num país estrangeiro por dez anos terá idêntico vínculo cultural que outra criança nativa, de igual idade, que sempre tenha vivido neste país, *coeteris paribus*. Por outro lado, não podemos dizer o mesmo sobre um adulto de trinta anos que venha a residir por dez anos num país estrangeiro. O grau do vínculo cultural desse adulto com o país estrangeiro vai depender de uma série de outros fatores a serem considerados. Por conseguinte, sob as mesmas condições, quanto mais nova uma pessoa venha a ter contato com uma determinada cultura, maior será o vínculo dela com essa cultura.

7.3.3 **Elemento de proximidade quantidade de anos de domicílio**

O elemento de proximidade quantidade de anos de domicílio é outro elemento do tipo qualificador. Assim como o elemento de proximidade qualificador idade de início de domicílio, o elemento de proximidade qualificador quantidade de anos de domicílio também está relacionado ao componente fático temporal do instituto jurídico domicílio. É uma condição factual que vai determinar a duração, em anos, que uma determinada pessoa residiu num determinado país ou território.

Esse elemento de proximidade qualificador é responsável por qualificar o elemento de proximidade domicílio, uma vez que aquele dimensiona a intensidade com que este deve ser ponderado na composição final do perfil material das partes. É intuitivo e esperado que quanto maior for a quantidade de anos de domicílio que uma pessoa experencie num país maior será a integração cultural com ele. Naturalmente, essa relação não é linear, tendendo a um ponto de saturação em que a partir de determinado limite o vínculo cultural não mais aumenta, não importando quanto venha a aumentar o período de domicílio.

Por conseguinte, o elemento de proximidade quantidade de anos de domicílio é um elemento acessório ao elemento de proximidade domicílio, assim como o elemento idade de início de domicílio.

7.3.4 **Elemento de proximidade ânimo de domicílio**

O elemento de proximidade ânimo de domicílio é outro elemento do tipo qualificador. Porém, diferentemente dos demais elementos de proximidade qualificadores idade de início de domicílio e quantidade de anos de domicílio, o ânimo de domicílio não está vinculado ao componente fático do instituto jurídico domicílio, mas está vinculado ao componente volitivo do instituto jurídico domicílio (como sua própria denominação indica). É uma condição que deve determinar a livre vontade do indivíduo em residir num determinado país ou território.

Esse elemento de proximidade qualificador é também responsável por qualificar o elemento de proximidade domicílio, uma vez que, assim como os seus demais elementos qualificadores, o ânimo de domicílio também dimensiona a intensidade com que o domicílio deve ser ponderado na composição final do perfil material das partes. Contudo, distintamente dos demais elementos qualificadores do domicílio, o elemento de proximidade ânimo de domicílio é aquele que possui uma natureza primordialmente discricionária, uma vez que cabe ao julgador determinar (tendo em vista o seu convencimento com base no caso em concreto) o quanto importante é o papel da livre vontade na escolha do domicílio, tendo em vista a localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada.

A ocorrência do elemento de proximidade ânimo de domicílio não tem natureza binária, no sentido de se apresentar nas formas de total presença ou total ausência. A vontade livre em residir em determinado país pode ser comprometida por fatores externos em diferentes graus, fazendo com que ela se apresente na forma de um *dégradé*, percorrendo todo o espectro volitivo. Esse comprometimento pode ser absoluto, quando a vontade livre é complemente extinta por meio de uma imposição irrefutável (domicílio legal, por exemplo) ou parcial, quando a vontade livre é afetada, porém não eliminada completamente (por exemplo, quando decisões socioeconômicas e ambientais forçam uma pessoa a migrar para outro país). Nesse aspecto, o ânimo de domicílio distingue-se dos elementos de proximidade qualificadores quantidade de anos de domicílio e idade de início de domicílio que possuem uma natureza mais objetiva e de fácil aferição.

Por conseguinte, o elemento de proximidade ânimo de domicílio é acessório ao elemento de proximidade domicílio, da mesma forma que os elementos idade de início de domicílio e quantidade de anos de domicílio. Normalmente, esses quatro elementos de proximidade são considerados em conjunto no levantamento do perfil material das partes.

7.4 **Elemento de proximidade nacionalidade**

O conceito de nacionalidade é tão importante para o Direito que podemos identificá-la como objeto de estudo em três distintas áreas específicas: no Direito Internacional Privado, no Direito Internacional Público e no Direito Constitucional. Para o Direito Internacional Privado a nacionalidade é um importante elemento de conexão para a resolução do conflito de leis no espaço. Para o Direito Internacional Público, o estudo da nacionalidade se faz presente tanto na forma de Direito Fundamental – conforme o artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos – como também no endereçamento via tratados, da questão dos apátridas. Para o Direito Constitucional, a nacionalidade se mostra importante à medida que as constituições passaram a elegê-la como tema a ser incluídos em seus textos e a jurisprudência passou a entendê-la como materialmente constitucional.

Na definição das suas regras de conflitos de leis no espaço, o Direito Internacional Privado nacional de alguns países estabeleceu a nacionalidade como um dos seus elementos de conexão. O que significa afirmar que para esses países, diante de um cenário em que mais de um sistema normativo se mostre elegível a reger uma determinada relação jurídica plurilocalizada do estatuto pessoal, tornando-se imperativo eleger aquele que seja mais adequado, será utilizado o elemento de conexão nacionalidade. Contudo, como adequação é um conceito jurídico indeterminado, é preciso definir – como premissa básica – o que vem a ser adequado, dentro do contexto específico de localização de sistemas normativos para relações jurídicas plurilocalizadas. Adequado é aquele sistema normativo que, pelo princípio da proximidade, seja mais vinculado com as partes envolvidas, num sentido amplo de identidade sociocultural. O conceito de cultura é bem sintetizado por Guy Rocher, numa acepção que pode ser caracterizada como sendo bem abrangente:

> [...] a cultura é um conjunto articulado de maneiras de pensar, de sentir e de agir mais ou menos formalizadas que, sendo apreendidas e partilhadas por uma pluralidade de pessoas, servem, de uma maneira simultaneamente objectiva e simbólica, para organizar essas pessoas numa colectividade particular e distinta.[137]

Ao se buscar a identidade cultural entre os sistemas normativos e as partes envolvidas, utilizando-se do elemento de conexão nacionalidade, é natural que o conceito de nacionalidade que melhor venha atender a esse objetivo será aquele com maior viés sociológico e menor viés jurídico. A Sociologia é a ciência que estuda as relações que se estabelecem de forma consciente – ou ainda inconsciente – entre os indivíduos organizados em sociedade ou em grupo social. Sob esse viés sociológico, a nacionalidade agrupa e identifica as pessoas em comunidades, com base em suas características globais comuns, as

[137] ROCHER, Guy. **Sociologia Geral 1**. Lisboa: Editora Presença, 1971.

quais Maurice Duverge denomina de "conjunto cultura"[138], ou seja, os elementos culturais que constituem uma comunidade. Desta forma, podemos afirmar que a nacionalidade estabelece uma relação de pertinência entre uma comunidade e seus membros, sob uma perspectiva sociológica.

O conceito normativo de nacionalidade é definido como o vínculo jurídico e político entre um indivíduo e o seu Estado, estabelecendo, adicionalmente, ser direito de cada Estado determinar quem é seu nacional e quem é estrangeiro. Esse conceito é bem claro na definição de Alexandre de Moraes:

> É o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos. [139]

Para compreendermos a nacionalidade em toda a sua extensão, tendo em vista o objeto desta dissertação, navegaremos por conceitos relacionados, tais como Estado, Nação, tipos de nacionalidade, seus princípios, suas formas de aquisição e perda, assim como também o histórico constitucional de concessão de nacionalidade em nosso país. Será importante também relacionar os direitos fundamentais à nacionalidade e aos conflitos positivos e conflitos negativos, tais como as situações de polipátridas e apátridas.

Como mencionamos anteriormente, sob a ótica do Direito, a nacionalidade é o vínculo jurídico e político que relaciona uma pessoa a um determinado Estado, tornando essa pessoa membro de seu povo, com todos os direitos e deveres que essa qualidade traz consigo. Sob a ótica sociológica, a nacionalidade define relações mais profundas, vínculos mais fortes, pois eles têm sua origem em relações de natureza cultural, psicológica, racial e religiosa. Ser nacional dentro de uma óptica sociológica significa fazer parte de uma comunidade, possuir uma identidade cultural com um país.

No entanto, se for considerada como pacífica a definição jurídica de nacionalidade entre os estudiosos, o mesmo não ocorre quando a nacionalidade é abordada sob uma ótica estritamente sociológica. Max Weber explora em *Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva*, no tópico sobre a nação, os elementos que podem constituir ou caracterizar a nacionalidade. Segundo ele, o sentimento de prestígio político e de poder, no contexto de determinada comunidade, faz nascer o sentimento de nação para aqueles que se

---

[138] DUVERGER, Maurice. **Sociologia Política.** Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1966.

[139] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218.

sentem parte desta comunidade. É comum e esperado o sentimento de solidariedade entre os membros daqueles que se consideram parte de uma nação, no entanto, a dificuldade reside em delimitar essa comunidade, pois os membros de uma nação não correspondem necessariamente ao povo de um país, uma vez que um país pode conter diversas nações em suas fronteiras – vide exemplo da Espanha que possui dentro do seu território as nações basca, catalã, navarra, andaluza e galega.

A nacionalidade também não corresponde, necessariamente, a uma comunidade linguística, pois compartilhar uma determinada língua não é suficiente para se estabelecer o sentimento nacional. Diversas nações compartilham a língua inglesa, espanhola ou portuguesa, sem que isso as torne uma única nação. Outra característica que isoladamente também não garante o sentimento de nação é o vínculo étnico, racial. A pertinência nacional pode prescindir do elemento raça. Um interessante exemplo dado por Weber, dentro do contexto histórico em que foi escrito, diz respeito à escravidão americana, quando cita:

> Os negros dos Estados Unidos devem considerar-se, pelo menos atualmente, membros da 'nação' americana, mas os brancos dos Estados sulistas dificilmente os considerarão como tais. [140]

São muitas as variáveis culturais que podem vir a constituir o sentimento de pertinência a uma determinada comunidade, dando origem ao sentimento nacional. Podemos citar, como exemplos, a língua, a religião, a raça ou etnia, a solidariedade, nascida das experiências em comum, vínculos históricos etc. É o que Weber chama de "casuística sociológica":

> Uma casuística sociológica, em face do conceito valorativo empiricamente multívoco da "ideia de nação", teria que desenvolver todas as espécies de sentimentos de comunidade e solidariedade em suas condições de origem e suas consequências para a ação social dos participantes. (WEBER, 2004, p. 175.)

Para Weber, a ideia de nação, assim como também a de nacionalismo, pode possuir íntima relação com a pretensão por prestígio e reconhecimento políticos, orientada pelo poder. Aqueles grupos detentores do poder político são justamente aqueles que mais promovem a ideia de Estado e nação.

Juntamente com a manipulação política pelo poder, o nacionalismo também é fruto da identidade cultural individual de cada pessoa com a comunidade social com a qual ela se

[140] WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 2. 1. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. p. 173.

identifica, em termos de valores e objetivos, possuindo sentimento de solidariedade com os demais membros. O sentimento de pertinência pode ser profundo ou não, mas, de uma forma geral, tem fundamento nos complexos de valores culturais que uma determinada pessoa carrega consigo, sendo, então, imprescindível como fator de análise cultural de um indivíduo.

7.4.1 **Conceitos**

A nacionalidade é de tamanha importância para o Direito Internacional e, em particular para o Direito Internacional Privado, que em seu estudo surgem duas distintas vertentes: a) como um dos seus objetos; e b) como um dos seus mais utilizados elementos de conexão. Devido a essa grande vinculação entre a nacionalidade e o Direito Internacional não é possível deixar de rever alguns conceitos da teoria do Estado que tratam do tema da nacionalidade, tendo em vista uma melhor compreensão do contexto deste estudo.

O primeiro deles é o conceito de nação. A palavra nação vem do latim *natio* que se deriva de nascer, nascimento, possuindo também uma acepção relacionada a povo ou espécie. Sob uma ótica sociológica objetiva, podemos definir nação como o agrupamento de pessoas que normalmente compartilham igual língua, costumes, tradições, religião, raça, território, interesses e necessidades. Porém, a característica mais marcante das pessoas que compõem a nação é de natureza subjetiva, pois diz respeito à sua consciência nacional, à sua convicção de querer uma vida em comum neste particular grupo humano que, por sua natureza particular, distingue-se de todas as demais.

Outro conceito importante relacionado à nacionalidade é o conceito de Estado, que por ser de natureza jurídica, possui uma definição mais restrita quando comparada com aquela definição sociológica de nação, que é mais aberta. O Estado é definido como uma sociedade política, criada pela vontade de unificação e desenvolvimento do homem, com intuito de regulamentar, preservar o interesse público. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o Estado pode ser definido como sendo:

> [...] todas as sociedades políticas que, com uma autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.[141]

O Estado é produto de uma visão pragmática, que o reconhece como necessário, tendo em vista que nenhum ser humano basta a si mesmo, sendo todos eles dependentes da complexa evolução da sociedade contemporânea. Para preservar o bem comum, a sociedade

[141] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Editora Saraiva. 30ª edição. São Paulo. 2011. p. 59.

delega ao Estado, via um contrato social original, a centralização do poder e da coação que em conjunto com o povo, o território e a soberania compõem os seus elementos constitutivos. Essa visão contratual do Estado é bem explicada por Immanuel Kant:

> O ato pelo qual um povo se constitui num Estado é o contrato original. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (*omnes et singuli*) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Estado (*universi*). E não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma parte de sua liberdade externa inata a favor de um fim, mas, ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que esta dependência surge de sua própria vontade legisladora.[142]

Essa é uma visão também compartilhada por Kelsen, principalmente no que diz respeito à questão da coercividade estatal:

> O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva. (KELSEN, 2000, p. 273)

Essa perspectiva sobre o Estado é compatível com a visão de Weber, que vê na coação uma característica necessária ao Estado, por ser ele uma entidade de dominação institucional com o monopólio da violência legítima:

> Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território - este, o "território", faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do "direito" de exercer coação. (WEBER, 2004, p. 525.)

É nítida a diferença entre os conceitos de Estado e de nação – a primeira possui uma abordagem sociológica; a segunda, uma abordagem política e jurídica, no sentido de ser o Estado a institucionalização da nação. Como vimos, a relação entre Estado e nação também não é biunívoca, uma vez que há Estados – como a Espanha – em que diferentes nações compartilham igual estrutura jurídico-administrativa estatal e, por outro lado, há nações que não possuem Estados – como a nação curda, que se distribui por diversos Estados (Armênia, Azerbaijão, Irã, Iraque, Síria e Turquia).

A procura pela valorização da identidade nacional, que é o sentimento de fazer parte de uma nação, compartilhando uma única história, as mesmas tradições, valores, religião e

---

[142] KANT. Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Tradução: Edson Bini. Edipro – Edições Profissionais Ltda. São Paulo. 2003. p. 158.

cultura, é denominada de “nacionalismo”. A história recente, no século XX, ensina que se deve tomar um especial cuidado com o chamado nacionalismo exacerbado, pois, normalmente, ele se apresenta como uma forma de intolerância a outras culturas e populações, transformando um sentimento positivo de valorização de sua cultura nacional em um meio de discriminação de outros povos.

Podemos listar como elementos constitutivos do Estado, o seu povo ou população, o seu território, o seu governo e a soberania.

A soberania é o poder que o Estado possui de se organizar juridicamente e de impor, nos limites do seu território, a força de suas decisões, oriundas da vontade geral da nação. É a autoridade suprema do Estado junto aos seus cidadãos, não conhecendo ordem superior, seja ela externa ou interna. A importância da soberania para o Estado moderno é de tal magnitude que já no seu artigo 1º, a nossa constituição a menciona como sendo o primeiro fundamento do Estado brasileiro:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; [...].

A ausência da soberania leva alguns estudiosos a considerar o Estado como não sendo perfeito, como é o caso de alguns países que fazem parte da coroa britânica, como, por exemplo, o Canadá. Sendo a rainha da Inglaterra, Elizabeth II, também rainha do Canadá e sendo ela quem delega os poderes de governo ao Governador Geral do Canadá, é possível se concluir que este país é uma monarquia constitucional regida pela rainha da coroa britânica. Parece irrefutável haver uma relativização da soberania canadense por um poder que lhe é externo.

O povo é o grupo humano sujeito à soberania e às leis estatais e é detentor de direitos e deveres para com o seu Estado. Não há como ser confundir o conceito de povo com o de população, uma vez que este último designa uma mera expressão numérica, demográfica ou econômica, a qual compreende o conjunto de pessoas que vive no território de um Estado ou que esteja temporariamente nele. A população prescinde de qualquer relação ética, política, ou jurídica com o Estado no qual se encontra. Portanto, não basta que uma pessoa esteja dentro do território de um determinado Estado para que ela possa se subsumir na condição de povo, pois é imprescindível, para tanto, que haja um vínculo jurídico especial entre esta pessoa e este Estado.

Sob uma perspectiva sociológica, o povo é entendido como um grupo de pessoas que se identificam como pertencentes a uma única comunidade seja sob uma visão ética, racial ou por compartilhar iguais objetivos. Na perspectiva sociológica de povo, os seus componentes compartilham vínculos históricos, religiosos e culturais e, nesta acepção, de certa forma, o povo identifica-se com o conceito de nação e é independente da existência de um Estado jurídico.

Outro conceito que merece especial atenção é o conceito de cidadania, principalmente devido à proximidade que ele possui com o conceito de nacionalidade. A cidadania está relacionada com a prática dos direitos políticos e civis de um cidadão. Segundo Dolinger, a cidadania pressupõe a nacionalidade (é necessária a menção à exceção feita aos portugueses com relação ao Brasil, uma vez que eles podem possuir certos direitos políticos, sem serem cidadãos brasileiros). Portanto, a cidadania pode ser vista como um conteúdo adicional à nacionalidade:

> [...] nacionalidade é vínculo jurídico que une, liga, vincula o indivíduo ao Estado e a cidadania representa um conteúdo adicional de caráter político, que faculta à pessoa certos direitos políticos, como o dever de votar e ser eleito. (DOLINGER, 2014, p. 45.)

Jorge Miranda relaciona bem os conceitos de povo e cidadão com os seus respectivos direitos e deveres:

> [...] o povo é a comunidade dos cidadãos ou súditos, a "*universitas civium*". E porque o poder sobre todos recai e a lei a todos se dirige, bem pode aduzir-se que a regra fundamental que lhe preside vem a ser da unidade, a qual postula, logicamente, universalidade e igualdade de direitos e deveres.[143]

O território é a base espacial do poder político e jurisdicional do Estado, onde este último pode desenvolver toda a sua atividade, o seu poder público. É o elemento material onde o exercício do poder coercitivo é desenvolvido. É composto pela terra, incluindo o subsolo e as águas internas (rios, lagos, baias etc.), pelo mar territorial, pela plataforma continental e pelo espaço aéreo. O vocábulo território tem origem no verbo latim *terreo*, que tem o significado associado à intimidação ou ao medo. Nessa acepção, é coerente a definição acima, uma vez que relaciona o território ao espaço em que o Estado exerce o seu poder.

Segundo Georg Jellinek, território é a porção de terra ou espaço em que o poder do

[143] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo III - Estrutura Constitucional do Estado, 4. ed. Coimbra, 1998.

Estado pode desenvolver sua atividade específica, ou seja, o poder público. Acrescenta o autor que a significação jurídica do território se exterioriza de duas maneiras distintas: uma negativa, que garante ao Estado o exercício exclusivo de sua autoridade dentro de um determinado território, excluindo qualquer outra forma de autoridade; e uma positiva, pois as pessoas que se acham em um dado território estão submetidas ao poder do Estado:

> El fundamento exterior de la unidad asociativa del Estado está formado por una parte limitada de la superficie de la tierra. Tiene un territorio es decir un dominio limitado en el espacio sobre el cual sólo él ejerce el poder. Se puede determinar, pues desde este punto de vista el concepto del Estado como la unidad de asociación de hombres domiciliados em un territorio.[144]

Para a teoria geral do Estado, governo é o conjunto das funções essenciais à manutenção da ordem jurídica e da administração pública. Ele pode ser considerado também como sendo o conjunto de órgãos que regem a administração pública e a política do Estado ou como o poder executivo, propriamente dito, exercendo a função diretiva dos negócios públicos. A vinculação entre governo e soberania é imediata.

Os conceitos de nação, Estado, com seus elementos constitutivos – povo, governo, território e soberania – são essenciais para a compreensão do conceito de nacionalidade, pois todos eles estão intimamente relacionados. Entender esses elementos e a sua natureza sociológica, permitirão a compreensão da nacionalidade, como elemento de identidade cultural e pessoal, que é essencial na determinação da proximidade dos indivíduos com os sistemas normativos elegíveis a regerem as suas relações normativas. A nacionalidade, na maior parte das vezes, é um indicativo essencial de pertinência de um indivíduo a uma determinada cultura e, nesses casos, mandatória como elemento de determinação da localização de sistemas plurilocalizados de Direito Internacional Privado.

7.5 **Elemento de proximidade conhecimento da língua**

Não há um elemento que isoladamente mais influencie a integração com a cultura de um povo do que o conhecimento de sua língua. De uma forma ou de outra, todas as características culturais de uma sociedade acabam sendo expressas na linguagem que ela desenvolve. Por outro lado, não há elemento que individualmente mais impeça o

---

[144] JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Primera edición en español, Trad. Espanhola de Fernando de Los Rios. Mexico, 2000.
"*O fundamento exterior da unidade associativa do Estado está formado por uma parte limitada da superfície da terra. Ter um território é possuir um domínio limitado no espaço sobre o qual ele exerce o poder sozinho. Pode-se determinar a partir deste ponto de vista o conceito de Estado como a unidade de associação de pessoas domiciliadas num território*. " (Tradução nossa.)

conhecimento da cultura de um povo do que o desconhecimento da sua língua, tanto a falada como a escrita.

Elvo Clemente evidencia esse vínculo entre linguagem e cultura quando afirma:

> Língua e cultura, cultura e língua se interpenetram se coadjuvam na epifania do ser humano em sua expressão e na manifestação do seu eu. [...] O conhecimento de língua abre janelas, amplia horizontes, promove as pessoas, une distâncias, confraterniza com as gentes de polos e hemisférios diferentes. [145]

Sob a perspectiva dos elementos de proximidade, é possível afirmar que nenhum outro elemento de proximidade possui tamanha capacidade de impedir, de forma tão efetiva, a criação de vínculos culturais entre as pessoas, como a falta de conhecimento de uma língua em comum. A compreensão de uma das línguas majoritárias de um povo é praticamente mandatória para que seja possível a inserção cultural no seio de sua sociedade. O entendimento da língua praticada por um grupo social é um elemento essencial na integração a este grupo, pois é ele que permite as mais diversas formas de expressão e manifestação da cultura humana, conforme nos esclarece Clemente:

> O ser humano pensa, medita e se comunica através da linguagem. A linguagem se apresenta como fenômeno tão polifacético e que impregna em medida tão considerável as restantes manifestações do homem [...]. (CLEMENTE, 1994, p. 11.)

No contexto globalizado do mundo atual, em que diferentes povos se misturam nas grandes cidades, não é mais possível se diferenciar o estrangeiro do nacional utilizando-se apenas das características físicas, com base na raça. Em grandes centros urbanos, tais como Nova York, Rio de Janeiro, Londres etc., tem-se um verdadeiro mosaico racial, tornando-se impraticável a identificação das pessoas nativas ou não, tendo por base tão somente a sua aparência física.

Nas sociedades globalizadas de hoje a língua é o verdadeiro elemento discriminador; é ela que identificará aquele que é socialmente considerado como nativo ou estrangeiro de uma nação em particular. Atualmente, a identificação sumária entre estrangeiros e nacionais normalmente é realizada pela capacidade de os indivíduos se expressarem na língua nativa, de forma fluente e sem sotaque estrangeiro. Ainda que o estrangeiro fale fluentemente a língua local, o sotaque o acompanhará, identificando-o como um elemento alienígena àquela comunidade.

---

[145] CLEMENTE, Elvo. **Integração Lingua, Cultura.** Coleção Cone Sul. Vol 1. Porto Alegre: EDIPUCRS 1994. pp. 13-31.

Lev Semenovich Vygotsky, em um estudo sobre a relação entre o desenvolvimento da percepção infantil e a linguagem, identificou uma vinculação direta entre as duas, na forma de processamento analítico sequencial, o qual é requerido pela linguagem:

> O papel da linguagem na percepção é surpreendente, dadas as tendências opostas implícitas na natureza dos processos de percepção visual e da linguagem. Elementos independentes num campo visual são percebidos simultaneamente; nesse sentido, a percepção visual é integral. A fala, por outro lado, requer um processamento sequencial. Os elementos, separadamente, são rotulados e, então, conectados numa estrutura de sentença, tornando a fala essencialmente analítica.[146]

A completa compreensão de uma linguagem demanda, além do conhecimento formal de sua gramática e de seu vocabulário, o conhecimento do seu contexto social e das extensas referências explícitas e implícitas que essa língua possui com a cultura como um todo. A falta de conhecimento dessa cultura, nas suas formas mais singelas de manifestações cotidianas do dia a dia (tais como anedotas, referências a personagens conhecidas, estórias, filmes, músicas, enfim, qualquer evento ou fato que tenha tido uma significativa repercussão dentro da comunidade), dificulta a compreensão das expressões idiomáticas que tenham como referências essas manifestações.

A linguagem se forma dentro do contexto cultural de uma sociedade e, sem o conhecimento desse contexto, a compreensão da língua cotidiana se torna muito limitada. O estrangeiro que carece do conhecimento da cultura local e de suas referências internas, ainda que conheça o significado individual de cada palavra na frase, fica limitado no entendimento semântico, tornando a sua comunicação comprometida. Essa compreensão da língua, a partir de uma perspectiva exterior a ela mesma e à própria consciência humana, é enfatizada por Lèvi-Strauss:

> Pois a língua não reside nem na razão analítica dos antigos gramáticos, nem na dialética constituída da linguística estrutural, nem na dialética constituinte da *práxis* individual confrontada com o prático-inerte, já que todas as três a supõem. A linguística coloca-nos na presença de um ser dialético e totalizante, mas exterior (ou inferior) à consciência e à vontade. Totalização não reflexiva, a língua é uma razão humana que tem suas razões e que o homem não conhece.[147]

Como exemplo da necessária referência cultural para a completa compreensão de uma língua, vamos relembrar um conhecido caso na história da propaganda no Brasil. No final da década de 1970 e início dos anos 1980, era muito conhecida a propaganda do cigarro *Vila Rica*

---

[146] VYGOTSKY, Lev Semenovich. **A Formação Social da Mente. 4ª** Edição. Ed. Livraria Martins Fontes. São Paulo. 1991. p. 25.

[147] LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem.** Tradução: Tânia Pellegrini - Campinas, SP. Editora Papirus. 8ª ed. 1989. p. 280.

protagonizada por Gerson, ex-jogador de futebol da seleção brasileira de 1970. Nessa propaganda, Gerson afirmava que era importante tirar vantagem em tudo e, por isso, recomendava a marca de cigarro *Vila Rica*. Essa ideia de tirar vantagem em tudo acabou ficando conhecida como "Lei Gerson", que se associou, de forma definitiva, à imagem do jogador. Mais à frente na história do país, esse conceito de tirar vantagem em tudo passou a ter uma grande rejeição social, causando enorme problema para imagem pública do jogador. Para compreender o sentido social de uma referência à chamada Lei Gerson, não basta ao estrangeiro tão somente o conhecimento da língua em si, mas também é preciso a sua contextualização sociológica. Sem essa contextualização, a tradução literal de Lei Gerson, ainda que gramaticalmente perfeita, não terá qualquer significado. Esse é apenas um exemplo para demonstrar o alto grau de vinculação existente entre contexto cultural e o contexto da linguagem.

Durante a fase de conhecimento das partes, na qual o magistrado almeja determinar o seu grau de vinculação com o sistema normativo de um determinado país elegível à localização, o conhecimento da língua local é fator essencial a ser considerado na decisão. A incapacidade de uma pessoa em entender e se expressar nas línguas nativas de um país é um forte indício de que não existe uma proximidade significativa desta pessoa com a cultura do referido país.

Fechamos esse tópico com as palavras de Roque de Barros Laraia, ao relacionar a dependência recíproca entre a linguagem humana como produto de uma cultura; e esta cultura como berço do desenvolvimento da linguagem:

> Assim sendo, a comunicação é um processo cultural. Mais explicitamente, a linguagem humana é um produto da cultura, mas não existiria cultura se o homem não tivesse a possibilidade de desenvolver um sistema articulado de comunicação oral. [148]

Portanto, é irrefutável a importância de reconhecer o grande peso que o conhecimento de uma das línguas majoritárias de um país para que seja possível uma localização substancial do sistema normativo mais próximo das partes. Se não houver o domínio pelas partes de uma das línguas praticadas no país é imprescindível que a combinação de outros elementos de proximidade venha evidenciar a vinculação entre elas e o sistema normativo do país a ser localizado.

7.6 **Elemento de proximidade participação no mercado de trabalho**

[148] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura um conceito antropológico**. 14ª ed. Rio de Janeiro. Zahar Ed. 2001. p. 52.

Outro importante elemento de proximidade revelador do grau de vinculação cultural de uma pessoa com um país é a sua participação no mercado de trabalho deste país. O trabalho é um dos mais fortes elementos indicativos de integração social em uma sociedade, uma vez que ele permite que o indivíduo participe na geração do produto econômico desta sociedade e, concomitantemente, extraia dela o seu sustento, criando, desta forma, uma relação bilateral de dependência e interesses.

Participar na geração do produto econômico e social de uma comunidade tem a capacidade de elevar a autoestima pessoal, dando confiança e determinação para a integração social num plano mais amplo. Por outro lado, o desemprego leva a uma alienação social que praticamente inviabiliza a integração do estrangeiro à cultura do novo país. A circunstância de uma pessoa ser estrangeira a uma comunidade e, ao mesmo tempo, estar em um estado de permanente desemprego, praticamente torna inviável a possibilidade de integração sociocultural dela a esta sociedade.

A fundamentação da influência que o trabalho desempenha na integração sociocultural de uma pessoa a um grupo social está vinculada com a importância do trabalho para esse grupo. A relevância social dada ao trabalho, desde as formas mais primitivas de civilizações, é intimamente vinculada à própria sobrevivência desta sociedade. O trabalho, como fator provedor da subsistência material das sociedades, tornou-se cada vez mais importante, à medida que os grupos humanos se tornavam mais complexos e demandavam mais recursos para se permanecerem vivos e coesos. Conceitos morais, religiosos e éticos relacionados ao trabalho foram desenvolvidos pelas sociedades organizadas para elevá-lo a um patamar de valorização compatível com as necessidades que estas sociedades tinham do produto deste trabalho.

O reconhecimento social da relevância do trabalho se tornou uma questão de sobrevivência para as sociedades humanas, de modo que a atividade laboral passou a ser compreendida como fonte de dignidade, honestidade, dever moral etc. A ociosidade, por outro lado, passou a ser vista como um grande mal, que deveria ser penalizada, seja na forma de recriminação social, moral, religiosa ou ainda jurídica. Não exercer uma atividade laboral passou a ser visto como algo indigno, desonesto, ser incapacitado. Leis foram criadas para reprimir a ociosidade, escalando-se a repreensão, que inicialmente era apenas moral e religiosa, para a esfera legal. A indignidade e a desonestidade associadas à ociosidade passaram a ser vistas como crimes, gerando sofrimento humano àqueles que se vissem desprovidos de trabalho.

Há uma estreita relação entre os sistemas político-econômicos de uma sociedade e a forma de reconhecimento e de valorização do trabalho. Na Idade Média, o sistema econômico feudal visava apenas à subsistência, o trabalho era reconhecido por sua relação direta com a sobrevivência e reconhecido socialmente em igual proporção. A Igreja Católica, a grande força impositora de valores morais neste período, também reconhecia o valor do trabalho, permitindo a entrada nos reinos dos céus àqueles que arduamente trabalhassem. A Igreja Protestante agregou à ética religiosa a permissão de se auferir lucros, compatibilizando os dogmas cristãos com a visão secular capitalista que viria a surgir mais à frente.

Para o sistema capitalismo, o modo de produção de subsistência feudal já não era mais suficiente, pois ele demanda o acúmulo de capitais, auferido por meio da produção em massa. Neste sistema, o papel social do trabalho foi alçado a um patamar mais elevado, quando comparado àquele das sociedades feudais. No capitalismo, cidadão digno é aquele que trabalha arduamente, participando cada vez mais na geração do produto social. O prestígio e a aceitação do indivíduo na sociedade passam a ser atrelados à sua capacidade produtiva.

Por outro lado, o socialismo também se fundamentou na valorização do trabalho, no entanto, sob uma ótica distinta daquela do capitalismo. O caráter do trabalho, sob a visão socialista, adquire uma dimensão mais social do que financeira – a sua valorização se fundamenta na participação de cada indivíduo para a construção de uma sociedade melhor, e esta construção é pavimentada pelo trabalho de cada um.

A economia tem por objeto primordial os interesses da sociedade de uma forma geral, sociedade esta cuja organização social é estruturada para suprir as necessidades fundamentais das pessoas, tais como: a educação, a saúde, a segurança, o emprego, a moradia, o vestuário etc. Outra importante distinção entre o modo de produção capitalista e o modo de produção socialista de caracteriza pela planificação da economia desde último, onde são transferidos os meios de produção da sociedade, como um todo, para o Estado, ocorrendo uma apropriação social de todos os meios de produção.

A importância do trabalho para o homem em sociedade pode ser verificada nas palavras de Marx e Engels, ao afirmarem que “O que os indivíduos são, portanto, depende das condições materiais de sua produção.”:

> Pode-se distinguir os homens dos animais pela consciência, pela religião ou pelo que se queira. Mas eles mesmos começam a se distinguir dos animais tão logo começam a produzir seus meios de vida, passo que é condicionado por sua organização

> corporal. Ao produzir seus meios de vida, os homens produzem, indiretamente, sua própria vida material.
> O modo pelo qual os homens produzem seus meios de vida depende, antes de tudo, da própria constituição dos meios de vida já encontrados e que eles têm de reproduzir. Esse modo de produção não deve ser considerado meramente sob o aspecto de ser a reprodução da existência física dos indivíduos. Ele é, muito mais, uma forma determinada de sua atividade, uma forma determinada de exteriorizar sua vida, um determinado modo de vida desses indivíduos. Tal como os indivíduos exteriorizam sua vida, assim são eles. O que eles são coincide, pois, com sua produção, tanto com o que produzem como também com o modo como produzem. O que os indivíduos são, portanto, depende das condições materiais de sua produção. [149]

Com outra abordagem, Émile Durkheim compreendia que a evolução social e o crescimento quantitativo e qualitativo das sociedades levaram à especialização das funções sociais desempenhadas por cada um de seus membros, tendo como consequência a divisão social do trabalho. Na nova sociedade capitalista, complexa e orgânica, cada membro depende dos demais para que as mais simples tarefas possam ser realizadas, criando-se uma dependência mútua e completa entre todos aqueles que fazem parte dela. Sob esse enfoque, o trabalho passa a ser um fértil campo para a disseminação da solidariedade e de valores morais entre seus membros.

A função da divisão social do trabalho, além de desempenhar o papel de fator econômico de expansão sustentada da produção social, permite também o desenvolvimento de uma solidariedade social, que tem por fundamentação o sistema de direitos e deveres criados entre as pessoas, de modo a tornar equilibrada e sustentável a complexa relação de trocas econômicas. A divisão social do trabalho traz sentido às atividades desempenhadas por cada trabalhador, estabelecendo uma solidariedade entre eles, ampliando a harmonia, a integração e a coesão na sociedade contemporânea. Desta forma, é evidente a importância do trabalho na integração individual de cada pessoa a um grupo social, principalmente tendo em vista a perspectiva da divisão do trabalho na sociedade moderna, conforme nos esclarece Durkheim:

> À medida que avançamos na evolução, os vínculos que prendem um indivíduo à sua família, ao solo natal, às tradições que o passado lhe legou, aos usos coletivos do grupo se distendem. Mais móvel, ele se muda mais facilmente de meio, deixa os seus para viver em outro lugar uma vida mais autônoma, forma cada vez mais suas próprias ideias e sentimentos [...] eis o que constitui o valor moral da divisão do trabalho. É que, por ela, o indivíduo retoma a consciência de seu estado de dependência para com a sociedade; é dela que vêm as forças que o retêm e o contêm. Numa palavra, já que a divisão do trabalho se torna a fonte eminente da solidariedade social, ela se torna, ao mesmo tempo, a base da ordem moral. [150]

---

[149] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã.** Boitempo editorial. São Paulo. 2007. p. 87.
[150] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 422-423.

É possível perceber que, seja qual for o sistema econômico em estudo ou o momento histórico a ser considerado, o trabalho sempre possuiu um valor inerente para a sociedade, ainda que de maneiras distintas, que variam a depender do momento histórico, do modo de produção, da classe ou casta social.

Dentro desta perspectiva, o elemento de conexão participação no mercado de trabalho é, normalmente, essencial para uma completa compreensão da proximidade que determinado indivíduo possui com a cultura de uma nação. Uma pessoa que trabalhou no mercado de trabalho de um determinado país, adaptando-se às suas formas de produção, estará, a princípio, muito mais propensa a uma adaptação à cultura e ao Direito deste país, quando comparada com outra que não possua esta experiência.

7.6.1 **Elemento de proximidade tempo de participação no mercado de trabalho**

O elemento de proximidade tempo de participação no mercado de trabalho é um elemento qualificador do elemento participação no mercado de trabalho**.** Ele dimensiona o peso que deve ser concedido à experiência profissional em terras estrangeiras. Quanto mais anos de experiência de trabalho houver, é esperado um maior vínculo cultural entre o profissional e o país no qual se desenvolveu a atividade laboral.

Ao analisar a participação no mercado de trabalho estrangeiro para aferir o vínculo cultural entre o sujeito e esse país, o julgador deverá dimensioná-lo com base na duração do tempo em que ele ocorreu. Naturalmente, de forma discricionária, o magistrado pode conferir um período máximo para que a pessoa possa adquirir o maior peso possível a ser concedido ao elemento de proximidade participação no mercado de trabalho.

Se for desejável a determinação de um tempo máximo a ser considerado para efeitos de análise de proximidade, tendo por base a natureza do trabalho exercido, as condições socioeconômicas gerais em que o trabalhador se encontrava, assim como também as características subjetivas do trabalhador, o decurso de dez anos parece ser o período mais adequado para se considerar que a máxima adaptação à atividade laboral tenha sido atingida.

7.6.2 **Elemento de proximidade nível cognitivo do trabalho**

Outro elemento qualificador associado ao elemento participação no mercado de trabalho é o elemento nível cognitivo do trabalho. O nível cognitivo da natureza do trabalho que a pessoa exerce é importante na medida em que quanto maior ele for, maior será a exigência pela compreensão dos valores sociais associados ao seu desempenho.

A compreensão dos valores sociais de uma cultura estrangeira, por uma determinada pessoa, requer a capacidade cognitiva de diferenciação daqueles valores que são distintos dos seus próprios. Demanda a criação de uma distinta escala de valores compatíveis com a nova sociedade da qual essa pessoa venha a fazer parte. O autoconhecimento dos seus valores individuais, como pessoa, dos valores de seu país de origem e dos valores do seu país de residência permitirá uma adaptação mais equilibrada e efetiva à nova cultura.

Nesse contexto, o nível intelectual do tipo de trabalho que a pessoa exerce no país estrangeiro é muito importante para a ponderação do efetivo vínculo que ela possui com a nova cultura, uma vez que quanto maior for a capacidade cognitiva demandada por uma atividade laboral, maior é a expectativa de compreensão dos novos valores culturais por parte de quem a exerce. A maior capacidade para compreender novos valores culturais, de uma forma geral, propicia ao indivíduo uma maior adaptabilidade a uma cultura estrangeira.

Por exemplo, seja o caso de um professor estrangeiro que trabalhe numa universidade pública brasileira, por um período superior a uma década. É natural se esperar deste professor uma grande compreensão dos valores sociais da sociedade brasileira, assim como também uma adequada capacidade de adaptação ao nosso país. Por outro lado, imagine um estrangeiro que viva em condições de semiescravidão, desenvolvendo um trabalho repetitivo, sem qualquer especialização, também por igual período de uma década. Sob essas condições tão precárias, é difícil estabelecer o grau de compreensão deste trabalhador com os valores sociais do nosso país, ainda que o período de convivência com a nossa sociedade seja prolongado, uma vez que nas condições de semiescravidão as durações do trabalho e da residência podem não ser tão relevantes.

Em seu livro *Desenvolvimento Humano*, Diane Papalia nos fornece uma visão geral do desenvolvimento do homem em todas as suas fases etárias.[151] Há uma referência à teoria sociocultural de Vygotsky, na qual é estabelecida a relação entre o desenvolvimento cognitivo da pessoa – aplicado às crianças – e o seu ambiente social. Por meio de um processo cooperativo, ocorre o desenvolvimento do ser humano no seio de uma determinada sociedade – ou subgrupo desta sociedade – de modo que o indivíduo possa internalizar os modos de pensamento, comportamentos e normas desta sociedade. A adaptação do indivíduo a uma cultura é fruto da combinação de diversos fatores humanos – físico, psicológico, psicossocial – em que a capacidade cognitiva desempenha um papel fundamental.

[151] PAPALIA, Diane E. **Desenvolvimento Humano**. New York. Mc Graw Hill. 12ª ed. 2013, p. 83.

Desta forma, é possível concluir que quanto maior for a exigência do nível cognitivo do trabalho desempenhado pelo sujeito no exterior, maior será a demanda por compreensão dos valores sociais dessa cultura. Portanto, o elemento de proximidade nível cognitivo do trabalho é um importante elemento qualificador de aferição da proximidade da pessoa à cultura de um país.

