

MARIANA SEBALHOS JORGE

**A pessoa no direito internacional privado:
novos paradigmas do princípio da proximidade**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

MARIANA SEBALHOS JORGE

**A pessoa no direito internacional privado:
novos paradigmas do princípio da proximidade**

Tese de Doutorado apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. André de Carvalho Ramos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor André de Carvalho Ramos, pelo acolhimento como orientanda, pela oportunidade concedida e pela confiança construída nesses três anos. Por me apresentar uma visão crítica do direito internacional privado, que não deve ser cego à proteção da pessoa humana. O conhecimento compartilhado ao longo desse período tornou possível a conclusão da presente tese, em um momento tão difícil como o que estamos vivendo.

À professora Renata Alvares Gaspar e ao professor Carlos Eduardo Boucault pelos ensinamentos compartilhados na qualificação dessa tese, fundamentais para a sua conclusão. Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco pelas experiências compartilhadas e oportunidades de aprendizado. À Cláudia e ao Venâncio pelo auxílio constante na secretaria do DIN.

Ao professor Augusto Jaeger Junior, meu orientador no mestrado no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela constante parceria acadêmica e incentivo à pesquisa do direito internacional privado, pela amizade e confiança construída ao longo dos anos.

Aos colegas e amigos que encontrei no Largo São Francisco por toda palavra de apoio e incentivo, pelos seminários compartilhados, pelos densos debates acadêmicos e auxílios no estágio em docência do PAE: Diana, Carlos, Isabel, Surrailly, Raquel. Às amigas que adquiri no mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e que se mantiveram nessa jornada: Priscilla, Daniela, Tatiana, Nicole.

Aos meus pais, Silvia e Paulo, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, por serem meus maiores exemplos. Vocês ajudaram a tornar esse sonho possível, superando as dificuldades e a distância física. Aos meus avós, Wanderlei e Marlene, que estão sempre ao meu lado. Às minhas afilhadas, Isabelle e Gabrielle, que tornam meus dias mais alegres. À Carolina e à Daniela pela amizade verdadeira e pelo constante incentivo nessa vida acadêmica. Ao meu dindo Wanderson e à Fran, pelo apoio constante nesse difícil ano de 2020. À minha família pela incansável parceria.

Ao meu amor, Lucas, por estar sempre ao meu lado, por aceitar esse novo desafio, apoiando cada momento. Pelo amor que cresce à minha vida, pela amizade que me proporciona, pelo companheirismo de tantos anos, pela compreensão e paciência que tens comigo.

RESUMO

A globalização intensificou a mobilidade internacional, afetando o direito internacional privado: ampliou a circulação de pessoas entre diferentes países e intensificou os conflitos a partir da formação de sociedades multiculturais. A influência direta dos direitos humanos sobre o respeito pela identidade cultural de uma pessoa passou a interferir na prática do direito internacional privado. As normas conflituais clássicas da disciplina se mostraram, cada vez mais, inaptas aos anseios sociais. A presente tese, assim, visa estudar a pessoa no direito internacional privado, analisando a inserção do princípio da proximidade e questionando a viabilidade de construção de um teste de proximidade para determinação do direito material aplicável ao estado pessoal, a partir dos novos paradigmas do princípio da proximidade no século XXI. Pretende solucionar, assim, os seguintes problemas de pesquisa: É possível pensar em uma solução ao conflito de leis em matéria de estado pessoal, independentemente de critérios de conexão predeterminados, por meio do princípio da proximidade? O direito internacional privado brasileiro possui regras de conflito materializadas (a partir da influência dos direitos humanos) que utilizam o princípio da proximidade? A execução de um teste de proximidade é capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos com a relação jurídica plurilocalizada, evitando o *lex forismo* e buscando uma interpretação baseada na proteção do indivíduo? Para desenvolver os objetivos propostos, o estudo foi dividido em duas partes (cada parte composta por dois capítulos). O primeiro capítulo busca, em um primeiro momento, uma desconstrução da ideia de que uma única conexão previamente estabelecida seja capaz de ditar adequadamente o direito mais próximo. Em um segundo momento, aponta a ineficácia da norma de conexão clássica na garantia dos direitos humanos, sobrecarregando o instituto da ordem pública. O segundo capítulo, então, analisa o surgimento do princípio da proximidade no direito internacional privado, destacando os seus desdobramentos conceituais e os métodos criados para a definição do vínculo mais próximo. O terceiro capítulo inicia abordando a interferência do multiculturalismo no direito internacional privado por meio da interferência direta dos direitos humanos. Busca, ainda, uma coordenação entre os instrumentos de direito internacional privado e os instrumentos de proteção aos direitos humanos. Já o quarto capítulo delimita os novos paradigmas do princípio da proximidade, por meio de uma interpretação baseada na proteção da pessoa, com o foco voltado à realidade brasileira. A pesquisa, em sua parte final, analisa a execução de um teste de proximidade e a eventual preferência por uma normatização ampla que forneça maior liberdade ao operador. A proposta apresentada aqui não possui a presunção de inserção de um teste de proximidade em uma eventual atualização normativa do direito internacional privado brasileiro. Defende ser viável, no entanto, que um teste possa ser utilizado como um guia para a busca do direito mais próximo: ainda que sem força vinculante, auxiliaria o tomador de decisão na definição do direito mais próximo ao caso concreto. É preciso pensar em um princípio da proximidade que transcenda ao método conflitual clássico no direito internacional privado, adaptando-se à realidade existente atualmente. Afasta-se a busca do vínculo mais próximo entre um Estado e um indivíduo. O foco passa a ser a busca pelo direito mais próximo à pessoa.