7.7 **Elemento de proximidade família estrangeira**

Se tivéssemos que escolher o mais significativo elemento de proximidade, pela sua importância e impacto individual no vínculo cultural entre as partes e o sistema normativo a ser localizado, o elemento de proximidade família estrangeira estaria entre aqueles escolhidos. É difícil identificar outro fator que, de forma isolada, vincule tão intensamente um sujeito a uma determinada nação ou a uma determinada cultura como possuir familiares nacionais desse país. Os familiares aqui mencionados referem-se àqueles de convivência diária, próxima, tais como os cônjuges, os pais, os irmãos, os filhos, os avós etc. A relação aqui mencionada independe de sua natureza, podendo ser, indiferentemente, tanto por consanguinidade ou por afinidade.

Quando uma pessoa estrangeira se casa com uma pessoa nacional, formando uma família, ela traz para dentro de sua casa, na condição de cônjuge, parte da sua cultura estrangeira. A cultura alienígena e a família se confundem numa nova relação, envolvendo elementos socioculturais, tais como a língua, a religião e mesmo o Direito. A ocorrência do elemento de proximidade família estrangeira indica a existência de um contato multicultural, que abrange todas as vertentes da vida de um indivíduo. Ao se casar com um estrangeiro, o nacional não passa tão somente a conviver com uma nova pessoa dentro do seio familiar, mas também passa a ter contato com a cultura de uma diferente nação.

Os demais elementos de proximidades, de uma forma geral, permitem um contato com áreas específicas da cultura estrangeira, como, por exemplo, a participação no mercado de trabalho, que possui sua ênfase nas relações trabalhistas; a religiosidade, que enfoca os aspectos espirituais. No entanto, o elemento de proximidade família estrangeira possui uma penetração cultural em praticamente todas as facetas da vida social, de uma forma abrangente e integrada. O relacionamento familiar não se restringe a apenas uma área ou segmento da vida humana, ele se expande atingindo o indivíduo como um todo.

A família contemporânea é fundamentada nos vínculos de afetividade. São estes vínculos que a define como núcleo natural e fundamental da sociedade moderna, buscando,

por meio da solidariedade entre seus membros, uma convivência digna que permita a felicidade de todos. Paulo Lôbo nos esclarece a relação entre afetividade e núcleo familiar, a partir da incorporação do conceito do *affectio familiar* ao conceito da família contemporânea:

> Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na affectio, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade. (LÔBO, 2011, p. 20.)

O direito subjetivo ao convívio familiar foi alçado à condição de Direito fundamental, devendo ser protegido pelo Estado, conforme a *Declaração Universal dos Direitos do Homem,* da ONU, de 1948, em seu artigo 163, que assegura a todas as pessoas o direito de constituir família:

> A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.[152]

Todavia, ao longo da história da humanidade, a *affectio familiar* nem sempre tem sido o componente vinculador mais importante nas relações familiares, uma vez que o papel funcional familiar tem se modificado. Contudo, independentemente das diferentes funções sociais que a família tem desempenhado – que variam conforme a abordagem ideológica e o seu momento histórico – a sua importância, desde os primórdios da história do homem em sociedade, tem sido primordial enquanto instituto social.

Os primeiros modelos familiares surgiram para atender as necessidades de subsistência dos grupos primitivos, visando à preservação e à reprodução da espécie, sob uma perspectiva de fenômeno biológico. A mulher primitiva, como mamífero bípede, responsável por amamentar e cuidar da prole, não possuía as suas mãos livres para a defesa, pois as tinha ocupadas com os filhos. Esse papel defensivo passou, então, a ser desempenhado primordialmente pelo homem. Constituiu-se uma divisão de trabalho entre o núcleo formado pelo homem, pela mulher e sua prole, de modo a aumentar a chances de sobrevivência da comunidade primitiva como um todo e, consequentemente, da própria espécie. A função biológica de sobrevivência da espécie é possivelmente uma das mais primitivas entre aquelas desempenhadas pela família.

---

[152] ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2017.

Segundo Lévi-Strauss, a passagem do homem de uma vida na natureza plena (vivendo em hordas) para a cultura (já sob a forma de uma sociedade) teve o núcleo familiar como principal instrumento promotor para a sua constituição . Foi esse núcleo familiar que permitiu que novas formas de estruturas sociais fossem desenvolvidas, passando de uma existência em hordas promíscuas, sem estabelecimento de vínculos sanguíneos, para uma estrutura em sociedade, tendo por base a família.

Um dos importantes temas estudado por Lévi-Strauss foi a questão da proibição do incesto, proibição esta que se apresenta entre as mais diversas sociedades humanas, de uma forma quase universal. Lévi-Strauss cita Lewis Morgan e Henry Maine, que vêm nesta proibição uma variante de manutenção da espécie humana:

> Para Lewis H. Morgan e Sir Henry Maine, por exemplo, a origem da proibição do incesto é realmente ao mesmo tempo natural e social, mas no sentido de resultar de uma reflexão social sobre um fenômeno natural. A proibição do incesto seria uma medida de proteção, tendo por finalidade defender a espécie dos resultados nefastos dos casamentos consanguíneos. [153]

À medida que o núcleo familiar, dentro das comunidades humanas, passou a auxiliar com sucesso na autopreservação da espécie, a família passou a se envolver em outras áreas de natureza menos prática e mais transcendental, tais como aquelas envolvendo o mistério da morte e suas questões existenciais. Apesar da sobrevivência da espécie se manter como vetor orientador do papel familiar, na medida em que as sociedades evoluíram, a família passou a absorver outras funções, tais como as religiosas e as morais. Fustel, em sua obra *A Cidade Antiga,* dá ênfase à função religiosa como sendo aquela principal a ser desempenhada pela família, nos primórdios das sociedades humanas:

> O que une os membros das famílias antigas é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. (FUSTEL, 2006, p. 57.)

Após a família se encarregar, com relativo sucesso, das questões pragmáticas de manutenção da vida, ela passou a cuidar também das questões espirituais envolvendo a morte.

Outra importante função da família, ao longo da sua história, tem sido a econômica, seja na forma de comunidade produtiva, seja como núcleo de sustento para aqueles que se

---

153 LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco.** Tradução Mariano Ferreira. Petrópolis. Ed. Vozes. 1982.

encontrem incapazes de participar do processo produtivo. Paulo Lôbo enfatiza a mudança funcional econômica da família contemporânea, que evoluiu de uma "comunidade de produção" para exercer um papel de "consumo em conjunto":

> Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família - para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos - não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares. [...] A doutrina estrangeira também destaca que a família perdeu seu papel de "comunidade de produção"; a sociedade conjugal de trabalhadores é muito mais caracterizada pelo consumo conjunto e não mais pelo ganha-pão conjunto (como na sociedade agrária). (LÔBO, 2011, p. 19.)

Por conseguinte, a grande importância social da família se deriva do seu papel de instituição de suporte e sobrevivência de seus membros, por ser fundado na cooperação, na solidariedade e no respeito mútuo, proporcionando maior segurança física, apoio espiritual, religioso e econômico. O vínculo familiar é tão forte que é comum se vincular o mesmo com o sentimento da morte, de acordo com Lévi-Strauss:

> A maioria dos casamentos entre parentes (isto é, primos) são combinados numa idade muito tenra, às vezes ainda que o noivo e a noiva acham-se na menor infância. Celebra-se a cerimônia e as crianças crescem brincando juntas. Um pouco mais tarde começam a se afastar, formando um grupo à parte. Naturalmente, desenvolve-se entre eles uma ligação mais profunda, às vezes mais forte que a morte. Se um morre, o outro morre também, de pesar ou se suicida [...]. (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 56.)

A intensidade deste vínculo familiar é de tamanha ordem que motivou Durkheim, da mesma forma que Lévi-Strauss, a relacioná-la com a morte. No seu extenso trabalho sobre o suicídio, no qual se levantou dados estatísticos da ocorrência de suicídios dentro e fora do contexto familiar, Durkheim analisou variáveis, tais como a pessoa ser ou não ser casada, ter ou não ter filhos, o tamanho da densidade familiar (a quantidade de pessoas que compõem a família) e a intensidade de suas relações interfamiliares. Após realizar a análise dos dados estatísticos levantados, Durkheim concluiu que a família é um forte remédio a prevenir a propensão ao suicídio humano.

Durkheim forneceu estatística (europeias do final do século XIX) que fundamentaram a existência de uma maior predisposição dos solteiros para se suicidar, quando comparados com os casados, em igual faixa de idade (a comparação na mesma faixa de idade é importante para eliminar qualquer fator de propensão ao suicídio devido à idade). A sua conclusão foi no sentido que existe um percentual genérico de 60% de maior propensão ao suicídio entre os solteiros, quando comparados com os casados, desconsiderados outros fatores.

Durkheim também fez análises particionadas dos dados estatísticos sobre o suicídio entre solteiros e casados e concluiu pelo seguinte: a) os casamentos precoces agravam a propensão ao suicídio, principalmente entre os homens; b) os casados maiores de 20 anos, de ambos os sexos, apresentam menos propensão ao suicídio do que os solteiros; c) a maior propensão ao suicídio entre solteiros, quando comparada com os casados, não é igual entre homens e mulheres; e d) a viuvez aumenta a propensão ao suicídio para ambos os sexos, mas em proporção menor do que a diminuição proporcionada pelo casamento.

Outra análise feita por Durkheim foi com respeito à densidade familiar, que pode ser definida como sendo a quantidade de pessoas que compõem o núcleo familiar. Segundo os dados apresentados, quanto maior for a densidade familiar, menor será a propensão ao suicídio entre seus membros. Essa conclusão vai de encontro à crença da época que quanto maior fosse a densidade familiar, maior seria a ocorrência de suicídios, pois aumentaria os encargos financeiros e correspondente responsabilidade econômica. O estudo estatístico de Durkheim sobre o suicídio mostrou ser equivocada esta presunção. O que prevalece nas grandes famílias é o reforço psicológico positivo, nascido das relações interfamiliares, que fazem com que os seus componentes se sintam mais protegidos e realizados como pessoas e não a eventual preocupação do encargo econômico advindo do aumento da prole.

Para esse sociólogo, as explicações para os dados estatísticos acima têm por fundamento o grau de intensidade em que a vida familiar em grupo é experenciada. Quanto maior for a densidade familiar, um maior número de interações de ordem pessoal ocorrerá entre os seus membros, permitindo lembranças de fatos comuns, assim como também uma maior experiência coletiva, que energiza e vitaliza cada indivíduo da família em particular. Essa vida familiar em grupo, que define o seu meio doméstico, é o mais forte remédio preventivo contra o suicídio. E quanto mais fortemente a família for constituída, mais intensos serão seus laços e menor a chance de seus membros sofrerem o desejo suicida. Essa dinâmica de energização, derivada da interação entre os membros de uma família, é apresentada por Durkheim, quando a relaciona com a densidade familiar:

> Acontece que, de fato, a densidade de um grupo não pode baixar sem que a sua vitalidade diminua. Se os sentimentos coletivos têm uma energia particular, é porque a força com que cada consciência individual os experimenta repercute sobre todas as outras, e vice-versa. A intensidade com que eles atingem depende, portanto, do número de consciências que os experimenta em comum. Por isso, quanto maior é a multidão, mais as paixões que se desencadeiam nela são suscetíveis de ser violentas. Por conseguinte, no seio de uma família pouco numerosa, os sentimentos e as

> lembranças comuns não podem ser muito intensos; pois não há consciências suficientes para, compartilhando-os, representá-los e reforçá-los.[154]

Um interessante estudo conduzido por Neuri Amabile Frigotto, Ricardo Pimentel e Heitor Takashi Kato sobre o papel da família como fator de equilíbrio na adaptação do expatriado, por motivos relacionados à realocação profissional, mostra o impacto que a família possui para que esta adaptação venha a ter sucesso. Apesar do objeto deste estudo ser voltado para as estratégias de negócios e de recursos humanos, tendo em vista uma melhor adaptação cultural do trabalhador em situação de transferência internacional, a sua fundamentação é essencialmente de natureza sociocultural.

A sua conclusão demonstra a importância que uma forte estrutura familiar, como fator de superação, adaptação e busca pela felicidade, tem no sucesso individual de cada indivíduo:

> Os estudos realizados até o momento mostram também que, longe de ser um processo simples e de fácil administração, o ajustamento dos indivíduos à nova situação [ser repatriado a trabalho] passa por fases, e que a fase mais crítica do processo é aquela denominada de choque cultural. É nesse momento que os aspectos ligados à estrutura familiar, idioma e relacionamentos da família com a sociedade têm maior impacto na adaptação em outra cultura.[155]

Portanto, a presença do elemento de proximidade família estrangeira deve ser considerada como um forte indicativo da proximidade das partes com o país ou com a nação da sua família. A desconsideração desse elemento pelo magistrado deve ser bem fundamentada, uma vez que a sua presença, por si só, atrai a existência de outros elementos de proximidades, tais como o domicílio, a nacionalidade, a proficiência na língua estrangeira e a religiosidade. Ao desconsiderar os eventuais vínculos sociais oriundos de uma relação familiar estrangeira, o magistrado precisa fundamentar a razão pela qual a desconsideração ocorreu, utilizando-se do levantamento detalhado do perfil material das partes, que a partir de uma perspectiva global das mesmas, pode justificar a rejeição de um elemento de proximidade tão importante na definição dos laços culturais das pessoas.

7.7.1 **Casamento entre cônjuges estrangeiros – casamento exogâmico**

O casamento entre estrangeiros, também conhecido como casamento exogâmico, quase sempre requer o aprendizado de pelo menos uma das línguas de um dos cônjuges, sendo mais comum o aprendizado recíproco das línguas de ambos. No entanto, a língua

---

[154] DURKHEIM, Émile. **O suicídio, Estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 248.

[155] PEREIRA, Neuri Amabile Frigotto. PIMENTEL, Ricardo. KATO, Heitor Takashi. **Expatriação e Estratégia Internacional:** o Papel da Família como Fator de Equilíbrio na Adaptação do Expatriado. Revista de Administração Contemporânea, vol. 9, Nº 4, outubro / dezembro 2005.

estrangeira é apenas um dos fatores na integração matrimonial. A cultura, como um todo, passa a ser reciprocamente compartilhada. Outro fator importante a se mencionar é que o casamento não traz consigo somente o novo cônjuge, como também a sua família mais próxima, o que torna a integração social bem mais abrangente e complexa.

A adaptação à cultura estrangeira, que ocorre no ambiente familiar com parentes estrangeiros, é bem mais profunda do que nos demais ambientes, como, por exemplo, aquela que ocorre no ambiente de trabalho, pois o ambiente familiar envolve, além das complexas relações familiares propriamente ditas, outras também quase tão complexas, como as relações religiosas, as regras de convivência entre o homem e a mulher, as maneiras de criação de filhos etc. Outro importante elemento a ser mencionado no complexo estudo das relações familiares é o papel que religião desempenha nas relações matrimoniais. A religião passa a ter uma grande interferência, principalmente se envolver cônjuges de diferentes culturas, tais como as culturas ocidentais e orientais.

Um estudo interessante sobre os casamentos exogâmicos – aqueles realizados entre pessoas de grupos distintos – foi conduzido por Madalena Ramos, Sofia Gaspar e Cristina Ferreira, utilizando dados de Portugal no início deste século. Apesar de ser um estudo dirigido para o cenário português-europeu, sua análise e resultados podem ser expandidos para um contexto mais abrangente. Neste estudo são apresentadas quatro teorias que explicam as ocorrências de casamentos exogâmicos, que levam em consideração desde condições pessoais até condições macroestruturais da sociedade como um todo. A seguir é descrito sumariamente cada uma dessas teorias:

a) Teoria da troca social: a demanda pelo casamento exogâmico é explicada pela troca entre os recursos socioeconômicos e os recursos de estatuto simbólico, atraindo, desta forma, os cônjuges socialmente. Um cônjuge imigrante, bem posicionado profissionalmente e educacionalmente, pode propiciar condições socioeconômicas mais favoráveis ao cônjuge nativo e este, por sua vez, pode facilitar a adaptação do imigrante ao novo país. É uma relação baseada numa perspectiva pragmática de benefício material mútuo, constituindo-se na base da troca que propicia a melhora das condições de vida de ambos os cônjuges;

b) Teoria da assimilação: é a teoria majoritariamente aceita para fundamentar o casamento exogâmico e a integração plena do imigrante ao país que o recebe. Segundo esta teoria, o matrimônio exogâmico possui como fatores determinantes para sua ocorrência o tempo de permanência do imigrante no país, a fluência do imigrante com a língua nativa do

país de migração e o conhecimento da cultura particular deste país, incluindo os seus estilos de vida. Quanto maior for o tempo de convivência do imigrante no país estrangeiro, maior é a chance que ele venha a adquirir matrimônio com um nativo deste país. É esperado também que, com o passar do tempo, maior seja a sua adaptação à cultura local. Essa relação direta entre o tempo de permanência do imigrante no país estrangeiro e a maior probabilidade que ele venha a adquirir matrimônio com um nativo deste país é o fundamento também para explicar o porquê de as segundas gerações serem mais propensas ao matrimônio exogâmico do que a primeira geração, uma vez que elas dispõem de mais tempo para assimilar a nova cultura;

c) Teoria da assimilação segmentada: segundo essa teoria, outros fatores podem interferir na assimilação cultural, como, por exemplo, a existência de diversidade cultural entre os diversos grupos do país receptor. Há também o fator de propensão social do grupo em estudo a aceitar uma estrutura familiar exogâmica, o que caracterizaria grupos sociais mais fechadas, ou uma cultura mais aberta com relação ao matrimônio entre distintos grupos. Por outro lado, as características pessoais do imigrante também podem interferir na assimilação, como o fato dele possuir um alto capital social, que se constitui numa grande quantidade de amigos e familiares, que podem interceder em seu favor no processo de assimilação;

d) Teoria da estratificação social*:* essa teoria relaciona a propensão ao casamento exogâmico com fatores macroestruturais, tais como o tamanho do grupo envolvido e o seu grau de heterogeneidade. Quanto menor o grupo social ao qual pertence um indivíduo, maior a propensão que ele tem de buscar casamentos em outros grupos externos; por outro lado, quanto maior for o grupo social, menor é esta demanda. A razão deste comportamento é o tamanho da "base de recrutamento"; quanto menor esta base, menor a tendência de se criar restrições à escolha de parceiros. Por conseguinte, a dimensão do grupo se encontra inversamente relacionada com o número de casamentos exogâmicos. Outro fator considerado é a heterogeneidade do grupo – com respeito às características como o sexo, etnicidade, religião, estatuto socioeconômico e segregação espacial etc. – quanto maior ela for, maior será a propensão para o casamento exogâmico.[156]

As autoras concluem pela relação direta entre o casamento exogâmico e o grau de interação social do imigrante estrangeiro:

[156] RAMOS, Madalena; GASPAR, Sofia Gaspar; FERREIRA, Ana Cristina. **Padrões de exogamia em quatro grupos de imigrantes em portugal (2001 e 2011)**. Sociologia, Problemas e Práticas, 77|2015. Acesso: 30 setembro 2016. URL: http://spp.revues.org/1803.

> Apesar de divergências analíticas entre estas propostas teóricas para a explicação da exogamia, na opinião de Kalmijn (1998), todas elas se baseiam na ideia de que os casamentos mistos são um indicador da interação social e da aceitação cultural da diferença entre grupos com origens nacionais distintas. (RAMOS; GASPAR; FERREIRA, 2015)

Essa conclusão é convergente com os outros estudos apresentados nesta dissertação, no que diz respeito ao papel da família estrangeira, em particular o matrimônio exogâmico, na adaptação do estrangeiro à cultura de outra nação. Por conseguinte, o casamento com um estrangeiro de outro país é umas das mais eficientes formas de assimilação e adaptação à sua cultura.

7.7.2 **Filhos nascidos e/ou criados no estrangeiro**

A relação envolvendo filhos estrangeiros ou aqueles filhos que venham a ser criados no exterior tem um vínculo social derivado do vínculo social entre os cônjuges, no entanto, não é, por isto, menos importante na definição da proximidade entre os indivíduos e uma determinada cultura.

É função dos pais cuidar, educar e orientar os filhos menores. Dentro do contexto de uma família vivendo no exterior, esse papel às vezes se inverte. É muito comum os filhos menores auxiliarem os pais no aprendizado da língua estrangeira, no uso de expressões idiomáticas, na redução do sotaque e erros de pronúncia, sem falar na ajuda no entendimento de valores culturais e comportamentais locais. Esse auxílio à adaptação dos pais à cultura de outro país pelos filhos ocorre ao mesmo tempo em que os progenitores exercem a sua função educadora.

Ao entrar na idade escolar, os filhos de famílias estrangeiras, residentes no exterior, entram em contato com o aprendizado oficial do Estado estrangeiro. Esse aprendizado envolve a compreensão da língua, da história, da cultura, das artes, da matemática, enfim, de todas as matérias que formam a universalidade do conhecimento humano daquela sociedade. Os pais, ao ajudarem seus filhos nas atividades escolares, são obrigados a adquirirem esses mesmos conhecimentos. Esse aprendizado não planejado a que são submetidos os pais domiciliados no exterior representam um verdadeiro retorno à escola, retorno este que facilita a adaptação da família como um todo ao novo país estrangeiro.

É possível afirmar, portanto, que a existência de filhos menores, em uma família vivendo no exterior, propicia uma maior adaptação familiar a essa cultura estrangeira. Essa maior adaptação social ocorre como requisito fundamental para que os pais possam

desempenhar a função parental educadora dos filhos, dentro do contexto social e escolar no qual eles estão inseridos.

7.7.3 **Pais ou avós estrangeiros**

> – Como não havia de me lembrar, pai! Logo de madrugada, comecei a pensar nisso... [...]
>
> – Mas escute, pai! Por que há de ficar triste? Mais vale esquecer, e viver feliz, gozando a fortuna que o seu trabalho lhe está dando aqui! Ouça! Eu, por mim, estou disposta a não pensar mais nisso: foi aqui que vi felizes todos os meus, foi aqui que casei, foi aqui que nasceu meu filho, o seu neto... por que é que não hei de amar esta terra, como se ela fosse minha?
>
> O colono olhou fixamente a filha:
>
> – Como?! Pois tu és capaz de esquecer a tua terra? [...]
>
> – Não! Esquecer não posso... não posso..., mas diga-me: a terra de lá é que é a sua, e é que é a minha. Qual é, porém, a desta criança que aqui está, que nasceu aqui e que vai crescer ignorando a língua que nós mesmos já vamos esquecendo, e vendo todos os dias, da infância à idade madura e à velhice, esta Pátria da liberdade e da riqueza? Olhe! E veja como ela bate palmas, contente, a este sol que a viu nascer! [...]
>
> O homem sentiu os olhos úmidos, e, tomando a criança nos braços, exclamou:
>
> – Tens razão, filha! Esta é a terra de teu filho, esta é a Pátria do meu neto: por que é que não há de ser também a nossa terra?
>
> E, alegre, levantando e abaixando a criança, no ar, com os seus braços robustos, começou a brincar com ele, dizendo-lhe, com o seu acento napolitano:
>
> – Bravo, brasileirinho! Bravo, brasileirinho! [...][157]

O conto de Olavo Bilac Neto, *Pátria Nova*, evidencia a forte relação de identidade cultural que se estabelece entre o imigrante e o país que o recebe quando já existem descendentes seus neste país. As perspectivas mudam ao se perceber que a sua prole faz parte desta nova nação estrangeira, ainda que você como indivíduo não se sinta como parte dela.

No entanto, não somente o imigrante tem o seu processo de assimilação à cultura estrangeira de um país facilitado devido a existência de seus descendentes neste país; os descendentes também, de uma forma bidirecional, assimilam a cultura dos países nativos de seus pais e avós. Há um processo de assimilação mútua, envolvendo ambas as culturas, do país nativo e do país de imigração, para todos os membros da família que a integram. Como vimos na obra de Durkheim, a energia dos sentimentos coletivos dos membros de uma família se reforçam dentro do grupo familiar, de modo que todos os seus participantes absorvem elementos culturais uns dos outros:

---

[157] BILAC, Olavo; NETTO, Coelho. 1932, apud HANSEN, Patrícia Santos. **Os primeiros livros infantis brasileiros:** análise da literatura cívico-pedagógica de ficção**.** Fundação Biblioteca Nacional. 2009.

> Se os sentimentos coletivos têm uma energia particular, é porque a força com que cada consciência individual os experimenta repercute sobre todas as outras, e vice-versa. (DURKHEIM, 2013, p. 248.)

Desta forma, pode-se afirmar que os descendentes de pais, avós e bisavós estrangeiros têm uma proximidade maior com a cultura do país dos seus ancestrais do que aqueles indivíduos que não possuem ancestrais estrangeiros deste pais. Naturalmente, à medida que as gerações de descendentes vão se afastando daqueles que inicialmente imigraram, esse vínculo com o país de origem vai se atenuando, até o ponto que se torna irrelevante para o propósito da análise da proximidade.

7.8 **Elemento de proximidade religiosidade**

Conforme já enfatizamos, o Direito Internacional Privado possui por objeto principal a resolução de conflitos de leis no espaço, ou seja, na presença de múltiplos sistemas normativos elegíveis para reger uma determinada relação jurídica, torna-se mandatório escolher aquele que se mostre mais "adequado", ou seja, mais próximos das partes, tendo em vista a realidade fática e as suas características. Mas qual seria o conceito de melhor "adequação" de sistema normativo que é mais condizente com o Direito Internacional Privado? Seria aquela proposta pelo sistema savigniano que, segundo o Professor Irineu Strenger, envolve a sede de sua relação jurídica?

> [...] a lei que deve reger a relação jurídica é aquela mais conforme à natureza dessa relação jurídica, seja a lei nacional ou a estrangeira. [complementa o professor da USP] a lei mais conforme à natureza da relação jurídica é a determinada pela sede dessa relação. (STRENGER, 2005, p. 238.)

Ou seria o conceito de proximidade da escola americana? O princípio da proximidade é um princípio que poderia sozinho comandar a solução de todos os problemas no campo do conflito das leis, buscando um sentido de adequação entre a escolha da lei e da realidade fática, tendo suas origens na clássica sede da relação jurídica savigniana (DOLINGER, 2014).

O princípio da proximidade é um princípio que almeja valorizar o sistema jurídico com o qual as partes estejam mais familiarizadas, mais próximas, seja sob a perspectiva clássica ou sob uma perspectiva mais substantiva e contemporânea. Esse princípio possui um conceito jurídico indeterminado, a ser especificado com base nas especificidades da situação de Direito Internacional, demandando uma conexão "íntima", "próxima" e "direta" entre as partes e o sistema normativo a regê-la. (DOLINGER, 2014)

O entendimento deste estudo segue a orientação que a sede da relação jurídica savigniana e o princípio da proximidade da escola americana buscam o sistema normativo mais adequado, que pode ser traduzido por aquele sistema possuidor de uma maior proximidade com os valores culturais das partes envolvidas. Conceitos tais como familiaridade, íntimo, proximidade, conexão, subentendem o conceito de identidade cultural, tanto no sentido antropológico como social dos termos. Ou seja, dentro do escopo do estudo aqui realizado, a proximidade a que se refere o princípio da proximidade se traduz em identidade sociocultural.

A assunção do conceito de identidade cultural no sentido de proximidade ou de fundamento para a determinação da sede da relação jurídica se baseia em duas premissas:

> 1. O Direito é fruto da cultura de sua sociedade e, de uma forma geral, deve representar os seus valores sociais. Por conseguinte, é possível assumir como verdadeiro que a proximidade entre as pessoas e os sistemas jurídicos é diretamente vinculada com a proximidade entre estas pessoas e as culturas das nações desses sistemas; e
> 2. Para o propósito deste tema – que é a determinação de elementos de proximidade entre pessoas e sistema jurídicos – o conceito de cultura demanda uma abordagem mais ampla e aberta, uma vez que, quanto mais complexa uma sociedade for, mais elementos de sua formação deverão estar representados pelo seu Direito. Desta forma, adotaremos um conceito aberto de cultura, abrangente, com conteúdo polissêmico, que busca atender tanto à perspectiva antropológica como também à sociológica. Um conceito de cultura que se fundamente em diferentes modalidades de experiências sociais, construídas com base em aprendizados organizados por sistemas de símbolos, que permitam aos membros de um determinado grupo social a compreensão de modelos de significação que estruturam e definem os comportamentos sociais aceitáveis. Essa abordagem é bem apresentada por Guy Rocher em seu conceito de cultura:
>
> > [...] um conjunto articulado de maneiras de pensar, de sentir e de agir mais ou menos formalizadas que, sendo apreendidas e partilhadas por uma pluralidade de pessoas, servem, de uma maneira simultaneamente objectiva e simbólica, para organizar essas pessoas numa colectividade particular e distinta. (ROCHER, 1971.)

Utilizando-se da identidade cultural como vetor de busca pelo sistema normativo mais adequado às partes envolvidas, é objeto também deste trabalho explorar um importante e

determinante elemento cultural que é o elemento religioso. A religião, como componente cultural, possui um papel sem paralelos na história da evolução da civilização humana, conforme afirma Victor Hellern em sua obra *O livro das Religiões*:

> Não existe nenhuma raça ou tribo de que haja registro que não tenha tido algum tipo de religião.[158]

Se os estudiosos são praticamente unânimes na importância e na onipresença da religião na história da evolução da civilização humana, o mesmo não se pode dizer sobre o seu conceito e a função social desempenhada pela mesma. Apesar de a religião se constituir em uma área de conhecimento independente das demais, é indiscutível que ela possui um forte elemento vinculado às ciências sociais e às psicológicas. Algumas questões de natureza existenciais, exemplificados por Hellern por meio de questionamentos abertos, tais como: "Quem sou eu?" "Como foi que o mundo passou a existir?" "Que forças governam a história?" "Deus existe?" "O que acontece conosco quando morremos?" ajudam-nos a formar uma ideia empírica do domínio religioso, assim como também da sua função social, que é voltada para uma melhor qualidade de vida existencial do ser. (HELLERN, GAARDEN, NOTAKER, 2015, p.11)

Neste contexto, é imprescindível fazer uma revisita à obra *A Cidade Antiga*, de Coulanges, pois além de apresentar uma abordagem histórica com relação à função social da religião, permite uma visão da sua gênese e da sua essência. Coulanges nos leva aos primórdios da civilização na busca pela origem do nascimento do sentimento religioso quando o homem se defrontou com o mistério da morte. O ser humano buscou numa segunda existência – *post mortem* – um sentido existencial, ao compreender que a sua identidade essencial, o seu eu único, desapareceria juntamente com o seu corpo físico. A morte passou a ser vista como uma simples mudança de vida para um mundo diferente, normalmente melhor, tendo a alma como elemento vinculativo entre o corpo e essas existências múltiplas. Essa vinculação entre alma e corpo é identificada por meio de vários antigos ritos fúnebres, de origem muito antiga, mas que ainda estão presentes até nos dias atuais. Coulanges fornece, como exemplo desses ritos, o antigo costume dos familiares deixarem nas sepulturas suprimentos variados para o falecido, uma vez que eles poderiam vir a ser necessários em uma outra vida, tais como alimentos, bebidas e utensílios diversos.

---

[158] HELLERN, Victor – GAARDEN, Jostien – NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Editora Companhia de Bolso, São Paulo, 2015. p. 11.

Na obra *A Cidade Antiga* o autor enfatiza a mais essencial função social da religião: preparar e confortar o indivíduo para o seu momento final, para o encontro com a sua própria morte e a dos seus entes. Neste estudo ele demonstra que as origens das crenças místicas religiosas surgiram com o respeito do ser humano pelos seus familiares falecidos. Coulanges denominou essa religião de "religião dos mortos". Os mortos eram criaturas sagradas, deuses particulares de cada família, sendo os seus túmulos o altar sacro para execução dos atos religiosos.

A religião dos mortos pode ser considerada, segundo Coulanges, a mais antiga e primitiva forma religiosa. Encontramos seus elementos mais remotos em distintas civilizações indo-europeias, que se distribuem do Oriente ao Ocidente, com diferentes rituais. Contudo, apesar das diferenças em seus rituais, sempre apresentou igual natureza, o que indicaria que esse culto é ainda anterior a essas grandes civilizações e, provavelmente, iniciou-se numa civilização de origem comum ainda mais antiga. Dessas crenças religiosas sobre a morte nasceram as regras de condutas e dogmas que se estenderam até a completa disseminação do cristianismo e, para algumas culturas, existentes até mesmo os dias atuais.

Hellern, no *Livro das Religiões*, enfatiza o papel essencial desempenhado pela tribo nas primitivas sociedades africanas. Nesses grupos humanos, a tribo era conceitualmente uma família estendida, instituição essencial àquelas organizações sociais. Todavia, a composição social dessas tribos é o que mais desperta a atenção, pois ela era formada por todos os indivíduos pertencentes à comunidade, assim como também por todos os seus mortos (os ancestrais) e aqueles ainda não nascidos (os descendentes). O conceito social de família e tribo se confundia com o conceito religioso e espiritual, incluindo os indivíduos vivos, aqueles que já se foram e aqueles que ainda estariam por vir, formando um *continuum* existencial no tempo, propiciando a estabilidade social, psicológica e religiosa do grupo.

No entanto, é em Durkheim que é possível encontrar alguns dos fundamentos sociológicos mais profundos com relação à religião. Da mesma forma que Coulanges, Durkheim também identificou a origem religiosa na ligação entre o ser humano com seus mortos, a partir do momento em que o homem passa a sepultar seus entes queridos, com a realização de enterros e ritos fúnebres. Do sentimento oriundo da necessidade de continuidade da vida, nasce o sentimento religioso, juntamente com a consciência da fragilidade humana e da efemeridade de sua condição física. Segundo Durkheim, a religião não se originou de cultos a divindades de entes ou pessoas, mas, sim, de cultos a forças anônimas e poderes

indefinidos, que compeliam a existência humana. O desenvolvimento do culto a divindades viria somente num momento posterior da evolução religiosa.

É possível extrair de Durkheim uma função social da religião de uma maneira bem abrangente e sociológica, que é bastante convergente com o conceito cultural de Rocher, conforme mencionado anteriormente:

> […] a verdadeira função da religião não é nos fazer pensar, enriquecer nosso conhecimento, […] mas sim nos fazer agir, nos ajudar a viver [...] a principal prerrogativa da religião é a organização da existência social, é agregar, portanto. Daí a definição de religião como uma realidade essencialmente coletiva.[159]

Para entendermos a função social da religião em toda a sua vertentes não se pode deixar de analisar a sua relação com o chamado inconsciente coletivo, transcendental, dentro da área da psicoterapia, especificamente da logoterapia, que tem por objeto o estudo do espiritual no âmbito psicológico. Viktor Frankl, um dos pioneiros da logoterapia, acrescentou ao estudo da psicoterapia o elemento espiritual, complementando aos conceitos freudianos de *id*, o inconsciente instintivo do eu, o inconsciente espiritual, por onde acessamos aquelas profundezas da mente onde são tomadas as mais íntimas decisões de natureza existencial:

> […] a análise existencial descobriu, dentro da espiritualidade inconsciente do homem, algo como uma religiosidade inconsciente no sentido de um relacionamento inconsciente com Deus, de uma relação com o transcendente que, pelo visto, é imanente no homem, embora muitas vezes permaneça latente. [Complementa o psicoterapeuta] […] Esta fé inconsciente do homem, que aqui se nos revela e está englobada e incluída no conceito de seu "inconsciente transcendente", significaria então que sempre houve em nós uma tendência inconsciente em direção a Deus, que sempre tivemos uma ligação intencional, embora inconsciente, com Deus. E é justamente este Deus que denominamos de Deus inconsciente. [160]

Frankl – juntamente com Alfred Adler, Sigmund Freud e Carl Gustav Jung – foi um dos fundadores das escolas vienenses de psicoterapia – psicanálise, psicologia individual e logoterapia – e teve como grande mérito incorporar os elementos de natureza transcendentais à psicanálise e ao estudo do inconsciente coletivo. Agregou ao arquétipo junguiano do "si mesmo", *self* – que é o centro de toda a personalidade –, uma dimensão espiritual, um inconsciente transcendente, que é a tendência intencional e inconsciente de buscar por Deus, o qual é denominado "Deus inconsciente". Frankl trouxe à psicanálise freudiana (que segundo ele possuía uma natureza materialista) uma dimensão espiritual, ampliando o domínio de conhecimento da psique humana.

---

[159] DURKHEIM, Émile. **As Formas Elementares da Vida Religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

[160] FRANKL, Viktor E. **A Presença Ignorada de Deus**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

No entanto, ao se aprofundar um pouco mais na história das religiões mundiais, principalmente as monoteístas e de natureza messiânica, com origem em Abraão e nascidas no Oriente Médio – o judaísmo, o cristinismo e o islamismo – não há como ignorar a sua relação direta com uma violência irracional e cruel. As histórias dessas religiões estão intimamente associadas ao sofrimento humano provocado pelo homem. Esse sofrimento é amplamente exemplificado nas escrituras cristãs, judaicas e islâmicas, cobrindo distintos momentos na história das civilizações como, por exemplo, a perseguição aos cristãos pelo Império Romano nos primeiros séculos do cristianismo; as Cruzadas Cristãs, em sua perseguição aos Estados islâmicos ao final do primeiro milênio, as inquisições católicas na Idade Média ou ainda a moderna *Jihad*, na sua vertente terrorista.

A história das religiões, de uma forma sistemática, confunde-se com a história de genocídios, torturas, perseguições, limpezas étnicas, êxodo forçado de nações inteiras, terrorismo, segregação, exploração e exclusão socioeconômica de grupos hipossuficientes. Essa história pode ser descrita como um verdadeiro roteiro de horror. Como, então, conciliar a realidade histórica de violência associada às religiões com a visão socioantropológica de Durkheim, que define a função social da religião como sendo aquela que:

> [...] nos fazer agir, nos ajudar a viver [...]. (DURKHEIM, 1996.)

Como é possível compreender a carga de agressividade e intolerância promovida por alguns setores fundamentalistas religiosos, quando observada sob a perspectiva da logoterapia de análise existencial ou por meio de uma espiritualidade inconsciente? Talvez a melhor forma de conciliar esses dois planos antagônicos, a violência e a espiritualidade, é aceitar que a violência faz parte da natureza humana, apesar da existência da religião.

A violência, assim como a espiritualidade religiosa, permeia toda a história da humanidade, de forma onipresente e complementar. Em sua essência, a religião pretende um melhor viver, uma melhor preparação e compreensão da morte, tanto pelo desenvolvimento do plano espiritual como pelo desenvolvimento dos planos éticos e de valores morais de comportamento. Porém, como a religião envolve elementos profundos da psique humana, com alta carga emotiva e irracional, quando em conjunto com outros fatores sociais favoráveis – econômicos, políticos e naturais – ela pode despertar instintos primitivos de sobrevivência e agressividade que levam às mais cruéis formas de comportamento.

O grande desafio, nesse tópico sobre a religião, é justamente conseguir estruturar e parametrizar o elemento religioso, numa perspectiva de proximidade cultural, de modo a

viabilizar a localização do sistema normativo mais adequado a reger as relações jurídicas plurilocalizadas. A dificuldade técnica e instrumental para o Direito Internacional Privado contemporâneo é conseguir, com sucesso, incorporar, de forma estruturada, a análise religiosa, incluindo tanto a sua vertente psicológica como a noética, tendo por objeto a determinação do sistema jurídico mais próximo das partes envolvidas .

Devido à sua natureza espiritual, emotiva e irracional, os sentimentos e os valores religiosos normalmente são determinantes na quantificação do grau de proximidade das partes ao sistema jurídico a ser localizado, fazendo com que a religião se torne elemento obrigatório de análise prévia dessa proximidade. Ao mesmo tempo em que suas características de intensa emotividade e irracionalidade tornam a religião como forte elemento de proximidade cultural, ela faz com que o trabalho do julgador, em dosar a sua influência, seja extremamente subjetivo e complexo.

Sem poder entrar no seu caráter de fundo, que é intimista e espiritual, subjetivos para cada pessoa, caberá ao julgador de Direito Internacional Privado analisar o seu caráter de forma, no que diz respeito à religião declarada pelas partes, ao seu grau de religiosidade manifesto, assim como o elemento objetivo de religiosidade. O elemento objetivo de religiosidade está relacionado com o grau de laicidade do Estado cujo sistema jurídico será localizado e do grau de laicidade do Estado das partes.

Apesar de sua natureza complexa e subjetiva, não é possível se ignorar a influência que a religião possui na análise de proximidade, sob pena de localizar um sistema inadequado e indiferente àqueles que buscaram no Estado a solução de seus conflitos. Os próximos tópicos discorrerão sobre cada um desses elementos de natureza religiosa e como eles podem ou não intervir no sentimento de proximidade que uma pessoa tenha com relação a uma determina cultura em geral ou ao seu sistema normativo em particular.

7.8.1 **A identidade cultural e o princípio da proximidade**

Na introdução desse trabalho foi defendido que o princípio da proximidade deve ser consubstanciado por elementos culturais. Ser próximo, segundo essa perspectiva, significa compartilhar dimensões culturais, de uma forma ampla, envolvendo todos os diferentes planos sociais, tais como o religioso, o linguístico, o familiar, o da nacionalidade, o profissional etc.

Utilizar-se da cultura, em seu sentido amplo, como um parâmetro de conexão na determinação do sistema normativo mais adequado às partes envolvidas, sob um ponto de

vista socioantropológico, não é uma abordagem nova. Ela tem sido defendida, ainda que de uma forma implícita, com diferentes nomes, roupagens e estruturação. No entanto, o estudo aqui apresentado é mais específico, ao se fundamentar na asserção de que o grau de proximidade é uma forma de identidade cultural.

Como vimos, Savigny em sua obra inovou de modo original a metodologia do Direito Internacional Privado, ao introduzir o conceito de sede da relação jurídica na determinação da lei aplicável aos casos com elementos estrangeiros. Ao deixar de focar na norma positivada e passar a focar na relação jurídica em si mesma, sob um ponto de vista humanista, Savigny inovou e revolucionou o DIPr. (SAVIGNY, 1880.)