Palavras-chave: Pessoa; Princípio da Proximidade; Direitos Humanos; Direito Internacional Privado; Multiculturalismo; Novos Paradigmas; Residência Habitual; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

Globalization has intensified international mobility, affecting private international law: it expanded the circulation of people between different countries and intensified conflicts based on the formation of multicultural societies. The direct influence of human rights on respect for a person's cultural identity has come to interfere with the practice of private international law. The classic conflictual norms of the discipline proved, more and more, unfit to social anxieties. The present thesis, therefore, aims to study the person in private international law, analyzing the insertion of the principle of proximity and questioning the feasibility of building a closer connection test to determine the material law applicable to personal relationships, based on the new paradigms of the proximity principle in the 21st century. Thus, it intends to solve the following research problems: Is it possible to think of a solution to the conflict of laws in matters of personal status, regardless of predetermined connecting factors, through the principle of proximity? Does Brazilian private international law have materialized conflict rules (with the influence of human rights) that use the principle of proximity? Is the execution of a proximity test capable of indicating the material law that maintains closer ties with the multi-localized legal relationship, avoiding *lex forism* and seeking an interpretation based on the protection of the individual? To develop the proposed objectives, the study was divided into two parts (each part consisting of two chapters). The first chapter seeks, at first, to deconstruct the idea that a single previously established connection can dictate properly the nearest right. In a second moment, it points out the ineffectiveness of the classic conflict rule in guaranteeing human rights, overloading the public policy institute. The second chapter, then, analyzes the emergence of the proximity principle in private international law, emphasizing its conceptual developments and the methods created to define the closest connection. The third chapter begins by addressing the interference of multiculturalism in private international law through the direct interference of human rights. It also seeks coordination between the instruments of private international law and the instruments for the protection of human rights. The fourth chapter delimits the new paradigms of the proximity principle, through an interpretation based on the protection of the person, with a focus on the Brazilian reality. The research, in its final part, analyzes the execution of a proximity test and the possible preference for a broad standard that provides greater freedom for the operator. The proposal presented here does not have the presumption of inserting a proximity test in an eventual normative update of Brazilian private international law. It argues that it is feasible, however, that a test can be used as a guide for the search for the closest right: although without binding force, it would assist the decision maker in defining the right closest to the specific case. It is necessary to think of a principle of proximity that transcends the classical conflictual method in private international law, adapting to the current reality. The search for the closest connection between a state and an individual is removed. The focus will shift to the search for the right closest to the person.

Keywords: Person; Proximity Principle; Human rights; Private International Law; Multiculturalism; New Paradigms; Habitual residence; Vulnerability.

RESUMÉ

La mondialisation a intensifié la mobilité internationale, affectant le droit international privé : il a élargi la circulation des personnes entre les différents pays et intensifié les conflits basés sur la formation de sociétés multiculturelles. L'influence directe des droits de l'homme sur le respect de l'identité culturelle d'une personne en est venue à interférer avec la pratique du droit international privé. Les normes conflictuelles classiques de la discipline se sont avérées de plus en plus impropres aux angoisses sociales. La présente thèse vise donc à étudier la personne en droit international privé, analyser l'insertion du principe de proximité et s'interroger sur la faisabilité de construire un test de proximité pour déterminer la loi matérielle applicable à l'état personnel, sur la base des nouveaux paradigmes du principe de proximité au 21^e siècle. Ainsi, il entend résoudre les problèmes de recherche suivants : Est-il possible d'envisager une solution au conflit de lois en matière de statut personnel, indépendamment des critères de connexion prédéterminés, à travers le principe de proximité ? Le droit international privé brésilien a-t-il matérialisé des règles de conflit (sous l'influence des droits de l'homme) qui utilisent le principe de proximité ? L'exécution d'un test de proximité est-elle capable d'indiquer le droit matériel qui entretient des liens plus étroits avec la relation juridique multi-localisée, en évitant le lex forisme et en recherchant une interprétation basée sur la protection de l'individu ? Pour développer les objectifs proposés, l'étude a été divisée en deux parties (chaque partie comprenant deux chapitres). Le premier chapitre cherche, dans un premier temps, à déconstruire l'idée qu'une seule connexion précédemment établie est capable de dicter adéquatement le droit le plus proche. Dans un second temps, il souligne l'inefficacité de la règle classique de connexion pour garantir les droits de l'homme, surchargeant l'institut de l'ordre public. Le deuxième chapitre analyse alors l'émergence du principe de proximité en droit international privé, en mettant en évidence ses développements conceptuels et les méthodes mises en place pour définir le lien le plus proche. Le troisième chapitre commence par traiter de l'ingérence du multiculturalisme dans le droit international privé par l'ingérence directe des droits de l'homme. Il recherche également une coordination entre les instruments de droit international privé et les instruments de protection des droits de l'homme. Le quatrième chapitre délimite les nouveaux paradigmes du principe de proximité, à travers une interprétation basée sur la protection de la personne, avec un focus sur la réalité brésilienne. La recherche, dans sa dernière partie, analyse l'exécution d'un test de proximité et la préférence possible pour une norme large offrant une plus grande liberté à l'opérateur. La proposition présentée ici n'a pas la présomption d'insérer un test de proximité dans une éventuelle mise à jour normative du droit international privé brésilien. Il fait valoir qu'il est possible, cependant, qu'un test puisse être utilisé comme guide pour la recherche du droit le plus proche : bien que sans force contraignante, cela aiderait le décideur à définir le droit le plus proche du cas particulier. Il faut penser à un principe de proximité qui transcende la méthode conflictuelle classique en droit international privé, s'adaptant à la réalité actuelle. La recherche de la connexion la plus proche entre un État et un individu est supprimée. L'accent devient la recherche du droit le plus proche de la personne.

Mots-clés : Personne; Principe de Proximité; Droits Humains; Droit International Privé; Multiculturalisme; Nouveaux Paradigmes; Residence Habituelle; Vulnérabilité.