Mas em que consiste exatamente a sede da relação jurídica? Savigny buscou identificar qual sistema normativo satisfaria uma determinada relação jurídica, ao invés de buscar o sistema normativo adequado a partir do Direito positivado, definindo a sede da relação jurídica como sendo o elemento determinante de cada relação. Dada uma determinada relação, qual sistema a regerá melhor? O nacional ou o estrangeiro? Está é a pergunta a ser respondida, segundo o pensador alemão. Com um enfoque humanista, procurando atender as relações jurídicas reais das pessoas, Savigny desenvolveu o conceito de sede da relação jurídica que, de uma forma didática, representa para a relação jurídica o que o domicílio representa para as pessoas.

Da complexidade da vida humana, com suas múltiplas facetas culturais, derivam relações que muitas vezes não são determináveis somente por um único elemento, mas, sim por um conjunto deles. Somente por meio de uma análise sociocultural multifacetada, envolvendo o maior número de elementos pertinentes possíveis, é possível e viável se atingir um pleno entendimento das relações jurídicas envolvidas. Essa abordagem múltipla e completa é o que nos leva ao princípio da proximidade, que Dolinger define como sendo:

> Os laços mais estreitos, mais íntimos, mais vinculados, mais próximos, tudo desemboca no que passou a ser conhecido como o princípio da proximidade. [...] a mais íntima, próxima e direta conexão da pessoa ao sistema normativo [...]. [161]

Para ajustar a localização do sistema normativo mais adequado às pessoas sem deixar de levar em consideração as questões de Estado, foram desenvolvidos institutos como cláusula de exceção, normas de aplicação imediata, ordem pública, compatibilidade

[161] DOLINGER, Jacob. **Aula Inaugural pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.** Rio de Janeiro. Janeiro de 2002.

constitucional, que permitem afastar as regras de conexão quando alguma questão de ordem cultural muito importante – de ordem pública – fosse violada.

Percebe-se, pelo histórico recente do Direito Internacional Privado, que a sua metodologia de localização foi gradualmente convergindo para um conceito de adequação entre pessoas e sistemas normativos, fundamentalmente baseados em elementos de ordem sociocultural. No século XIX, definiu-se a sede da relação jurídica savigniana, que evoluiu, já no século XX, para o princípio da proximidade, mitigado tanto pelas questões de ordem pública como pelas cláusulas de exceção e por fundamentos de ordem constitucionais. É evidente uma gradativa e progressiva consolidação de um conceito em torno da identidade cultural entre as partes envolvidas e o sistema normativo do Estado elegível a reger a relação jurídica.

No século XXI, localizar o sistema normativo a reger as relações jurídicas entre as partes significa encontrar um sistema que tenha identidade cultural entre essas partes e o Estado cujo sistema será localizado. Aplicar o princípio da proximidade no DIPr nada mais é do que buscar aquele sistema que mais culturalmente se identifique com todas as partes envolvidas, quais sejam: o autor, o réu e Estado do sistema localizado.

Este tópico da dissertação se focará no componente sociocultural religioso e toda a complexidade que dele se deriva, explorando a aplicação das suas vertentes subjetivas e objetivas, por meio da metodologia clássica, ajustada para atender aos elementos de proximidade.

7.8.2 **A religião e o laicismo**

Existem duas características do Estado, de natureza cultural e política, que perante a perspectiva de Direito Internacional Privado, serão importantes na determinação da proximidade entre as pessoas e o seu sistema normativo. A primeira delas é o seu grau de laicidade ou secularização e a segunda é o grau de tolerância geral da sua sociedade para com outras culturas. Essas duas características estão bem relacionadas entre si, como veremos a seguir.

Fernando Catroga em seu livro *Entre Deuses e Césares* define a secularização como sendo:

> Saída dos setores da sociedade e da cultura do domínio da religião [...] Processo por meio do qual as instituições, ações e consciência religiosas perdem sua relevância

> social [...] Paulatina distinção entre o século e os dogmas e institutos da igreja, dessacralizando a política: "Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus".[162]

Por conseguinte, de forma sumária, a secularização é o processo gradual de perda da influência da religião junto à sociedade civil em geral, fazendo com que esta última não se estruture em torno de uma visão exclusivamente daquela.

O fenômeno da secularização ganhou força no século XIX, muito influenciado pela modernidade posterior à Revolução Industrial, que provocou um grande impacto em diferentes níveis sociais, tais como o econômico, o político e o intelectual. No entanto, a origem da secularização remonta ao início do cristianismo e seus fundamentos podem ser encontrados ainda no judaísmo. Foi com o cristianismo que ocorreu o fenômeno sociorreligioso de distanciamento entre o domínio de Deus e aquele considerado do mundo secular, potencializando a dessacralização do cosmos, permitindo, desta forma, que criador e criatura fossem entes de espaços temporais autônomos, afastando o mundo espiritual do mundo dos homens. Essa separação cristã entre o terreno e o espiritual é bastante incisiva e é evidenciada pela asserção de que a salvação humana somente pode ocorrer no mundo espiritual, deixando todas as mazelas para a vida terrena.

Michel Foucault, em sua obra *História da Loucura*, retrata o histórico das instituições medievais de internações forçadas daqueles que eram considerados mentecaptos, insensatos e loucos. Ele descreve a relação entre essas instituições e aquelas que lhes deram origem, que foram os leprosários originados na Alta Idade Média até o final do período das Cruzadas. Milhares de leprosários foram construídos por toda a Europa medieval, como uma forma de isolamento daqueles leprosos que não poderiam mais conviver em meio à sociedade sã. Os leprosos não eram apenas isolados do convívio social, mas também eram separados da própria igreja, muito embora nunca fossem desprovidos da graça de Deus. Nas palavras de Foucault, é evidente a forma cruel com que a sociedade humana exclui todos aqueles que ela entende como sendo nocivos para o convívio com os demais:

> Pobres, vagabundos, presidiários e "cabeças alienadas" assumirão o papel abandonado pelo lazarento [referindo-se aos leprosos], e veremos que a salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem. Com um sentido inteiramente novo, e numa cultura bem diferente, as formas subsistirão –

[162] CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares:** secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina

> essencialmente, essa forma maior de uma partilha rigorosa que é a exclusão, mas reintegração espiritual.[163]

Para os leprosos, havia uma nítida e bem definida separação entre o mundo terreno, de isolamento e exclusão, e o mundo espiritual, de integração e conforto. Ao serem excluídos da sociedade, os leprosos perdiam o contato com a sociedade humana, porém, em compensação a esse imenso sacrifício, ganhavam a entrada ao reino dos céus. Não é objeto deste estudo entrar no mérito da contradição e do cinismo do fundamento da retribuição divina aos leprosos pelo sacrifício terreno que praticam, porém, é importante pelo menos reconhecê-la. Ao se separar os leprosos dos demais, tinha-se por objetivo, exclusivamente, a saúde da sociedade civil, ainda nesta vida terrena. No entanto, para aqueles que eram considerados nocivos à sociedade, todo e qualquer benefício era prometido apenas para a vida espiritual, pós-terrena, se o fizessem por merecer, por meio de um sacrífício supremo.

Para as sociedades medievais, em geral, o isolamento dos doentes propiciava uma recompensa já nesta vida terrena, imediata e incondicionada; para os leprosos, a recompensa era somente espiritual, condicionada e postecipada. O isolamento social de todos aqueles considerados nocivos à sociedade sã se processa mediante a forma de uma teodiceia que pode ser considerada cínica e malévola, quando observada sob os olhos dos valores morais hodiernos, que se orienta dentro de uma perspectiva de direitos humanos e de proteção aos hipossuficientes. Weber identificou a positivação religiosa do sofrimento como uma maneira de justificativa racional do infortúnio, uma vez frustradas as oferecidas promessas messiânicas, tendo por fundamento o mito do redentor:

> [...] no mito do redentor encontra-se de maneira latente a concepção racional do mundo. Desse modo, em geral, essa concepção do mundo deu lugar a uma justificativa racional do infortúnio. Ao mesmo tempo, e com muita frequência, essa concepção racional do mundo deu ao sofrimento como tal um valor 'positivo', orginalmente muito estranho [...][164]

Este é apenas mais um exemplo de como a separação entre a vida terrena e a vida espiritual é um dos fundamentos do cristianismo, apresentando-se conforme as mais diversas situações sociais, ao longo de sua história nos últimos dois mil anos.

> Elevando-se até Deus, o Homem não deve apenas a superar a si mesmo, mas sim desgarrar-se completamente de sua essencial fraqueza, dominar de um salto a oposição entre as coisas do mundo e sua essência divina [...] (FOUCAULT, 2014, p. 31.)

---

[163] FOUCAULT, Michel. **História da Loucura.** 10ª ed. São Paulo. Editora Perspectiva. 2014. p. 7.

[164] WEBER, Max. **Sociologia das Religiões.** 2ª Edição. São Paulo. Ícone Editora. 2015. p.17.

O islamismo, assim como as suas religiões coirmãs – o judaísmo e o cristianismo –, também é de natureza messiânica e monoteísta, muito embora, diferentemente daquelas, desde os seus primórdios possui uma dimensão social, política e militar, o que proporcionou um intenso vínculo recíproco entre o domínio político e o domínio religioso. Esse vínculo histórico entre a organização social e a religião não permitiu ao islamismo desenvolver as características seculares que caracterizam o cristianismo.

A racionalização e seus subprodutos (a modernidade, a industrialização e o processo, mais recente de urbanização) são importantes elementos que influenciaram a progressiva secularização, principalmente, e de forma mais decisiva, a partir da Revolução Industrial. Esses fatores foram determinantes na progressiva redução da importância religiosa, o que propiciou à radical previsão da "morte" de Deus.

7.8.2.1 A racionalização na sociedade moderna

Racional é um adjetivo que possui suas raízes no termo latim *rationalis*, que caracteriza aquele indivíduo que se utiliza do intelecto humano em suas ações e as pondera de acordo e conforme a sua razão. Ser racional, nesta acepção, é pensar, é agir e se orientar de uma forma exclusivamente humana, tendo por base o uso do raciocínio.

Sob um viés procedimental, a "racionalização" está relacionada ao uso da inteligência humana para o desenvolvimento de processos que organizam a execução de tarefas de modo a minimizar os seus efeitos considerados negativos e, ao mesmo tempo, maximizar aqueles considerados positivos. Sob uma perspectiva econômica, a racionalização objetiva a minimização das perdas e do esforço empregado, reduzindo os custos, por meio da redução (ou mesmo a completa eliminação) daquelas atividades não produtivas. Nessa perspectiva, a racionalização pode ser entendida como sendo composta por todas aquelas ações executadas tendo em vista o atingimento de um determinado objetivo, com a aplicação do menor esforço possível.

Porém, diante de uma perspectiva sociológica não há como se separar o estudo do processo de racionalização do estudo do desenvolvimento da sociedade ocidental moderna, principalmente sob a ótica dos elementos que propiciaram o surgimento do sistema capitalista e a sua relação com a nova ética religiosa, surgida com o movimento protestante a partir do século XVI. Os estudos sócio-históricos mais recentes que estabeleceram a vinculação entre o processo de racionalização e a moderna sociedade ocidental foram majoritariamente

desenvolvidos por Max Weber (ao longo das duas primeiras décadas do século XX) e estão difundidos por diversas de suas obras, mas é em *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo* que essa vinculação fica mais evidenciada[165].

A sociologia analítica de Weber propiciou – através da utilização de uma abordagem que aplica a análise sócio-histórica como principal ferramenta de estudo dos fenômenos culturais da civilização ocidental – uma nova visão social, tendo por base o trabalho no contexto capitalista e os fenômenos religiosos e noéticos como fundamentadores de uma moral ocidental.

Em *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo* Weber defende que os protestantes, principalmente aqueles seguidores de João Calvino, foram os primeiros que buscaram a compatibilização da ética religiosa cristã com um racionalismo econômico que propiciasse o ganho e o lucro. A incompatibilidade da racionalidade econômica com os fundamentos da Igreja Católica, já no século XVI, deu origem ao movimento cristão protestante. Essa vertente dissidente da Igreja Católica teve marcante contribuição na pavimentação do extenso caminho de transformação da civilização ocidental numa sociedade cuja cultura passou a ser regida pela lógica racional, que propiciou o surgimento do que entendemos ser a "modernidade". Nessa obra, Weber identifica a ética do protestantismo puritano (ou ascético) como sendo uma das mais importantes origens da cultura do moderno capitalismo ocidental.

As mudanças originadas por essa visão mais racional proporcionaram um novo modelo de sociedade. Esse modelo possui profundas diferenças na sua estrutura social, quando comparado com o seu anterior que se constituía em um modelo de natureza "mágica" e sagrada. Esse novo modelo se diferenciava tanto no aspecto do seu sistema econômico (que deu origem a novas formas de relações produtivas) assim como também na sua maneira de organização urbana espacial, que permitiu o crescimento exponencial dos centros citadinos. Uma vez desenvolvidas concentrações urbanas maiores e com populações mais concentradas, novas estruturas e instituições políticas de governos precisaram ser aperfeiçoadas, de modo a atender às novas necessidades da sociedade que surgia.

---

[165] WEBER, Max. **A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

Weber, no estudo das diferentes formas de racionalidade, identifica os seguintes tipos de racionalidade, a depender do seu objeto: a) a racionalidade formal; b) a racionalidade substantiva; c) a racionalidade meio finalística; e d) a racionalidade quanto aos valores.[166]

A primeira contraposição que pode ser feita entre os diversos tipos de racionalidade, segundo a visão weberiana, é aquela entre a racionalidade formal e a substantiva. A racionalidade formal se refere à procura por métodos e formas seguras e estáveis, aplicadas para atingir determinados objetivos sociais. Exemplos de racionalidade formal podem ser encontrados nos processos, regras e métodos dos sistemas normativos, nas metodologias econômicas e nos processos burocráticos, hierárquicos e contábeis das estruturas administrativas das organizações em geral. Por outro lado, a racionalidade substantiva diz respeito ao objeto final a que a mesma se destina, uma vez que ela é voltada para o seu próprio conteúdo e não para o meio em atingi-lo, levando em consideração o contexto social na qual se insere.

Para a completa compreensão da segunda contraposição – que é aquela que contrapõe a racionalidade meio finalística e a racionalidade quanto aos valores – é essencial o entendimento prévio do conceito de "ação social", inserido no contexto de estudo desse sociólogo. A ação social é aquela levada a efeito por um sujeito dentro de um meio social que possua um sentido determinado por ele mesmo, ou seja, é toda ação executada por uma pessoa de acordo com o seu entendimento do que seja a expectativa social.

Adicionalmente, Weber tipifica a ação social como sendo do tipo afetiva, quando a mesma for movida por emoções e sentimentos (tais como o ódio, orgulho, vingança, paixão etc.) e tradicional, quando ela for movida por costumes sociais arraigados na sociedade. Esta última tipificação de ação social – a tradicional – é aquela que mais se aproxima do conceito de irracionalidade, uma vez que os costumes sociais podem, muitas vezes, serem completamente desprovidos de lógica racional.

Dentro desse quadro, a ação social será considerada racional quanto ao seu fim quando os seus meios forem logicamente aplicados para a consecução do objeto final. Por outro lado, a ação social será considerada racional quanto aos valores quando a mesma for simultaneamente orientada tanto pelo seu fim como também por valores sociais (os valores aqui mencionados podem possuir natureza variada, tais como: ética, religiosa ou política).

---

[166] WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 1**.** Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsebe Barbosa. Editora UnB. São Paulo. 2004.

Segundo Weber, o comportamento da sociedade moderna ocidental se resumiu à aplicação da lógica racional, deixando de ser determinado por suas tradições, por seus valores ou credos, tais como aqueles de fundamentos religiosos. A modernidade ocidental passou a se orientar, de forma definitiva, pelo uso da razão, que passou a conduzir o pensamento humano, em todas as suas formas de embates ideológicos. O racionalismo assumiu o papel de principal instrumento de orientação ao desenvolvimento das sociedades ocidentais, deixando as crenças, as tradições e os costumes como meros coadjuvantes no processo do desenvolvimento sociocultural do "novo mundo" que se formava.

Para o sociólogo alemão, a estratificação social, que determina as diferentes classes sociais dentro de uma sociedade, está intimamente relacionada com a religiosidade dessa mesma sociedade, uma vez que os seus valores sagrados são também definidos pelos interesses e estilo de vida daquelas classes que lhe são dominantes. No entanto, o inverso também é verdadeiro, uma vez que a racionalização metódica também é religiosamente determinada, conforme se pode confirmar em *Sociologia das Religiões*:

> [...] a índole dos valores sagrados buscados está muito influenciada pelo caráter da situação de interesses e pelo correspondente estilo de vida das classes dirigentes e, consequentemente, pela própria estratificação social. Mas também o contrário é correto; sempre que houve uma racionalização metódica da condução de todo estilo de vida, esta esteve profundamente determinada pelos valores últimos aos quais se encaminharam esta racionalização. Desse modo, esses valores e posições se tornaram religiosamente determinados. (WEBER, 2015, p. 31.)

Weber denomina de "desencantamento do mundo" o processo de perda da influência das tradições e dos costumes na definição do comportamento social para uma visão racional intelectualizada, tanto na sua natureza religiosa como noética. Para esse estudioso das sociedades humanas, o desencantamento do mundo tem fundamento na perda das crenças mágicas, noéticas, que deram sustentação às culturas e às tradições das sociedades e que foram passadas dos pais para os filhos, ao longo dos milênios da história da civilização humana. Ao se abdicar da magia noética dos costumes e das tradições religiosas, em favor da frieza racional cognitiva, produz-se um verdadeiro desencantamento originado pela impossibilidade de se interpretar a realidade através da camada de magia que as tradições noéticas proporcionam. A perda da magia noética dessacralizou a sociedade, processo que se iniciou com o cristianismo, passou pelo iluminismo renascentista e se consolidou com a moderna sociedade capitalista.

Segundo Weber, a gradativa perda da influência da magia como forma de salvação religiosa – que se iniciou de maneira mais intensa com o monoteísmo cristão e judaico, principalmente após a consolidação da visão ascética da revolução protestante – em conjunto com a valorização cada vez maior da racionalização científica das ciências matemáticas e da busca pela maximização econômica permitiram o surgimento de uma forma moderna de vida que deu origem ao capitalismo ocidental moderno.

A "negociação" envolvendo a abdicação dos nossos costumes e tradições milenares, com fundamentos de cunho moral e emocional, em favor da eficiência teleológica calculista do racionalismo maximizador, estabelece um "balcão de negócios" que é o fundamento psicossociológico do desencantamento do mundo dentro da visão weberiana.

7.8.2.2 Os axiomas e hipóteses da religião

O Estudo *Sacred and Secular*, de Pippa Norris & Ronald Inglehart, analisou a questão religiosa por meio de uma sistematização baseada em axiomas e hipóteses, não se restringindo tão somente a uma única abordagem para determinar a sua variação de aceitabilidade no tempo.[167] Eles definiram os seguintes axiomas e hipóteses para estudar os fenômenos religiosos:

> a) *Security axiom* (axioma da segurança)*:* esse axioma relaciona a segurança existencial com o grau de religiosidade de uma determinada sociedade. Quanto maior for a estabilidade material para a existência de um grupo social, menor será a sua dependência religiosa no que diz respeito às inseguranças relativas à sobrevivência. Esse axioma possui íntima relação com a previsão da "morte" de Deus, ainda no século XIX, que devido ao conforto físico obtido com o advento da modernidade pós-Revolução Industrial, imaginou-se que não haveria mais necessidade de um Deus protetor.
>
> b) *Cultural and tradition axiom* (axioma da cultura e tradição): vincula a religiosidade ao capital simbólico e às tradições existentes em cada sociedade;
>
> c) *Religious values hypothesis* (hipóteses de valores religiosos): relaciona a religiosidade aos demais axiomas e hipóteses do estudo de Norris & Inglehart, tais como a segurança existencial. A segurança não é vista como um valor isolado do sistema;

[167] NORRIS, Pippa – INGLEHART, Ronald. **Sacred and Secular. Religious and Politics worldwide**. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

d) *Religious culture hypothesis* (hipótese da cultura religiosa): esse axioma está relacionado ao peso dado às tradições religiosas, sob uma perspectiva cultural;

e) Religious participation hypothesis (hipótese de participação religiosa): relaciona o grau de participação do indivíduo nas práticas religiosas e o quanto essa participação influencia na religiosidade particular de cada um;

f) *Civic engagement hypothesis* (hipótese de engajamento cívico): este axioma estabelece a relação entre o comprometimento social e político com a prática religiosa. Ele verifica se um comprometimento maior com a sociedade em geral, assim como também as suas diversas formas de organização e execução do exercício do poder, pode influenciar de alguma maneira no seu grau de religiosidade;

g) *Demografic hypothesis* (hipótese demográfica): contrapõe a redução dos valores religiosos das sociedades pós-industriais com o seu crescimento demográfico, oriundo das melhores condições de vida nestas sociedades, apesar da sua relativa redução de natividade; e

h) *Religious market hypothesis* (hipótese do mercado religioso): desenvolve uma forma de teoria microeconômica aplicada à religião, onde esta última é analisada como parcialmente condicionada às curvas de oferta e demanda dos serviços religiosos.

O trabalho de Norris & Inglehart, apesar de questionável em alguns pontos, tem como maior mérito o fato de trazer às questões religiosas a discussão dos diversos fatores que podem afetá-las, tendo em vista que, de uma forma geral, a análise religiosa se restringe ao axioma de segurança, o qual relaciona o aumento da religiosidade apenas com o aumento da insegurança física das pessoas.

A Revolução Industrial trouxe, como um de seus produtos, maior conforto material àqueles cidadãos dos países que dela se beneficiaram. A modernidade do século XIX, na sua vertente tecnológica, satisfez em grande parte a necessidade material básica das sociedades europeias industrializadas (também incluindo nesse rol os Estados Unidos e o Japão), permitindo o aumento de sua segurança existencial e dando a falsa impressão, naquele momento histórico, de que a necessidade espiritual seria substituída pelo conforto material trazido pelos avanços tecnológicos. Os mais incisivos adeptos dessa linha chegaram mesmo a prever a morte de Deus, como o “insensato” em Nietzsche, que procurava o Criador com sua lanterna e, ao não conseguir encontrá-lo em nenhum lugar, concluiu por sua morte, por seu

assassinato. A existência de Deus não é posta em dúvidas, mas, sim, sua capacidade de influência sobre uma sociedade que cada vez se sentia mais autônoma e autossuficiente.

> Nunca ouviram falar do louco que acendia urna lanterna em pleno dia e desatava a correr pela praça pública, gritando sem cessar: "Procuro Deus! Procuro Deus!" Mas como havia ali muitos daqueles que não acreditam em Deus, o seu grito, provocou grande riso. "Ter-se-á perdido, como uma criança?" dizia um. "Estará escondido? Terá medo de nós? Terá embarcado? Terá emigrado?" Assim gritavam e riam todos ao mesmo tempo. O louco saltou no meio deles e trespassou-os com o olhar. "Para onde foi Deus?", exclamou, "é o que lhes vou dizer. Matamo-lo... vocês e eu! Somos nós, nós todos, que somos os seus assassinos! Mas como fizemos isso? Como conseguimos esvaziar o mar? Quem nos deu uma esponja para apagar o horizonte inteiro? Que fizemos quando desprendemos a corrente que ligava esta terra ao Sol? Para onde vai ela agora? Para onde vamos nós próprios? Longe de todos os sóis? Não estaremos incessantemente a cair? Para diante, para trás, para o lado, para todos os lados? Haverá ainda um acima, um abaixo? Não estaremos errando através de um vazio infinito? Não sentiremos na face o sopro do vazio? Não fará mais frio? Não aparecem sempre noites, cada vez mais noites? Não será preciso acender os candeeiros logo de manhã? Não ouvimos ainda nada do barulho que fazem os coveiros que enterram Deus? Ainda não sentimos nada da decomposição divina?... Os deuses também se decompõem! Deus morreu! Deus continua morto! E fomos nós que o matamos!" [...][168]

As previsões da "morte de Deus" do século XIX – que em parte prosseguiram também ao longo do século XX – parecem completamente equivocadas sob a ótica do novo século XXI, onde é possível verificar que os maiores embates globais têm fundamento em componentes religiosos, envolvendo conflitos entre o mundo ocidental cristão e o mundo islâmico, numa verdadeira cruzada invertida. A Europa hoje é vítima de uma "cruzada ao revés", tanto por ser objeto de ataques terroristas, justificados por interpretações fundamentalista de "guerra justa" do Alcorão – aquela de natureza defensiva ou que viesse a corrigir um erro – como também por ser o destino de uma verdadeira invasão de refugiados do Oriente Médio e da África, tanto por razões econômicas como devido a situações de guerras.

Mediante uma perspectiva do século XXI, se podemos dizer que a modernidade teve alguma influência na natureza religiosa da humanidade, com certeza não foi no sentido de extingui-la ou de eliminar os seus eternos conflitos, mas, sim, por ela ter sido um verdadeiro elemento de conformação dos seus fundamentos.

Na baixa Idade Média, os conflitos religiosos eram travados por meio de embates em campo aberto, envolvendo contatos corpo a corpo, utilizando-se de armas cortantes e de impacto. A modernidade trouxe a esses conflitos a tecnologia dos dispositivos explosivos

---

[168] NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução Alfredo Margarido. 6ª edição. Guimarães Editores. Lisboa. 2000. §125.

acionados por celulares, controlados por rede sociais, por drones que lançam mísseis e podem atingir até cinquenta mil pés de altitude. A ciência moderna não permite, nos dias atuais, que se afirme que a Terra não seja uma esfera oblata, ou que o nosso planeta seja o centro da órbita solar, ou ainda que a data da origem do universo possa ser calculada com base nos escritos bíblicos. Ela, a ciência, com sua clareza racional e empírica, forçou a religião a retroceder, a se conformar na região do seu pleno domínio, que é o âmbito espiritual, deixando a ciência para os cientistas. De igual maneira que a ciência, a política também marcou o seu espaço nas questões de Estado, separando a administração da sociedade civil dos domínios religiosos, estabelecendo cada vez mais Estados laicos. No entanto, apesar dessas mudanças, a natureza religiosa, principalmente na sua vertente fundamentalista, mantém-se, em grande parte, intacta.

Deus não está morto no século XXI, contrariando os receios existentes no século XIX. A religiosidade ressuscitou com força total, dando-nos a sensação de um verdadeiro *déjà-vu* do século X, com suas eternas guerras de fundamento religioso. O erro fundamental da previsão da "morte anunciada" de Deus foi justamente que esta previsão se orientou apenas pelo axioma da segurança existencial, considerando que ele é o único elemento justificador do fator religioso, sem ponderar outros fatores históricos, culturais e espirituais.

Conforme observado na obra de Coulanges, a gênese da espiritualidade, nos primórdios da civilização humana, teve como fundamento a angústia do homem com o mistério da morte, fazendo com que ele procurasse conforto psicológico na religião, de modo a não sucumbir à dor que a morte de um ente amado provoca. Podemos afirmar que a modernidade muito pouco contribuiu para suprir esta necessidade de conforto de natureza espiritual e religiosa que a morte induz. Na verdade, muitos consideram que a civilização atual, muito voltada para o materialismo consumista, reduziu a oferta de conforto espiritual da civilização, tornando as pessoas mais despreparadas para lidar com a perda provocada pela morte. A segurança existencial, assim como os elementos culturais e econômicos de uma sociedade, certamente tem influência no seu grau de religiosidade, contudo, essa influência tem natureza marginal, não devendo ser considerada como único fator.

Desta forma, assim como o "insensato" de Nietzsche considerou a sociedade contemporânea como a verdadeira assassina de Deus, a modernidade também superestimou os benefícios que a ciência e a tecnologia podem proporcionar à humanidade. Enquanto a morte for definitiva e a dor causada por ela imensurável, necessitaremos do conforto religioso, pois os domínios da ciência ainda não se expandiram na direção de propiciá-lo.

Na verdade, a ciência tem nos levado, cada vez mais, a considerar a morte como definitiva. Pela Segunda Lei da Termodinâmica, a entropia total do universo (que, de uma forma simplificada, pode ser conceituada como sendo o grau de desorganização de um sistema) tende sempre a aumentar e, considerando-se que o corpo humano é uma estrutura extremamente complexa e organizada, por essa mesma lei, o caminho natural de todo corpo humano é o aumento gradativo de sua desorganização, que se efetiva pelo envelhecimento e consequente morte. Para a ciência, a morte dos seres vivos é o ciclo natural de aumento de entropia dessas estruturas. A ciência mostra e comprova que a passagem do corpo humano pelo mundo é limitada no tempo, o que a torna incapaz de produzir o conforto que é oferecido pela religião, que oferece a eternidade espiritual.

7.8.3 **Religião e a intolerância**

É difícil deixar de relacionar – mesmo que reconhecidamente cometendo uma injustiça – a religião à intolerância. Talvez por motivos históricos ou mesmo pela intensidade com que esta última se apresente quando vinculada a questões daquela. Temas religiosos envolvem elementos sociais e psicológicos de extrema importância para todos os grupos sociais e, talvez, devido a isso, tornem toda e qualquer questão espiritual como sendo de "vida ou morte", tanto nesta vida quanto na próxima.

Todavia, é importante evidenciar que foi no cristianismo, na sua forma mais pura e original, que valores tais como benevolência, compaixão, caridade – no sentido de "amar ao próximo como a si mesmo" – foram alçados a uma das sete virtudes. É difícil mencionar maior exemplo de tolerância do que aqueles encontrados nas palavras do próprio Cristo, segundo Lucas:

> Mas eu digo a vocês que estão escutando: Continuem a amar os seus inimigos, a fazer o bem aos que odeiam vocês, a abençoar os que os amaldiçoam, a orar pelos que os insultam. Àquele que lhe bater numa face, ofereça também a outra; e a quem lhe tirar a capa, não impeça de levar também a túnica. Dê a todo aquele que lhe pedir e, se alguém lhe tirar o que é seu, não peça isso de volta [...].[169] (LUCAS 6:27-31)

O Evangelho de Lucas nos leva a pensar sobre as diferenças existentes entre o cristianismo em sua forma original e aquela forma como foi interpretado e desenvolvido pela Igreja Católica ao longo dos dois milênios seguintes. De qualquer maneira, a mensagem cristã de tolerância sempre esteve presente na versão oficial do cristianismo, mesmo quando os seus

[169] BÍBLIA. **Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada**. Edição 2013 do Inglês. Editora Watch Tower Bible and Tract Society, New York, 2015, p. 1431.

representantes interpretadores agissem de forma completamente oposta aos seus fundamentos, desenvolvendo uma exegese bíblica flexível aos seus interesses políticos seculares.

Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, fornece uma visão de tolerância sob uma perspectiva de convivência civil, em complemento àquela abordagem teológica exclusivamente cristã. Diferentemente da ótica católica, que se traduz em suportar e perdoar a injustiça, a perspectiva civil relaciona a tolerância a formas efetivas de persuasão, como meio de resolução de conflitos. A tolerância civil possui um enfoque prático, utilitarista, associado à prudência política, selecionando o mal necessário em detrimento do mal maior, sem deixar de lado o sentido ético e moral de respeito à pessoa alheia, à liberdade de opinião, à liberdade religiosa e aos direitos fundamentais, possuindo, desta forma, um dever moral com a verdade. Numa perspectiva teórica e dialética, a tolerância também pode ser vista como a procura pela verdade, que somente pode ser alcançada por meio do confronto de ideias diferentes, a partir da síntese das múltiplas verdades parciais.

Bobbio também relaciona a tolerância às formas laicas de governo, uma vez que o espírito secular é tido como uma forma de mentalidade baseada na razão e, ao contrário da fé, é propícia à criação de Estados neutros, afastando a religiosidade da política:

> Onde a história destes últimos séculos não parece ambígua é quando mostra a interdependência entre a teoria e a prática da tolerância, por um lado, e o espírito laico, por outro, entendido este como a formação daquela mentalidade que confia a sorte do *regnum homínis* mais as razões da razão que une todos os homens do que aos impulsos da fé. Esse espírito deu origem, por um lado, aos Estados não confessionais, ou neutros em matéria religiosa, e ao mesmo tempo liberais, ou neutros em matéria política; e, por outro, à chamada sociedade aberta, na qual a superação dos contrates de fé, de crenças, de doutrinas, de opiniões, deve-se ao império da áurea regra segundo a qual minha liberdade se estende até o ponto em que não invada a liberdade dos outros [...].[170]

Não há como não vincular o conceito de "tolerância" ao Direito Internacional Privado, pois, ao se abdicar da aplicação das suas próprias leis particulares em favor das leis do estrangeiro residentes em seu território, ao se buscar o respeito à cultura de outrem, o que se está praticando, na verdade, é uma forma extensiva de tolerância. Tolerar possui, nesta acepção, o sentido de buscar a boa convivência entre as nações, como forma efetiva de persuasão ou como meio de resolução de conflitos. Nas palavras de Dolinger, o Direito Internacional Privado é o Direito da Tolerância:

---

[170] BOBBIO, Norberto. **As razões da tolerância.** In: A era dos direitos [L'età dei Diritti]. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 91.

> A tolerância necessária para renunciar à aplicação de minha lei e aplicar a lei de outro povo. Eu sustento que o direito internacional privado é a ciência, e quiçá, também a arte, que tem como seu principal objetivo, seu desiderato filosófico-político, a aproximação entre os povos do mundo. O direito que opera com a rocha alva. O direito da proximidade.[171]

É nesse sentido que a religião se torna tão importante para as questões de Direito Internacional Privado, pois, como elemento de natureza cultural, nas suas formas mais fundamentalistas, pode se apresentar como fator de intolerância à aceitação de valores externos aos seus dogmas e, ocasionalmente, inviabiliza a aplicação do Direito estrangeiro, ainda que o método do Direito Internacional Privado assim o determine.

7.8.4 **A Religião e a Psicanálise**

Em seu livro *Psychotherapie und Religion* – A presença ignorada de Deus –, o psiquiatra e neurologista Viktor Frankl conjuga a psicanálise materialista e objetiva freudiana à espiritualidade religiosa, por meio de uma perspectiva existencial. Ele desenvolveu a compreensão da existência do indivíduo a partir de uma visão humanista, porém centrada na dimensão espiritual, noética, que dá origem à religiosidade. Segundo a visão de Frankl, a psicanálise freudiana sucumbe à sua própria objetividade, "coisificando" o ser humano, caracterizando-o como uma máquina estritamente regida pelos impulsos atomísticos e independentes do Id, sem permitir uma visão integrada de sua existência.

A função terapeuta da psicanálise freudiana, segundo Frankl, é destruir a personalidade em seus elementos atomísticos para, posteriormente, fazer sua reconstrução a partir de impulsos energéticos do Ego.

Como uma alternativa à visão psicanalítica freudiana que, segundo o entendimento de Frankl, consistia em uma natureza mecânica e materialista, ele desenvolveu a logoterapia, que é baseada na análise existencial com foco na procura pelo significado da existência – em oposição à visão freudiana, que tem o foco na busca pelo prazer. A análise existencial da logoterapia se fundamenta no que Frankl denomina de "senso de responsabilidade", sendo a responsabilidade característica principal do ser humano. Ao responder adequadamente, por meio de seus atos, as perguntas existenciais da vida, a pessoa se torna capaz de se apropriar de sua existência, estabelecendo o que vem a ser a responsabilidade existencial.

---

[171] DOLINGER, Jacob. **Aula inaugural pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.** Rio de Janeiro. Janeiro de 2002.

A análise existencial compreende a consciência não como um conjunto de impulsos mecânicos do Id, mas, na verdade, como uma representação do seu "eu", de uma forma integrada e não atômica. Segundo a visão da logoterapia, o inconsciente não se restringe apenas aos elementos instintivos, mas, também, aos de natureza espiritual, ampliando a sua dimensão. Da mesma forma que a psicanálise entende que ao se reprimir os instintos eles são transferidos para o inconsciente, a logoterapia entende que o espiritual também é transferível para o inconsciente, por meio da repressão.

O espiritualismo navega entre o consciente e o inconsciente, da maneira similar que os elementos instintivos o fazem. Essa demanda pela integralidade do ser humano, ao incorporar elementos instintivos, psicológicos e espirituais, leva à expansão da visão tradicional psicofísica, que envolve somente o corpo e a mente, tornando-a mais ampla ao incluir o espiritual. O ser humano passa a ser visto como um ser biopsicoespiritual, tanto nos planos conscientes como nos inconscientes.

Para Frankl, a dimensão espiritual, ou noética, é obrigatoriamente inconsciente. Uma das características mais determinantes da dimensão espiritual é a "autotranscendência", ou seja, a procura por algo fora de si mesmo. Por meio de um processo empírico, indutivo, ele se utiliza de três fenômenos para exemplificar a dimensão noética do inconsciente: a consciência moral, o amor e a arte. Esses fenômenos humanos se caracterizam por serem intuitivos, pré-lógicos ou irracionais, uma vez que não se baseiam na racionalidade para a tomada de decisão. Além de irracionais, eles são específicos, individualizados, únicos para cada pessoa. No caso da consciência moral há um caráter de "dever ser", imposto de forma externa pela natureza transcendental desse fenômeno. A consciência nos obriga a seguir certos comportamentos, como uma forma de autoridade, e nos impõe penas quando não obedecida, na forma de repreensão moral autoaplicável.

A conexão do ser humano com o transcendental e religioso é permanente, tanto no plano consciente como no inconsciente. Pode-se afirmar que o relacionamento com o transcendente se revela como uma característica intrinsicamente humana, ontológica, não cabendo exceções conhecidas, conforme já mencionado em Herllern:

> Não existe nenhuma raça ou tribo de que haja registro que não tenha tido algum tipo de religião. (HELLERN, 2005.)

Frankl denomina a pessoa que possui essa relação íntima e forte com o transcendental de *homo religiosus*, no entanto, ele enfatiza que todos nós possuímos, em diferentes graus de

intensidade, esse inconsciente noético. Isso pôde ser clinicamente verificado por meio de análise dos sonhos de alguns pacientes. Foi verificado que mesmo para aqueles que se autodenominavam completamente ateus, alguns elementos noéticos foram identificados em seus sonhos. Ou seja, segundo ele, ainda para aquelas pessoas que acreditavam não possuir nenhuma espiritualidade, foi possível verificar algum grau de transcendência reprimida em seus inconscientes. A essa camada noética conscientemente desconhecida e reprimida, Frankl denominou de "fé inconsciente".

A importância dada por Frankl à dimensão espiritual é de tal ordem de grandeza que ele chegou a associar ao *homo religiosus* à capacidade de poder assumir a vida como uma missão a ser cumprida, vendo-o como aquele indivíduo capaz de atingir a dinâmica ontológica humana em sua forma mais desenvolvida, associando-o à capacidade de consciência plena de adquirir responsabilidades. Contrário *sensu*, a pessoa desprovida de religião não seria capaz de dar esse último passo no caminho da conscientização plena da responsabilização.

Apesar de muito questionáveis as conclusões de Frankl com relação à capacidade de evolução ontológica das pessoas não religiosas, ou a incapacidade de assumir a sua vida como uma missão a ser cumprida, a logoterapia nos mostra a grande influência que a dimensão religiosa tem em todas as facetas de uma sociedade, especificamente a psicológica. O estudo da religião, da dimensão espiritual ou noética, é mandatório para toda análise sociocultural de qualquer grupo humano. Compreender uma determinada cultura ou sociedade implica necessariamente em compreender também as suas formas de expressões religiosas, o seu grau de espiritualidade e transcendência de valores.

Outro ponto questionável na obra de Frankl é a interpretação da psicanálise freudiana como sendo preponderantemente mecânica e materialista, com foco apenas na vontade da busca pelo prazer. Certamente, a teoria freudiana tem forte ênfase no conflito humano derivado do embate psíquico entre o desejo sexual e a culpa, como forma de forças opostas, gerando, desta forma, sintomas obsessivos devido à consciência moral culposa, tendo por base desejos de natureza incestuosa. Contudo, a obra freudiana está longe de poder ser considerada simplesmente mecânica ou determinística e isso pode ser verificado em sua obra *Totem e Tabu.*

Nesse estudo, Freud desenvolve o mito da horda primeva darwiniano, tendo por base a rebelião dos filhos que assassinam o pai tirano que monopolizava todas as fêmeas para seu exclusivo prazer, gerando o embate conflitual entre o amor e o ódio pelo patriarca

assassinado. Essa ambivalência de sentimentos dá origem às relações em sociedade, envolvendo a moral, a religião e o sistema normativo de leis e de Direito, fundamentado num fictício contrato social de proibição do incesto e do monopólio da força, acordados pelos irmãos parricidas. Essa horda de irmãos parricidas é uma representação de toda a sociedade humana, conforme Fani Hisgail nos esclarece:

> [...] Totem e Tabu, texto que norteia a história da humanidade a partir de uma narrativa mítica sobre a revolta dos filhos contra o chefe da horda primitiva. Concomitante ao nascimento da Lei Universal, o veto ao parricídio pertence ao campo do simbólico, permitindo ao homem reconhecer que o desejo sexual esta sob os auspícios dessa proibição, pela garantia da manutenção de um acordo tácito e civilizador. Freud baseia-se nas conjecturas darwinianas para lançar a hipótese do mito do assassinato do pai primevo em Psicologia das Massas e Análise do Eu [...].[172]

É possível descrever didaticamente esse mito freudiano em quatro atos: a) o primeiro estabelece o estado inicial da horda, que era composta por um patriarca violento que usufruía com exclusividade, por meio da força, a relação sexual com todas as fêmeas do grupo (mães e irmãs). Ele considerava os filhos como possíveis competidores e, por isso, ao se tornarem adultos eram expulsos da horda, de modo a se evitar qualquer possibilidade de competição:

> Naturalmente não há lugar, na horda primeva de Darwin, para o início do totemismo. Um pai violento e ciumento, que reserva todas as fêmeas para si e expulsa os filhos quando crescem, eis o que ali se acha [...].[173]

b) O segundo ato define o acordo entre os irmãos machos da horda, que se revoltam contra a tirania do patriarca primevo, que não compartilhava as fêmeas do grupo com os eles, decidindo matá-lo e devorá-lo, num festim macabro, para que pudessem assimilar as suas qualidades e apropriar-se de suas forças.