RESUMEN

La globalización ha intensificado la movilidad internacional, afectando al derecho internacional privado: expandió la circulación de personas entre diferentes países e intensificó los conflictos basados en la formación de sociedades multiculturales. La influencia directa de los derechos humanos en el respeto de la identidad cultural de una persona ha llegado a interferir con la práctica del derecho internacional privado. Las clásicas normas conflictivas de la disciplina resultaron, cada vez más, inadecuadas para las ansiedades sociales. La presente tesis, por tanto, tiene como objetivo estudiar a la persona en el derecho internacional privado, analizando la inserción del principio de proximidad y cuestionando la viabilidad de construir una prueba de proximidad para determinar el derecho material aplicable al estado personal, a partir de los nuevos paradigmas del principio proximidad en el siglo XXI. Por tanto, se propone resolver los siguientes problemas de investigación: ¿Es posible pensar en una solución al conflicto de leyes en materia de *statut personal*, independientemente de criterios de conexión predeterminados, a través del principio de proximidad? ¿El derecho internacional privado brasileño ha materializado reglas de conflicto (a partir de la influencia de los derechos humanos) que utilizan el principio de proximidad? ¿La ejecución de una prueba de proximidad es capaz de señalar la ley material que mantiene vínculos más estrechos con la relación jurídica multilocalizada, evitando el *lex forismo* y buscando una interpretación basada en la protección del individuo? Para desarrollar los objetivos propuestos, el estudio se dividió en dos partes (cada parte consta de dos capítulos). El primer capítulo busca, en un primer momento, deconstruir la idea de que una única conexión previamente establecida es capaz de dictar adecuadamente el derecho más cercano. En un segundo momento, señala la ineficacia de la clásica norma de conexión para garantizar los derechos humanos, sobrecargando el instituto de orden público. El segundo capítulo, entonces, analiza la emergencia del principio de proximidad en el derecho internacional privado, destacando sus desarrollos conceptuales y los métodos creados para definir el vínculo más cercano. El tercer capítulo comienza abordando la interferencia del multiculturalismo en el derecho internacional privado a través de la interferencia directa de los derechos humanos. También busca la articulación entre los instrumentos de derecho internacional privado y los instrumentos de protección de los derechos humanos. El cuarto capítulo delimita los nuevos paradigmas del principio de proximidad, a través de una interpretación basada en la protección de la persona, con foco en la realidad brasileña. La investigación, en su parte final, analiza la ejecución de una prueba de proximidad y la posible preferencia por un estándar amplio que brinde mayor libertad al operador. La propuesta presentada aquí no tiene la presunción de insertar una prueba de proximidad en una eventual actualización normativa del derecho internacional privado brasileño. Sostiene que es factible, sin embargo, que se pueda utilizar una prueba como guía para la búsqueda del derecho más cercano: aunque sin fuerza vinculante, ayudaría al tomador de decisiones a definir el derecho más cercano al caso específico. Es necesario pensar en un principio de proximidad que trascienda el método conflictivo clásico en el derecho internacional privado, adaptándose a la realidad actual. Se elimina la búsqueda del vínculo más cercano entre un estado y un individuo. El enfoque cambiará a la búsqueda del derecho más cercano a la persona.

Palavras-chave: Persona; Principio de Proximidad; Derechos Humanos; Derecho Internacional Privado; Multiculturalismo; Nuevos Paradigmas; Residencia Habitual; Vulnerabilidad.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Autoridade Central
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Conselho da Europa
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CIDIP	Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CHHC	Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
CF	Constituição Federal
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNY	Convenção de Nova Iorque
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DIPr	Direito Internacional Privado
EUA	Estados Unidos da América
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
SEDH	Sistema Europeu de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I. A PESSOA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	17
CAPÍTULO 1. NACIONALIDADE, DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA HABITUAL: O CONFRONTO ENTRE O MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO E A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS	19
1.1. A (des)construção do método conflitual clássico: entre a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual	20
1.2. A ineficácia da norma de conexão clássica na garantia dos direitos humanos: a grande responsabilidade da ordem pública	48
CAPÍTULO 2. O PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: UMA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE CONEXÃO OU UMA JUSTIFICATIVA PARA O MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO?	72
2.1. O surgimento do princípio da proximidade e a sua ascensão no Direito Internacional Privado	73
2.2. A normatização do princípio da proximidade: o teste de conexão mais próxima	101
PARTE II. A PESSOA E O MULTICULTURALISMO: NOVOS PARADIGMAS DO PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE	126
CAPÍTULO 3. A PESSOA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO	127
3.1. O multiculturalismo e o direito internacional privado: a interferência direta dos direitos humanos na determinação do direito aplicável	128
3.2. A importância da aplicação coordenada entre as normas de direitos humanos e as normas de direito internacional privado	154
CAPÍTULO 4. OS NOVOS PARADIGMAS DO PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE: A LIVRE INTERPRETAÇÃO OU A CONSTRUÇÃO DE UM TESTE DE PROXIMIDADE?	182
4.1. Os novos paradigmas do princípio da proximidade no direito internacional privado brasileiro: por uma interpretação à luz da proteção da pessoa humana ...	182
4.2. A construção de um teste de proximidade ou a livre interpretação do princípio da proximidade?	209
CONCLUSÃO.....	238
REFERÊNCIAS	243
LEGISLAÇÃO	267
JURISPRUDÊNCIA.....	273

INTRODUÇÃO

Com a globalização¹ e o constante aumento do fluxo internacional, tanto de mercadorias como de pessoas, observou-se o incremento dos negócios jurídicos internacionais², realidade que exigiu dos Estados uma nova postura enquanto ator internacional³. Observa-se que esses fluxos são intensos “em uma era de globalização na qual a comunicação – com a transmissão de oportunidades e incentivos à mobilidade – é uma constante entre os diversos Estados, que, por sua vez, também são numerosos”⁴.

Nesse sentido, o direito internacional privado vincula-se à existência de fatos jurídicos transnacionais, fatos que “são multiconectados ou plurilocalizados” e que, portanto, podem ser regulados por mais de um ordenamento jurídico. Afirma-se que o direito internacional privado “estuda as normas jurídicas que visam à regulação – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos que se relacionam com mais de uma comunidade humana”⁵.

¹ Para Zygmunt Bauman, na globalização, as distâncias são reduzidas: “Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com ‘as distâncias não significando mais nada’, as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado”. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 25.

² Andrea Bonomi afirma que “a globalização é um fenômeno extremamente complexo, de natureza sobretudo econômica e social, cujos fatores mais significativos são a redução das barreiras aos intercâmbios internacionais de bens e serviços, a instauração de novos modelos transnacionais de produção, a expansão das comunicações e a criação de uma sociedade da informação de alcance mundial”. Estes fatores resultam em “um aumento das relações privadas transfronteiriças, tanto em âmbito mercantil e trabalhista quanto em âmbito familiar e sucessório”. BONOMI, Andrea. *Globalização e Direito Internacional Privado*. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159. Sobre o assunto, ver: MAGALHÃES, José Carlos. O mundo do século XXI. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 08-21. STAHLI, Jorge. Integración y globalización: relaciones peligrosas. In: ALTERINI, Atilio; NICOLAU, Noemi (Directores). *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización: homenaje al profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 229-242.

³ Percebe-se que “as relações privadas têm se tornado cada vez mais complexas, pois além de envolverem diversos atores internacionais que interagem em âmbito global, abarcam também uma enorme gama de situações juridicamente múltiplas e que exigem respostas elucidativas à luz do Direito estatal”. COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Direito Internacional Privado e Ordem Pública*. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 49.

⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 23.

⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 24.

O direito internacional privado tradicionalmente dividiu defensores do elemento de conexão⁶ nacionalidade e defensores do elemento de conexão domicílio para determinação do direito aplicável ao estado pessoal. O elemento de conexão residência habitual surge, por meio da Conferência da Haia⁷, a fim de superar essa dicotomia clássica em uma tentativa de uniformização das normas de conflitos⁸.

A utilização de um critério ou de outro justifica-se por meio da incidência do vínculo mais resiliente entre a pessoa e um determinado ordenamento jurídico. A busca

⁶ A presente tese utilizará as seguintes expressões, como sinônimas: “elementos de conexão”; “critérios de conexão”; “pontos de conexão”. O “elemento de conexão” está presente, tradicionalmente, na norma conflitual do direito internacional privado. Essas normas são denominadas indiretas ou indicativas quando destinadas a apenas referir qual é a lei a ser aplicável, ou normas qualificadoras quando irão indicar como deve ocorrer a interpretação e aplicação da norma indicativa ao caso concreto. Essas normas indicativas dividem-se em três partes: o objeto de conexão, o elemento de conexão e a consequência jurídica. O objeto de conexão destina-se à parte material da norma, referindo-se a fatos que possuam conexão internacional, enquanto os elementos de conexão possibilitam a determinação do direito aplicável, definindo qual lei deverá ser aplicada para um caso que possua conexão internacional, se a lei do foro ou a lei estrangeira. De acordo com Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior, pode-se entender elemento de conexão “como a parte da norma de Direito Internacional Privado que determina o direito aplicável, seja o nacional (do julgador), seja o estrangeiro”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 43. O foco será a análise da escolha por um ou outro critério de conexão. Nas palavras de André de Carvalho Ramos, “a escolha dos elementos de conexão feita à luz de uma transparente ponderação entre os direitos envolvidos evita que o combate a assimetrias e violação da justiça material repouse exclusivamente sobre a cláusula de ordem pública, que é o instrumento usualmente utilizado para vedar resultados ofensivos a direitos ocasionados pela regra de conexão”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 256.