> Certo dia, os irmãos expulsos se juntaram, abateram e devoraram o pai, assim terminando com a horda primeva. Unidos, ousaram fazer o que não seria possível individualmente. (Talvez um avanço cultural, o manejo de uma nova arma, tenha lhes dado um sentimento de superioridade). O fato de haverem também devorado o morto não surpreende, tratando-se de canibais. Sem dúvida, o violento pai primevo era o modelo temido e invejado de cada um dos irmãos. No ato de devorá-lo, eles realizavam a identificação com ele, e cada um apropriava-se de parte de sua força. A refeição totêmica, talvez a primeira festa da humanidade, seria a repetição e a celebração desse ato memorável e criminoso, com o qual teve início tanta coisa: as organizações sociais, as restrições morais, a religião. (FREUD, 2016, pp. 147-148.)

---

[172] HISGAIL, Fani. **A Ética da Psicanálise.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 8 – jul./dez. 2006.

[173] FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu.** Tradução Paulo César Lima de Souza. Companhia das Letras. São Paulo. 2016.

c) O terceiro ato define o surgimento da razão pragmática, em que os irmãos parricidas percebem o desejo comum entre todos eles de ocupar a posição do tirano morto, o que levaria, inevitavelmente, a uma guerra fraticida. Este ato também se caracteriza pela ocorrência de sentimentos ambivalentes de ódio pelo pai déspota e pela consciência de culpa por tê-lo morto, surgindo o arrependimento pelo assassinato Para se evitar a guerra e devido também ao sentimento de culpa, todos decidem em comum acordo a renúncia aos desejos incestuosos e ao uso da violência para satisfazê-los, criando, então, restrições sociais, de natureza moral, religiosa e normativa:

> Depois que o eliminaram, satisfizeram seu ódio e concretizaram o desejo de identificação com ele, os impulsos afetuosos até então subjulgados tinham de impor-se. Isso ocorreu em forma de arrependimento, surgiu uma consciência de culpa, que aí equivale ao arrependimento em sentido comum. O morto tronou-se mais forte do que havia sido o vivo; tudo o que ainda hoje vemos nos destinos humanos. [...] eles revogaram seu ato, declarando ser proibido o assassínio do substituto do pai, o totem, e renunciaram à consequência dele, privando-se das mulheres então liberadas. (FREUD, 2016, p. 149.)

d) O quarto ato define a exogamia, pois os machos, ao se tornarem adultos, passam a buscar por fêmeas em outras hordas, por uma questão prática, passando de um clã selvagem endogâmico para um clã fraterno exogâmico. Estas características são representadas pelos dois tabus fundamentais do totemismo: matar o animal que representa o totem e se casar com uma fêmea de totem idêntico:

> Os dois tabus do totemismo, com que tem início a moralidade, não são de mesmo valor psicológico. Apenas um, aquele que poupa o animal totêmico, baseia-se inteiramente em razões afetivas; o pai fora eliminado, não há como remediar isso. Mas o outro, a proibição do incesto, tinha uma sólida fundamentação prática. A necessidade sexual não une os homens, os divide. [...] assim, os irmãos não tiveram alternativa, querendo viver juntos, senão – talvez, após superarem o grave incidente – instituir a proibição do incesto, com que renunciavam simultaneamente às mulheres que desejavam, pelas quais haviam, antes de tudo, eliminado o pai. (FREUD, 2016, p. 150.)

Totem e Tabu é um dos livros de Freud que demonstra o grau de abrangência de suas teorias, que não se restringiam tão somente ao aspecto mecânico do estudo do desejo sexual na psique humana, mas envolvia também aspectos antropológicos e religiosos. É também neste livro que podemos encontrar uma afirmação de Freud que, com certeza, é compatível com a logoterapia de Frankl com relação à religião:

> Se a psicanálise foi pioneira em descobrir a invariável sobre determinação dos atos e formações psíquicas, não devemos recear que ela seja tentada a propor uma origem única para algo tão complicado como a religião[...] (FREUD, 2016, p. 100.)

Para o Direito Internacional Privado, a importância da psicanálise está em fundamentar o aspecto religioso na identidade cultural das pessoas; no entanto, muito mais importante foi trazer a dimensão espiritual noética para dentro da identidade da pessoa, inclusive como elemento de composição do seu inconsciente. Para diversos sociólogos, inclusive Durkheim, a importância da religiosidade é vista como fundamental na formação da cultura de um povo, contudo, foi somente por meio da psicoterapia que ela foi alçada a componente de identificação individual da pessoa, como elemento de formação do seu próprio Id, do seu "eu" interior.

Ao buscar localizar o sistema normativo mais próximo das partes, o julgador não poderá prescindir de analisar o componente religioso, sob pena de localizar um sistema que não tenha qualquer vinculação cultural ou psicológica com as partes que ele pretende reger, pois, além de ser um elemento de identidade de natureza cultural, a religiosidade também faz parte integrante da identidade individual das pessoas, ainda que elas não se identificam como sendo religiosas.

Fechamos esse tópico com as palavras de Frankl, um psicanalista sobrevivente do holocausto nazista, cuja experiência pessoal com a mais obscura e sombria faceta humana certamente influenciou nos seus estudos e pensamentos:

> Pois assim como se necessita de um pouco de coragem (*Mut*) para declarar-se partidário daquilo que se reconheceu, é preciso ter um pouco de humildade (*Demut*) para designá-lo com aquela palavra que os homens vêm usando há milênios: a simples palavra Deus. (FRANKL, 1992)

7.8.5 **A Religião e o Direito Internacional Privado**

Ao analisar o componente religioso, numa relação jurídica envolvendo elemento estrangeiro, é crucial se compreender os partícipes envolvidos nesta relação processual quadripartida: o autor, o réu, o Estado do Foro e o Estado Localizado. O Estado do Foro será aquele que aplicará o método de localização do Direito Internacional Privado, determinando o sistema normativo mais adequado a reger a relação jurídica trazida à sua responsabilidade. O Estado Localizado será aquele estado detentor do sistema normativo localizado pelo Estado do Foro para reger a relação. Tendo em vista uma maior simplificação da análise, serão assumidas como verdadeiras duas premissas hipotéticas, a se confirmar dependendo da análise da realidade dos fatos:

1. Numa relação de natureza familiar, tanto o autor como o réu fazem parte de um mesmo grupo social – a família –, permitindo-se pressupor que eles estejam submetidos a iguais planos culturais. Essa premissa de comunhão cultural autoriza a fundir o réu e o autor num único polo de análise, o qual será denominado de "partes".

2. O Estado do foro é neutro, não permitindo que os seus valores culturais como sociedade interfiram na localização do sistema normativo mais próximo às partes. Isso permitirá expurgar da análise o estudo cultural do Estado do foro e a influência que este poderia ter no resultado da localização. Moura Ramos, em seu estudo sobre as relações entre constitucionalidade e Direito Internacional Privado, exemplifica bem essa premissa, ao afirmar que um dos interesses do DIPr é a segurança jurídica das transações internacionais que, para ser alcançada, é preciso o conhecimento prévio do sistema normativo que vai reger as relações jurídicas e a imparcialidade do Estado do foro:

> [...] garantir a segurança das transações internacionais. E para alcançar este desirato, afigura-se indispensável lograr dois objetivos: por um lado, permitir aos sujeitos de Direito o conhecimento antecipado da lei que irá reger as suas relações, e, por outro, evitar que o estatuto de uma relação se altere com a simples mudança de sede do tribunal que irá julgar. (MOURA RAMOS, 1973)

Ao se aplicarem as duas premissas acima, simplifica-se a análise quadripartida da relação processual de DIPr para uma relação bipartida, envolvendo apenas as partes e o Estado do sistema normativo localizado.

Porém, é necessário ainda se separar a análise religiosa sob a ótica do tipo do seu sujeito de investigação: se o sujeito é um Estado ou se o sujeito é uma pessoa natural. A análise religiosa será dita subjetiva quando se referir a uma pessoa natural, dizendo respeito tão somente aos sentimentos íntimos da pessoa humana, a forma como ela sente a sua espiritualidade, ou seja, é a relação entre a espiritualidade religiosa e o indivíduo objeto da análise. Por outro lado, a análise será dita objetiva quando se referir a um Estado, ou seja, a relação entre as instituições políticas e administrativas de governo e as instituições religiosas. Essa análise objetiva, na verdade, diz respeito ao grau de laicidade do Estado em estudo, com respeito à influência que a religião possui nas suas decisões de naturezas política e civil.

Como já visto, devido à sua natureza sociológica e psicológica, um indivíduo regido por elementos religiosos possui alto grau de influência de fatores emotivos e não racionais em suas decisões, o que torna a investigação da religiosidade de uma pessoa extremamente subjetiva e de foro íntimo. Mergulhar no mundo interior das partes, para aferir o seu grau de espiritualidade, determinando quanto o fator religioso, de fato, influencia ou não nas suas

ações não é algo factível para o magistrado. Qualquer opinião em sentido contrário é ingênua, pois determina para o magistrado funções para as quais ele não é preparado tecnicamente.

Portanto, resta ao julgador se limitar tão somente aos aspectos extrínsecos dessa natureza subjetiva religiosa, que podem ser reconhecidos por elementos de declaração externa e espontânea das partes. Esses elementos de declaração externas de religiosidade podem ser entendido como, por exemplo, uma autodeclaração, em que a pessoa expressa sua opção religiosa (se houver alguma) e o quanto essa religião é ou não um vetor de orientação nos atos de sua vida civil. O julgador deve se abster de fazer análises intrínsecas e de foro íntimo. Perguntas diretas, tais como: se a parte adota alguma religião, qual a religião e o peso que esta tem nas decisões de sua vida civil, bastariam para levantar os seus perfis religiosos subjetivos.

Conforme definido, a natureza objetiva das questões religiosas se refere ao Estado no que diz respeito ao seu grau de laicidade ou teocracismo. O Estado laico é aquele que garante a separação entre a sociedade civil e o domínio religioso, não sendo permitido a ele interferir na liberdade religiosa, nem as igrejas exercerem qualquer ingerência política, administrativa ou jurisdicional nas questões de Estado. Normalmente, a laicidade não se apresenta na forma de completa presença ou completa ausência, ela se configura numa forma intermediária entre os dois extremos, sendo função do julgador do DIPr aferir o seu grau para um determinado sistema normativo específico a ser localizado. São exemplos de Estados teocráticos a República Islâmica do Irã e o Vaticano e é exemplo de um Estado laico a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a qual, inclusive, adotou o chamado “ateísmo de Estado”.

Outro fator que também é considerado subjetivo, no sentido de se relacionar diretamente com as pessoas, é o grau de laicidade do “sistema normativo das partes”, ou seja, o grau de laicidade do Estado detentor do sistema normativo considerado como o Direito pessoal das partes. Sob a ótica do indivíduo, este é um elemento subjetivo, por ser uma característica que é incorporada a sua cultura. Por outro lado, sob a ótica do Estado detentor do sistema normativo das partes, esse grau de laicidade é considerado um elemento objetivo.

Se as partes são domiciliadas ou tenham tido convivência com um Estado laico, cujo sistema normativo é refratário às questões religiosas, essa característica também é incorporada, de alguma forma, à cultura pessoal delas. Ao conviver em uma cultura de governo laico, as partes desenvolvem a capacidade de aceitarem os julgamentos judiciais independente das questões religiosas. Por outro lado, partes domiciliadas ou que tenham tido

convivência com Estados teocráticos normalmente veem com naturalidade a interferência religiosa nos julgamentos judiciais e têm essa tolerância incorporada à sua bagagem cultural.

Mas o que vem a ser o sistema normativo das partes? Em teoria, deve ser justamente aquele sistema normativo localizado como mais próximo para reger as suas relações jurídicas e, por isso, passaremos a denominá-lo de "sistema normativo mais próximo das partes".

Em tese, o sistema normativo mais próximo das partes deveria ser o próprio sistema normativo localizado, no entanto, no mundo real, os dois sistemas podem ser distintos e, muitas vezes, o são. A razão para essa distinção está justamente nas implementações formais dos diversos DIPr nacionais, a partir de localizações artificiais, com base apenas em elementos de conexão isolados, que não garantem a localização do sistema normativo mais próximo das partes. Dessa maneira, é frequente se localizar um sistema normativo diferente daquele que seria o mais conectado com a cultura das partes. Essa deficiência na implantação dos mais diversos Direitos Internacionais Privados locais obriga, para aquelas análises envolvendo elementos religiosos, a identificar distintamente ambos os sistemas em: sistema normativo mais próximo das partes e o sistema normativo localizado.

Afirmamos que ao se aplicar as duas premissas simplificadoras (1. O autor e o réu fazerem parte de um único grupo social; 2. O Estado do foro ser neutro), a análise da relação processual religiosa de DIPr se tornaria uma relação bipartida, envolvendo apenas as partes (como unidade familiar) e o Estado localizado. Não obstante, ao sermos obrigados a fazer a distinção entre o sistema normativo mais próximo das partes e o sistema normativo realmente localizado, essa análise se torna mais complexa, uma vez que passa a ser tripartida, pois envolve:

a) a natureza religiosa subjetiva das partes;
b) o grau de laicidade do Estado do sistema normativo mais próximo das partes; e
c) o grau de laicidade do Estado do sistema normativo localizado.

Normalmente, para o operador do DIPr, a análise do elemento cultural religioso do Estado se mostra muito mais simples, justamente por ser uma aferição objetiva, quando comparada com a análise do elemento subjetivo das partes. Entretanto, ainda que seja de natureza objetiva, é preciso verificar o quão secular ou teocrático o Estado verdadeiramente se mostra e quais são as áreas sociais afetadas por esta característica, tendo por base a realidade dos fatos. Essa aferição baseada na situação factual é importante na medida em que mesmo num Estado teocrático fundamentalista é possível que uma determinada relação jurídica

específica não seja afetada por questões religiosas. Por exemplo, contratos comerciais envolvendo empresas estrangeiras têm normalmente uma menor propensão a serem afetados pelas questões religiosas quando comparados com as questões envolvendo relações jurídicas familiares.

Portanto, apesar de a aferição objetiva da laicidade dos Estados possuir normalmente uma natureza mais direta do que a aferição da religiosidade subjetiva das partes, ainda assim ela pode se tornar complexa, uma vez que é importante levantar, no exato contexto factual, se a laicidade do Estado de fato interfere na específica decisão.

Assim, resumidamente, o julgador de DIPr precisa levantar as seguintes informações para analisar os possíveis efeitos da religiosidade nas questões de localização:

1. Determinar as questões religiosas de natureza subjetiva extrínsecas das partes. Com visto, essa determinação poderá se feita na forma autodeclarativa, na qual se deve consta a religião praticada, se alguma, e o grau de sua influência nas decisões de natureza civil. A autodeclaração deve se pressupor verdadeira, excetuando-se os casos de fraude;
2. Determinar o grau de laicidade do Estado do sistema normativo das partes; e
3. Determinar o grau de laicidade do Estado do sistema normativo localizado.

A partir desse levantamento, é possível, hipoteticamente, combinar os fatores religiosos que determinarão as possíveis situações em que o operador do DIPr poderá se defrontar, tendo por base a análise de fundo religioso. Cada uma das hipóteses pode conduzir a diferentes conclusões, com relação à proximidade das partes e o sistema normativo a ser localizado. Existe um total de oito diferentes combinações de hipóteses possíveis que serão estudadas, tendo em vista as suas eventuais implicâncias na localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada:

1. Hipótese I:
   a. As partes se autodeclaram não religiosas ou, sendo religiosas, a religião não interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é laico;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é laico.

Essa primeira hipótese envolve a situação em que a religião definitivamente não teria qualquer interferência na questão de DIPr, cabendo ao julgador buscar outros elementos de proximidade para concluir a localização do sistema normativo mais próximo das partes.

2. Hipótese II:
   a. As partes se autodeclaram religiosas e a religião interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é laico;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é laico.

Essa segunda hipótese envolve a situação em que as partes já estão familiarizadas com sistemas normativos laicos e foi localizado outro sistema normativo também laico. Ainda que sejam pessoas que se autodeclarem como religiosas e declarem que a religião interfere nas decisões na vida civil, não há por que, a priori, considerar que a religião venha a ser um fator relevante na localização do sistema normativo. Todavia, é mandatório se verificar, no caso *in concreto*, se não há alguma condição específica que possa inviabilizar o sistema localizado por motivos religiosos.

3. Hipótese III:
   a. As partes se autodeclaram não religiosas ou, sendo religiosas, a religião não interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é teocrático;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é laico.

Essa terceira hipótese envolve a situação em que as partes se autodeclaram como não religiosas, contudo têm domicílio num Estado teocrático e o sistema jurídico localizado é um Estado laico. Nesse cenário, a priori, apesar de possuírem domicílio num Estado teocrático, por não serem religiosas, as partes não devem ter quaisquer impedimentos para serem regidos por um sistema normativo laico. No entanto, como no caso anterior, deve-se verificar no caso concreto se não há alguma condição específica que possa inviabilizar o sistema localizado, pois, apesar de se declararem não religiosas, após um longo período sob um sistema teocrático, as partes podem ter incorporados valores desse sistema.

4. Hipótese IV:
   a. As partes se autodeclaram religiosas e a religião interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é teocrático;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é laico.

Essa quarta hipótese é uma das quais o operador de DIPr deve conceder especial atenção, pois o elemento religioso provavelmente será determinante na localização do

sistema normativo, uma vez que as partes se autodeclaram como religiosas e declaram que a religião interfere nas suas decisões na vida civil, adicionalmente elas possuem domicílio num Estado Teocrático. Essas pessoas têm grande chance de sentirem completamente desconectadas com um sistema normativo de um Estado laico, principalmente nas questões envolvendo o estatuto pessoal.

5. Hipótese V:
   a. As partes se autodeclaram não religiosas ou, sendo religiosas, a religião não interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é laico;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é teocrático.

Essa quinta hipótese envolve uma situação em que a religião definitivamente influenciará na questão de DIPr, pois, além de as partes se autodeclararem como não religiosas, elas também possuem o domicílio num Estado laico e o sistema normativo localizado é de um Estado teocrático. As partes, com uma probabilidade muito grande, terão dificuldade de se identificarem com o sistema teocrático localizado, pois, além de não serem religiosas, elas já devem ter incorporada a cultura de não interferência das questões religiosas no âmbito jurídico.

6. Hipótese VI:
   a. As partes se autodeclaram religiosas e a religião interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é laico;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é teocrático.

Essa sexta hipótese é uma das quais o julgador de DIPr deve também ter especial atenção, pois o elemento religioso pode vir a ser um problema na localização do sistema normativo. Apesar de as partes se autodeclararem religiosas e que a religião interfere nas suas decisões na vida civil, elas têm domicílio num Estado laico, em que a religião não interfere nas questões judiciais. Ser regidas por um sistema normativo teocrático pode vir a ser um problema para essas pessoas, uma vez que elas não estão habituadas a essa situação, principalmente se a religião praticada por elas for distinta da religião praticada pelo Estado localizado.

7. Hipótese VII:
   a. As partes se autodeclaram não religiosas ou, sendo religiosas, a religião não interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é teocrático;

c. O Estado do sistema normativo localizado é teocrático.

Essa sétima hipótese é uma das quais o julgador de DIPr deve também ter especial atenção, pois o elemento religioso pode vir a ser um problema na localização do sistema normativo. Isso ocorre porque, além de as partes se autodeclararem como não religiosas, o sistema normativo localizado é um sistema teocrático. O fato de o sistema do domicílio das partes ser também teocrático não afasta a potencialidade da incompatibilidade, uma vez que diferentes sistemas teocráticos podem ser incompatíveis entre si. É importante também mencionar que o método do DIPr demanda um sistema próximo e compatível com a parte e não compatível com o sistema normativo do seu domicílio.

8. Hipótese VIII:
   a. As partes se autodeclaram religiosas e a religião interfere nas decisões de sua vida civil;
   b. O Estado do sistema normativo das partes é teocrático;
   c. O Estado do sistema normativo localizado é teocrático.

A oitava hipótese se reduz à análise de compatibilidade sob a perspectiva das partes entre dois sistemas teocráticos, o que equivale a analisar a compatibilidade de valores culturais entre duas religiões distintas, tanto a do Estado do domicílio das partes como aquela do Estado do sistema jurídico localizado. A priori, de tudo o que foi visto com relação à tolerância religiosa, pode-se afirmar que essa é uma situação de alto potencial de incompatibilidade, pois cada sistema religioso normativo entende ser a sua verdade absoluta, sendo pouco provável que haja campo de concordância jurídica entre eles. Os princípios e dogmas desses sistemas normativos têm por base valores religiosos de natureza absoluta, distintos daqueles valores gerais do Direito.

Por conseguinte, para se aplicar a análise religiosa à metodologia clássica do Direito Internacional Privado é preciso se substituir o elemento de conexão fornecido pelo DIPr do foro pela investigação de proximidade, com base no perfil material das partes e, a partir dela, obter o sistema normativo mais próximo a ser localizado. Quando o elemento cultural religioso for preponderante na determinação da proximidade, é imprescindível levantar tanto os elementos subjetivos extrínsecos das partes como também os elementos objetivos, que estão relacionados com a laicidade do Estado do sistema normativo a ser localizado e a laicidade do Estado do sistema jurídico das Partes. Após o levantamento destas informações,

o julgador estará apto a verificar em qual das hipóteses de proximidade o caso *in concreto* mais se enquadra.

Neste estudo, procura-se investigar a religião sob uma perspectiva sociológica, antropológica e psicológica, com o objetivo de determinar a identidade de um indivíduo com a cultura de certa sociedade. A busca por essa identidade tem por objeto a verificação de uma possível proximidade dessa pessoa com um determinado sistema jurídico a ser escolhido, diante de uma situação jurídica plurilocalizada de Direito Internacional Privado.

Como vimos, a visão moderna de DIPr almeja a proximidade das partes com os sistemas normativos elegíveis a reger as suas relações jurídicas, respeitando-se as suas culturas, os seus valores e as suas identidades. Essa proximidade procura justamente honrar o respeito ao elemento estrangeiro, que é um dos fundamentos do Direito Internacional Privado. Maturidade jurídica, respeito ao estrangeiro, busca pelo sistema normativo mais adequado, proximidade das partes, enfim, todos esses conceitos convergem na determinação de afinidade cultural das partes com o sistema normativo escolhido para regê-las. Neste contexto, afinidade e identidade cultural possuem um sentido de proximidade jurídica, proximidade esta que é eleita por Dolinger como sendo aquele princípio que poderia sozinho comandar a solução de todos os problemas no campo do conflito das leis, a "pedra filosofal" – *lapis philosophorum* – do Direito Internacional Privado.

Mas o princípio da proximidade, conforme já vimos, por sua natureza de identidade cultural é abrangente, aberto, não delimitado, fundamentando-se em conceitos sociológicos e antropológicos multifacetados. Assim, é crucial que a análise de proximidade não se restrinja a apenas um elemento cultural das partes, mas a uma visão de identidade cultural como um todo. Essa abordagem limitada a um único fator é exatamente o que o nosso DIPr nacional adota. Lamentavelmente, para o nosso Direito Internacional Privado, o domicílio é a solução para todos os casos plurilocalizados do instituto pessoal, independentemente de qualquer outra análise de fundo, apesar de ser conhecimento geral que isso nem é sempre verdade, tendo em vista as diversas possibilidades da realidade concreta.

Na procura por essa identidade cultural como forma de implantação do princípio da proximidade foi explorado neste tópico o papel desempenhado pela religião em seu sentido *lato*, ou seja, como uma expressão da espiritualidade. Nesse sentido, pode-se verificar tanto o vínculo direto entre a religiosidade e a identidade cultural, sob o aspecto sociológico, como também o vínculo com a identidade pessoal do "id", sob o aspecto psicológico.

Conforme entendido pela logoterapia, o espírito religioso se mostra presente tanto no aspecto cultural das sociedades como também nas camadas conscientes e inconscientes da personalidade humana e, por isso, é um fator obrigatório em toda e qualquer análise de proximidade cultural entre pessoas e sistemas normativos. Desprezar o fator religioso numa localização de sistemas normativos plurilocalizados quando presentes as suas premissas é incorrer num grande risco de localizar um sistema que não atende às necessidades daqueles que buscam a jurisdição estatal para sanar as suas mazelas; é fracassar no objeto principal do Direito Internacional Privado, que é a promoção da justiça substantiva para aqueles que apresentem elementos estrangeiros em suas situações jurídicas em litígio.

A implantação do princípio da proximidade não é simples e, com certeza, possui um custo processual muito maior do que simplesmente eleger artificialmente uma única característica das partes para determinar a localização do sistema normativo. Porém, se de fato é sério o respeito à diversidade cultural humana, não há como deixar de analisar os seus elementos constitutivos, em particular o religioso, ao se localizar o sistema normativo mais adequado para reger a relação plurilocalizada.

Para haver sucesso nessa localização é mandatório ao operador do Direito se despir de todos os seus dogmas e preconceitos, exercer ao máximo sua capacidade de tolerância em compreender e aceitar valores que não são os seus, visões de vida com as quais nunca teve contato e se preparar para lidar com o inesperado, com o desconhecido. A cultura humana é rica e variada e a intolerância é o vício que nos impede de ter acesso à essa riqueza.

7.8.6 **A lei comum do cristianismo, como base para o Direito Internacional Privado**

Um importante tópico, dentro deste extenso tema que é a aplicação da religiosidade ao Direito Internacional Privado, é o estabelecimento da vinculação existente entre a formação histórica do DIPr e a lei comum do cristianismo. Segundo Wharton, a lei comum do cristianismo é a base do Direito Internacional Privado:

> Persons are in general subject to the law of the territory in which they are domiciled; but when visiting other lands, they can only claim to be invested with the law of such domicil, to the extent to which it is consistent with the common law of Christendom, which is the basis of private international law.[174] (WHARTON, 1872, p. 32.)

[174] "*As pessoas são, em geral, sujeitas à lei do território em que estão domiciliadas; mas quando visitam outras terras, só podem pretender serem regidos pela lei deste domicílio, na medida em que seja consistente com o Direito Comum do Cristianismo, que é a base do Direito Internacional Privado.* " (Tradução nossa)

O reconhecimento da vinculação histórica entre o Direito Internacional Privado – principalmente o ocidental – e a Igreja Católica Romana também é compartilhada por outros doutrinadores compatriotas de Wharton, tais como George Davis que, em sua obra *The elements of International Law*, estabelece de forma didática essa relação ao afirmar que a mais poderosa influência sofrida pelo Direito Internacional durante a sua formação foi a Igreja Católica:

> Unquestionably the most powerful influence that was exerted upon the science of international law during its formative period was that of Roman Church. [175]

Essa influência ocorreu em duas distintas vertentes:

a) a primeira, sob o aspecto político, uma vez que, com a decadência do Império Romano, a Igreja Católica foi pouco a pouco aumentando seu poder secular, com uma estrutura organizacional que se ramificava por todo o mundo ocidental conhecido da época. Essa organização incluía os Conselhos Ecumênicos e as assembleias representativas de vários Estados europeus; e

b) a segunda, sob o aspecto jurídico, tendo em vista o desenvolvimento do Código Canônico, que teve por base as leis romanas as quais foram adaptadas às necessidades da Santa Igreja, além de outros documentos de natureza normativa, tais como as encíclicas papais. Adicionalmente, era comum ao Papa desempenhar o papel de árbitro internacional em questões envolvendo conflitos entre Estados, tais como a determinação do meridiano localizado a cem léguas do oeste da Ilha de Açores como sendo aquele a fronteira entre as colônias de Portugal e Espanha.

A Igreja Católica desempenhou, entre os séculos XIV e XVI, um importante papel de líder espiritual do mundo cristão em concomitância com o papel secular de árbitro internacional, assim como também de corte internacional de apelação. Esses papéis foram gradativamente sendo reduzidos, à medida que os Estados nacionais foram se consolidando e se tornando cada vez mais laicos.

---

[175] DAVIS, George B. **The Elements of International Law:** with an account of its origin sources and historical development. Harper & Brothers Publishers. New York. 1908. pp. 13-20.
"*Inquestionavelmente, a influência mais poderosa exercida sobre a ciência do direito internacional durante o seu período formativo foi a da Igreja Romana.*" (Tradução nossa)

Fechamos esse tópico sobre religião e tolerância com um pequeno trecho de Luís Roberto Barroso, extraído do seu emocionante discurso de formatura na UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro –, em 2009:

> TOLERÂNCIA
> Creio na tolerância. Na capacidade de compreender e respeitar o outro, aquele que é diferente da gente. O mundo contemporâneo é feito de pluralismo e diversidade. Há muitos projetos de vida legítimos. Há múltiplas raças, religiões, ideologias. É preciso escolher os próprios valores e conviver em harmonia com as escolhas alheias. Não falo de um relativismo moral, que não tenha uma ideia do que é bom, certo e justo. Não estejam ao sabor dos ventos ou à mercê de aventureiros. Falo da rejeição ao perfeccionismo moral, que acha que deve universalizar e impor os próprios valores, os seus projetos de vida, como se fossem os únicos. Não creio em verdades absolutas, em dogmas que não podem ser questionados. Creio na razão, na capacidade de compreender e justificar fenômenos e ações. E creio na fé, na capacidade de acreditar no que não pode ser visto ou tocado. Cada um com a sua.
> [...]
> Eu creio honesta e sinceramente na igualdade das pessoas. A vida me provou que submetidas às mesmas condições, aos mesmos estímulos ou às mesmas pressões, as pessoas tendem a reagir da mesma forma. São iguais na sua humanidade, nos seus medos, nas suas falhas e nas suas virtudes.[176]

7.9 **Elemento de proximidade nível de escolaridade**

O elemento de proximidade "nível de escolaridade" tem por objetivo aferir o nível cultural de uma determinada pessoa por meio da sua escolaridade. Ele é um importante componente de aferição, uma vez que estse conhecimento pode ser um fator de facilitação para que esta pessoa se aculture a uma nova sociedade distinta da sua. Quanto mais conhecimentos uma pessoa adquire é esperado que a sua capacidade para entender e assimilar novas situações que não façam parte do seu reportório de experiência de vida aumente. Desta forma, é razoável se presumir que uma pessoa que possua um maior grau educacional tenha uma maior propensão a se adaptar à cultura de um pais estrangeiro do que outra que possua um menor grau de instrução, *coeteris paribus*.

Todavia, é sabido que o nível de escolaridade de uma pessoa não mede necessariamente o conhecimento e a cultura geral que ela possui, pois é possível que a escolaridade formal não seja uma boa fonte de aquisição de cultura e, por outro lado, é possível também que uma pessoa com alto nível cultural não possua qualquer estudo formal. No entanto, tendo em vista que a aferição do nível cultural de uma pessoa não é uma tarefa fácil de ser realizada, a educação formal se apresenta como um bom preliminar indicativo do

[176] BARROSO, Luís Roberto. **Discurso de formatura da Universidade Estadual do Rio de Janeiro** – UERJ – em 2009.

seu nível cultural. Naturalmente, havendo indicativos concretos de que a educação formal não represente o grau cultural do indivíduo, outros elementos probatórios podem ser levantados.

A influência que o nível cultural de uma pessoa na sua capacidade de adaptação a uma nova sociedade envolve elementos de naturezas subjetiva e objetiva. Os elementos subjetivos podem ser traduzidos na sua capacidade em compreender novos cenários que lhe sejam apresentados, seja na forma de assimilação de componentes culturais de uma sociedade que ela venha a fazer parte, ou na solução de problemas de ordem prática, que surjam dentro do novo contexto social que ela enfrente. Uma maior bagagem cultural vai permitir a essa pessoa uma maior capacidade de compreensão e adaptação a situações que ainda não tenha vivido. Os resultados do sucesso em se adaptar a um cenário desconhecido se traduzem no aumento de sua autoestima e de uma maior satisfação em conviver sob uma diferente cultura.

Os elementos objetivos se traduzem na maior empregabilidade que essa pessoa possui, devido ao seu maior nível educacional. Uma melhor chance de se colocar no mercado de trabalho se traduz em maiores condições de se estabelecer financeiramente, superando, de uma forma mais rápida, as dificuldades de ordem material que se impõe ao imigrante que tenta a vida em outro país.

Leah Adams e Anna Kirova, em estudo sobre a educação e a migração global, relacionaram a maior capacidade das crianças em se adaptarem socialmente ao país para o qual imigraram com seus pais, tendo em vista o maior nível de educacional destes últimos. A conclusão foi no sentido de que as crianças cujos os pais possuem um maior nível de escolaridade demonstraram uma maior capacidade em se adaptarem socialmente à nova cultura, quando comparadas com aquelas crianças cujos pais tinham um menor nível educacional.[177]

É razoável se presumir que a pessoa que tenha um maior nível educacional tenha também uma melhor adaptação à cultura do seu novo país de imigração, quando comparado com outra pessoa em iguais condições, contudo com um menor nível educacional.

Entretanto, é importante observar que o elemento de proximidade nível de escolaridade (ou nível cultural) seja considerado com todo o cuidado que a sua natureza requer. Ele deve ser tratado como um elemento de proximidade subsidiário no levantamento

[177]ADAMS, Leah; KIROVA, Anna. **Global Migration and Education:** Schools, Children, and Families. Lawrence Erlbaum Associates. New Jersey. 2006.

do perfil material das partes. O seu uso, de forma isolada, contribui de forma marginal na determinação da proximidade. Ele deve ser sempre utilizado em conjunção com outros elementos, de modo que o sistema normativo localizado venha a ser, de fato, aquele que expresse a identidade cultural das partes.

A aplicação do nível de escolaridade, de forma isolada e sem o devido levantamento do perfil material das partes, pode levar à conclusão falsa e absurda de que toda pessoa que possua um maior nível de escolaridade (ou nível cultural) tenha sempre uma melhor adaptação à cultura de outra sociedade quando comparada com outro indivíduo de menor nível cultural.

7.10 **Elemento de proximidade participação em organizações sociais**

A participação em sociedades civis, organizações não governamentais, grupos voluntários, de estudos, religiosos, entre outros, podem indicar uma maior integração social do indivíduo à sociedade estrangeira da qual ele faz parte. O elemento de proximidade "participação em organizações sociais" é um elemento subsidiário, que pode ser utilizado quando os demais elementos de proximidade não tenham sido decisivos para promover o convencimento do juízo de localização.

O conceito de organizações sociais, aqui utilizado, possui uma natureza aberta e não jurídica, permitindo ao julgador uma maior flexibilidade na sua aplicação. O que o magistrado vai considerar como uma organização social, para efeito de aplicação do elemento de conexão participação em organizações sociais, fica por conta de sua discricionariedade, podendo ele livremente escolher ou rejeitar durante a tutela localizadora aquelas organizações que não considere pertinente ao caso sob *judice*. A grande variedade, as distintas naturezas e os distintos objetos das diversas organizações sociais não permitem uma abordagem fechada e enumerativa das mesmas.

Tendo isso em consideração, não há como, de forma apriorística, o juiz ponderar o peso que será dado durante o procedimento de localização na participação neste tipo de organização. É primordial a análise casuística da realidade, considerando-se tanto as especificidades da organização em si mesma, como das partes envolvidas e a forma como elas se relacionam.

Não existe a expectativa de que o elemento de proximidade participação em organizações sociais venha a ser determinante numa decisão de localização. Devido à sua

natureza aberta e a dificuldade de se levantar a real natureza da relação com as partes, ele é um elemento que deve ser utilizado de forma complementar, utilizado quando o convencimento do juízo de localização não foi obtido com a análise de fundo de outros fatores, com elementos de prova mais objetivos e fáceis de serem levantados.

Por conseguinte, o elemento de proximidade participação em organizações sociais deve ser considerado sempre no contexto geral do perfil material das partes, aplicando-o com bastante cautela, de modo a não lhe ser dado um peso maior do que a situação concreta recomenda. Contudo, a sua importância poderá ser elevada naquelas situações mais complexas ou ambíguas, ou seja, quando mesmo após for feita uma análise exaustiva dos perfis materiais das partes não seja possível a determinação clara do sistema normativo a ser localizado.

7.11 **Elemento de proximidade sistema normativo de preferência das partes**

A escolha pelas partes por um determinado sistema normativo por si só, normalmente, já é um indicativo de proximidade com o Direito escolhido. Excluindo-se aquelas situações de fraude e de simulações, somente o fato das partes indicarem a preferência por um determinado sistema normativo é um forte indício de que há um componente de proximidade entre elas e esse sistema. Ninguém voluntariamente escolhe um sistema normativo – desconsiderando as situações de fraude à lei – sem que haja uma razão para justificar essa escolha.

A proximidade presumida pela preferência das partes por um determinado sistema normativo pode ser vista aos olhos do julgador como legítima quando ela representar valores que ele entenda como sendo indicadores de proximidade cultural entre elas e o sistema normativo preferido; ou ilegítima, quando envolver aquelas situações de fraude ou simulação. O magistrado pode considerar que as razões que justifiquem a preferência pelo sistema jurídico a ser localizado sejam incompatíveis com o tipo de relação jurídica que esteja sob júdice, como, por exemplo, utilizar-se de razões estritamente patrimoniais para fundamentar a preferência por um sistema normativo para reger relações de ordem familiar e afetiva.

Entretanto, é importante enfatizar que deve se esperar um alto grau de discricionariedade do magistrado ao avaliar as razões pelas preferências das partes; por isso é necessário que essa preferência seja bem fundamentada e motivada pelas mesmas, esclarecendo as razões pelas quais elas entendem que aquele determinado sistema normativo é o mais aderente à sua realidade. Os motivos desta fundamentação devem, em grande parte, coincidir com as razões a serem levantadas pelo magistrado durante a tutela localizadora, ou

seja, devem ser compatíveis com o perfil material das partes.

Naturalmente, em caso de indicação de preferência, as partes devem concordar entre si por qual sistema jurídico deve recair a escolha, pois do contrário, teríamos uma situação contenciosa que requereria a substituição da vontade dos litigantes pela decisão proferida pelo julgador. Neste cenário de discórdia entre as partes, com relação à preferência do sistema normativo a ser localizado, o elemento de proximidade "preferência das partes" deve ser completamente desconsiderado, pois não haveria uma única preferência comum entre as partes, mas sim múltiplas.

7.11.1 **A preferência das partes e o princípio da autonomia da vontade**

Conforme vimos, o princípio da autonomia da vontade é a prerrogativa dada às partes de definir, de forma livre, como tutelar os seus interesses jurídicos. Naturalmente, essa liberdade é limitada aos interesses maiores da sociedade. A vontade livre da pessoa, o seu livre-arbítrio, expressões únicas dos seus desejos e anseios, representam parcialmente o que essa pessoa é, assim como também é um indicativo cultural do meio social em que ela se insere. Por conseguinte, não há como negar a razoabilidade de se reconhecer a natural associação entre o princípio da autonomia da vontade e o princípio da proximidade.

Dolinger esclarece que o princípio da autonomia da vontade possui uma grande aplicação no campo dos contratos comerciais, muito embora venha sendo aplicado, mais recentemente, às leis internas de uma forma mais ampla, assim como também nas relações internacionais de família, mesmo ao envolver a guarda dos filhos. O autor relaciona o princípio da autonomia da vontade com o princípio da proximidade dando como exemplo a aplicação, pela escola subjetivista, da presunção da vontade omissa como sendo aquela representativa da lei mais próxima:

> A presunção recairá sobre a lei mais próxima. Assim, o Princípio da Autonomia da Vontade se liga ao princípio da Proximidade. (DOLINGER, 2014, p. 357.)

Com relação à aplicação do princípio da autonomia da vontade nas questões de Direito de família, Paulo Lôbo concorda com Dolinger e exemplifica o seu uso, inclusive, citando a constituição brasileira, no que se refere à autonomia aplicável ao divórcio:

> A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição, em 2010, ao suprimir qualquer referência à causa, culposa ou não, para a realização ou concessão do divórcio, convalidou a trajetória emancipadora do direito de família brasileiro, de menor

> intervenção estatal na vida privada e de maior respeito à autonomia das pessoas neste âmbito.[178]

Tendo isso em vista, é possível considerar a viabilidade de aplicação da autonomia da vontade, mesmo que para o estatuto pessoal, naquelas áreas em que não sejam protegidas pelo interesse público e que tratem majoritariamente das relações patrimoniais desse estatuto. Logo, a autonomia da vontade não deve ser restringida ou desconsiderada para aquelas situações em que não haja ofensa aos interesses públicos. Não ocorrendo ofensa aos maiores valores de uma sociedade, não há porque não prevalecer a *lex voluntatis*.

Entretanto, deve-se ter cuidado com o uso indiscriminado da autonomia da vontade, pois as partes podem utilizá-la como forma de não se submeterem a regras mandatórias do sistema normativo a ser localizado, exercendo uma forma de abuso de direito e fraude à lei.

Considerando-se, então, a preferência das partes pela localização de um determinado sistema normativo como uma forma de aplicação do princípio da autonomia da vontade, essa preferência deve observar as orientações e limitações do princípio na qual ela se fundamenta. A implicação mais prática da vinculação da preferência das partes por um determinado Direito e o princípio da autonomia da vontade é a necessidade de verificação por parte do juízo de localização, se houve de fato a indicação desta preferência pelas partes. Com relação ao autor, esse pedido deve ser feito na petição inicial e, com relação ao réu, ele deve ocorrer na sua resposta.

Havendo a indicação de preferência, o magistrado deverá verificar se há alguma exceção com relação ao Direito material do sistema normativo preferido pelas partes que previna o atendimento da solicitação. Se não houver ofensa aos interesses sociais, sejam eles representados pela ordem pública, pelos bons costumes ou por preceitos constitucionais, a princípio não há razão para se negar a preferência solicitada.

Não obstante, ainda que não haja exceções que impeçam a localização do Direito preferido pelas partes, o magistrado precisa verificar também a compatibilidade lógica entre a natureza do conflito e a motivação das partes em fundamentar o pedido de preferência. Essa análise é importante para se evitar qualquer situação que favoreça a fraude ou a simulação. A fundamentação para a preferência deve se basear em fatos que, de alguma forma, vinculem as partes ou os fatos originadores da relação jurídica sob *judice* com o Direito preferido.

---

[178] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. p. 49.