⁷ As primeiras Convenções da Haia que utilizaram a expressão “residência habitual” referiam-se à tutela de menores em 1902, e à tutela de adultos em 1905, uma vez que a incapacidade do tutelado em adquirir um domicílio tornava o uso deste inadequado. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477. Danielle Bozin-Odhiambo destaca que a nacionalidade e o domicílio carecem de flexibilidade ao se tratar de matéria de família, principalmente quando se trata de pais com mobilidade que possuem diferentes nacionalidades e diferentes domicílios, retirando a eficácia destes dois elementos de conexão. A residência habitual que surge em Haia com o objetivo de proteger o melhor interesse da criança se mostrou como o mais adequado elemento de conexão a ser utilizado no direito de família, passando a ser utilizado também em outras áreas. BOZIN-ODHIAMBO, Danielle. Re-examining habitual residence as the sole connecting factor in Hague Convention child abduction cases. *Family Law Review*, 3 (1). Austrália, 2012. p. 05.

⁸ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477. Ainda sobre o tema, Paulo Borba Casella afirma: “Na medida em que se intensifica a ocorrência de relações pessoais, familiares, sucessórias, de responsabilidade, mas sobretudo comerciais entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado interno, bem como operadores econômicos vinculados a distintos ordenamentos, simultaneamente com a percepção das conseqüências da diversidade de sistemas e impossibilidade de eliminar tais diferenças, surgirão mecanismos para evitar conflitos negativos ou positivos, basicamente tendentes a evitar quer a incoerência como a superposição de distintas leis teoricamente aptas para tutelar determinada relação jurídica. Na escolha entre a unificação do direito material, a harmonização do direito conflitual, ou as técnicas mistas da uniformização, combinando elementos de direito material e direito internacional privado, pode esta última escolha ser canal e caminho mais rápido para a atuação e obtenção de resultados, de modo mais direto que a estrita harmonização de normas de conexão, ao mesmo tempo evitando tensões e desgastes que decorreriam da necessidade de substituição eventual de códigos inteiros”. CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 104.

pela lei mais próxima ao caso consiste na filosofia básica do direito internacional privado “que nada mais quer do que aplicar a cada situação transnacional, o direito que mais se aproxima, que mais tem a ver com a causa”, através do “sistema jurídico que mais condições têm de conhecer o fato, cujas normas foram criadas justamente para reger este fato”⁹.

Percebe-se, atualmente, que “o direito internacional privado, mesmo sob a forma de regras de conflito de leis, não é desprovido de valores fundamentais verdadeiros”¹⁰. Autores como Erik Jayme¹¹, Michael Bogdan¹², Horatia Muir Watt¹³, J. H. A. Van Loon¹⁴, Spyridon Vrellis¹⁵, Symeon Symeonides¹⁶ e André de Carvalho Ramos¹⁷ ratificam esse pensamento e defendem a interferência do direito dos direitos humanos nas normas de conflito do direito internacional privado, afastando-se da concepção clássica da disciplina.

Observa-se que o direito internacional privado clássico se isentou de culpa na eventual violação de direito que resultasse da aplicação das regras de conflitos rígidas e predeterminadas. Ao apresentar-se como uma disciplina de sobredireito¹⁸, sem se preocupar com o resultado material alcançado, o direito internacional privado clássico afastou-se da realidade globalizada existente atualmente, tornando-se uma disciplina

⁹ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2004. p. 143.

¹⁰ Tradução livre de: “*Le droit international privé, même sous la forme des règles de conflit de lois, n’est point dépourvu de vraies valeurs fondamentales. Il aspire à la justice, il la poursuit, et, dans une certaine mesure, la réalise déjà. Le respect de la libre volonté des parties, de leur égalité, de leurs attentes justifiées, de leur dignité humaine, ainsi que la protection de la partie faible ou des personnes ayant besoin d’une protection accrue, sont des manifestations importantes de cette réalisation*”. VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé a la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 468.