É importante que o perfil material das partes levantado por meio dos elementos de proximidade durante a tutela localizadora não seja incompatível com o sistema normativo preferido pelas partes. Essa incompatibilidade ocorre quando uma grande parte dos elementos de proximidade apontar para uma localização distinta daquela preferida pelas partes e a motivação pela preferência não esclarecer adequadamente as razões para as divergências.

Por ser a preferência das partes um conceito aberto, ele permite ao magistrado uma interpretação de grande amplitude e discricionariedade. Por isso é importante que, ao indicar uma preferência por determinado sistema normativo, as partes o façam de forma fundamentada, orientando o intérprete para aqueles fundamentos que elas considerarem pertinentes à realidade *sob judice*. É necessário haver uma unidade lógica entre o sistema normativo solicitado como preferido, o perfil material das partes e a motivação exposta pelo solicitante. Havendo contradições entre essas informações, caberá ao magistrado dirimi-las.

8. VERSÃO AJUSTADA DO MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Após a revisão detalhadas das etapas que compõem o método do Direito Internacional Privado clássico, é indispensável definir o posicionamento e a função dos elementos de proximidade nesse método. Conforme visto, o perfil material das partes é composto pelo conjunto dos elementos de proximidade considerados para o caso *in concreto*, de modo a se levantar um panorama multifacetado das características daqueles que estão envolvidos no litígio, em contraposição a uma abordagem unilateral que é provida pela escolha de um único elemento de conexão. Uma vez que o perfil material das partes desempenha igual função metodológica dos elementos de conexão – que é a de localizar o Direito estrangeiro a reger a relação jurídica – ele deve ser posicionado imediatamente após a qualificação ou após a determinação do elemento de conexão (se esse tiver sido definido) e antes da localização do sistema normativo.

A versão ajustada do método do Direito Internacional Privado, que se utiliza do perfil material das partes (composto pelos elementos de proximidade pertinentes), em oposição à adoção de um elemento de conexão isolado, pode opcionalmente estabelecer um elemento de conexão preliminar, a ser definido nas regras de conflito, se houver interesse em que o DIPr local defina uma localização prévia à análise de proximidade. Se houver a opção pela inclusão dessa análise prévia, o elemento de conexão deve desempenhar o seu papel localizador tradicional, porém desprovido de natureza obrigatória, uma vez que a sua localização é de natureza preliminar e estará sujeita a alteração após a análise do perfil material das partes.

Como visto, no caso brasileiro o sistema do estatuto pessoal do DIPr nacional define o domicílio como sendo o elemento de conexão para localização do sistema normativo a reger as relações com elementos estrangeiros. Uma alteração sugerida para o Direito Internacional Privado brasileiro, objetivando que ele se torne mais substantivo, poderia ser a inclusão da análise de proximidade, por meio do uso dos elementos de proximidade, imediatamente após a aplicação do elemento de conexão domicílio. Naturalmente, nesta abordagem a localização do sistema normativo tendo por base o domicílio perderia a sua natureza de obrigatoriedade, como ocorre atualmente. O domicílio passaria a ser um elemento preliminar no processo de localização, a ser confirmado ou não, dependendo da análise de proximidade a ser realizada a posteriori.

Desta forma, a metodologia clássica de resolução de conflito de leis no espaço passaria

a ter uma etapa adicional, que tem por objeto a obtenção dos fundamentos que embasam materialmente a escolha do sistema normativo a reger a relação jurídica sob *judice*. Portanto, os elementos de proximidade devem ser inseridos entre as etapas três e quatro do método do Direito Internacional Privado, que passaria a ter as seguintes etapas (alterações em negrito):

1. Identificar a existência de elemento(s) estrangeiro(s) e, pelo menos, de um elemento nacional;
2. Qualificar a espécie jurídica dos fatos;
3. Definir o elemento de conexão preliminar no sistema normativo de DIPr do foro (nacionalidade, domicílio, lei do foro etc.), **por meio da implantação da fase de conhecimento das partes, com análise dos elementos de proximidade;**
4. Localizar o sistema normativo a reger a relação jurídica, a partir da Regra de Conexão **e da aplicação do perfil material das partes**;
5. Análise das exceções, se existir;
6. Reenvio, se for o caso;
7. Provas de vigências, caso necessário.

É importante enfatizar que a análise de proximidade, via os elementos de proximidade, em nada altera a questão da divisão lógica do método em juízo apriorístico – etapas um, dois e três do método; e juízo *a posteriori* – etapas cinco e seguintes. As análises das exceções permanecem separadas em etapas distintas do método, a aplicação do perfil material das partes, tendo por base os elementos de proximidade, não interfere de nenhuma forma nesse sentido.

9. A TUTELA LOCALIZADORA

9.1 As crises do Direito

É comum se ouvir falar em crises do Direito. Crises no Direito Processual, crises no Direito material, crises no Direito Internacional Privado, crises no Direito Penal. Em todas essas crises é possível se verificar algo em comum: que, de alguma forma, o Direito se afastou ou falhou na busca pela justiça social, distanciou-se daqueles valores que a sociedade, naquele dado momento histórico, considerou como justos e adequados. O Direito não possui um fim em si mesmo, o seu sentido final reside na satisfação da justiça plena, absoluta, em seu sentido sociológico e natural.

Justiça é um conceito social, que varia no tempo e no espaço, à medida que as necessidades e objetivos de cada sociedade se modificam. Os Estados teológicos fundamentam seus conceitos de justiça em ordenações divinas, buscando as suas motivações em valores espirituais, como, por exemplo, o código de Hamurabi, que foi concedido ao homem pelo Deus Sol, em 1770 A.C., na Mesopotâmia. Outra fundamentação possível do conceito de justiça é obtida pelas tradições sociais, pelos costumes, que por muito tempo foram praticados e provados como adequados às necessidades da sociedade que os estabeleceram, tornando-se elementos orientadores do conceitos de justiça.

As necessidades sociais também orientam e definem valores fundamentadores do conceito de justiça, tais como aqueles prementes para a organização social, seja na forma agrupamento de classes ou castas, ou na forma de organização política do Estado. Preceitos sociais universais ou regionais, frutos das experiências humanas, também são fundamentadores de conceitos de justiça, tais como preceitos de liberdades individuais, igualdade entre todas as pessoas e de direitos humanos em geral. A lógica de fundamentação filosófica, racional e pragmática, tais como princípios de reciprocidade, segurança social, princípios econômicos e ideológicos também participam na composição do complexo conceito de justiça para cada grupo humano em particular.

O conceito de segurança social, dentro de uma visão racional e pragmática, adquiriu uma destacada posição na definição do conceito de justiça e de Direito ao longo da história da humanidade. A procura pelo caminho da autopreservação, de uma forma ou de outra, sempre orientou os valores étnicos e sociais do homem na composição do conceito de justiça. Uma das vertentes por essa demanda pela segurança social se apresenta na forma de manutenção do

status quo, da harmonia e da ordem social, seja na forma de restrição às liberdades individuais, limitando-as ao domínio daquilo que a sociedade, como um todo, entende ser mais adequado aos seus objetivos, ou ainda, na forma de uma reação natural às mudanças. Essa visão de segurança social, já presente na filosofia grega, é bem enfatizada nas palavras de Pound:

> Greek philosophers came to conceive of the general security in broader terms and to think of the end of the legal order as preservation of the social status quo. They came to think of maintaining the general security mediately through the security of social institutions […].[179] (POUND, 1922, p. 15.)

Pound também entende que a procura pela segurança social, na forma de manutenção da paz, é parte integrante do estágio primitivo do Direito. Essa vertente do Direito e da justiça com foco na segurança foi muito premente durante a Idade Média, então sob um sistema jurídico romano germânico. Contudo, essa concepção de justiça já apresentava indícios de uma demanda por maior igualdade natural entre os homens e uma maior liberdade na atividade exercida por cada indivíduo. Valores envolvendo igualdade social e liberdades de escolhas foram agregados ao conceito de justiça, à medida que a sociedade abandonou a sua estrutura feudal e se tornou mais complexa, exigindo maior diversificação de atividades.

Se for aceitável que os valores e ideologias sociais de cada época definem e orientam o conceito de justiça e de Direito, também deve ser aceitável que este último é um meio técnico e metodológico de obtenção da justiça. Por consequência, o Direito deve ser um instrumento para a obtenção da justiça social, não possuindo um fim em si mesmo.

Sempre que o Direito se voltar mais para as suas próprias formas, mais para os seus métodos internos, afastando-se da obtenção da justiça social, em algum momento a sociedade passa a questionar os seus fundamentos. Esses questionamentos oriundos do afastamento do Direito dos objetivos socialmente estabelecidos, do distanciamento do conceito de justiça social propriamente dito, fomentam as chamadas "crises de Direito".

Qual é a razão de se incorrer em todo o custo e formalidades do exercício do Direito se não for para alcançar uma sociedade mais justa, mais harmônica e pacificada? A função primordial do Direito é servir a sociedade, colaborar na obtenção daqueles objetivos que ela considera importantes, seja na forma de busca pela segurança, pela paz, pela igualdade, pela

---

[179] "*Os filósofos gregos chegaram a conceber a segurança geral em termos mais amplos, e a finalidade da ordem jurídica, como preservação do status quo social. Pensaram em manter a segurança geral de um modo mediato, através da segurança das instituições sociais [...]"* (Tradução Álvaro Cabral).

liberdade ou qualquer outro objetivo ou elemento que seja estabelecido pelo seu conceito de justiça natural. Ao deixar de prestar esse serviço essencial, de instrumento de obtenção dos objetivos sociais, na forma da justiça natural, o Direito perde a sua própria razão de existir.

Sob essa perspectiva de prestador de serviços para a obtenção da justiça social, é possível afirmar que o Direito nada mais é do que um instrumento de satisfação da justiça plena. Pound nos apresenta um conceito econômico utilitarista de Direito e de justiça, muito adequado à realidade da nossa sociedade contemporânea:

> […] I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants – the claims and demands involved in the existence of civilized society – by giving effect to as much as we may with the least sacrifice, so far as such wants may be satisfied or such claims given effect by an ordering of human conduct through politically organized society.[180] (POUND, 1922, p. 20.)

No entanto, ao se abordar a crise do Direito em geral, utilizando-se a crise do Direito Processual como exemplo, o que se enfoca é o distanciamento entre este último e o Direito material, ou Direito substantivo como também é conhecido. O fundamento da crise do Direito Processual está relacionado ao quanto este último se afastou do objetivo de ter a satisfação jurídica das partes como o seu principal objeto, ou melhor, o quanto ele se afastou da satisfação da justiça plena, deixando de atender àquela prestação jurídica vinculada às partes e aos fatos. Desta forma, assim como o Direito (em sentido *lato*) é um instrumento de obtenção da justiça, o Direito Processual é um instrumento de atingimento do Direito material ou substantivo. O Direito material é aquele Direito vinculado às partes e aos fatos, que cria, modifica e extingue direitos subjetivos dos indivíduos.

Para Bedaque, a melhor definição de Direito subjetivo pode ser dada por:

> A expressão direito subjetivo diz respeito sempre a determinado sujeito e indica certa posição favorável. Trata-se de situação concreta, que reproduz a genérica previsão normativa. Direito subjetivo é o resultado da incidência jurídica sobre determinado suporte fático [...]. (BEDAQUE, 2011, p. 13.)

E podemos encontrar em Cândido Rangel Dinamarco uma clara distinção entre os conceitos de Direito Processual e de Direito material, dentro da perspectiva instrumental utilizada neste estudo:

---

[180] "*Contento-me em considerar a lei como uma instituição social para satisfazer as necessidades sociais - as pretenções, exigências e expectativas implícitas na existência da sociedade civilizada - efetivando, tantas quantas sejam possíveis, com o menor sacrifício, na medida em que tais necessidades possam ser satisfeitas ou tais pretenções efetivadas por uma ordenação de conduta humana, através de uma sociedade politicamente organizada. [...]"* (Tradução Álvaro Cabral).

> E chama-se direito processual ao complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. [...] O Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida [...].[181]

Por conseguinte, é possível concluir que a função do Direito Processual é encontrar, com seus métodos e procedimentos, aquele Direito material que vai oferecer às partes a melhor justiça. É um instrumento metodológico a serviço do Direito material e da justiça. Na perspectiva de Bedaque, a chamada "crise" do Direito representa um distanciamento entre os fatos e as normas, caracterizando a não coincidência entre a justiça jurídica e a justiça social:

> Como nem sempre o legislador acompanha a evolução da sociedade, verifica-se muitas vezes o fenômeno da crise do Direito, representado pelo conflito entre os fatos e as normas, ou seja, a não correspondência entre as categorias jurídicas e a realidade social. (BEDAQUE, 2011, p. 12.)

É importante não esquecer de que o Direito Processual é a regulamentação de um método de trabalho estatal para a eliminação de conflitos de ordem de Direito material, contemplando um conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição. O nexo entre Direito e processo é de natureza instrumental, envolvendo meio e fim, pois a pretensão processual somente possui sentido em função da pretensão fundada no Direito material. (BEDAQUE, 2011, pp. 16-20.)

No entanto, todos os Direitos, independentemente do nível de sua função instrumental, devem buscar sempre, de forma direta ou indireta, a obtenção da justiça, conforme se pode verificar em Dinamarco:

> [...] advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012. p. 46.)

A procura pela realização da justiça é o norte que orienta todas as áreas do Direito, sejam eles de natureza material, processual ou de sobredireito e independente de sua posição funcional. Contudo, na sua faceta instrumental (ou seja, quando visto como um instrumento), o Direito sempre dependerá de resultados substantivos e materiais para justificar sua existência, conforme pode ser verificado em Bedaque, ao se referir ao Direito Processual:

---

[181] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 49.

> [...] o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz. [...] menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende. (BEDAQUE, 2011, pp. 21-23.)

A crise de distanciamento entre Direito Processual e Direito material e, por consequência, de distanciamento do conceito de justiça social, possui muitas semelhanças com a crise que ocorre com o Direito Internacional Privado. Como já vimos, o DIPr possui natureza de sobredireito, ele é o responsável por identificar o sistema normativo de Direito material que irá reger a relação jusprivatista plurilocalizada. Localizar o sistema normativo material mais próximo das partes e da relação jurídica entre elas é a função primordial do DIPr. Falhar nessa função localizadora tem como consequência imediata o distanciamento do sistema normativo localizado daquele Direito material com maiores possibilidades de proporcionar uma melhor justiça às partes envolvidas, tendo como consequência mediata a impossibilidade de se atingir à justiça material plena.

Assim como no Direito Processual, a incapacidade do DIPr de proporcionar a justiça social tem como consequência direta uma forma de "crise de Direito", gerando questionamentos na sociedade da verdadeira necessidade da existência do Direito Internacional Privado. Desta forma, o DIPr, assim como o Direito Processual, é um instrumento metodológico a serviço do Direito material e da justiça. Localizações formais, sem vinculações com as partes e os fatos determinadores da relação jurídica, como vimos anteriormente, produzem decisões afastadas da realidade das partes e do Direito mais eficaz em pacificar o litígio entre elas.

9.2 **As camadas de instrumentalidade do Direito.**

É possível afirmar que existe alguma relação de natureza instrumental entre o Direito Internacional Privado e o Direito Processual? É possível estabelecer um nexo de natureza instrumental, envolvendo essas duas áreas do Direito, em que o Direito Processual se torne um instrumento de realização do Direito internacional Privado, assim como ele já é para o Direito material? O Direito Processual, como método de trabalho formal, por excelência aplica-se a diferentes camadas de relação instrumental do Direito em geral, o que significa dizer que ele tanto pode ser um instrumento do Direito material como também pode ser um instrumento do Direito internacional Privado, que possui natureza de sobredireito.

O Direito Processual, por ser especializado em processos, procedimentos e métodos, é aquele a ser considerado como instrumento de todas as outras áreas de Direito, pois é ele que deve organizar a metodologia de trabalho de todas as demais. Desta maneira, é possível

afirmar que o Direito Processual pode e deve possuir uma relação instrumental com o Direito Internacional Privado, relação instrumental esta que não está restrita tão somente ao Direito material.

Como foi visto no capítulo anterior, por meio dos elementos de proximidade, é possível se localizar o sistema normativo mais próximo das partes e dos fatos vinculados com a relação jurídica, inclusive o seu Direito material, que está incluso neste sistema normativo. Porém, o que ainda não foi definido é a maneira como este procedimento será efetivado, ou seja, como o método formal será implementado, sob uma perspectiva processual a ser aplicada ao DIPr. A proposta de definição de um procedimento processual de aplicação dos elementos de proximidade é um dos objetos desta dissertação, particularmente deste capítulo.

Uma vez estabelecidas as relações instrumentais entre o Direito e a justiça social (uma justiça absoluta, no sentido kelseniano), entre o Direito Processual e o Direito material, entre o Direito Internacional Privado e o Direito material e, por fim, entre o Direito Processual e o Direito Internacional Privado, será possível perceber a existência de uma multiplicidade de camadas de instrumentalidade entre as diversas áreas do Direito em geral. Dependendo do tipo de relação jurídica estabelecida, uma área se presta a servir a outra, passando a primeira a ser, desta maneira, um instrumento de consecução da segunda.

É possível definir a justiça social como a camada instrumental basilar, uma vez que é a camada sobre a qual todas as demais camadas de instrumentalidade serão aplicadas, pois é a justiça social que possui um fim em si mesmo não sendo, portanto, instrumento de nenhuma outra área jurídica. Sobre esta camada instrumental basilar, que é a justiça social, aplica-se o Direito em sentido *lato* ou material. Por ser o primeiro Direito a ser aplicado sobre a justiça social, como o instrumento direto de consecução desta, o Direito material é definido como sendo de primeira camada de instrumentalidade.

Sob a primeira camada de instrumentalidade, que é a do Direito material, aplica-se a segunda camada de instrumentalidade, que tanto pode ser definida como sendo o Direito Processual, sob a perspectiva de método de trabalho, como também o Direito Internacional Privado, sob a perspectiva de sobredireito, na solução de conflitos de leis em relações plurilocalizadas.

Contudo, é importante enfatizar que o Direito Internacional Privado também deve demandar o Direito Processual, com relação à definição de processos e procedimentos que são fundamentais para a localização do sistema normativo a reger a relação jurídica

plurilocalizada sob *judice*. Desta forma, o Direito Processual pode ser instrumento para o Direito Internacional Privado, formando a terceira camada de instrumentalidade.

O diagrama 07, abaixo, esclarece e torna possível uma melhor visualização das diversas relações de instrumentalidade das múltiplas áreas do Direito que possui interesse neste estudo:

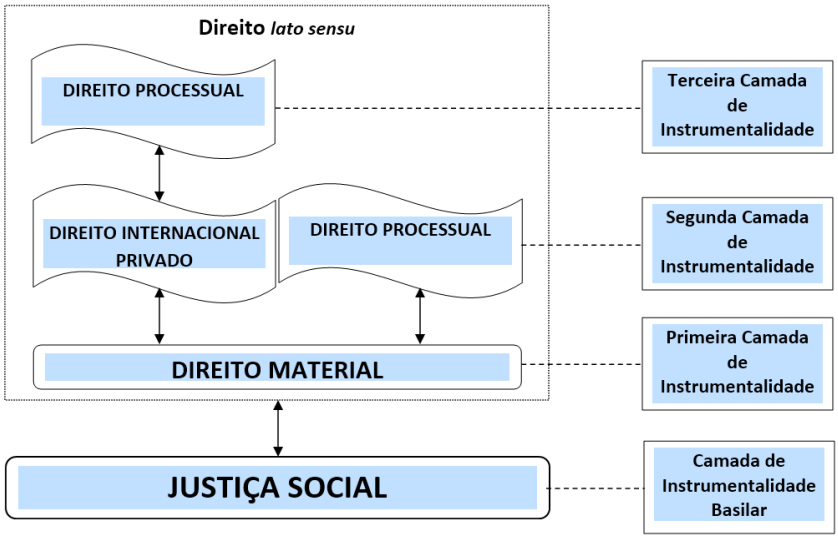


Diagrama 07

Como foi mencionado, o Direito em sentido *lato* existe enquanto instrumento de busca pela justiça social. A expressão de "justiça social" é utilizada justamente para se enfatizar o caráter social do conceito de justiça, destacando-se a sua natureza mutável – tanto no tempo como no espaço – como também as suas múltiplas facetas, adequadas para cada estrato social que as define, sem estabelecimento de valores ou de dogmas absolutos.

Bobbio, em seu livro a *Era dos Direitos*, discorre sobre a universalidade dos direitos humanos, abordando o assunto por diferentes ângulos de compreensão, a partir de uma perspectiva contemporânea em conformidade com os dias atuais, mas sem negligenciar as concepções históricas dos mesmos, demonstrando a sua vinculação com valores e ideologias das sociedades em geral:

> Essa ilusão [Bobbio se refere à ilusão da existência de um fundamento absoluto de Direito] foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Não é o caso de repetir as infinitas críticas dirigidas à doutrina dos direitos naturais, nem de mostrar mais uma vez o caráter capcioso dos argumentos empregados para provar o seu valor absoluto. Bastará recordar que muitos direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais — fundamentais somente na

> opinião de quem os defendia —, foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem. (BOBBIO, 1992, p. 12.)

A tese da ilusão de uma justiça absoluta é reafirmada por Bobbio em outra obra, *Teoria da Norma Jurídica*, quando deixa claro as distintas visões do conceito de justiça, ainda que entre os jusnaturalistas:

> Com uma outra definição, poderia se dizer que a teoria do direito natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Mas esta pretensão tem fundamento? A julgar pelas controvérsias entre os vários seguidores do direito natural sobre o que há de ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não era para outros, deveríamos responder que não. Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens. (BOBBIO, 1993, p. 57.)

Se não é possível a conclusão pela existência de fundamentos absolutos e universais de Direito e justiça, no entanto é aceitável afirmar que, apesar da natureza dinâmica do conceito de justiça, o Direito é o seu principal instrumento de realização, independente do conceito de justiça que se adote. É por meio do Direito em suas diversas formas que realizamos a justiça concebida segundo os valores e as ideologias de sua sociedade.

Nesse sentido, é natural a conclusão que a justiça social é um fim em si mesma, pois ela não é instrumento de nenhuma outra área jurídica. É um bem social que todas as sociedades buscam e buscaram, de uma forma ou de outra, em consonância com os seus valores e ideologias. O Direito, em sentido *lato*, é o instrumento por excelência desta busca pela justiça.

No entanto, o Direito material é aquele que regula as relações jurídicas e os direitos subjetivos dos indivíduos. É a área do Direito, em sentido *lato*, que mais diretamente incidirá sobre a camada basilar da justiça social. Ele é a camada de instrumentalidade de primeiro nível, justamente por normatizar e disciplinar diretamente os bens e utilidades da vida em sociedade, criando, modificando e extinguindo posições jurídicas dos indivíduos e, desta forma, operacionalizando a justiça dentro de uma perspectiva concreta. O Direito material é a primeira face do Direito a instrumentalizar a justiça.

O Direito Internacional Privado e o Direito Processual, como instrumentos de obtenção da justiça, por meio da definição e aplicação do Direito material, configuram-se como sendo a segunda camada de instrumentalidade. A diferença entre eles é que enquanto o

Direito Internacional Privado é um sobredireito, no sentido de ser responsável por determinar o Direito material a reger a relação jurídica, por meio da localização do sistema normativo mais próximo das partes e dos fatos a elas vinculados, o Direito Processual é aquele responsável por determinar o método de trabalho a ser aplicado, por meio de definição de processos e procedimentos, de modo a se acessar o Direito material.

Outra importante diferença entre o Direito Internacional Privado e o Direito Processual no que diz respeito às suas funcionalidades dentro das camadas de instrumentalidade de Direito é que o Direito Processual possui natureza instrumental por excelência, no sentido de poder ser aplicado como instrumento em diferentes situações e em diferentes áreas jurídicas, uma vez que os métodos de trabalhos precisam ser definidos em toda e qualquer área normativa. O Direito Internacional Privado, por outro lado, restringe-se tão somente às relações jusprivatistas plurilocalizadas.

Nesse sentido, é importante recorrer ao "princípio da elasticidade processual" para a definição de uma tutela processual específica e adequada para a etapa de localização do DIPr, de modo a operacionalizar a aplicação do Direito Processual como instrumento do Direito Internacional Privado. Esse princípio também é conhecido como "Princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa". Conforme extraído da sua extensa denominação, esse princípio determina que os procedimentos devem ser flexíveis e adaptáveis à realidade com as quais eles estiverem em contato, conforme explica Bedaque:

> Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único e rígido, sem possibilidade de adequação ao caso em concreto. (BEDAQUE, 2011, p. 74.)

A flexibilidade dos procedimentos às necessidades da causa é essencial, uma vez que ainda não está estabelecido um procedimento processual para se localizar o sistema normativo nas relações plurilocalizadas. Por ser um procedimento ainda a ser definido, ele precisa estar aberto a se adaptar ao seu novo objeto, definindo o Direito Internacional Privado como a sua causa, incorporando todas as suas especificidades.

A camada de terceiro nível de instrumentalidade é justamente aquela definida pela aplicação do Direito Processual ao Direito Internacional Privado. Desta forma, é possível perceber a característica múltipla de aplicabilidade do Direito Processual, uma vez que ele é aplicável tanto diretamente ao Direito material, na segunda camada de instrumentalidade, como também ao Direito Internacional Privado, na terceira camada instrumentalidade. Por

isso, é possível e justo se afirmar que o Direito Processual é um Direito instrumental por excelência.

A importância em definir as camadas de instrumentalidade do Direito, sob a perspectiva de aplicação do Direito Processual como instrumento do Direito Internacional Privado, é que ambos os Direitos são instrumentos do Direito material e, desta forma, estão mais afastados do conceito de justiça social. Devido a esse maior distanciamento entre as camadas instrumentais e a camada basilar da justiça social, os operadores do Direito ficam mais suscetíveis de se "esquecerem" da importância que a justiça social possui, por ser o objeto último de todo o sistema normativo. A grande utilidade de estruturar as camadas de instrumentalidade é evidenciar a relação de interdependência entre as diversas áreas jurídicas, numa relação de meio versus fim, de modo que nunca se permita se perder de contexto que a justiça social é o objeto final de todo o sistema normativo.

É importante enfatizar novamente que as crises do Direito têm a sua origem justamente no distanciamento ocorrido entre as camadas de instrumentalidade do Direito e a camada basilar da justiça social. Somente a sociedade civil, como um todo, é capaz de policiar e garantir que as ciências jurídicas mantenham atualizados os seus conceitos de justiça, definidos conforme a cultura e os valores desta mesma sociedade, evitando as chamadas crises de Direito que evidenciam a falta de amadurecimento do sistema normativo como um todo. Fechamos este tópico com as palavras de Bobbio, em sua obra *Teoria da Norma Jurídica*, sobre as normas num mundo ideal versus aquelas do mundo real:

> O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito.
> (BOBBIO, 1993, p. 46.)

9.3 **A Tutela localizadora nas relações plurilocalizadas de DIPr**

A tutela jurisdicional visa à proteção de um direito subjetivo ou de uma determinada situação jurídica, por meio da prestação jurisdicional em favor do titular de um direito, conforme é possível se extrair da definição de Bedaque:

> [...] é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial. (BEDAQUE, 2011, p. 45.)

A proposta da criação de uma nova tutela processual, específica para a adequada localização do sistema normativo mais próximo das partes, levando-se em consideração os seus elementos de proximidade, visa atender às especificidades da natureza de sobredireito do Direito Internacional Privado.

No âmbito do Direito Internacional Privado, a localização do sistema normativo para reger a relação jurídica plurilocalizada é certamente matéria de Direito público. É interesse do Estado que essa localização seja feita da melhor forma possível, de modo a garantir que as partes envolvidas possam ter acesso àquele Direito mais vinculado a elas. Por outro lado, sob uma perspectiva subjetiva das partes, elas também têm direito de serem regidas por aquele Direito pessoal que o DIPr local determinou como sendo o mais próximo. Logo, sob uma visão estritamente processual, é mandatório definir os procedimentos e as medidas indispensáveis para garantir a efetividade da localização do sistema normativo que irá reger a relação plurilocalizada.

É sabido que uma das maneiras pelas quais o Direito Processual busca maior efetividade é por meio do estabelecimento de distintas espécies de tutelas, adequando cada uma delas à natureza do direito subjetivo pleiteado, diferenciando-as de acordo com as necessidades da relação jurídica envolvida, provendo para cada tipo de Direito material (ou crise associada) uma tutela específica e adequada, por exemplo, para a crise de incerteza de existência de um determinado direito subjetivo, o Direito Processual provê a tutela declaratória; para a crise de inadimplemento, ele provê a tutela condenatória.

Uma das propostas desta dissertação é a criação de uma nova tutela – a ser denominada “tutela localizadora” – de modo que o Direito Processual possa prover a localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada, encerrando a crise de localização. Por meio dessa nova tutela processual, será possível ao Direito Internacional Privado, efetivamente e de modo substantivo, selecionar aquele Direito que melhor represente o Direito pessoal das partes envolvidas nos conflitos plurilocalizados.

A proposta de criação da tutela localizadora reforça o conceito de sobredireito do DIPr, uma vez que permitirá, de forma sistemática, a separação dos juízos de localização e julgamento. É importante separar os diferentes momentos no processo, não permitindo que a cognição da fase de localização interfira aprioristicamente com a cognição da fase do julgamento de Direito material. Desta forma, as seguintes fases processuais devem ser definidas para as relações jurídicas plurilocalizadas: a) a fase referente à tutela localizadora,

que efetivaria a localização do sistema normativo a reger a relação jurídica; e b) a fase referente às tutelas de conhecimento, declaratória, condenatória e execução, que cuidariam do julgamento da causa, já regida pelo sistema normativo localizado.

A separação processual em duas fases distintas, por meio da criação da tutela localizadora específica das questões plurilocalizadas, é importante na medida que considerações de mérito não devem aprioristicamente interferir na localização do sistema normativo. O que deve determinar a localização é a vinculação fática das partes envolvidas com o Direito a ser acolhido, uma vez que uma das mais importantes funções do DIPr, no que diz respeito ao tratamento das relações plurilocalizados, é a escolha do sistema normativo mais próximo das partes.

A sincretização da tutela localizadora com as demais tutelas de julgamento do mérito pode induzir a desvios na fase de localização, uma vez que as dificuldades antevistas na aplicação de um determinado Direito – seja por desconhecimento deste Direito ou por qualquer outra dificuldade operativa – podem ocasionar a sua não localização, ainda que ele seja o mais tecnicamente recomendado. A separação da tutela localizadora permitirá a independência cognitiva que cada etapa necessita, possibilitando, inclusive, a separação e a especialização em diferentes juízos.

Nos próximos tópicos descreveremos, dentro da linha de pesquisa desta dissertação, as etapas procedimentais imprescindíveis para a efetiva implantação da tutela localizadora, de modo a garantir a sua plena eficácia.

9.3.1 **A Tutela localizadora e a jurisdição voluntária**

No tópico anterior foi mencionado que a localização do sistema normativo a reger a relação jusprivatista plurilocalizada envolve tanto o interesse estatal como também os interesses privados das partes. O Estado tem o interesse público em localizar o sistema normativo a reger a relação plurilocalizada, pois além das regras de localização fazerem parte do Direito Internacional Privado local (que são normas de Direito Público), os elementos de conexão, que determinam a localização, são também frutos de políticas públicas de natureza diversas, tais como as de incentivo à naturalização ou de incentivo ao estabelecimento de domicílio nacional.

Adicionalmente, as partes também têm interesse de natureza privada na localização do sistema normativo e, ocorrendo esse interesse, duas possibilidades distintas se oferecem: a) as

partes concordam com o sistema a ser localizado; e b) as partes discordam do sistema a ser localizado, o que estabeleceria um conflito de localização.

Ao se restringir a análise à fase de localização sem entrar ainda no mérito do Direito material a ser julgado, havendo concordância entre as partes com relação ao sistema normativo a ser localizado e não existindo nenhuma ofensa à ordem pública, os atos jurídicos de localização podem possuir natureza de jurisdição voluntária. A jurisdição voluntária, segundo Dinamarco, define-se como:

> Os atos praticados pelo juiz que envolve a administração pública de interesse privado, com a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas [...] (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012. p. 180.)

No contexto da jurisdição voluntária, o magistrado não precisa substituir as vontades das partes, mas apenas agir no interesse delas, pois não há qualquer "litígio" a ser resolvido. Como há uma convergência de interesses das partes com relação à escolha do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada, o magistrado deve praticar atos de administração pública de interesse privado, no que diz respeito à localização.

Daniel Amorim, em seu *Manual de Direito Processual Civil*, menciona as seguintes características da jurisdição voluntária: a) obrigatoriedade, não sendo ela voluntária, apesar do seu nome. Esta característica está de acordo com a tutela localizadora, uma vez que ela é obrigatória; b) maior carga de inquisitoriedade na condução das decisões. Esta característica também está compatível com a tutela localizadora, uma vez que o sistema normativo a ser localizado demanda do magistrado certa autonomia nas ponderações dos fatos vinculados às partes; c) juízo de equidade. Esta característica também está compatível com a tutela localizadora, uma vez que o magistrado não está preso à legalidade estrita, devendo ponderar cada elemento fático, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade; e d) participação do Ministério Público como fiscal da lei. Essa característica pode ser considerada mandatória para aquelas relações de DIPr que envolva questões de interesse público, como, por exemplo, aquelas envolvendo pessoas hipossuficientes. (AMORIM, 2015, pp. 40-43.)

Percebe-se pelas características da jurisdição voluntária que ela está em conformidade com a tutela localizadora de DIPr, uma vez que haja concordância das partes com a localização. No entanto, é importante enfatizar que a discordância das partes afastaria a possibilidade de haver jurisdição voluntária, pois estaria caracterizado o litígio entre elas, a ser pacificado pela jurisdição obrigatória.

Naturalmente, a jurisdição voluntária somente pode ocorrer dentro do contexto de uma localização substantiva, na qual o magistrado conduza, de fato, uma análise material das partes, ponderando cada elemento fático na decisão de localização. No contexto de um Direito Internacional Privado estritamente formal (como é o caso do atual Direito brasileiro) no qual a localização se resume apenas à verificação de localização do domicílio para estatuto pessoal, não há como se falar em jurisdição voluntária, pois o juiz apenas aplica diretamente a "letra da lei", não havendo qualquer administração pública de interesses privados, seja na forma inquisitiva ou na forma de juízo de equidade. Neste contexto nacional, não há qualquer margem de liberdade para o julgador tomar nenhuma decisão, ele tem que, obrigatoriamente, seguir a lei ou o que for pedido na petição inicial pelas partes, quando for o caso.

Portanto, somente é possível falar em jurisdição voluntária na fase de localização do sistema normativo a reger as relações jurídicas plurilocalizadas para aqueles DIPr nacionais que não sejam estritamente formais, pois, do contrário, nenhuma margem de discricionariedade é permitida ao julgador, não havendo a possibilidade de se aplicar a "administração pública de interesse privado".

9.3.2 **Petição inicial: verificação de existência de indícios de elementos estrangeiros**

Pelo princípio da inércia da jurisdição, o juiz depende da manifestação das partes para que o processo possa ser iniciado, e somente de forma excepcional é possível iniciar um processo de ofício. Esse princípio é expresso e definido no artigo 2º do Código de Processo Civil brasileiro:

> "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei."[182]

Ele é aplicável, de uma forma geral, a todas as fases do processo no sistema jurídico brasileiro, o que significa dizer que a jurisdição deve ser provocada para que possa atuar. É válida a afirmação, por conseguinte, que a jurisdição é inerte e dependente da manifestação das partes, com exceção somente daqueles casos previstos em lei.

A petição inicial é o instrumento de provocação processual para instauração do processo e permite também a identificação da demanda, por meio das partes, da causa de pedir e do pedido. Ao se deferir a petição inicial, forma-se o primeiro vínculo da relação processual, que é a ligação entre o autor e o juiz. É considerada proposta a ação quando do

[182] BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045 >. Acesso em: 19 jan. 2017.

seu despacho pelo magistrado.[183] Todavia, essa relação processual ainda não se encontra completamente formada, pois ainda é preciso a citação do réu para que o seu lado passivo seja estabelecido.

Segundo Dinamarco, a relação tríplice entre autor, réu e juiz é uma relação de configuração mínima e uma simplificação da realidade, pois esses elementos são aqueles considerados essenciais para que se estabeleça a relação, sendo o juiz o sujeito imparcial e o autor e réu aqueles considerados parciais na relação *actus trium personarum.* (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012. p. 327.)

Os elementos identificadores da ação – partes, causa de pedir e pedido – geram alguns efeitos processuais, que Amorim assim menciona:

> a) permite a aplicação do princípio da congruência, indicando os limites objetivos e subjetivos da sentença;
> b) permite a verificação de eventual litispendência, coisa julgada ou conexão, quando comparada com outras ações;
> c) fornece elementos para a fixação da competência;
> d) indica desde logo ao juiz a eventual ausência de alguma das condições da ação; e
> e) pode vir a influenciar na determinação do procedimento.
> (AMORIM, 2015, p. 353.)

O último efeito citado, "influência na determinação do procedimento", tem implicação direta com a opção pela tutela localizadora, tendo em vista a existência, ou indícios de existência, de relações jurídicas de natureza plurilocalizadas. Por meio da cognição sumária do pedido e da causa de pedir, é possível ao magistrado a identificação da existência de elementos estrangeiros na relação jurídica a ser julgada e, havendo esses elementos, concluir pelo início da tutela localizadora, por se tratar de uma possível relação de Direito Internacional Privado. Naturalmente, dependendo da natureza da demanda e da verbosidade da petição inicial, a existência do elemento estrangeiro pode estar explícita ou implícita na relação jurídica. Certamente, a possibilidade da existência do elemento estrangeiro será explícita, na perspectiva do autor, quando a localização por determinado sistema normativo já fizer parte do pedido.

Após proceder ao saneamento da petição inicial e ao seu despacho, em caso de acolhimento, deverá ocorrer, nesse momento, a citação do réu, completando-se a estrutura tríplice da relação jurídica processual, com todos os seus elementos necessários: ativo (autor), passivo (réu) e o Estado, com sua função jurisdicional substitutiva e imparcial.

---

[183] THEODORO, Humberto Jr. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol I. Rio de Janeiro. Forense. 54ª ed. 2013.

9.3.3 **Resposta do réu: confirmação de existência de elementos estrangeiros**

A confirmação ou não de existência de relação jurídica com elementos estrangeiros, se previamente identificada no pedido do autor, somente se efetivará com a resposta do réu. É na sua resposta que o réu vai ter oportunidade de alegar toda a matéria de defesa, impugnando o pedido do autor, se for o caso, com razões de fato e de direito. A resposta do réu exemplifica o contraditório e a ampla defesa no processo, garantias constitucionais que demandam dois elementos essenciais: a) informação; e b) possibilidade de reação. Essas garantias não admitem exceções, ainda que em caso de urgência, e devem ser atendidas não somente no seu caráter formal, mas principalmente no seu caráter substancial.

É na sua resposta que o réu vai ter oportunidade de contestar o autor, contrapondo as suas pretensões, fazendo do processo uma ocorrência dialética, envolvendo contradições recíprocas, caracterizando o que Dinamarco denomina de "fenômeno de bilateralidade do processo":

> Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume a forma antitética à pretensão do autor. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012. p. 302.)

A defesa pode ser classificada em: a) defesas processuais ou indiretas, pois não envolvem diretamente o mérito do litígio, o Direito material, mas tão somente questões de natureza processual; b) defesas de mérito ou substancial, pois elas envolvem diretamente o Direito material em litígio. Esta dissertação propõe a criação de um terceiro tipo de defesa: c) defesas localizadoras, que são aquelas defesas que não envolvem o mérito do litígio, nem tão pouco as questões de ordem processuais, mas, sim, questões de localização no âmbito das relações jurídicas plurilocalizadas de DIPr.

Se o autor incluir, já na inicial, o seu pedido pela localização de um determinado sistema jurídico para reger a relação jurídica plurilocalizada, caberá ao réu, se for do seu interesse, contestá-la. A contestação da defesa com relação à localização de determinado sistema normativo pode envolver duas distintas vertentes: a) negar a existência do elemento estrangeiro e a natureza plurilocalizada da relação jurídica; ou b) concordar com a existência do elemento estrangeiro e a natureza plurilocalizada da relação jurídica, porém discordar do sistema jurídico solicitado pelo autor na petição inicial.

Somente após a análise cognitiva conjugada do pedido do autor e da contestação do réu que o magistrado poderá decidir ou não pela existência do elemento estrangeiro e, consequentemente, pela existência de uma relação plurilocalizada. Antes da contestação do réu isso não é possível, uma vez que ele ainda não teria apresentado a sua resposta, existindo a possibilidade processual de que a alegada relação plurilocalizada declarada pelo autor venha a ser impugnada.

Após o magistrado analisar a contestação do réu contra o pedido do autor, ele, nesse momento, já terá todos os elementos para decidir preliminarmente pela existência ou não de elementos estrangeiros no litígio. Decidindo pela existência de uma possível relação plurilocalizada, o julgador deve iniciar imediatamente os procedimentos jurisdicionais da tutela localizadora. Observe que a confirmação da existência ou não de uma relação jurídica de Direito Internacional Privado ocorre somente a partir do momento em que a relação tríplice entre autor, réu e juiz se estabelece e este último tenha tomado a sua decisão com relação à existência de elemento estrangeiro.

9.3.4 **Existência ou não de elemento estrangeiro: uma decisão interlocutória**

O Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, definia decisão interlocutória como sendo o "ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente". O Código de Processo Civil brasileiro atual, em seu artigo 203, define, de uma forma mais abrangente, todos os pronunciamentos do magistrado:

> Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
> § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.
> § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.
> § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)

Analisando o Código de Processo Civil brasileiro atual, percebe-se que a sentença possui uma definição cumulativa, ou seja, ela precisa ser simultaneamente: a) uma decisão final, pondo fim ao processo e/ou a uma de suas fases; e b) 1. Definitiva: quando resolve o mérito, ou 2. Terminativa: quando não resolve o mérito por razões processuais. Por outro lado, a decisão interlocutória possui uma definição complementar com relação ao conceito de

sentença, sendo mais aberta e extensiva: “é todo pronunciamento judicial que não seja uma sentença”. Conjugando as duas versões legais, pode-se conceituar, segundo o Direito brasileiro, a decisão interlocutória como sendo: “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, porém sem por fim ao processo, não sendo, portanto, sentença”. A sentença, por outro lado, põe fim à fase cognitiva ou executiva, resolvendo o mérito.

O pronunciamento do juiz sobre a existência ou não de relações jurídicas plurilocalizadas pode ser abordado sob duas formas distintas: 1) o pronunciamento é uma decisão interlocutória, uma vez que definir a relação jurídica como sendo plurilocalizada, com elementos estrangeiros, é uma questão incidental em relação ao Direito material sob litígio, não havendo resolução de mérito neste caso; 2) o pronunciamento da existência de relações plurilocalizadas pode ter natureza de sentença, se a localização fizer parte do pedido na inicial, podendo, desta forma, ser considerada de mérito.

Parece que a melhor classificação sobre o pronunciamento do juiz, com relação à definição de ser a relação jurídica do tipo plurilocalizada, é aquela que a considera como sendo uma questão incidental, portanto, possuindo natureza de decisão interlocutória. Apesar de haver a possibilidade de o autor incluir a localização como um dos pedidos na inicial, ele o faz por considerar que o sistema normativo solicitado irá lhe aumentar as possibilidade de sucesso na defesa do que ele entende ser o seu Direito material. O pedido por uma localização específica, desta forma, é apenas um instrumento indireto de obtenção do Direito material desejado.

Se a decisão judicial sobre a relação jurídica possuir ou não natureza plurilocalizada for considerada um pronunciamento do tipo de decisão interlocutória, se houver recurso, entendemos que o mesmo deve ser do tipo agravo, na espécie de instrumento. Apesar da orientação do agravo de instrumento somente ser aplicado de forma excepcional – a regra é a aplicação do agravo do tipo retido –, para este caso específico, ele é o mais adequado, uma vez que é evidente a existência do *periculum in mora* do julgamento ser regido por um sistema normativo inadequado.

No entanto, ainda persiste a dificuldade prática em se demonstrar o interesse processual em recorrer de uma decisão que apenas classificou a relação jurídica como sendo plurilocalizada, sem haver ainda a definição de qual sistema normativo será, de fato, localizado. Até neste momento somente se definiu se o processo é ou não um caso de Direito Internacional Privado, sem qualquer definição com relação à localização em si mesma.

Sendo confirmada a existência de elementos estrangeiros no litígio, a relação jurídica se caracteriza como pertencendo ao âmbito do Direito Internacional Privado, cabendo ao magistrado dar início à tutela localizadora, iniciando o levantamento dos elementos fáticos e probatórios essenciais para estabelecer o seu convencimento e propiciar a fundamentação da sua decisão. A decisão interlocutória de existência de elemento estrangeiro na relação jurídica operacionaliza a primeira etapa no método do Direito Internacional Privado: identificar a existência de elemento(s) estrangeiro(s) e, pelo menos, de um elemento nacional.

9.3.5 **Despacho solicitando informações das partes: Questionário Prévio**

Confirmado em caráter preliminar que o litígio é do âmbito do Direito Internacional Privado por haver indícios de existência de elementos estrangeiros – implicando em uma relação jurídica plurilocalizada –, cabe ao juiz iniciar o procedimento de obtenção de maiores informações das partes.

O primeiro ato processual propriamente dito que deve dar início à tutela localizadora é o despacho, *ex officio*, demandando das partes as informações factuais correspondentes aos elementos de proximidade pertinentes à realidade dos fatos, tendo por base os pedidos do autor na inicial e a resposta do réu. Isso pode ser feito na forma de um simples questionário prévio, contendo a lista das perguntas correspondentes aos elementos de proximidade vinculados aos fatos conhecidos até o momento. Adicionalmente o magistrado pode solicitar, por meio do mesmo instrumento, os documentos probatórios que previamente tenham sido identificados como importantes para comprovação das informações a serem fornecidas. Esse procedimento preliminar é o primeiro passo no sentido de se levantar o perfil material das partes.

No Apêndice A – Questionário Prévio – é possível verificar alguns exemplos de questionamentos que podem ser solicitados pelo magistrado às partes, tendo por base os elementos de proximidade selecionados como vinculantes aos fatos reportados na inicial e na resposta do réu. É importante enfatizar que a lista do referido apêndice é meramente exemplificativa, devendo se adequar a cada situação em particular, a critério do julgador.

9.3.6 **Despacho solicitando documentação probatória e audiência com as partes**

Após a análise das informações retornadas no questionário prévio, é possível que o magistrado identifique a necessidade de esclarecimentos adicionais a serem providos pelas

partes, seja por meio de documentações probatórias suplementares ou por meio de uma audiência presencial, a ser solicitada via despacho.

Se o magistrado considerar importante o depoimento das partes, ele pode solicitar uma audiência para análise das informações prestadas, de modo que seja possível serem colhidas provas orais, permitindo a confirmação pessoal daqueles dados que ele considere incompletos ou insatisfatórios. A principal importância da audiência é o contato direto e pessoal do juiz com as partes, tendo em vista que a localização de sistemas normativos eficazes depende da vinculação destes com os fatos inerentes à relação jurídica e às pessoas envolvidas. A audiência pessoal pode permitir ao juiz uma maior percepção de elementos de carácter subjetivos das partes, que por meio apenas de verificação documental, eventualmente, não é possível aferir.

O Código de Processo Civil brasileiro atual prevê uma Audiência de Conciliação e Mediação, conforme o seu artigo 334:

> Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
>
> § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
>
> [...]
>
> § 4º A audiência não será realizada:
>
> I - Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
>
> II - Quando não se admitir a autocomposição. [...]
> (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)

A audiência de conciliação e mediação pode ser conjugada com a audiência para análise das informações providas pelas partes, com relação aos elementos de proximidade. Ao mesmo tempo em que o magistrado coleta os depoimentos pessoais das partes, ele pode conduzir uma possível conciliação ou facilitar uma autocomposição, se for o caso.

9.3.7 **Decisão interlocutória: localização do sistema normativo**

Uma vez estabelecido que a relação jurídica é do âmbito do Direito Internacional Privado – havendo elementos estrangeiros plurilocalizados a serem considerados –, o magistrado deve localizar o sistema normativo que vai reger essa relação: o nacional ou o estrangeiro. É importante enfatizar que a localização aqui mencionada é conduzida de uma

forma substantiva, ou seja, por meio da análise dos elementos de proximidade das partes, a partir da definição de um perfil material das mesmas.

A localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada deve ser tratada como uma questão incidental, um antecedente lógico ao julgamento do mérito, sendo ela, por conseguinte, uma decisão também de natureza interlocutória, conforme o artigo 203, § 2º do CPC. Por ser esta decisão do tipo decisão interlocutória, em caso de haver recurso, ele deve ser do tipo agravo, também na espécie de instrumento. O agravo de instrumento também é o mais indicado na decisão de localização do sistema normativo por ainda existir o *periculum in mora* de o julgamento ser regido por um sistema normativo não próximo às partes.

Após a conclusão da decisão interlocutória de localização, a tutela localizadora deve ser considerada finalizada, devendo o processo regressar ao seu curso normal, ou seja, a fase de conhecimento de mérito deve ser iniciada, já sendo regida, neste momento, pelo sistema normativo localizado.

Nesta fase podem ocorrer duas hipóteses: a) o mesmo juízo de localização prossegue com as demais fases do julgamento; ou b) um distinto juízo, especializado no Direito localizado, dará prosseguimento ao julgamento do mérito. Pode-se perceber que a tutela localizadora permite a separação da fase de localização das demais fases do processo, tornando-as independentes entre si, inclusive com a possibilidade do estabelecimento de juízos separados para cada uma das mesmas.

Essa separação da fase de localização das demais fases do processo pode proporcionar as seguintes vantagens: a) não possibilita que uma análise cognitiva prévia do mérito venha a interferir na decisão de localização. Isso é importante, uma vez que o processo é conduzido por pessoas e, havendo um procedimento sincrético (no qual a localização e a julgamento do mérito fazem parte da mesma fase processual), é natural e humano que o magistrado tenha a tendência a não localizar aqueles sistemas normativos em que o Direito material lhe pareça mais complexo e difícil. Isto tornaria a localização dependente das impressões e do conhecimento pessoal do juiz, o que é algo indesejável. A localização deve localizar os sistemas normativos dentro do âmbito de eficácia da relação jurídica, a partir dos vínculos factuais envolvidos com as partes, não deve ter por fundamento o conhecimento prévio ou não do julgador com relação ao eventual Direito material localizado; e b) permite a escalabilidade operacional e processual do julgamento. As escalabilidades operacionais e processuais se fazem mandatórias no cenário em que ocorrer um volume muito grande de processos a serem

regidos por um determinado sistema normativo estrangeiro. Isso é viabilizado por meio da criação de juízos especializados nesses sistemas com maior carga de processos, aumentando a eficiência do sistema como um todo. Para grandes centros urbanos, como São Paulo, por exemplo, é possível que a incidência de localizações no sistema normativo japonês seja muito alta. A criação de juízos especializados no Direito material japonês iria permitir o envio de todos esses processos para essas varas especializadas, deixando apenas a tutela localizadora para as varas comuns.

Assim como na decisão interlocutória que define se o julgado é do âmbito ou não do DIPr – item 7.3.4 –, a decisão de localização do Direito a reger a relação também possui natureza de decisão interlocutória. Nesse caso, o agravo de instrumento é a espécie de recurso mais adequada, tendo em vista haver o *periculum in mora* em dar prosseguimento ao julgamento regido por um sistema normativo inadequado. Todavia, diferentemente da decisão interlocutória anterior, é nítido o interesse processual das partes em recorrer da decisão de localização, uma vez que ela pode ser determinante no resultado do processo, que define quem é a parte sucumbente e quem é parte a vencedora.

9.3.8 **A localização no Direito Internacional Privado e a coisa julgada**

O Código de Processo Civil, em seu artigo 502, define:

> Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.
> (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)

A jurisprudência entende a coisa julgada – *res iudicata* – como uma qualidade da sentença, em que seus atos e efeitos se tornam permanentes, não mais passíveis a modificações por meio de quaisquer recursos. A coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma evolução qualitativa desta última, obtida por meio do esgotamento de todos os prazos e possibilidades de recursos. A única possibilidade de reforma da coisa julgada seria por meio de ação rescisória.

Humberto Theodoro Júnior defende a coisa julgada como sendo uma qualidade da sentença, em oposição a ser um dos seus efeitos:

> A *res iudicata*, por sua vez, apresenta-se como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela imutabilidade do julgado e dos seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-la por meio de recursos. (THEODORO, 2013, p. 566.)

A relação entre a coisa julgada e a eficácia da tutela jurisdicional é direta, pois esta última é eficaz quando produz os seus resultados, de forma segura, permanente e imutável. Uma decisão ainda sujeita a recursos, sem uma conclusão definitiva dos seus efeitos, carece da segurança necessária para ser considerada eficaz. Nesse sentido, o trânsito em julgado da decisão tem como consequência a definição daqueles elementos que se tornarão imutáveis, sob uma perspectiva jurídica, imunes a novos julgados ou novas leis. Essa característica pragmática da coisa julgada é enfatizada por Bedaque, ao mencionar sua finalidade prática:

> Dai dizer-se que o instituto [referindo-se o autor à coisa julgada], tem finalidade eminentemente prática, destinando-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional. [...] O sistema processual pretende evitar novos litígios a respeito da mesma situação de vida. (BEDAQUE, 2011, p.140.)

Entretanto, é imprescindível estabelecer o que exatamente está coberto por essa imutabilidade da coisa julgada. Quais são os seus limites objetivos? Ou, conforme didaticamente Dinamarco questiona:

> [...] quais partes da sentença ficam cobertos pela autoridade da coisa julgada? (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012. p.343)

O artigo 504 do Código de Processo Civil, responde em parte a essas perguntas ao definir o que não faz coisa julgada, ou seja, são excluídos da imutabilidade concedida pelo trânsito em julgado:

> Não fazem coisa julgada:
> I - Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
> II - A verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.
> (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)

A impossibilidade da verdade dos fatos ser feita coisa julgada é um reconhecimento lógico de que a decisão judicial é incapaz de determinar acontecimentos futuros da vida, como bem esclarecido por Bedaque:

> Nada impede, porém que acontecimentos posteriores influam naquela situação, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação da vida, modificando-a. Mas enquanto permanecerem as mesmas circunstâncias, a imutabilidade perdura, visto configurar qualidade dos efeitos materiais da sentença. (BEDAQUE, 2011, p. 141.)

Por outro lado, apesar dos fatos da vida não fazerem parte da coisa julgada, o mesmo não pode ser dito dos seus efeitos que, segundo o referido autor, são inclusos na imutabilidade da sentença:

> Coisa julgada nada mais é, pois, do que a imutabilidade da sentença de mérito e de seus efeitos. (BEDAQUE, 2011, p. 142.)

Mas o que pode ser estabelecido com relação à coisa julgada e à localização no âmbito do DIPr? Ela faz ou não coisa julgada? O Direito positivo brasileiro é omisso nessa questão, sendo, desta maneira, coerente com a formalidade e a superficialidade que tanto caracterizam a implementação do seu Direito Internacional Privado. Conforme visto, a localização em nosso DIPr (LINDB) é determinada por meio de elementos de conexão isolados, não dando margem ao julgador para o exercício de qualquer discricionariedade. A localização é questão de direito no sistema normativo brasileiro – o juiz somente pode seguir a letra da lei. No Anexo A, ao final desta dissertação, podem ser verificados os elementos de conexões definidos na LINDB, conforme compilação feita por Di Lorenzo.

A seguir está grifado, nos referidos artigos e parágrafos da LINDB, as partes em que está determinada, de forma incisiva, a conexão para cada caso legal, sem deixar ao magistério qualquer margem de discricionariedade:

> Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa **determina** as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.
>
> § 1º. Realizando-se o casamento no Brasil, **será aplicada** a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.
>
> [...]
>
> § 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, **regerá** os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.
>
> § 4º. O regime de bens, legal ou convencional, **obedece** à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.
>
> Art. 8º. Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, **aplicar-se-á** a lei do país em que estiverem situados.
>
> § 1º. **Aplicar-se-á** a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.
>
> § 2º. O penhor **regula-se** pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.
>
> Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, **aplicar-se-á** a lei do país em que se constituírem.
>
> § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, **será esta observada**, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.
>
> § 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.
>
> Art. 10º. A sucessão por morte ou por ausência **obedece** à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.
>
> § 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.
>
> § 2º. A lei do domicílio do herdeiro ou legatário **regula** a capacidade para suceder.
>
> Art. 11º. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, **obedecem** à lei do Estado em que se constituírem.

Os verbos em modo imperativo evidenciam a determinação do Direito Internacional Privado brasileiro em não permitir ao julgador qualquer atividade discricionária. A opção do DIPr nacional brasileiro, conforme já foi afirmada algumas vezes, é por uma normatização formal, sem qualquer comprometimento com a realidade dos fatos, possuindo uma natureza estritamente abstrata. O papel desempenhado pelo juiz brasileiro, no que diz respeito à localização, resume-se à identificação do domicílio das partes, aos locais de celebração, aos locais de constituição e situação das diversas relações jurídicas.

Neste cenário pátrio de Direito Internacional Privado, não surpreende a completa omissão legal no que diz respeito à formação da coisa julgada com relação à localização do sistema normativo a reger as relações plurilocalizadas. Por não haver qualquer margem no DIPr brasileiro para permitir decisões discricionárias por parte do magistrado com relação à localização, é natural que não exista a possibilidade de recursos das decisões dessas localizações, uma vez que ao juiz somente cabe aplicar estritamente as regras de localização constantes na LINDB, qualquer desvio desta se caracterizaria como decisão *contra legis* e, portanto, de pouca ocorrência. As exceções à aplicação estrita das regras de localização constantes na LINDB normalmente ocorrem em situações de ofensa à ordem pública nacional.

Por outro lado, nas relações plurilocalizadas sob a regência de um Direito Internacional Privado realmente substantivo, que leve em consideração as vinculações factuais da relação jurídica, a possibilidade da localização formar ou não coisa julgada passa a ter uma grande importância. Essa importância se deve ao fato de que a decisão judicial de localização não se caracteriza mais como uma simples aplicação da letra da lei, mas, sim, de um trabalho cognitivo a ser desempenhado pelo magistrado, que envolve o conhecimento dos fatos e das pessoas envolvidas na relação jurídica. A decisão de uma localização substantiva demanda algum grau de discricionariedade do julgador, necessitando, dessa maneira, ser passível de revisão e de recursos.

Conforme visto, a localização do sistema normativo a reger uma relação jurídica plurilocalizada é uma questão logicamente antecedente e prejudicial ao julgamento de mérito, uma vez que não é possível julgar um caso sem se saber previamente qual o sistema normativo que vai regê-lo. Contudo, apesar de ser uma questão incidental ao julgamento de mérito, a localização é aquela fase que irá determinar qual Direito material irá reger a relação e é esse Direito que vai criar, modificar e extinguir posições jurídicas das partes. Essas posições jurídicas de Direito material fazem parte do mérito da sentença e, portanto, fazem coisa julgada. A principal consequência dessa afirmação é que uma vez transitada em julgado

a decisão por uma determinada localização de um sistema normativo estrangeiro, ela deve fazer parte da coisa julgada. Se a coisa julgada garante a imutabilidade da sentença de mérito (assim como também dos seus efeitos) e a sentença de mérito é definida com base no Direito material que a rege, a localização, que define o Direito material a reger a relação jurídica, deve fazer coisa julgada de forma obrigatória.

Naturalmente essa lógica não se aplica aos DIPr estritamente formais, como o brasileiro, mas tão somente aos DIPr substantivos, que são aqueles que de fato localizem sistemas normativos que façam parte do âmbito de eficácia de suas leis e permitem ao magistrado a discricionariedade para levantar os fatos da relação jurídica..

9.3.9 **Envio para o juízo de julgamento**

Uma vez finalizado o juízo de localização com a determinação do sistema normativo a reger o mérito da lide, o processo deve ser encaminhado ao juízo de julgamento, que pode ou não ser distinto do juízo de localização. Conforme já analisado, podem ser mencionadas duas vantagens imediatas em se ter juízos de localização e julgamento distintos: a) independência e imparcialidade entre a localização e o julgamento; e b) a possibilidade de especialização do juízo de julgamento nos sistemas normativos que possuam uma maior demanda.

A independência dos juízos de localização e julgamento é importante na medida em que é natural e humano que o julgador evite localizações de sistemas normativos que ele desconheça, dando preferência àqueles que lhe seja mais familiar, como, por exemplo, o sistema local. Uma vez que o juízo de localização seja distinto do juízo de julgamento, essa propensão do julgador em localizar o Direito que lhe seja mais familiar é minimizada. Nesse cenário, o juízo de localização teria somente a localização do sistema normativo como função a ser desempenhada, podendo se concentrar unicamente nesta tarefa, sem qualquer preocupação prévia com restrições ou desconhecimentos do Direito material que eventualmente será localizado para o julgamento de mérito.

Outra vantagem em se ter os juízos de localização e de julgamento independentes é a possibilidade de especialização do juízo de julgamento naqueles sistemas normativos mais recorrentes. Para esses sistemas estrangeiros com maior demanda, pode-se definir juízos especializados em seus Direitos materiais permitindo uma maior escalabilidade e economicidade processual.

A separação de juízos permite que o juízo de localização se especialize apenas na tutela localizadora, que contempla o método do Direito Internacional Privado e a sua legislação nacional (no caso do DIPr brasileiro, envolve a LINDB e demais legislações e tratados esparços). Uma vez finalizada a tutela localizadora, o processo pode ser enviado para aqueles juízos especializados no Direito material localizado. Conforme mencionado, essa separação em juízos especializados permite uma maior escalabilidade no atendimento do número de processos plurilocalizados de Direito Internacional Privado. Se hoje a necessidade de especialização de juízos somente é premente em grandes centros urbanos como São Paulo, à medida que a globalização avance e a integração entre os países aumente, é razoável se prever que os casos plurilocalizados cresçam de uma forma relativamente rápida.

Se não é desejável que o Direito seja "conduzido" pela realidade dos fatos, atuando apenas de uma forma reativa, é necessário que se faça um planejamento das demandas jurídicas futuras com alguma antecedência, de modo a se desenvolver teorias de Direito que possam lidar com as novas situações jurídicas e com o ocasional aumento do volume de processos. No caso particular do Direito Internacional Privado é razoável pressupor que a integração entre as nações, assim como também o volume migratório, tendem a crescer de uma forma vertiginosa nas próximas décadas e séculos. Esse crescimento futuro da integração global demanda no presente o desenvolvimento de novas formas e teorias para lidar com os litígios plurilocalizados que obrigatoriamente surgirão cada vez em maior volume. O Direito precisa atender não somente o presente, mas também precisa se preparar para o futuro.

CONCLUSÃO

Com foi apresentado ao longo deste estudo, esta dissertação trata do Direito Internacional Privado e tem como objeto todas as questões que de alguma maneira ameaçam a eficácia e a efetividade do atingimento dos objetivos dessa área jurídica. Não é um estudo de Direito Público, apesar de que, ao se delinear os âmbitos e os domínios do Direito Privado, a definição dos âmbitos e domínios do Direito Público se estabelece parcialmente por exclusão, sobrando a determinação da chamada "área cinzenta" entre os dois domínios que, devido às suas características híbridas, às vezes, se apresenta com uma natureza pública e outras com uma natureza privada.

A clareza na identificação do âmbito e do domínio dos objetos do DIPr permite identificar as suas deficiências atuais e encontrar as melhores ferramentas para sua implementação no campo teórico e acadêmico, contudo, sem nunca se perder a perspectiva e a visão prática e procedimental dos tribunais, assim como também da realidade social.

Para fundamentar a principal proposta feita nesta dissertação – o desenvolvimento dos elementos de proximidade e da tutela localizadora; o primeiro sob uma abordagem material e o segundo sob uma abordagem processual – foi preciso navegar por quase todos os "mares" que compõem o universo do Direito Internacional Privado, buscando os seus fundamentos jurídicos, sociológicos, antropológicos, históricos e psicológicos nas mais diversas teorias do conhecimento humano. Foram explorados todos os tópicos encontrados incidentalmente nessa navegação, na exata medida da necessidade para a compreensão do problema que se apresenta. Esses tópicos envolveram temas religiosos, familiares, trabalhistas, educacionais, jurídicos, enfim, todas aquelas áreas da vida humana em sociedade que estão sujeitas a conflitos e litígios com elementos estrangeiros.

Outro tema recorrente no domínio de estudo desta dissertação é o embate público versus privado. As políticas públicas, numa perspectiva instrumental no âmbito do Direito Público, ao buscar o bem comum de toda a sociedade, possuem como objeto a coordenação dos meios à disposição do Estado para a realização de objetivos sociais politicamente relevantes. O Direito Internacional Privado, por sua vez, possui como um dos seus principais objetos a resolução de conflitos jusprivatista de leis no espaço, no contexto plurilocalizado de concorrências de sistemas normativos eficazes, tanto estrangeiros como o local. A procura pela conciliação entre a normatização de políticas públicas, de natureza geral e abstrata, com

os objetos do DIPr (como, por exemplo, a realização da justiça jusprivatista entre as partes envolvidas em conflitos plurilocalizados) não é completamente incompatível, muito embora não é aceitável que essa conciliação venha a compremeter o atingimento da justiça social.

É importante entender que a natureza das políticas públicas é abstrata e genérica e que a justiça privatista do DIPr tem sua eficácia fundamentada nos fatos jurídicos *in concreto*. Essa dicotomia entre a concretude jusprivatista do DIPr e a abstração normativa das políticas públicas torna essa conciliação normativa – via a efetivação destas por meio de regras de conflitos daquele – um enorme desafio. Se não houver o devido cuidado analítico da realidade dos fatos, essa conciliação normativa pode ocasionar o comprometimento da realização da efetiva justiça privatista, tendo como principais afetados aqueles que buscam no Estado a pacificação das suas mazelas.

Se determinado Estado entende como adequada a implantação de uma específica política pública por meio do uso de regras de conflitos do DIPr, é imprescindível que esta decisão não venha a comprometer a eficácia das regras de conflito, uma vez que a eficácia normativa demanda respeito ao domínio dos fatos em que a relação jurídica se fundamenta. A efetivação de desejáveis políticas públicas deve ser um objetivo subsidiário, no que se refere ao Direito Internacional Privado, e somente pode ser combinada com a normatização jusprivatista quando não houver qualquer comprometimento dos fundamentos desta última.

Portanto, as regras de conflito de DIPr sempre devem manter contato com os fatos que deram origem à relação jurídica, observando o plano de eficácia das normas. Somente é recomendável a conciliação dos objetivos do DIPr com os objetivos de natureza pública (abstratos por natureza) se não houver comprometimento da eficácia da função mais representativa do Direito Internacional Privado, que é a de localização do sistema normativo mais próximos das partes envolvidas e dos fatos a elas vinculados.

A criação de regras de conflitos de DIPr que tenham por objeto principal a efetivação de políticas públicas abstratas, relegando para segundo plano o domínio dos fatos no qual as partes jusprivatistas se inserem, não permitirá a entrega de uma justiça eficaz para as mesmas, pois as penalizam com resultados artificiais e desconectados com sua realidade particular. Neste sentido, a consecução de uma determinada política pública cujo custo social e jurídico deve ser assumido por toda a sociedade é, na verdade, assumiudo por um limitado grupo de indivíduos – que têm a realização de sua justiça privada frustrada em nome de um bem comum – o que torna a distribuição do custo social da justiça não isonômico.

São identificáveis dois custos sociais a serem considerados quanto à efetivação de políticas públicas por meio das regras de conflitos de DIPr : a) o custo individual, que está relacionado a não localização do sistema normativo mais vinculado às partes que buscaram o Estado para resolver as suas lides, havendo falha na realização da justiça de DIPr; e b) o custo social, que está relacionado à redução da qualidade da justiça concedida a todos aqueles que se encontram envolvidos em conflitos plurilocalizados.

Quando a justiça não é realizada para alguns, afeta todos. É importante reconhecer e identificar as contrapartidas existentes na forma de redução na qualidade da justiça prestada ao se utilizar as regras de DIP como instrumento de efetivação de políticas públicas. A economia normativa de se conjugar objetivos jusprivatistas com políticas públicas possui consequências e implicações sociais que precisam ser ponderadas na decisão dessa conjugação de leis com diferentes propósitos e naturezas.

A questão em estudo não diz respeito à preponderância do interesse público sob os interesses privados – não é essa a temática aqui em discussão. Havendo conflito direto entre o interesse público e o interesse privado, de modo que um deles tenha que ser sacrificado, não resta dúvida de que prevalecerá o interesse público sobre o privado. O argumento aqui defendido é que o uso das regras de conflito do DIPr para a implantação de políticas públicas é um desserviço ao Direito Privado Internacional, assim como também ao Direito Público e à sociedade em geral.

Regras de conflito de relações plurilocalizadas são adequadas para auxiliar na determinação do sistema normativo a reger a relação jurídica, tendo por base os fatos que com elas se relacionam. Elas não são adequadas para implantação de políticas públicas abstratas e genéricas. Para essas políticas devem ser desenvolvidos instrumentos normativos específicos e mais adequados ao fim a que eles se destinam. Sob o ponto de vista do Direito Público, há diferentes maneiras de se normatizar políticas públicas, sejam elas de caráter social, econômico ou político, variando desde alternativas constitucionais até aquelas infralegais. A lei, em seu sentido *lato,* abre um amplo leque de possibilidades para o Estado positivar as suas ações sem a necessidade de comprometer a efetividade de áreas legais específicas, como é o caso do Direito Internacional Privado.

Ao abrir mão de utilizar instrumentos normativos especializados, criados de forma ajustada às necessidades do objeto ao qual se propõe regular, o Estado acaba por obter como resultado normas descaracterizadas e ineficazes, que não efetiva de forma adequada a sua

política pública, assim como também ainda compromete aquelas áreas jurídicas específicas que buscou conciliar com a normatização em comum.

Definidas as perspectivas públicas e privadas dentro da ótica do Direito Privado Internacional e do escopo desta dissertação, um importante componente ao longo deste estudo é a definição dos fundamentos dessa ciência. Foi visto que os fundamentos do Direito Internacional Privado são aqueles fenômenos jurídico-sociológicos que explicam a sua existência, que justificam o trabalho de desenvolver toda uma teoria de sobredireito, que tem por função a escolha de um sistema normativo estrangeiro para ser aplicado no local do foro.

Foi visto que a doutrina majoritária identifica os seguintes importantes fundamentos: a) o conflito de leis no espaço; b) o respeito pelo sistema normativo do estrangeiro, tendo por consequência a extraterritorialidade das leis; e c) o fenômeno da globalização, tanto na sua vertente mais evidente, que é o comércio internacional, como também na sua vertente migratória e familiar.

O conflito das leis no espaço é o fundamento do Direito Internacional Privado que mais diretamente se relaciona com sua essência, pois ele, por si só, explica a existência do DIPr. Se não há conflito de leis no espaço, não há que se falar em Direito Internacional Privado, encerrando-se a questão sob a perspectiva jusprivatista. Por outro lado, havendo conflito plurilocalizado, é possível se falar em respeito ao Direito estrangeiro e ao comércio internacional. A relação destes últimos com o fundamento do DIPr ocorre somente na medida em que propicie conflitos de leis na mesma base territorial. O comércio internacional permite a interação de pessoas de diferentes países e regiões, a interação de distintas culturas e sistemas normativos. Essa interação humana inevitavelmente gerará conflitos e, eventualmente, litígios com elementos estrangeiros. O respeito a esses estrangeiros, tendo por base um interesse mútuo das diferentes culturas (dentre elas, a comercial), conclui a lista de fundamentação da existência do DIPr.

Uma vez determinado o "porquê" da existência do Direito Internacional Privado, o próximo desafio nesta dissertação foi a identificação do "quê", ou seja, quais são os problemas e as deficiências dessa ciência que devem ser endereçados e, finalmente, o estudo foi direcionado para "como", que são as propostas fornecidas para ajudar a sanar os problemas analisados.

Apesar de injusta (segundo a perspectiva deste estudo), a maior parte dos problemas e das deficiências do Direito Internacional Privado contemporâneo é associada à sua

metodologia de resolução de conflito de leis, ou, conforme também é conhecida essa metodologia – "Método clássico do Direito Internacional Privado". O Direito comparado evidencia uma realidade de muitas implantações de DIPr em distintos países que apresentam excesso de formalismo na resolução de litígios envolvendo relações plurilocalizados, ou seja, apresenta regras de conflitos rígidas e superficiais. A rigidez se caracteriza por não permitir exceções ou outras considerações se não aquelas definidas nas regras de conflitos do DIPr local; e a superficialidade se caracteriza por desconsiderar completamente as complexidades de natureza material envolvidas na realidade da relação jurídica, afastando-se, assim, do seu âmbito de eficácia. Como vimos, por isso as regras de conflito do método do DIPr implementadas pelos mais diversos países passaram a ser chamadas de regras *hard and fast rules*, conforme denominação dada pela escola norte-americana. São regras que permitem implantações rápidas, econômicas e seguras de Direito Internacional Privado, muito embora sejam ao mesmo tempo superficiais e formais.

Conforme foi defendido ao longo de toda esta dissertação, a superficialidade e a rigidez apresentadas pelas diversas implantações de DIPr se devem muito mais à maneira como elas foram definidas pelas políticas legislativas de cada país do que propriamente pela metodologia de conflito do Direito Internacional Privado. O método é um meio operativo que tanto permite implementações abstratas e superficiais como também admite implantações substantivas, bastando para isso que seja contemplado um procedimento localizador que não leve em conta regras de conflitos e elementos de conexões de forma isolada, mas, sim, dentro de um contexto sociocultural envolvendo as partes e os fatos relacionados à relação. Como vimos, esse contexto social pode ser aferido por meio dos elementos de proximidade durante a realização da tutela localizadora.

O Direito como subproduto social necessita acompanhar as transformações da sociedade, atualizando e adaptando seus métodos e normas, com interpretações evolutivas, de modo a não se distanciar daqueles valores sociais que passaram a fazer parte dessa sociedade. Nesse sentido, novas interpretações e implantações da metodologia conflitiva de DIPr são mandatórias. Não é razoável esperar que a primeira versão da metodologia de conflito de DIPr estruturada ainda no século XIX não sofra adaptações e evoluções passados mais de cem anos. É irrefutável que o processo de localização, que pelo método clássico é obtido por meio da sede da relação jurídica e pelo elemento de conexão, precisa evoluir, desenvolver-se.

Conforme visto, os DIPr nacionais necessitam deixar de definir elementos de conexão isolados e passar a utilizar procedimentos de proximidade estabelecidos pela aplicação dos

elementos de proximidade e da tutela localizadora. O método clássico de resolução de conflito de leis no espaço permanece válido, contudo, precisa ser atualizado e ajustado para contemplar os valores baseados no princípio da proximidade, dentro de uma perspectiva social e substantiva do âmbito de eficácia das leis.

O Direito dos conflitos se fundamenta no princípio da não transconexão, que se especializa, no caso do Direito intertemporal, no princípio da não retroatividade, ou seja, a norma jurídica por regra não se aplica a fatos passados, e, no caso do DIPr, no princípio de que toda *norma agendi* somente deve reger fatos que com ela esteja em contato. Por conseguinte, na perspectiva dos conflitos normativos não é aceitável que uma lei se aplique a fatos com os quais não possua qualquer vinculação. Desta forma, a conexão deve ser sempre uma conexão entre lei e fatos, seja ela de natureza pessoal ou real. Os dois ramos do Direito de conflito são coincidentes com relação a este aspecto: eles tratam da conexão com os fatos, devem partir dos fatos, sendo a conexão sempre constituída por fatos. Neste sentido, o plano de eficácia das leis se confunde com a genuína substância da lei. Uma lei é substantiva quando estiver vinculada com a realidade factual que gerou a relação jurídica que ela pretende reger, quando ela pertencer ao âmbito de eficácia dessa relação.

A proposta do levantamento do perfil material das partes, tendo por base os elementos de proximidade instrumentalizados processualmente pela tutela localizadora, nasceu sob o contexto de obediência ao âmbito de eficácia e da observância dos fatos que geraram a relação jurídica como forma de obtenção de uma solução substantiva e justa com base na realidade.

Os elementos de proximidade podem ser entendidos como verdadeiros institutos materiais de levantamento de um perfil substantivo das partes e dos fatos que deram origem à relação jurídica. Eles se instrumentalizam como ferramentas de efetivação da localização substantiva. Todavia, para efetivar esse objetivo, eles também necessitam dos seus instrumentos específicos, que são as ferramentas processuais que devem definir os procedimentos e etapas a serem seguidas durante o levantamento desse perfil das partes. Essa multiplicidade de funções instrumentais dentro dos diversos sistemas normativos é a fundamentação das camadas de instrumentalidade do Direito que foi definida anteriormente.

Revisitando a questão das camadas de instrumentalidade do Direito, foi visto que a justiça social, por possuir um fim em si mesmo, é a camada instrumental basilar, sobre a qual todas as demais camadas de instrumentalidade serão aplicadas, não se prestando a ser instrumento de nenhuma outra área de estudo. Sobre a justiça social, aplica-se o Direito, em

sentido *lato*, ou o Direito material. O Direito material é o instrumento direto de consecução da justiça social, sendo, desta maneira, classificado como sendo de primeira camada de instrumentalidade. Sob o Direito material, aplica-se a segunda camada de instrumentalidade que, tanto pode ser o Direito Processual, sob a perspectiva de método de trabalho, como também o Direito Internacional Privado, sob a perspectiva de sobredireito ou de solução de conflitos de leis envolvendo relações jurídicas plurilocalizadas. No entanto, o Direito Internacional Privado também demanda do Direito Processual a definição de processos e procedimentos, fazendo com que o Direito Processual seja o seu instrumento. O principal objetivo na definição dessa relação instrumental entre as diversas áreas do Direito é deixar evidenciado que, independente da função de cada área, todas elas têm como fim a obtenção da justiça plena, num sentido social.

Todavia, para que a satisfação da justiça plena tenha sucesso é importante que a teoria não se desconecte da realidade, que o estudo do Direito Internacional Privado, apesar de dever ser conduzido sob uma perspectiva científica rigorosa, não pode perder a perspectiva pragmática voltada para resultados compatíveis com a justiça social. A justiça social, aqui, é abordada sob a visão das partes, como pessoas; e do magistrado, como julgador. As palavras de Bustamante são muito pertinentes nesse contexto quando reafirmam a importância da vinculação da ciência com a realidade:

> El concepto del Derecho internacional privado debe expressar su naturaleza y objeto, señalando con ello un critério básico respecto de su contenido. Como se trata de una noción teórica y práctica al mismo tiempo, es necesario que corresponda al ideal científico y a las exigencias de la realidad, como sucede cada vez que trata de darse una idea fundamental de cualquiera de las ramas del derecho. (BUSTAMANTE Y SIRVEN, 1943, p. 8.)[184]

Essa visão prática, pragmática e realística não pode ser desconsiderada no momento em que se propõem soluções substantivas para o Direito Internacional Privado. Se não houver a preocupação de como podem ser operacionalizados os julgados de DIPr sob a perspectiva não só material, mas, também, processual, as teorias podem ter como produto "letras mortas" da lei. É preciso se colocar na posição do julgador e, passo a passo, aplicar a teoria proposta, garantindo que ela seja também factível sob a perspectiva jurisprudencial e processual.

Tendo em vista essa abordagem pragmática e realística, alguns requisitos foram

[184] "*O conceito de direito internacional privado deve expressar a sua natureza e finalidade, indicando com ele um critério básico com respeito ao seu conteúdo. Como se trata de uma noção teórica e prática ao mesmo tempo, é necessário que corresponda ao ideal científico e às exigências da realidade, como acontece cada vez que se tenta dar uma ideia fundamental de qualquer dos ramos do direito."* (Tradução nossa)

identificados como essenciais aos elementos de proximidade. O primeiro é que eles precisam ser de fácil compreensão e verificação, portanto, simples e objetivos. A importância dessa simplicidade está relacionada com a viabilidade operacional do sistema como um todo. Elementos complexos e muito subjetivos implicarão em julgados também complexos, demorados, custosos e talvez não factíveis. É importante recordar que os elementos de proximidade não se referem diretamente ao mérito cognitivo da lide – eles se referem ao conhecimento das partes e, somente de forma ocasional e marginal, ao mérito em si mesmo.

Os elementos de proximidade são os parâmetros jurídicos representativos de uma realidade social e permitem, pelo menos num primeiro momento, uma abordagem *jus naturalista* da "natureza das coisas". Ainda reconhecendo que as relações da vida e suas instituições possuem um sentido em si mesmas, com as suas especificidades e racionalidades particulares, a "natureza das coisas" nos leva a uma camada de abstração na qual não é possível identificar o âmbito de eficácia das relações devido a completa ausência de parâmetros específicos e concretos definidos.

Desta forma, substituir a abordagem metodológica do DIPr ajustada ao uso dos elementos de proximidade por uma visão *jus naturalista* da "natureza das coisas" deve ser o último recurso, e somente deve ser utilizada para aqueles casos considerados excepcionais, pois os métodos casuísticos têm o seu custo particular, conforme bem enfatizado pelo Boletim da Faculdade de Coimbra:

> Não se conclua, porém, do exposto que em nosso modo de ver a tendência para adopção de soluções materiais *ad hoc* seja de condenar absoluta e inapelavelmente. Tal não é o caso. Bem sabemos que por vezes é esse o único recurso [...] que essa via deve ser efetivamente reservada para casos excepcionais [...] o método das soluções casuísticas é sempre um método deficiente, que poderá conduzir eventualmente a resultados justos, mas à custa de um valor jurídico de hieraquia não inferior, que é a certeza do direito ou segurança da vida jurídica [...][185]

Este é o mais importante contraponto nas teorias que buscam maior substantividade no DIPr: o risco de se cair em um casuísmo metodológico dos julgados envolvendo relações jurídicas com elementos estrangeiros que gere insegurança jurídica e aumente o custo processual de uma forma insustentável. Naturalmente, para aqueles casos considerados excepcionais (a critério do julgador) as soluções casuísticas podem ser aplicadas, muito embora devam sempre ser acompanhadas de suas fundamentações.

---

[185] **Estudos em homenagem ao prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro**. III Iuridica. Universidade de Coimbra, Boletim da faculdade de direito. Número especial. Coimbra 1983.

Uma vez estabelecidos os elementos de proximidade como sendo aqueles a definir o perfil material das partes, o próximo passo na proposta desta dissertação é a definição da tutela localizadora como aquela a estabelecer os procedimentos processuais para garantir uma localização de sistema normativo vinculada às partes, levando em consideração a sua realidade fática e o âmbito de eficácia da relação jurídica envolvida. A proposta de criação de uma tutela processual específica para a adequada localização do sistema normativo mais próximo das partes visa atender às especificidades do Direito Internacional Privado, tendo em vista a sua natureza de sobredireito. A tutela jurisdicional como gênero é o conjunto de medidas estabelecidas que objetiva a proteção de um direito subjetivo ou de uma determinada situação jurídica, por meio da prestação jurisdicional em favor do titular do direito.

O Direito Processual busca a sua maior efetividade em seus processos por meio da definição de distintas espécies de tutelas, adequando cada uma delas à natureza do direito subjetivo pleiteado, diferenciando-as de acordo com as necessidades da relação jurídica envolvida, provendo para cada tipo de Direito material ou crise associada uma tutela específica e adequada. A proposta desta dissertação é a criação da "tutela localizadora", permitindo ao Direito Processual prover a localização de uma forma efetiva e justa, encerrando, desta maneira, uma possível "crise de localização". Por meio dessa nova tutela processual será possível ao Direito Internacional Privado que, de uma maneira substantiva, selecione efetivamente aquele Direito que melhor represente os direitos pessoais das partes envolvidas no conflito plurilocalizado.

Uma importante possibilidade propiciada pela tutela localizadora é a oportunidade de se ingressar com recurso sobre a decisão de localização. É natural que para muitos julgados a localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada não seja um fator decisivo na sentença final; para outros, não haverá nem mesmo litígio com relação a essa localização, sendo indiferente para as partes qual sistema normativo venha a ser escolhido. Porém, é seguro afirmar que sempre haverá aqueles julgados em que a localização do sistema normativo será determinante na sentença final e no sucesso de obtenção do direito pleiteado pelas partes. Para esses casos é importantíssimo haver a possibilidade de recurso na decisão interlocutória de localização. Esse recurso garantirá uma possível revisão da localização por um colegiado, com maiores possibilidade materiais para revisitá-la.

O maior objetivo defendido ao longo de toda esta dissertação é a busca por uma localização substantiva sem perdas da segurança jurídica e com baixo custo processual. Essas características podem e devem ser providas pela metodologia clássica, via método conflitual.

Este estudo buscou a substantividade na localização por meio de componentes sociais universais da humanidade, componentes que não se mostrassem regionalizados ou particularizados para uma determinada cultura ou grupo de culturas relacionadas, ou ainda por influências ideológicas. Evitou-se propostas que fossem "ocidentalizadas", "orientalizadas", "americanizadas", "europeizadas", "de esquerda", "de direita", "ateias", "religiosas" etc. Com essa orientação em mente, seleciou-se aqueles componentes sociais de conexão entre as pessoas e uma determinada cultura (que são representados juridicamente pelos elementos de proximidades) que expressassem vinculações familiares, religiosas, de trabalho, de linguagem comum, de contato com o país ou nação (seja por meio do domicílio, da nacionalidade ou outro), educacional e de participação em grupos sociais. Ou seja, foram explorados aqueles componentes sociais representantes de valores comuns, das mais diversas sociedades e culturas, de modo a evidenciar a importância que cada um deles possui na criação de uma identidade pessoal vinculada a uma determinada sociedade. Enfatizou-se algumas vezes a natureza não taxativa dos elementos de proximidade e a eventual necessidade de o magistrado precisar definir elementos *ad hoc*, de uma forma casuística, muito embora com a obrigação de fornecer a devida fundamentação.

Outro tema muito enfatizado durante este estudo é a importância da perspectiva do julgador, da jurisprudência. Sob uma abordagem acadêmica, temos a liberdade de mergulhar em todas as possíveis áreas do conhecimento humano para encontrar aquela fundamentação teórica que embasará o estudo. O magistrado, assim como o pesquisador, precisa buscar fundamentação científica para suas decisões, contudo, ao contrário do pesquisador diante de um estudo acadêmico, o julgador está restrito ao caso *in concreto*, com as limitações inerentes a essa vinculação, sejam elas de natureza operacionais ou administrativas, tendo em vista a devida duração do processo. É válido rever as sábias palavras de Rui Barbosa:

> Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. (BARBOSA, 199, p. 40.)

Não é tarefa fácil aquela definida por Bustamante que diz respeito a uma abordagem multifacetada do Direito Internacional, envolvendo simultaneamente componentes teóricos e práticos. Conforme palavras do jurista cubano: "es necesario que corresponda al ideal científico y a las exigencias de la realidade (é necessário que se corresponda ao ideal científico e às exigências da realidade)". No entanto, apesar de ser uma difícil conciliação, é possível buscar orientação de como superá-la, analisando os passos daqueles que desbravaram

os caminhos do desenvolvimento do Direito Internacional Privado, tais como Joseph Story, que conseguiu conciliar as vertentes teóricas e práticas dessa ciência, pavimentando o caminho para que os demais pudessem desfrutá-lo.

Com base nessa orientação entendemos que a definição dos elementos de proximidade por si só não bastaria para que a teoria se transformasse em prática. É mandatório o desenvolvimento de uma instrumentalização processual para dar forma ao conteúdo, para operacionalizar juridicamente o procedimento de localização do sistema normativo a reger a relação plurilocalizada. Os elementos de proximidade e a tutela localizadora – esta de natureza processual e aqueles de natureza de sobredireito material – permitem implantar o princípio da proximidade, que é um conceito de natureza indeterminada.

Enquanto não houver procedimentos, tutelas e recursos específicos definidos no Direito Processual, referências diretas à localização de sistemas normativos estrangeiros nos códigos de processo civil e penal, provavelmente o Direito Internacional Privado não terá atingido o seu amadurecimento completo. Falar em Direito substantivo sem falar em procedimento para o atingimento dessa substantividade é um indício de que ainda estamos num plano de amadurecimento de DIPr que não é aquele adequado ao uso no dia a dia dos tribunais. Muito embora o nível adequado de amadurecimento de DIPr não ter sido ainda atingido é importante que ele seja buscado a todo o momento porque a evolução da humanidade simplesmente não se interrompe para aguardar a evolução do seu Direito.

Ao final do século XXI – sem precisar ser um “Nostradamus contemporâneo” para afirmá-lo – a globalização será um fenômeno bem mais amplo do que estamos testemunhando nos dias atuais. Se há dúvidas com relação a essa afirmação, basta comparar o mundo na segunda década do século passado com atualmente. É esperado que as cidades venham a ser muito mais multiculturais do que são hoje, e, talvez, os casos de relações plurilocalizadas sejam quase tão frequentes quanto aqueles estritamente locais.

E afirmamos, finalmente, dando por concluída esta dissertação, que chegou o momento do Direito Internacional Privado ultrapassar a etapa de questionamentos (o que é o DIPr? O que é a substantividade? O que é o princípio da proximidade?) e se concentrar nas soluções, ou seja, como desenvolver e implantar um Direito Internacional Privado material e substantivo que tenha de fato o provimento da justiça plena para a sociedade como o seu principal objeto. Certamente, todas as vertentes teóricas da matéria concordam que é esse o grande desafio atual na esfera jusprivatista com elementos estrangeiros.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ACNUR, Agência da ONU para refugiados. **Prevenção e Redução da Apatridia** - Convenção da ONU de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia**.**

ADAMS, Leah; KIROVA, Anna. **Global Migration and Education:** Schools, Children, and Families. Lawrence Erlbaum Associates. New Jersey. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008.

ALLAROUSSE, Veronique. **A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law**. 23 Case W. Res. J. Int'l L. 479. 1991. Disponível em: < http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol23/iss3/5 >. Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

ANDRÉ WEIS S. **Manuel de droit international privé**, 6.a ed., 1909. Apud STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado** - Parte Geral - 6ª Ed. 2005.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O diálogo das fontes:** fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 11-33, 2008.

———**. O direito internacional. Entre a ordem e a justiça.** Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais**, 2.ed., Rio de janeiro: Renovar, 2000.

———**. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**, 1ª.ed., Porto Alegre. Revolução eBook, 2016.

ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). **O Novo Direito Internacional.** Estudos em Homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Ed. Companhia de Bolso. Tradução Roberto Raposo, 2012.

ARMSTRONG, Karen. **A History of God: The 4,000-Year Quest of Judaism, Christianity and Islam**. Aug 9, 1994. Ballantine Books.

BALIBAR, Etienne. **Cidadania, nacionalidade, soberania.** Crítica Marxista, nº 3-4. Roma. 1998.

BAPTISTA MACHADO, João. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5ª. Ed. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Quaestio Iuris. vol.02, Nº 01, Rio de Janeiro, 2006.

———. **Discurso de formatura da Universidade Estadual do Rio de Janeiro** – UERJ – em 2009.

BASSO, Maristela**. Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed.

———. **Convenções internacionais de direito de família e direito do menor.** Revista Advocacia Dinâmíca, seleções Jurídícas. Mar. / abr. 1998.

BEALE, Joseph Henry. **A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law.** Cambridge. Harvard University Press. 1916.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Pressupostos processuais e condições da ação**. Revista Justitia, nº 156.

———. **Direito e Processo. Influência do Direito material sobre o Processo**. 6ª ed. 2011. Malheiro Editores.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**, 1906 1ª ed.

BÍBLIA. **Tradução do Novo Mundo da Bíblia Sagrada**. Edição 2013 do Inglês. Editora Watch Tower Bible and Tract Society, New York, 2015.

BOBBIO, Norberto. **As razões da tolerância.** In: A era dos direitos [L'età dei Diritti]. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

———. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista & Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. Editora EdiPRO. 2003.

BOEHM, Barry, **A Spiral Model of Software Development and Enhancement**, IEEE Computer, May 1988.

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado:** derecho de las relaciones privadas internacionales. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot S.A. 2000.

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVIII, 1962.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 de março de 2018.

BRASIL. Decreto Nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. **Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm >. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 4.246, de 22 de maio de 2002. **Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 19 janeiro de 2017.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045>. Acesso em: 19 janeiro de 2017.

BRASIL. Decreto Lei Nº 21.798, de 6 de setembro de 1932. **Promulga uma convenção e três protocolos sobre nacionalidade, firmados na Haya, a 12 de abril de 1930.** Disponível em: < http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=34326 >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. **Derecho Internacional Privado. Tomo I**. 3ª ed. Habana Cultural S.A. 1943.

CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael. **Constitucionalização e Direito Internacional Privado no Brasil.** Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, Ano 4, Nº 7, pp. 185-205, maio 2016**.**

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional –** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

———**. O novo Direito Internacional Privado e o Conflito de Fontes na Cooperação Jurídica Internacional.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. v. 108. pp 621-647. Jan./dez. 2013.

———**. Pluralidade das ordens jurídicas:** uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. v. 106/107. pp 497-524. Jan./dez. 2011/2012.

———**. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo.** Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3, N° 5, 2015.

CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade Europeia e seu Ordenamento Juridico.** Editora LTr. São Paulo. 1994.

CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nádia de (Coord.). **Integração jurídica interamericana:** as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. São Paulo. LTr. 1998.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares:** secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina.

CAVERS, David. **A critique of the choice of law problem**. Harvard Law Review, nº 47. 1933.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CITTADINO, Gisele; CAMPOS DUTRA, Deo. **Direito Internacional Privado:** o diálogo como instrumento de efetivação dos direitos humanos. Sequência. Nº 64. Florianópolis. July 2012.

CLEMENTE, Elvo. **Integração Lingua, Cultura.** Coleção Cone Sul. Vol 1. Porto Alegre: EDIPUCRS 1994.

COOK, Walter Wheeler. **The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws**. Faculty Scholarship Series. 1924. Paper 4025. Disponível em < http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4025 >. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**. Versão e-book Brasil 2006. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Editora Saraiva. 30ª edição. São Paulo. 2011.

DAVIS, George B. **The Elements of International Law:** with an account of its origin sources and historical development**.** Harper & Brothers Publishers. New York. 1908.

DE CHIARA, José Tadeu. **Moeda e ordem jurídica**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1987.

DE OLIVEIRA, Sandro. **elementos de proximidade do Estatuto Pessoal, Direito Internacional Privado.** Mongrafia de graduação apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2015.

DI LORENZO, Carlos Alberto. **Direito internacional público e privado**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

DINIZ, Maria Helena**. Codigo Civil anotado**. 15. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2010.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado - Parte Geral** - 11ª Ed. 2014.

———**. Aula inaugural pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.** Rio de Janeiro. Janeiro de 2002.

DURKHEIM, Émile. **As Formas Elementares da Vida Religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

———**. O suicídio, Estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

———**. Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

DUVERGER, Maurice. **Sociologia Política.** Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1966.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo. Atlas. 2011.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura.** 10ª ed. São Paulo. Editora Perspectiva. 2014.

Estudos em homenagem ao prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro. III Iuridica. Universidade de Coimbra, Boletim da faculdade de direito. Número especial. Coimbra 1983.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FRANÇAIS, **Code Civil des Fraçais**. 1804.

FRANCESCAKIS, Ph. **La Théorie du Renvoi**. Paris, Sirey, 1958.

FRANKL, Viktor E. **A Presença Ignorada de Deus**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu.** Tradução Paulo César Lima de Souza. Companhia das Letras. São Paulo. 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Belo Horizonte. Forense. 1979.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado, Derecho De La Tolerancia.** Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1990.

HANSEN, Patrícia Santos. **Os primeiros livros infantis brasileiros:** análise da literatura cívico-pedagógica de ficção**.** Fundação Biblioteca Nacional. 2009.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito.** 3ª ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2001.

HELLERN, Victor – GAARDEN, Jostien – NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. Editora Companhia de Bolso, São Paulo, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Se eu soubesse que ele era meu pai... Direito civil, estudos.** Belo Horizonte. Del Rey. 2000.

HISGAIL, Fani. **A Ética da Psicanálise.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº 8 – jul./dez. 2006.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders:** Nottebohm Case (Liechtenstein Vs Guatemala). Second Phase Judgment of April 6th, 1955.

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Primera edición en español, Trad. Espanhola de Fernando de Los Rios. Mexico, 2000.

JITTA, D. Josephus. **Método de Derecho Internacional Privado**. Traduzido por J. F. Frida. Madrid: La Espanã Moderna.

———**. The Renovation of International Law, on the basis of a juridical community of mankind.** Hague. Martinus Nijhoff. 1919.

KANT. Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Tradução: Edson Bini. Edipro – Edições Profissionais Ltda. São Paulo. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

———**. Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia.** São Paulo. Ed. Brasiliense. 2003.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura um conceito antropológico**. 14ª ed. Rio de Janeiro. Zahar Ed. 2001.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem.** Tradução: Tânia Pellegrini - Campinas, SP. Editora Papirus. 8ª ed. 1989.

———**. Antropologia Estrutural.** Tradução Beatriz Perrone-Moises. São Paulo. Cosac Naify, 2008.

———**. Antropologia Estrutural II: Raça e História**. 4ª edição. Edições Tempo Brasileiro Ltda. Rio de Janeiro. 1993.

———**. As Estruturas Elementares do Parentesco.** Tradução Mariano Ferreira. Petrópolis. Ed. Vozes. 1982.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Traduçaõ de Candido Dinamarco. Rio de Janeiro. Forense. 1984. vol. I.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2011.

MACHADO, João Baptista. **Lições de direito internacional privado**. 3º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa. **O Direito Internacional Privado no código civil brasileiro**. P 487 apud Op. Cit Dolinger.

MANCINI, Pasquale Stanislao**. Della Nazionalità come Fondamento del dritto dele genti:** Prelezione al Corso di dritto Internazionale e marittimo. Torino. Tipografia Eredi Botta. 1851.

MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. **Normas de Aplicação imediata como um método para o Direito Internacional Privado de proteção do consumidor no Brasil.** Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado** – da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a contratos e relações de consumo. Revista dos Tribunais, v. 788, p. 11-56, 2001.

MARQUES DOS SANTOS, António. **As normas de aplicação imediata no direito internacional privado, esboço de uma teoria geral**. Coimbra: Almedina. 1991.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã.** Boitempo editorial. São Paulo. 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Vol 2.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo III - Estrutura Constitucional do Estado, 4. ed. Coimbra, 1998.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Guarda Internacional de Crianças**. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2012.

———**. Notas de aula na Faculdade de Direito São Francisco**, 2013.

MORAES, Alexandre de**. Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. **Direito internacional privado e Constituição**. Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento XX. Coimbra. 1973.

NEVES, Andréia Michelli. **Crimes contra os costumes, costumes de quem?** Uma análise das representações de indígenas em Dourados, MS, acerca dos crimes contra os costumes/estupro presumido. Revista Tellus, ano 11, nº 21, jul./dez 2011. Campo Grande, MS.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, Volume Único. São Paulo. Ed. Método. 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução Alfredo Margarido. 6ª edição. Guimarães Editores. Lisboa. 2000.

NORRIS, Pippa – INGLEHART, Ronald. **Sacred and Secular. Religious and Politics worldwide**. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >. Acesso em 9 de fevereiro de 2017.

————. **Fragmentation of international law:** difficulties arising from the diversification and expansion of international law. International law commission. Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, **Convenção Americana de direitos humanos**. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

PAPALIA, Diane E. **Desenvolvimento Humano**. New York. Mc Graw Hill. 12ª ed. 2013.

PEREIRA, Neuri Amabile Frigotto; PIMENTEL, Ricardo; KATO, Heitor Takashi. **Expatriação e Estratégia Internacional:** o Papel da Família como Fator de Equilíbrio na Adaptação do Expatriado. Revista de Administração Contemporânea, vol. 9, Nº 4, outubro / dezembro 2005.

PILLET 1895 apud BEVILÁQUA, 1906.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro. José Olympio.

POUND, Nathan Roscoe. **Introduction to the Philosophy of Law**. Yale University Press. London. First Published, May, 1922.

RABEL, Ernst. **The Conflict of Laws:** a comparative study. 2nd ed. Vol. 1. Ann Arbor. The University of Michigan Press, 1958.

RAMOS, Madalena; GASPAR, Sofia Gaspar; FERREIRA, Ana Cristina. **Padrões de exogamia em quatro grupos de imigrantes em portugal (2001 e 2011)**. Sociologia, Problemas e Práticas, 77|2015. Acesso: 30 setembro 2016. URL: http://spp.revues.org/1803 .

RAMOS, Rui Manuel Moura. **Continuidade e mudança do direito da nacionalidade em Portugal.** Revista de Informação Legislativa. A. 37, n. º 145. Janeiro/março 2000. pp. 87-94. Consultado em 31 de agosto de 2015. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/558/r145-10.pdf?sequence=4 >.

RAMOS, Rui Manuel Moura. **O Direito internacional privado da família nos inícios do século XXI: uma perspectiva Europeia**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. Endereço eletrônico: < http://hdl.handle.net/10316.2/38890 >. Acessado em 06 de maio de 2017.

RAMSKOV, Charles. **Psychology Notes**, Kendall Hunt Publishing Company, Jan 9, 2008.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público, Curso Elementar**. Editora Saraiva. São Paulo. 2000. 8ª ed

ROCHER, Guy. **Sociologia Geral 1**. Lisboa: Editora Presença, 1971.

RODAS, João Grandino**. Contratos Internacionais** – 3ª Ed.

————. **elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais**. In João Grandino (Coord.) Contratos Internacionais. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica.** In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). 2ª ed. 2009.

———. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Ed. Malheiros. 32ª ed. 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **A Treatise on the Conflict of Laws, and the limits of their operation in respect of place and time**. Tradução para o inglês: William Guthrie. 2ª ed. London: Stevens and Sons. 1880.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado** - Parte Geral - 6ª Ed. 2005.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Conflict of Law, foreign and domestic.** Boston. Billiard Grey and Company. 1834.

TANAKA, Aurea Christine. **Princípios Aplicáveis ao Divórcio no Direito Internacional Privado**: O caso dos Brasileiros no Japão. Tese de doutorado apresentada Faculdade de Direito – USP. SP 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, Volume Único**. 4ª ed. São Paulo: Editora Método. 2014.

THEODORO, Humberto Jr. **Curso de Direito Processual Civil. Vol I**. Rio de Janeiro. Forense. 54ª ed. 2013.

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. **nacionalidade e Apatridia:** Manual para parlamentares Nº11. 2005.

VALLADÃO, Haroldo**. O princípio da lei mais favorável no Direito Internacional Privado**. Organização dos Estados Americanos. Curso de derecho internacional.

———. **Conflitos no Espaço das Normas de DIP – Renúncia e Devolução.** São Paulo. Faculdade Nacional de Direito.

———. **Direito Internacional Privado, vol. I**. Ed. Freitas Bastos. Rio de janeiro. 1974.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. v.1. 11ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2011.

VYGOTSKY, Lev Semenovich. **Pensamento e linguagem.** Edição Ridendo Mores. Ed. Ebooks Brasil. 2007.

———. **A Formação Social da Mente. 4ª** Edição. Ed. Livraria Martins Fontes. São Paulo. 1991.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsebe Barbosa. Editora UnB. São Paulo. 2004.

———. **Sociologia das Religiões**. 2ª Edição. São Paulo. Ícone Editora. 2015.

———. **Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva.** Vol 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsebe Barbosa. Editora UnB. São Paulo. 2004.

———. **A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

WHARTON, Francis. **A Treatise on the conflict of laws, or, private international law**. Philadelphia. Kay and Brother. 1872.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. **5e édition. Editeur: Dalloz. 2006**

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais** - Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. Renovar, Rio de janeiro. 1997.

———**. Perda e Reaquisição da nacionalidade Brasileira.** A Nova Constituição e o Direito Internacional**.** Coordenação de Jacob Dolinger. Freitas Bastos. Rio de Jnaeiro. 1987.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 8ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1995.

ARMINJON, Pierre. **L'Objet et la Méthode de Droit International Privé**. Recueil des Cours. Tomo 21.

———**. Les Systèmes Juridiques Complexes et les Conflits de Lois et de Juridiction auxquels ils donnent lieu**. Recueil des Cours, tomo 74.

———.. **Précis de Droit International Privé**. 3 vols. Paris. Librairie Dalloz. 1947-1958.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires**. vol. III. São Paulo. Saraiva & Cia. 1933.

———**. Études de Droit International Privé**. Paris. Librairie Maresq Ainé. 1899.

BASSO, Maristela. **A autonomia da vontade, nos contratos internacionais de comércio.** In: Direito e comércio internacional, tendências e perspectivas; estudos em homenagem a Irineu Strenger. São Paulo Ltr. 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. **Droit International Privé**, 2 vols. 7ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981-1983.

———**. Traité de droit international privé**. 8ª. ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1993. t. 1.

Berry, J. W. **Psychology of acculturation:** Undestanding individuals moving between cultures. In R.W. Brislin (Ed.). 1990.

BIGGS, Frederico Duncker. **Derecho Internacional Privado**. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1956.

BILAC, Olavo; COELHO NETTO, Henrique. ***Contos Pátrios***. 28. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1932.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Crime de Estupro: O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.** Revista Consultor Jurídico, 19 de junho de 2012.

BLAU, P. M., e J. E. Schwartz. **Crosscutting Social Circles. Testing a Macrostructural Theory of Intergroup Relations**, Nova Iorque, Academic Press. 1984.

BOEHM, BarryW; F.C. Belz. **Applying Process Programming to the Spiral Model**. Proc. Fourth Software Process Workshop, IEEE, May 1988.

BOGUSLAVSKI, M.; RUBANOV, A. **Situación Jurídica de los Extranjeros en la U.R.S.S.** traduzido por Frederico Pita. Moscou. Ediciones en Lenguas Extranjeras. 1961.

BRISLIN, Richard W. **Applied cross-cultural psychology**. Newbury Park, CA: Sage Publications. 1990.

BRITO, Luiz Araújo Corrêa de. **Do Limite à Exterritorialidade do Direito Estrangeiro no Código Civil Brasileiro**. São Paulo. 1952.

BUENO, Pimenta. **Direito Internacional Privado e Aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil.** Rio de Janeiro. J. Villeneuve. 1863.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do estrangeiro**. São Paulo. Saraiva. 1983.

———**. O processo cautelar no direito internacional privado**. RT, 714:27-31, 1995.

CALIXTO, Negi. **O Repúdio das Mulheres pelo Marido no Direito Muçulmano visto pelo Supremo Tribunal Federal.** Rev. de Informação Legislativa, 77, pág. 279.

CARVALHO, Dardeau A. **nacionalidade e Cidadania.** Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1956.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional:** vertente jurídica da globalização. Porto Alegre: Síntese. 2000.

CAVAN, Ruth S. **Unemployment. crisis of the common mano Conference on Marriage and the Family.** Washington, DC, may 1959.

CARLOTTO, Mary S.; KALIL, Katiane. **O desemprego e suas repercussões na vida psíquica do trabalhador.** Canoas: Alethéia, n. 15, p. 85-91, jan. / jun. 2002.

CASTRO, Amílcar de. **Díreito ínternacional privado**. 5º ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos comentada**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

CHESHIRE, G. C. **Private International Law**. 7ª ed. Londres. Butterworths. 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Prova do Direito estrangeiro**. RT, 485:16-29, 1976.

CORREIA, Ferrer. **Estudos Jurídicos. Direito Internacional Privado**, Coimbra, Atlantida, 1970.

———**. Lições de Direito Internacional Privado**, Coimbra, 1963.

CORWIN, Edward. **The Constitution and What it means today**, 14ª ed., Princeton University Press, 1978.

COSTA, Luiz Antônio Severo da. **Da aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Nacional**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1968.

COUTINHO, Maria Chafin. **Trabalho e construção da identidade. Psicologia em Estudo.** v. 4, n. 1. 1999.

CORREIA, António Ferrer. **Lições de direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2000.

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

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. **Aquisição de imóvel rural por estrangeiro. In Direito agrário no Brasil.** Brasília. Fundação Petrônio Portella. 1982. v.9.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na Justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DICEY, A. V.; MORRIS, J.H.C. **The Conflict of Laws**. 8ª ed. Londres. Stevens & Sons Limited. 1967.

DOLINGER, Jacob. **A nova Constituição e o Direito Internacional. Propostas e Sugestões**. Coordenação. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1987.

———**. A Sociedade Anônima Brasileira. Critério determinador de sua nacionalidade.** Rev. de Dir. Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro, 23, pág. 65.

———**. A sociedade anônima brasileira. Critério determinador de sua nacionalidade**. Revista de Direito Mercantil (RDM), 23:65-70, 1976.

———**. Comentários à Constituição**, 2º vol. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1991.

———**. Das Limitações ao Poder de Expulsar Estrangeiros, Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão.** Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1983.

———**. Oscar Tenório. Vida e Obra, Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório.** Rio de Janeiro, UERJ, 1977.

———**. A Evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro. 1979.

EHRENZWEIG, Albert A. **Conflicts in a nuthshell.** 3ª ed. St. Paul, Minnesota. 1974.

EHRENZWEIG, Albert A.; JAYME, Erik. **Private international Law**. 3 vols., Leyden e New York, A. W. Sijthof e Oceana Publications Inc. 1973. 1977.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada**. Rio de Janeiro, 1944.

———**. Do Direito Internacional Privado Brasileiro**, Parte Geral, Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1941.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Elementos de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

FARIA, Bento de. **Da Condição dos Estrangeiros e o Código de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos. 1930.

FERRANTE, Miguel Jeronymo. **Nacionalidade, brasileiros natos e naturalizados**. Saraiva. São Paulo, 2ª ed. 1984.

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno**. Brasília. 1978.

———**. Perda da Ncionalidade Brasileira**: artigo 146, II, Constituição Federal. Reaquisição. Arquivos do Ministério da Justiça. Nº 156, pág. 91.

FRANCESCAKIS, Ph. **La Fraude a la Loi**. Encyclopédie Dalloz. Droit International, II, pág. 54, 1969.

FREUND, O. Kahn. **General Problems of Private International Law**. Leyden, Sijthoff, 1976.

FRIEDMAN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York. Columbia University Press. 1966.

GAMA E SILVA, Luis Antônio. **Da ordem pública no direito internacional privado**. Revista de Direito e Estudos Sociaís, tomo I, 1969.

———**. As qualificações em Direito Internacional Privado**. São Paulo. RT, 1952.

GARCIA, Carlos Arelano. **Derecho Internacional Privado**. México. Porrua. 1974.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofia del derecho internacional privado.** Barcelona. Bosch, Casa Editorial. 1948.

———**. Derecho Internacional Privado, basado en la Teoria Trialista del Mundo Jurídico**, Buenos Aires, Editorial El Derecho, 1974.

———**. Droit international privé latino-americain**, CLUNET, 1973.

———**. Estudios Jusprivatistas Internacionales**, Rosário, Depalma, 1969.

GOMES, Oscar Martins. **O domicílio e a nacionalidade como princípios determinantes do estatuto pessoal nos conflitos de leis:** leis e normas de Direito Internacional Privado. São Paulo. Saraiva. 1956.

GORDON, Charles; GORDON, Ellen Gittel. **Immigration and Nationality Law**. New York. Mathew Bender. 1979.

GRAVESON, R. H. **The Conflict of Laws**. 5ª ed. Londres. Sweet & Maxwell. 1965.

HARRISON, R. **The demoralizing experience prolonged unemployment**. Departament of Employment Gazette, April 1976.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil:** parte especial do direito das sucessões. Antônio Junqueira Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 20.

HOBSBAWM, Eric J. **Nações e nacionalismo.** 5º ed. São Paulo. Paz e Terra. 2008.

IIVARI, J. **A Hierarchical Spiral Model for the Software Process**. ACM Software Engineering Notes. Jan. 1987.

JENKS, Wilfred C. **The Common Law of Mankind**, Londres, Stevens & Sons, 1958.

JITTA, D. Josephus. **The Development of Private International Law Through Conventions.** The Yale Law Journal Company, Inc. Vol. 29, No. 5. Março 1920. pp. 497-508. URL: < http://www.jstor.org/stable/787746 >. Accesso: 13 de fevereiro de 2017.

JUENGER, Friedrich K. **American and European Conflicts Law**, Am. J. Comp. Law, 117. 1982.

KALMIJN, Matthijs. **Intermarriage and homogamy:** causes, patterns, trends**.** Annual Review of Sociology, 24, pp. 395-421. 1988

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**, 2ª ed. revista por Robert W. Tucker, New York, Halt-Rinehart and Winston, 1967.

Koltai, C. (2010). **Totem e tabu:** um mito freudiano. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira. (Coleção Para Ler Freud)

KUHN, Arthur K. **Comparative Commentaires on Private International Law**. New York. The Macmillan Company, 1937.

LAMHA, Aline. **Fragmentação do Direito Internacional?** Uma leitura sobre o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU. 2008**.** Disponível em: < http://www.academus.pro.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&titulo=Artigos&codigo=1636 >. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

LAFER, Celso. **A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos direitos humanos.** Um diálogo com Hannah Arendt. São Paulo. 1988.

LEME, Lino de Morais. **Direito Civil Comparado**. São Paulo, RT, 1962.

LEMOS, Clóvis Newton de. **Questões Fundamentais de Direito Internacional Privado**. Bahia, 1939.

LEPAULE, Pierre. **Le Droit International Privé**, Paris, Dalloz, 1948.

LOUSSOUARN, Yvon. **Le Rôle de la Méthode Comparative en Droit International Privé Francais**, REVUE, 1979.

LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre. **Droit International Privé**, Paris, Dalloz, 1978.

LOWENFELD, Andreas F. **Conflict of Laws English Style-Review Essay**. Am. J. Comp. Law, 1989.

———**. Public Law in the International Arena:** Conflict of Laws, International Law, and some suggestions for their interaction., Recueil de Cours, vol. 163.

LUCAS, Louis. **Remarques sur l'Ordre Public**, REVUE, 1933.

MERTON, Robert K. **Intermarriage and social structure:** fact and theory. Psychiatry, 4, 1941.

MUTTARAK, Raya; HEATH, Anthony. **Who intermarries in Britain?** Explaining ethnic diversity in intermarriage patterns, The British Journal of Sociology, 61 (2). 2010.

NEVES, A, Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1967.

NUSSBAUM, Arthur. **Principles of Private International Law**. New York. Humphrey Milford, Oxford University Press. 1943.

PABST, Haroldo. **Mercosul: direito da integração.** Editora Forense. São Paulo. 1998.

PAGNINI, D. L.; S. P. Morgan (1990). **Intermarriage and social distance among US immigrants at the turn of the century**. American Journal of Sociology, 96.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança:** da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de família, Porto Alegre, n. 6, jul. / set. 2000.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Interações Entre Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional na Obra de Amílcar de Castro**. Revista CEJ, Ano XVII, nº 61. Brasília. 2013.

PORTES, Alejandro. **Children of immigrants:** segmented assimilation and its determinants. The Economic Sociology of Immigration. Essays on Networks, Ethnicity, and Entrepreneurship. Nova Yorque. Russell Sage Foundation. 1990.

MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa. **O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro**, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921.

———**. Tratado Elementar Teórico e Prático de Direito Internacional Privado**, 2 vols., Coimbra, Coimbra Editora, 1922.

MAEKELT, Tatiana B. de. **Normas Generales de Derecho Internacional Privado en America**, Caracas, Universidade Central de Venezuela, 1984.

MAIER, Harold G. **Extraterritorial jurisdiction at a Crossroad:** and intersection between public and private international law, American Journal of International Law 1982.

MARINHO, Ilmar Penna. **Direito Comparado, Direito Internacional Privado, Direito Uniforma.** Suas Relações nos Conflitos Interespaciais das Leis. Rio de Janeiro, Coelho Branco, 1938.

MARINHO, Ilmar Penna. **Tratado sobre a nacionalidade** , 4 vols. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1961.

MARQUES, Cláudia Lima. **Novas regras sobre adoção internacional no direito brasileiro**. RT, 692:7-20, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima; HERMAN V. BENJAMIN, Antonio; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1994. 2 v.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da competência internacional e dos princípios que a informam**. RP, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Nacionalidade de Origem e Naturalização no Direito Brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho, 1936.

———. **Tratado de Direito Internacional Privado**, 2 vols., RJ, José Olympio, 1935.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**. RF, 252:34-8, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**; arts. 476 a 565, 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 1985. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Problemas relativos a litígios internacionais**. RP, 65:144-61, 1992.

MORRIS, J. H. C. **Cases on Private International Law**, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1960.

———. **The Conflict of Laws**, Londres, Stevens and Sons Limited, 1971.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1991.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

NYBOYET, J. P. **Cours de Droit International Privé Français**, 2ª ed., Paris Librairie Sirey, 1949.

OLIVEIRA FILHO, João de. **Do Conceito da ordem pública**. São Paulo. 1934.

OTÁVIO, Rodrigo. **Direito do Estrangeiro no Brasil**, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1909.

———. **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942.

PEDERNEIRAS, Raul. **Direito Internacional Compendiado**, 11ª ed. revista por Oscar Tenório, Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Luís Cezar Ramos. **A litispendência internacional no direito brasileiro**. RT, 711:27-37, 1995.

———. **A prova do Direito estrangeiro e sua aplicabilidade**. RP, 39:276-84, 1985.

———**. Prestação de alimentos no direito internacional privado brasileiro**. RT, 690:29-38, 1993.

PEREIRA, M. F. Pinto. **Casamento e Divórcio no Direito Civil Internacional**, São Paulo, Gráfico-Editora Monteiro Lobato, 1924.

RANGEL, Vicente Marotta. **Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais.** Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1967, nºs 44/45.

REESE, Willis L. M. **The Hague Conference on Private International Law: Some Observations**. The International Lawyer, 1985.

REESE, Willis L. M. & ROSENBERG, Maurice. **Conflict of Laws, Cases and Materials**, 8ª ed., New York, The Foundation Press, Inc., 1984.

REIMÃO, Cassiano. **Cultura enquanto suporte de identidade, de tradição e de memória.** Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, nº 9, Lisboa, Edições Colibri, 1996, pp. 309-321.

RESTATEMENT OF THE LAW, Second. **Conflict of Laws**, 5 vols., St. Paul, Minn. American Law Institute Publishers, 1971.

REZEK, José Francisco. **A questão da nacionalidade após a Lei 6.192, de 1974**, Notícia do Direito Brasileiro, 1973, UNB.

RIBEIRO, Elmo Pilla. **O Princípio da ordem pública em Direito Internacional Privado**, Porto Alegre.

RODAS, João Grandino. **A nacionalidade da pessoa física no Brasil após 1988**. In: Direito e comércio internacional, tendências e perspectivas; estudos em homenagem a Irineu Strenger. São Paulo, Ltr, 1994.

———**. A Constituição e os Tratados Internacionais**, Revista dos Tribunais 624.

———**. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais**. **In: Contratos internacionais**. Coord. João Grandino Rodas. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

———**. Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 85:257-76, 1985, ano 22.

SAMTLEBEN, I. **Derecho Internacional Privado en America Latina.** Teoria e Práctica del Código Bustamante. Tradução de Carlos Bueno Guzmán. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1983.

SANTOS, António Marques. **Estudos de direito da nacionalidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral**. Comentários ao Código de Processo Civil**; arts. 332 a 475. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1986. v.4.

———**. Primeiras linhas de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo, Saraiva, 1984. v.1.

SCOLES, Eugene; HAY, Peter. **Conflict of Laws**, St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1992.

SCOLES, Eugene; WEINTRAUB, Russel J. **Cases and Materials on Conflict of Laws**, 2ª ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1972.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil**. 3 vols. Rio de Janeiro. Livraria Jacintho. 1943-1946.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2ª ed. São Paulo, RT, 1984.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A ordem pública nos contratos internacionais**. Revista de Direito Mercantil (RDM), 55:122-9, 1984.

SOUZA LIMA, Alan; SOUZA, Maurício Rodrigues. **O pai da horda e o supereu:** de um prenúncio da instância. Psicologia USP. vol.27 nº 3. São Paulo set./dez. 2016.

SOUZA, S. R. **Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher.** Curitiba: Juruá, 2007.

STRENGER, Irineu. **Autonomia de Vontade em Direito Internacional Privado**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1968.

———**. Curso de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro. Forense. 1978.

———**. Reconhecimento de sentença estrangeira de réu revel devidamente citado**. RT, 593:62-4, 1985.

SZÁSZY, Stephen. **Private International Law in the Socialistic Countries**, Recueil des Cours, 1964, I.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**, 2 vols., 11ª ed. revista e atualizada por Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.

———**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983. v.2.

———**. A Devolução nos Conflitos sobre a Lei Pessoal**, São Paulo, RT, 1929.

———**. Conflito das Leis Nacionais dos Cônjuges nas suas Relações de Ordem Pessoal e Econômica e no Desquite**, São Paulo, RT, 1936.

———**. Direito Internacional Privado**. vol. I, 5ª ed., vol. II, 3ª ed., vol. III, 1ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, 1983, 1978.

———**. O Princípio da Lei mais favorável no D.I.P.**, Septimo curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano.

———**. A lei de introdução ao código civil e sua reforma**. Revista dos Tribunais, v. 49, nº 292, fev. 1960.

VAREILLES-SOMMIERES. **La Synthèse du Droit International Privé**, 2 vols., Paris, Editions Cujas, 1897.

VILLELA, Anna Maria. **A unificação do direito na América Latina**: Direito uniforme e Direito Internacional Privado. Revista de Direito Civil, 27:53-70, 1984, ano 8, e, Revista de Informação Legislativa, Brasília, 83:15-26, 1984, ano 21.

VISSCHER, Charles de. **Teorias y Realidades en Derecho Internacional Público**, traduzido por Pablo Sancha Riera, Barcelona, Bosch, 1962.

WINTER, L.I. **Domicile or Nationality?** The present state of affairs, Recueil des Cours, tomo 128.

APÊNDICE A – Questionário Prévio

A seguir, alguns exemplos de questionamentos que podem constar no Questionário Prévio a ser solicitado pelo magistrado às partes, tendo por base os elementos de proximidade selecionados como vinculados aos fatos e reportados na inicial e na resposta do réu. É importante enfatizar que a lista abaixo é meramente exemplificativa, devendo ser adequada à cada situação em particular, a critério do julgador.

1. **Domicílio**
   a) Qual o seu domicílio, onde vive e reside em caráter permanente?
   b) Que idade tinha quando iniciou esse domicílio?
   c) Por quantos anos residiu nesse domicílio? Foram períodos contínuos?
   d) Anexar provas das informações, tais como contas de luz, água, correspondências em geral, passaporte com vistos de entrada e saída etc.

2. **Nacionalidade**
   a) Qual a sua nacionalidade original?
   b) Possui alguma nacionalidade derivada adicional? Qual? Há quanto tempo a possui?
   c) Havendo mais do que uma nacionalidade, qual delas considera como sendo a mais próxima a você?
   d) Anexar provas das informações, tais como passaporte, certidão de nascimento, certidão de casamento, carteira de estrangeiro etc.

3. **Proficiência na Língua Estrangeira**
   a) Qual o grau do seu conhecimento da(s) língua(s) oficial(ais) do Estado do seu domicílio? Há quanto tempo?
   b) Qual o grau do seu conhecimento da(s) língua(s) oficial(ais) do Estado da sua nacionalidade? Há quanto tempo?
   c) Existe alguma prova dessa proeficiência, tais como certificados, atividades que exijam o conhecimento da língua?

4. **Participação no Mercado de Trabalho**
   a) Trabalha em alguma atividade no país de domicílio?
   b) Há quanto tempo trabalha? Foram períodos contínuos?
   c) Qual o tipo de trabalho que desempenha? Descreva-o.
   d) Anexar provas das informações, tais como carteira de trabalho, contrato de trabalho, cartas de referências etc.

5. **Existência de Família Estrangeira**
   a) É casado com uma pessoa nacional e/ou domiciliada no país do seu domicílio/nacionalidade? Há quantos anos?
   b) Possui filhos nascidos e/ou criados no país de domicílio/nacionalidade? Qual a(s) idade(s).

c) Existe algum outro membro da família que seja domiciliado no seu país de domicílio/nacionalidade?

d) Anexar provas das informações, tais como passaporte, certidão de nascimento, certidão de casamento, carteira de estrangeiro etc.

6. Religiosidade

a) Considera-se adepto de alguma das principais religiões praticadas no país de domicílio/nacionalidade?

b) Qual a influência que essa religião tem na condução de sua vida civil?

c) Existe alguma prova dessa prática religiosa, tais como cartas de referências, testemunha etc?

7. Nível de Escolaridade

a) Qual seu nível de escolaridade formal?

b) Quantos anos de grau médio cursou?

c) Quantos anos de grau universitário cursou?

d) Você considera que o seu nível cultural é mais abrangente do que aquele indicado pelo seu nível de escolaridade formal? Por quê?

8. Participação em Organizações Sociais

a) Participa em alguma organização social no país de domicílio/nacionalidade? Há quanto tempo?

b) Que tipo de atividade desenvolve?

c) Existe alguma prova dessa participação, tais como cartas de referências, testemunha etc?

9. Sistema Jurídico de Preferência das Partes

a) Existe algum sistema jurídico estrangeiro ou local que você entenda que seja mais vinculado à relação em litígio e prefira que seja escolhido? Por qual razão?

APÊNDICE B – Convenções Internacionais Relacionadas ao Direito de família.

1. Convenção de Nova York, de 20 de junho de 1956, sobre a **cobrança de alimentos no estrangeiro**.
2. Convenção de Paris, de 27 de setembro de 1956, relativa à passagem de certas **certidões de estado civil** destinadas ao estrangeiro.
3. Convenção de 24 de outubro de 1956 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares Relativas a Menores.
4. Convenção de 29 de janeiro de 1957, sobre a **nacionalidade da mulher casada.**
5. Convenção de Luxemburgo, de 26 de setembro de 1957, relativa à passagem e à dispensa de legalização da expedição de atos do estado civil.
6. Convenção de 15 de abril de 1958, relativa ao reconhecimento e à **execução das decisões em matéria de obrigações alimentares** para com os menores.
7. Convenção de Istambul, de 04 de setembro de 1958, sobre as **alterações ao nome e apelido.**
8. Convenção de Istambul, de 04 de setembro de 1958 (e Protocolo de Paris, de 06 de setembro de 1989), relativa à troca internacional de informações em matéria de estado civil.
9. Convenção de Roma de 14 de setembro de 1961, relativa à extensão da competência das autoridades qualificadas para receber o **reconhecimento de filhos naturais.**
10. Convenção de 05 de outubro de 1961, relativa à competência das autoridades e à lei aplicável em matéria de **proteção de menores**.
11. Convenção de 07 de novembro de 1962 sobre o **consentimento, a idade mínima e o registo do casamento.**
12. Convenção de Paris, de 10 de setembro de 1964, relativa às decisões de retificação de atos de estado civil.
13. Convenção de Paris, de 10 de setembro de 1964, tendente a facilitar **o casamento no estrangeiro.**
14. Convenção de Paris, de 10 de setembro de 1964, relativa à **troca de informações em matéria de aquisição da nacionalidade**.
15. Convenção de 15 de novembro de 1965 sobre a competência, a lei aplicável e o reconhecimento em matéria de **adopção**.
16. Convenção de Atenas, de 14 de setembro de 1966, relativa à **constatação de certos óbitos**.
17. Convenção europeia de 24 de abril de 1967, relativa à **adopção de crianças**.
18. Convenção do Paris, de 08 de setembro de 1967, sobre o reconhecimento de decisões relativas ao **vínculo conjugal.**
19. Convenção de 1º de junho de 1970, sobre o **reconhecimento do divórcio e da separação judicial.**
20. Convenção de Roma, de 10 de setembro de 1970, sobre a **legitimação** por **casamento**.
21. Convenção de Bruxelas, de 12 de setembro de 1972, sobre a Constituição da filiação materna em relação aos filhos naturais.

22. Convenção de Berna, de 13 de setembro de 1973, relativa à indicação dos nomes e apelidos nos registos de estado civil.

23. Convenções de 02 de outubro de 1973, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares e sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas às obrigações alimentares.

24. Convenção de Paris, de 12 de setembro de 1974, sobre a criação de um livro de família internacional.

25. Convenção europeia de 15 de outubro de 1975, sobre o **estatuto jurídico das crianças nascidas fora do casamento.**

26. Convenção de Viena, de 08 de setembro de 1976, relativa à passagem de extratos plurilíngues de estado civil.

27. Convenção de Atenas, de 15 de setembro de 1977, relativa à dispensa de legalização de certos documentos.

28. Convenção de 14 de março de 1978, sobre a celebração e o **reconhecimento da validade do casamento.**

29. Convenção de 14 de março de 1978, sobre a lei aplicável aos **regimes matrimoniais**.

30. Convenção de 18 de setembro de 1979, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação em relação à mulher.

31. Convenção europeia de 20 de maio de 1980, sobre o reconhecimento e a execução de decisões relativas à **guarda de menores** e ao seu restabelecimento.

32. Convenção de Munique, de 05 de setembro de 1980, sobre a lei aplicável ao nome e ao apelido.

33. Convenção de Munique, de 05 de setembro de 1980, sobre o reconhecimento voluntário dos filhos nascidos fora do casamento.

34. Convenção de Munique, de 05 de setembro de 1980, relativa à entrega de um certificado de **capacidade matrimonial**.

35. Convenção de Haia, de 08 de setembro de 1982, sobre a entrega de um certificado relativo à **diversidade do nome de família.**

36. Convenção europeia de 25 de janeiro de 1986, sobre o exercício dos **direitos das crianças.**

37. Convenção de 20 de novembro de 1989, relativa aos direitos da criança.

38. Convenção de Madrid, de 05 de setembro de 1990, relativa ao reconhecimento e à actualização dos livros de estado civil.

39. Convenção de 29 de maio de 1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adopção internacional.

40. Convenção de Bruxelas, de 05 de setembro de 1995, sobre a codificação das menções constantes dos documentos de estado civil.

41. Convenção de 19 de outubro de 1996, sobre a competência, a lei aplicável, o reconhecimento e a execução de decisões e a cooperação em matéria de **responsabilidade parental e de proteção de menores**.

42. Convenção de Neuchatel, de 12 de setembro de 1997, relativa à troca internacional de informações em matéria de estado civil.

43. Convenção de Lisboa, de 14 de setembro de 1999, relativa à entrega de um certificado de nacionalidade.

44. Convenção de 13 de janeiro de 2000, sobre a **proteção internacional dos adultos**.

45. Convenção de Atenas, de 17 de setembro de 2001, relativa à comunicação internacional por via electrónica.

46. Convenção europeia de 15 de maio de 2003, sobre as relações pessoais relativas às crianças.

47. Convenção de Antalya, de 16 de setembro de 2005, sobre o reconhecimento do nome.

48. Convenção de Munique, de 05 de setembro de 2007, sobre o reconhecimento das decisões relativas às **uniões estáveis registadas.**

49. Convenção de 23 de novembro de 2007 sobre a cobrança de alimentos destinados a menores e a outros membros da família.

50. Convenção de Roma, de 19 de setembro de 2012, sobre a utilização da Plataforma da Comissão Internacional do Estado Civil sobra a **comunicação internacional de dados por via electrónica.**

51. Convenção de Estrasburgo, de 14 de março de 2014, relativa à passagem de certidões e **certificados plurilíngues** e codificados de atos de estado civil.

ANEXO A - Os Elementos de Conexões definidos na LINDB

Os seguintes Elementos de Conexões estão definidos na LINDB, conforme compilado por Di Lorenzo[186]:

	LINDB (Dec.-Lei 4.707/42)	SITUAÇÕES DIVERSAS	ELEMENTO DE CONEXÃO
01	7º, *caput*	Com relação ao direito de família.	Domicílio.
02	7º, § 1º	Formalidade para celebração e impedimento de casamentos.	Local da celebração.
03	7º, § 4º	Regime de bens.	Domicílio conjugal, ou primeiro domicílio, caso os nubentes possuam vários domicílios.
04	8º, *caput*	Discussão de bens móveis e imóveis.	Lei da situação do bem, ou seja, a legislação da localização do bem. (*Foro rei sitae*)
05	8º, § 1º	Bens móveis trazidos com o proprietário ou que se destinem ao transporte.	Domicílio do proprietário.
06	8º, § 2º	Penhor.	Legislação do domicílio da pessoa que estiver com a posse do bem.
07	9º, *caput*	Obrigações contratuais e extracontratuais.	Lei do país em que se constituírem.
08	9º, § 1º	Obrigações que necessitem de formalidade especial.	Legislação do local onde foi constituída e a lei do local da execução.
09	10, *caput*	Sucessões por morte ou ausência.	Lei do domicílio da pessoa do *de cujus.*
10	10, § 1º	Sucessão com relação a cônjuge ou filhos brasileiros.	Legislação mais favorável que pode ser a lei brasileira ou a do domicílio do *de cujus.*
11	10, § 2º	Capacidade para suceder.	Lei do domicílio do herdeiro ou legatário.
12	11, *caput*	Com relação à pessoa jurídica.	Legislação do local onde se constituir.

Tabela 1 - Fonte: Rideel

[186] DI LORENZO, Carlos Alberto. **Direito internacional público e privado**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ANEXO B - As Regras de Conexão mais comuns no Direito Comparado

Abaixo listamos algumas de regras de conexão mais comuns, obtidas por meio do Direito comparado, e a sua aplicação no DIPr brasileiro:[187]

Regra de Conexão	Significado em Português	Aplicação no DIPr Brasileiro
Lex patriae	Lei da nacionalidade da pessoa natural, utilizado para reger o estatuto pessoal.	Não há dispositivo específico.
Lex domicili	Lei do domicílio da pessoa natural, utilizado para reger o estatuto pessoal.	LINDB, Art. 7º. LINDB, Art. 8º, § 2º. LINDB, Art. 10.
Lex loci actus	Lei do local da realização do ato jurídico para reger sua substância.	LINDB, Art. 7º, § 1º.
Lex regit actum	Lei do local da realização do ato jurídico para reger suas formalidades.	LINDB, Art. 9º.
Lex loci contractus	Lei do local onde o contrato foi firmado para reger sua interpretação e seu cumprimento.	LINDB, Art. 7º, § 2º.
Lex loci solucionis	Lei do local onde as obrigações ou a obrigação principal do contrato devem ser cumpridas.	LINDB, Art. 12.
Lex voluntatis	Lei do país escolhida pelos contratantes (princípio da autonomia da vontade).	Não aplicável, só na Arbitragem (lei 9.307/96), art. 2º.
Lex loci delicti	Lei do lugar onde o ato ilícito foi cometido, que rege a obrigação de indenizar.	CP, Art. 5º.
Lex damni	Lei do lugar onde se manifestam as consequências do ato ilícito, para reger a obrigação de indenizar.	CP, Art. 5º, 6º e 7º.
Lex rei sitae ou Lex situs	A coisa é regida pela lei do local em que está situada.	LINDB, Art. 8º. LINDB, Art. 12, § 1º.
Mobilia sequuntur personam	O bem móvel é regido pela lei do local em que seu proprietário está domiciliado.	LINDB, Art. 8º, § 1º.

[187] BRASIL Concurso. **Apostila de Direito Internacional**. Disponível em: < www.brasilconcursos.com >.

Lex loci celebrationis	O casamento é regido, no que tange às suas formalidades, pela lei do local da sua celebração.	LINDB, Art. 7º, § 1º.
The proper law of the contract	Indica o sistema jurídico com o qual o contrato tem mais significativa relação (princípio da proximidade, centro de gravidade ou dos vínculos mais estreitos).	Não há dispositivo específico (DIPr britânico e EUA)
Lex monetae	A lei do país e cuja moeda a dívida ou outra obrigação legal é expressa.	Não há dispositivo específico
Lex loci executionis	Lei da jurisdição em que se efetua a execução forçada de uma obrigação (confunde a *lex fori*).	LINDB, Art. 9º, § 1º.
Lex fori	Lei do foro, no qual se trava a demanda judicial.	Não há dispositivo específico.
Forum rei sitae	Competência do foro em que se situa a coisa.	LINDB, Art. 12, § 1º.
Forum obligationis	Competência do foro do local em que a obrigação deva ser cumprida.	LINDB, Art. 12; CPC, Art. 88, II.
Forum delicti	Competência do foro em que ocorreu o delito.	CPP, Art. 70.
Forum damni	Competência do foro onde a vítima sofreu o prejuízo.	CPC, Art. 88, III.
Lei mais favorável	Critério da lei mais benéfica: proteção de menores, trabalhadores, consumidores; a lei que considera válido o ato (*favor negotii*).	Também utiliza esse critério.

Tabela 2 - Fonte: Brasil Concursos.

ÍNDICE REMISSIVO

A Cidade Antiga 25, 268, 279
A critique of the choice of law problem 6, 116, 197, 363
A Era dos Direitos 296
A presença ignorada de Deus 297
A Treatise on the Conflict of Laws 5, 22, 144, 226, 361, 368
abertura dos portos 60
Ação Rescisória 343
actus trium personarum 336
Adaptação 91, 271, 367
adequação 284
adoção 26, 33, 53, 156, 170, 184, 188, 189, 205, 320, 376
afetividade 44, 225, 267
affectio familiar 267
África 140, 293
Agravo 339, 342
Agravo, na espécie de Instrumento 339
Alberto do Amaral Júnior 176
Alemanha 39, 43, 45, 46, 50, 131, 156
Alexandre de Moraes 251
Alfred Adler 280
Álvaro da Costa Machado Villela 67
âmbito de competência 7, 8, 130, 152, 153, 154, 155, 360
âmbito de eficácia 5, 8, 38, 47, 66, 113, 115, 129, 130, 132, 149, 150, 152, 153, 155, 160, 161, 215, 216, 236, 342, 346, 347, 353, 354, 356, 357
Âmbito de Eficácia 246
Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis 7, 8, 360
análise da proximidade 276
André de Carvalho 121, 125
André de Carvalho Ramos 125, 175, 194, 195
André Weiss 20
animo 244, 245
ânimo subjetivo de permanência 240, 242
animus 240, 241, 244
Animus de Domicílio 241, 246
Anna Kirova 314
Antigo Testamento 23, 24
Antoine Pillet 20, 67, 107, 202
Antônio Boggiano 99
Antonio Sanchez Bustamante 21
apátridas 35, 38, 39, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 250, 251
apatridias 50
Apóstolo Paulo 33
Aproximação 91
aquisição originária 56
ARAUJO, Nadia de 164, 165, 167, 168, 170, 184, 360
arquético Junguiano 280
ato jurídico perfeito 67, 68, 151
ato processual 340
Audiência de Conciliação e Mediação 341
audiência pessoal 341
autodeterminação dos povos 168
Autonomia da Vontade 82, 83, 84, 85, 318, 370
Autor 302, 303
autotranscendência 298
avós 266, 275, 276
Axioma da Cultura e Tradição 292
Axioma da Segurança 291
Baptista Machado . 8, 47, 66, 68, 129, 130, 132, 134, 144, 152
BARROSO, Luís Roberto 199, 313, 360
base de recrutamento 273
base espacial 256
Bedaque ..... *José Roberto dos Santos Bedaque*
bens jurídicos .. 11, 84, 127, 205, 206, 207, 208, 220, 222, 230, 231, 233
Better Law Approach 119
Bevilaqua . 18, 25, 36, 64, 66, 74, 75, 83, 87, 91, 106, 107, 108, 109, 110, 132, 135
bio-psico-espiritual 298
blindfold test 6, 116, 117, 165
Bobbio ..... 328, 329, 331, *Norberto Bobbio*
Calvino 288
camada instrumental basilar 354
Camadas de Instrumentalidade 326, 354
Canadá 255
Cândido Rangel Dinamarco 324
capacidade das pessoas 103, 162
Carl Gustav Jung 280
CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael 198, 362
casamento ...26, 35, 42, 52, 53, 59, 69, 78, 79, 81, 84, 85, 93, 97, 103, 270, 272, 273, 274, 345, 380, 381, 387
casamentos exogâmicos 272, 273
CASELLA, Paulo Borba 178, 179, 363, 371
Caso Bartholo 79
Caso Caraslanis 81
Caso Nottebohm 43
casuísmo 2, 10, 118, 356
casuística sociológica 252
Catalunha 252
Celso de Albuquerque Mello 50
centro de gravidade 99, 387
Cidadania 39, 40, 256, 360, 371
Civic engagement Hypothesis 292
Claude Lévi-Strauss 181, 268
Cláudia Lima Marques 92, 93
cláusula de escape 122
Cláusula de Exceção 169, 284
cláusulas gerais 98, 235
Clóvis Beviláqua 17, 88
cobrança de alimentos 186, 189, 382, 384
Código de Defesa do Consumidor 173
Código de Hamurabi 322
Código de Napoleão 36
Código de Processo Civil 335, 338, 341, 343, 344, 362, 376, 377
coisa julgada 67, 68, 151, 336, 343, 344, 345, 346
Coisa Julgada 343, 344
colegiado 357
comércio internacional 67, 74, 75, 82, 110, 132, 352, 370, 377
Comércio Internacional 73, 75, 132, 352
comitas gentium 6, 103, 105, 135, 136, 138
Commentaries on the Conflict of Law, foreign and domestic 18, 22, 103, 368
common law 65, 133, 217, 219, 311
Compatibilidade Constitucional 169, 284
comunhão de direitos 100
comunidade de produção 269

Comunidade Internacional 111, 112
Comunidade Jurídica Internacional..... 137, 232
conceito quadro 155
concorrência desleal 94
Condição Jurídica do Estrangeiro 60, 63
Conferência da Haia de Direito Internacional Privado 189
Conflict of Laws 23, 102, 134, 363, 367, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378
Conflito de Leis..... 31, 63, 65
Conflito de Leis no Tempo 63
conflito de qualificação..... 76, 79
conflitos jusprivatistas 31, 71
Conflitos Negativos 251
Conflitos Positivos..... 251
cônjuge..... 49, 70, 123, 159, 160, 266, 272, 345, 385
Conjunto Cultura..... 251
Conselhos Ecumênicos..... 312
Constituição Portuguesa 186
consumo em conjunto 269
contexto cultural..... 259, 260
contra legis..... 346
contrato social..... 254, 300
Convenção Americana de Direitos Humanos... 40, 41, 55, 367
Convenção de Haya sobre Nacionalidade 39
Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia 52
Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas 50, 52, 362
convenções . 34, 38, 50, 84, 167, 168, 178, 182, 183, 186, 188, 189, 190, 194, 202
Cook 101, 102, 117
Cooperação Jurídica Internacional..... 175, 193, 194, 195, 362
coroa britânica 255
Coroa Portuguesa..... 60
corpo e a *mente* 298
Corte Internacional de Justiça..... 43, 44, 45
cortesia..... 6, 61, 103, 105, 133, 135, 136, 137, 138
Crise de Localização 332, 357
crise do Direito..... 325
Crise do Direito 324, 325
Cristianismo .. 18, 27, 28, 32, 33, 217, 219, 285, 287, 295, 296, 311, 312
Cristina Ferreira..... 272
Cristinismo 281
Cruzada 293
Cruzadas Cristãs 281
Cultura 250, 258, 260, 277, 292, 363, 365, 377
cultura estrangeira..... 19, 74, 265, 266, 272, 275
Cultural and Tradition Axiom 292
Curda..... 254
Daniel Amorim Assumpção Neves 230
Daniel Josephus Jitta 109
Daniela Corrêa Jacques 92, 93, 125
David Cavers..... 6, 197
decisão final 2, 85, 115, 120, 229, 243, 338
Decisão Interlocutória... 14, 234, 235, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 357
Declaração Universal dos Direitos do Homem 267
Declaração Universal dos Direitos Humanos ... 40, 48, 55, 56, 267, 366
dedutivo..... 101, 102, 118, 209
defesas localizadoras 337
Demografic Hypothesis 292
Desencantamento do Mundo 290, 291
Desenvolvimento Humano 265, 367
dever moral 103, 136, 137, 261, 296
dever-ser..... 298
dialética 259, 296, 337
Diálogo das Fontes..... 174
Diane Papalia 265
Diego Arroyo..... 167
dimensão espiritualista..... 281
Dinamarco ..... *Cândido Rangel Dinamarco Dinamarco*, *Cândido Rangel Dinamarco*
direito adquirido 60, 67, 68, 91, 151
Direito da Tolerância 297
Direito de Conflitos no espaço..... 8
Direito de Conflitos no tempo 8
Direito de Consumidor..... 172, 175
Direito de Família.... 16, 84, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 375, 382
Direito do Consumidor 172, 174, 197, 198
Direito dos Direitos 204
direito fundamental 38, 51, 229, 231
Direito Internacional Privado Pós-Moderno 195, 196
Direito Intertemporal..... 8, 63, 65, 66, 130, 145, 354
direito livre..... 118, 126, 206
Direito Livre..... 10
direito mais conectado 99
direito material 6, 9, 13, 14, 35, 65, 70, 71, 72, 77, 86, 94, 96, 114, 118, 119, 172, 197, 203, 204, 208, 209, 217, 218, 231, 236, 322, 332, 337, 339, 342, 346, 357
Direito Material 11, 15, 71, 229, 327, 361
Direito Natural 138, 139, 143
Direito Processual 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 334, 336, 355, 357, 365, 368
Direito Romano..... 135
Direito Transitório..... 145, 150
Direito Uniforme..... 110
Direito Uniformizado 24
Direitos Adquiridos 31, 66, 67, 68, 150, 151, 152
Direitos aos alimentos 184
Direitos de guarda e visita 184
Direitos Fundamentais..... 40, 54, 120, 122, 123, 170, 360
Direitos Fundamentais do Homem 40, 122
Direitos Humanos 34, 41, 48, 50, 51, 55, 56, 68, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 164, 166, 167, 186, 189, 194, 195, 199, 200, 201, 215, 216, 233, 250, 322, 328, 363, 374
discricionariedade..... 12, 61, 69, 118, 315, 316, 319, 345, 346
discriminação..... 40, 52, 62, 141, 255
Dissolução do casamento 184
divisão de trabalho 267
divisão social do trabalho 263
divórcio 84, 85, 97, 184, 190, 317, 318, 382
Domicílio 5, 12, 77, 78, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 271, 380, 385
Domicílio Profissional 240
Durkheim 263, 269, 270, 276, 279, 280, 281, 302
Economia e Sociedade - Fundamentos da sociologia compreensiva 251
economia processual .. 5, 71, 98, 113, 115, 126, 205, 206, 218, 220, 222, 223, 229, 230, 233, 235
Economia Processual 16, 126, 205, 206
efeito da sentença 343
Elementos de Conexão 5, 10, 11, 35, 73, 75, 155, 156, 162, 250, 253, 320, 367
Elementos de Proximidade ... 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 73, 208, 223, 229, 231, 232, 233, 234, 237, 238, 239, 243,

258, 315, 321, 327, 332, 340, 341, 349, 353, 354, 355, 356, 358, 359, 363, 380
Elementos de Proximidade Qualificadores 238, 239
elementos estrangeiros 14, 16, 20, 36, 66, 75, 85, 96, 106, 119, 127, 208, 283, 311, 320, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 349, 352, 356
elementos fáticos 75, 97, 155, 224, 340
elementos identificadores da ação 336
elementos probatórios 314, 340
Elvo Clemente 258
Émile Durkheim 263
Entre Deuses e Césares 285, 363
Era dos Direitos 328
Erik Jayme 164, 165, 167, 168, 170, 184, 198, 360
Ernst Rabel 23, 37, 65, 83, 86
escola clássica 115
escolaridade 12, 313, 314, 381
Espanha 252, 254, 312
espécies de tutelas 332, 357
espiritualidade 280, 281, 294, 297, 299, 303, 304, 310
estabilidade material 291
Estado do fato 150
Estado do Vaticano 182
Estados Nacionais 313
Estados Unidos 6, 43, 47, 58, 104, 158, 252, 362
Estatudo dos Apátridas 50, 55
Estatuto do Estrangeiro 48
Estatuto Pessoal .. 11, 16, 52, 76, 183, 191, 192, 193, 308, 363, 373
Estatuto Real 76
estratificação social 290
ética religiosa 262, 288
Etienne Balibar 39
Europa Medieval 285
Evangelho de Lucas 296
êxodo 281
facto 64, 86, 244, 246, 375
família antiga 26, 268
família contemporânea 225, 267, 269
Família Estrangeira 12, 238, 266, 380
Fani Hisgail 300
fase de conhecimento ... 29, 118, 206, 208, 209, 236, 239, 260, 342
fase de localização .. 13, 29, 118, 208, 209, 235, 332, 333, 342
fato jurídico *stricto sensu* 160
fatos jurídicos *stricto sensu* 161, 163
fé inconsciente 280, 299
fenômeno de bilateralidade do processo 337
Fernando Catroga 285
filhos . 42, 48, 49, 58, 59, 70, 79, 123, 158, 159, 160, 161, 225, 266, 269, 272, 274, 275, 300, 317, 345, 380, 385
filhos nascidos fora do casamento 189, 383
Filiação 193
filiação multiparental 184
fim social da lei 108
Flávio Tartuce 68
formas de aquisição de nacionalidade 56
Francescakis 93, 94, 191
Francis Wharton 30
Fraude à Lei 166, 213, 228, 233
Frédéric Nottebohm 43
Friedrich Carl von Savigny 6, 22, 154
função localizadora .. 6, 7, 75, 96, 117, 197, 205, 208, 326
função saneadora 224
função social da religião 278, 279, 280, 281
Fustel Coulanges 25
genocídios 281
Georg Jellinek 257
George Davis 312
globalização .. 73, 164, 167, 172, 176, 219, 348, 352, 359, 371
Governo 257
Grandino Rodas 4, 377
grau de instrução 313
grau de laicidade 282, 285, 303, 304, 305, 306
grau de laicidade do Estado 282, 303, 304, 305, 306
grupos voluntários 315
Guarda Internacional de Crianças 4, 366
Guatemala 43, 44, 45, 46, 47, 365
Gustavo Mônaco 4
Guy Rocher 250, 277
Hannah Arendt 51, 56, 374
Hans Kelsen **2**
Hard and Fast Rules 113, 353
Hard-and-Fast Rules 204, 237
harmonização 111, 127, 129, 133, 177, 178, 179, 181, 186, 197, 231
Haroldo Valladão 88, 123, 372
Henry Maine 268
hermenêutica jurídica 175
hipossuficiência 123, 124, 125, 159, 160, 161
Hipótese de Engajamento Cívico 292
Hipótese de Participação Religiosa 292
Hipótese Demográfica 292
Hipóteses de Valores Religiosos 292
História da Loucura 285, 286, 364
homo religiosus 299
horda 300, 378
Humberto Theodoro Júnior 343
id 38, 48, 280, 297, 298, 302, 311, 362, 367
Idade de início de Domicílio 238, 247, 248, 249
idade escolar 274
Idade Média 27, 262, 281, 285, 323
identidade cultural 122, 246, 250, 251, 253, 257, 275, 277, 278, 282, 283, 284, 302, 310
identidade sócio-cultural 55, 250
Igreja Católica 33, 262, 312
Ilha de Malta 79, 80
Immanuel Kant 254
Império Romano 27, 32, 33, 312
impregnação 8, 129
inconsciente 250, 280, 281, 298, 299, 302
inconsciente transcendente 280, 281
indutivo 101, 209, 298
Instituições Desconhecidas 228, 233
Interesse Nacional Lesado 166, 171, 228, 233
intolerância 255, 281, 295, 297, 311
Introdução ao direito civil 77, 364
Irineu Strenger 5, 59, 88, 155, 276, 370, 377
Islã 281, 287
Isonomia 1
Israel 246
Itália 33, 57, 88, 106, 131, 156
ius sanguinis 41, 42, 57
ius soli 57, 58
ius solis 41
Jacob Dolinger 13, 370, 378
Japão 117, 131, 368
Jihad 281

Jitta.....31, 35, 109, 110, 111, 112, 202
João Baptista Machado..... 7, 221, 365
Jorge Miranda 256
José Afonso da Silva 230
José Roberto dos Santos Bedaque 29
José Tadeu de Chiara 17
Joseph Henry Beale 144
Joseph Story.....18, 22, 33, 101, 243, 247, 358
Judaísmo 27, 281, 285, 287
juízo a posteriori..... 233, 321
juízo de julgamento..... 209, 218, 347
juízo de localização . 14, 85, 218, 315, 316, 318, 342, 347, 348
Juízo de Localização 14
jurisdição voluntária..... 334, 335
Jurisdição Voluntária..... 334
jus gentium 19, 24
jus naturalista 133, 139, 356
justiça formal 3, 226
Justiça Social 328, 331, 354
justiça substancial 127, 157
Justiça Substancial 16, 205
justiça substantiva 3, 7, 10, 11, 13, 16, 43, 47, 69, 96, 115, 117, 118, 120, 124, 126, 158, 159, 160, 206, 208, 217, 222, 226, 229, 311, 359
Justiça substantiva 205, 207
Justiça Substantiva..... 126, 206
Kelsen.....128, 139, 221, 231, 233, 254
Lapis Philosophorum 310
lato sensu 243
Leah Adams..... 314
Lei Comum do Cristianismo 311
Lei da Termodinâmica..... 295
Lei de Aplicação Imediata 93
Lei de Introdução ao Código Civil alemão 185
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro .. 4, 29, 69
Lei Gerson 260
Lei mais favorável 123, 124, 126, 160, 161, 378, 387
Lei Maria da Penha..... 143, 372
leis-quadro 179
leis-tipo 179
leprosos..... 285, 286
Lev Semenovich Vygotsky 259
Lévi-Strauss 268, 269
Lewis Morgan..... 268
lex domicilii 5, 99
lex fori 1, 2, 7, 24, 73, 76, 80, 88, 91, 93, 94, 95, 108, 119, 122, 128, 131, 133, 138, 139, 140, 143, 144, 145, 172, 213, 215, 216, 223, 224, 387
lex loci celebrationis 78, 81
lex loci executionis..... 78
lex mercatória 82
lex rei sitae 78
lex voluntatis 82, 83, 84, 318
limites objetivos..... 336, 344
limpezas étnicas..... 281
língua..... 25, 157, 158, 248, 252, 253, 257, 258, 259, 260, 266, 272, 273, 274, 275, 380
linguagem.....258, 259, 260, 358, 368
linguístico 283
livre-arbítrio 245
Livro das Religiões..... 278, 279, 364
localização substantiva . 71, 125, 126, 236, 242, 335, 346, 354, 357
locus regit actum 78, 81, 108, 109
logoterapia..... 280, 297, 298, 299, 301
Logoterapia.....280, 297
lois d'application immédiate..... 93
Luís Roberto Barroso 313
Madalena Ramos 272
mamífero 267
Maria Helena Diniz.....84, 239
Maristela Basso..... 18, 89, 103, 137, 204, 213
MARQUES, Claudia Lima92, 164, 165, 167, 168, 170, 184, 360, 366
Martinho Lutero 33
maternidade de substituição 184
Maurice Duverge 251
Max Weber 251, 288
melhor adequação 276
mercado de consumo 178
Mercosul.....178, 187, 370, 375
mérito 8, 13, 14, 15, 29, 30, 71, 98, 120, 127, 157, 202, 203, 206, 208, 235, 236, 280, 286, 333, 334, 337, 338, 339, 342, 343, 345, 346, 347, 356
mérito da causa 333
Mesopotâmia..... 322
Método clássico do Direito Internacional Privado....5, 10, 126, 353
método conflitual clássico 92, 96, 117
Método do Direito Internacional Privado.....93, 221, 340
Método Positivo 102
Método Teórico..... 102
método universal 112, 202
métodos casuísticos..... 356
Michel Foucault 285
migração humana 75, 133
Ministério Público..... 334
mobilia sequuntur personam..... 78
Moeda e ordem jurídica.....17, 363
monopólio da violência..... 254
moradia 46, 240, 241, 244
morte.....25, 70, 80, 87, 97, 159, 268, 269, 278, 279, 281, 287, 291, 293, 294, 295, 345, 385
Moura Ramos .....Rui Manuel Moura Ramos
mudança de nome 189
mundo espiritual.....285, 286
nação .9, 12, 30, 42, 55, 58, 77, 78, 89, 90, 103, 111, 135, 139, 140, 154, 204, 232, 251, 252, 255, 258, 264, 271, 275, 322, 358
Nação..... 253
Nacionalidade 5, 12, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 44, 45, 47, 49, 51, 54, 55, 56, 63, 106, 157, 238, 243, 250, 251, 252, 253, 257, 368, 370, 371, 373, 375, 376, 377, 380
Nacionalidade da mulher casada 189
Nacionalidade Substantiva 47
nacionalismo.....252, 253, 255, 374
Nathan Roscoe Pound 17
natio..... 253
natos.....56, 58, 62, 63
naturalização 39, 43, 44, 45, 48, 49, 56, 57, 59, 60, 333
naturalizados 35, 58, 62, 63
natureza instrumental 325, 326, 330
Nietzche.....*Friedrich Nietzche*
Nível Cognitivo do Trabalho.....239, 265, 266
nível de educacional 314
Nível de Escolaridade.....238, 313, 315, 381
Noberto Bobbio 27
noética 282, 297, 298, 299, 302

Norberto Bobbio 296
norma agendi 8, 47, 66, 129, 130, 145, 232, 354
Normas de Aplicação Imediata .92, 93, 94, 169, 171, 172, 174, 175, 284
Normas de Aplicação Necessária e Imediata 190
normas de defesa do consumidor 94
Novo Direito Internacional Privado .5, 164, 165, 175, 195, 196, 197, 198, 200, 362
núcleo familiar 41, 267, 268
núcleo famíliar 268, 270
O livro das Religiões 278
O Princípio da Nacionalidade Efetiva 44, 47
Olavo Bilac Neto 275
onomasiológico 176
ontológica 298, 299
Ordem Mundial 109, 112
Ordem Pública. 7, 34, 68, 82, 84, 89, 90, 91, 93, 103, 120, 121, 126, 136, 144, 152, 166, 169, 202, 213, 216, 228, 233, 237, 284, 318, 372, 376, 377
Organização Social 315, 381
organizações não governamentais 315
Orlando Gomes 77
overriding statutes 190
pais 42, 53, 56, 57, 58, 134, 274, 275, 276, 313, 314, 317, 380
País Basco 252
país nativo 276
Papa 312
Papel da Família 271, 367
parente 176, 272
parentescos afins 176
parentescos *colaterais* 176
parentescos em *linha reta* 176
partes 83, 119
Participação em Organizações Sociais 315, 381
Participação no Mercado de Trabalho . 12, 238, 261, 264, 265, 266, 380
partilha 84, 85, 103, 286
Pasquale Mancini 6, 105
Pasquale Stanislao Mancini 6, 156
Pátria Nova 275
patriarca 300
patrimômio jurídico 66, 150
Paulo Lôbo 84, 225, 267, 269, 317
Pax Romana 32
pedido do autor 337, 338
perda da nacionalidade 48, 52, 59, 60
perfil material ... 5, 85, 235, 236, 237, 239, 241, 243, 248, 249, 271, 309, 315, 316, 317, 319, 320, 340, 342, 354, 357
perfil material das partes .. 5, 85, 235, 236, 237, 239, 241, 243, 248, 249, 271, 309, 315, 316, 317, 319, 320, 340, 354, 357
periculum in mora 339, 342, 343
personalidade ... 4, 29, 36, 69, 78, 97, 105, 280, 297, 311, 345
perspectiva individual 112
perspectiva instrumental 28, 324, 349
perspectiva religiosa 296
perspectiva universal 112
Peter Lercher 170
petição inicial 14, 335, 336, 341
Phocion Francescakis 93
Pippa Norris 291
polipátridas 251
Política Pública 163
políticas públicas 3, 93, 114, 131, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 333, 349, 350, 351
Pontes de Miranda 36
Portugal 48, 58, 272, 312, 367
post mortem 278
Pound 17, 138, 323, 324
Povo 255
Pragmatismo Racional 133
Preferência das Partes 317
pré-lógicos 298
Pressupostos processuais e condições da ação 30, 361
pretor peregrino 19
primeira camada de instrumentalidade 327, 355
primitividade 222
Principado de Liechtenstein 43, 44, 45, 46, 47
Princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa 330
Princípio da Autonomia da Vontade .. 78, 82, 85, 317, 318
Princípio da Conservação das Situações jurídicas 150
Princípio da Continuidade 48
Princípio da elasticidade processual 330
Princípio da Fidelidade 49
Princípio da Inércia da Jurisdição 335
Princípio da Isonomia 1
Princípio da Não Retroatividade 8, 66, 130, 145, 354
Princípio da Não Transconexão .. 8, 47, 66, 130, 145, 149, 150, 152, 354
Princípio da Proximidade 10, 89, 115, 116, 126, 250, 276, 277, 282, 283, 284, 310, 311, 317, 354
Princípio da Soberania 37, 52
Princípio da soberania da nacionalidade 39, 42
Princípio da Territorialidade 1, 101, 162
Princípio da Unidade de Nacionalidade 49
Princípio do Fechamento 40
Princípios Constitucionais 120
procedimentos sincréticos 13, 208
processamento analítico 259
Processo. 71, 285, 325, 335, 338, 341, 343, 344, 359, 361, 362, 363, 375, 376, 377
processos burocráticos 289
pronunciamento judicial 338, 339
propriedade real 103
protestantes 33, 288
protestantismo 33, 288
provas de vigência da lei estrangeira 228
Provas de Vigências 11, 223, 321
Psicanálise 280, 297, 300, 364
Psicologia 280, 300, 372, 378
psicoterapia 280, 302
Psychotherapie und Religion 297
Qualificação 211
Quantidade de anos de Domicílio 248, 249
Quantidade de anos de residência 243
questão incidental 15, 235, 339, 342, 346
Questionário Prévio 14, 15, 340, 380
questões de forma 187
questões de fundo 81, 187, 193
raça 26, 252, 253, 278, 298
Racional 8, 287
racionalidade formal 289
racionalidade meio finalística 289
racionalidade quanto aos valores 289
racionalidade substantiva 289
racionalização 113, 223, 287, 288, 290, 291

RAMOS, Rui Manuel Moura 48, 188, 367
Rapto 184
Razoável Duração do Processo 229
reciprocidade 18, 103, 134, 136, 137, 322
Reciprocidade 166, 228, 233
recursos. 15, 103, 115, 229, 261, 271, 272, 343, 344, 346, 359
Reenvio 5, 11, 77, 85, 86, 211, 213, 223, 321
Reforma Protestante 33
Regras de Conflitos 155, 156
relações familiares 7, 45, 124, 225, 267, 272
relações patrimoniais 85, 225, 318
Relações Plurilocalizadas 15, 24, 69, 92, 97, 107, 110, 113, 118, 124, 144, 172, 204, 211, 223, 245, 327, 339, 346, 351, 355, 359
Religião dos Mortos 25, 279
religião famíliar 26
religião primitiva 26
Religiosidade 12, 238, 266, 271, 311, 381
religioso 25, 26, 32, 245, 269, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 287, 292, 294, 295, 302, 304, 305, 306, 308, 309, 311
Religious Culture Hypothesis 292
Religious Market Hypothesis 292
Religious Participation Hypothesis 292
Religious Values Hypothesis 292
República Islâmica do Irã ..... 182, *Irã*
residência 1, 13, 15, 16, 43, 45, 52, 56, 76, 77, 80, 140, 234, 240, 241, 243, 244, 265
responsabilidade existencial 298
retido 339
Réu 302, 303, 337
road map 21
Robert Alexy 170
Roma Antiga 244
Ronald Inglehart 291
Roque de Barros Laraia 260
Rui Barbosa 229, 358, 360
Rui Manuel Moura Ramos 48
Sacred and Secular 291, 366
Security Axiom 291
sede da relação 96, 97, 98, 99, 116, 224, 226, 276, 277, 283, 284, 353
sede da relação jurídica 96, 97, 99, 116, 224, 226, 276, 277, 283, 284, 353
sede da sua relação jurídica 97
sede jurídica 5, 113, 203, 226, 240
Segunda Guerra Mundial 43
segurança jurídica 5, 10, 12, 16, 17, 29, 48, 69, 71, 98, 113, 126, 127, 153, 203, 205, 206, 207, 208, 220, 221, 222, 229, 230, 231, 233, 303, 357, 368
Segurança Jurídica 16, 126, 205, 206, 207
segurança social 205, 322, 323
SELLERS, Mortimer 168
semasiológico 176
senso de responsabilidade 297
sequestro 184
Sigmund Freud 280
Sistema Jurídico Romano Germânico 323
Sistema Normativo das Partes 304, 305, 306, 307, 308, 309
Sistema Normativo Localizado 303, 305, 306, 307, 308, 309
Sistema Normativo mais próximo das Partes 305
soberania 19, 20, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 59, 78, 90, 91, 102, 103, 105, 111, 136, 162, 254, 255, 257, 360
sobredireito 5, 13, 14, 21, 29, 35, 63, 85, 86, 94, 114, 172, 205, 208, 211, 217, 218, 325, 326, 327, 330, 332, 352, 357, 359
Sobredireito 5, 204
sociedade capitalista 263
sociedades civis 315
sócio-antropológico 283
sóciocultural 261, 283, 299
Sociologia das Religiões 286, 290, 368
Sofia Gaspar 272, 274, 367
solidariedade social 263, 264
Strenger 25, 31, 75, 82, 97, 101, 103, 108, 214
sucessão 26, 53, 54, 70, 75, 79, 87, 103, 123, 159, 160, 345
suicídios 269, 270
superficialidade . 7, 16, 113, 114, 205, 221, 222, 227, 345, 353
Tempo de Domicílio 239
Tempo de participação no Mercado de Trabalho 264
Tempo de Participação no Mercado de Trabalho . 12, 238, 239
tentivas e erros 101
Teodósio I 33
Teoria da Assimilação 273
Teoria da Estratificação Social 273
Teoria da Norma Jurídica 27, 329, 331, 361
Teoria da Troca Social 272
Teoria da Urbanidade 133, 135
Teoria do Estado 253
Teoria Geral do Estado 257
Teoria Geral dos Direitos Humanos 121, 362
Teoria Pura do Direito 221
TEPEDINO, Gustavo 170
terceira camada de instrumentalidade 328
Tercio Sampaio Ferraz Jr. 176
Território 256
testamento 79, 80, 103
Testamento Ológrafo do Holandês 80
The elements of International Law 312
The Logical and Legal Bases of The Conflict of Laws 101
The most significant connection 120
tolerância 204, 285, 295, 296, 297, 305, 309, 311, 313, 361
Tolerância 89, 296
totem ..... Totem e tabu
Totem e Tabu 299, 300, 301, 364
tratados 19, 34, 37, 75, 104, 111, 167, 168, 178, 179, 182, 183, 186, 188, 189, 191, 194, 202, 250, 348
Tribunal Constitucional Alemão 185
Tutela de conhecimento 13
Tutela de Conhecimento 13, 14
tutela jurisdicional 1, 2, 3, 5, 331, 344, 357
Tutela Localizadora 5, 11, 13, 14, 15, 16, 73, 118, 208, 236, 239, 317, 319, 331, 332, 333, 336, 343, 349, 353, 354, 357, 359
União Européia 178
União Soviética 161
unificação 36, 37, 57, 106, 179, 180, 181, 253, 379
uniformização 24, 27, 28, 31, 32, 34, 110, 111, 112, 129, 165, 167, 179, 180, 181, 182, 189, 197, 202, 217, 220
Uniformização das Leis 31
uniões estáveis 184, 188, 189, 384
universalista 109, 110, 112, 202

Vaticano 43, 304
Victor Hellern 278
Viktor Frankl 280, 297
vínculos culturais 38, 248, 258
vontade formal 245
vontade substantiva 245
Walter W. Cook 101, 117, 165
Weber 252, 254
Wharton 30, 135, 217, 311, 312
Yevgeny A. Korovin 162