¹¹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 45.

¹² BOGDAN, Michael. Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 348. 2011. p. 77.

¹³ WATT, Horatia Muir. Discours sur les méthodes du droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 389. 2018. p. 397.

¹⁴ VAN LOON, J. H. A. The Global Horizon of Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 380. 2016. p. 63.

¹⁵ VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé a la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 468.

¹⁶ SYMEONIDES, Symeon C. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 384. 2015. p. 195.

¹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁸ Conforme André de Carvalho Ramos, “o método indireto molda o DIPr como sendo uma disciplina de sobredireito, consistindo em conjunto de normas sobre a aplicação espacial de outras normas, que regulam os fatos sociais”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 154-155.

inapta a atender as necessidades de uma sociedade que possui um número cada vez maior de relações jurídicas plurilocalizadas.

O princípio da proximidade surge, assim, como um instrumento associado ao direito internacional privado clássico. Em 1880, inspirado pela teoria de Friedrich Carl von Savigny, John Westlake menciona a preferência pela aplicação do direito do país com o qual a transação possuísse a conexão mais real¹⁹. A decisão do caso *Babcock v. Jackson*²⁰ consagra uma onda de ruptura do direito internacional privado clássico nos Estados Unidos da América, iniciada pós crise de 1929, ao descartar a visão tradicional do conflito de leis²¹, optando pela melhor lei para reger o caso²². Essa decisão consagra a presença do princípio da proximidade no direito internacional privado contemporâneo.

Paul Lagarde afirmava, já em 1986, que “a manifestação mais tangível e sem dúvida a mais significativa da resposta da Europa Ocidental ao desafio americano é justamente a extensão que está constantemente levando em nossos países o que eu acredito poder chamar de princípio da proximidade”²³. Entre as justificativas que permeiam a utilização desse princípio no conflito de leis, destaca-se a busca pela justiça uma vez que a “solução não depende mais de um fator de conexão abstrato, muitas vezes

¹⁹ Tradução livre de: “*Under these circumstances it may probably be said with truth that the law by which to determine the intrinsic validity and effects of a contract will be selected in England on substantial considerations, the preference being given to the country with which the transaction has the most real connection, and not to the law of the place of contract as such*”. WESTLAKE, John. *A Treatise on Private International Law, with principal reference to its practice in England: being in lieu of a second edition of the work published in 1858*. Londres: William Maxwell & son, 1880. p. 237.

²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals, case *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²¹ A expressão “conflito de leis” é utilizada no direito internacional privado para indicar um dos objetivos da disciplina. Um fato plurilocalizado possui relação com mais de um ordenamento jurídico, questionando-se, assim, qual das normas deveria ser aplicada para reger tal fato. A solução para esse conflito é um dos objetivos do direito internacional privado. Para André de Carvalho Ramos, a disciplina “estuda as normas jurídicas que visam à regulação – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana”. O direito internacional privado, no século XXI, “consiste em um conjunto de normas jurídicas nacionais e internacionais que regula (i) a escolha de uma regra de regência sobre fatos transnacionais que afetam a vida dos indivíduos e pessoas jurídicas”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 24-25.

²² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 45.

²³ Tradução livre de: “*La manifestation à mes yeux la plus tangible et sans doute la plus significative de la réponse européenne occidentale au défi américain est précisément l’extension que ne cesse de prendre en nos pays ce que je crois pouvoir appeler le principe de proximité*”. LAGARDE, Paul. *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 25.

inadequado a uma situação concreta, mas de uma conexão concretamente determinada para a situação considerada”²⁴.

Nesse sentido, a presente tese visa estudar a pessoa no direito internacional privado, analisando a inserção do princípio da proximidade na definição do direito aplicável e questionando a viabilidade de construção de um teste de proximidade para determinação do direito material aplicável ao estado pessoal, a partir dos novos paradigmas do princípio da proximidade no século XXI. Almeja, assim, solucionar os seguintes problemas de pesquisa: É possível pensar em uma solução ao conflito de leis em matéria de estado pessoal, independentemente de critérios de conexão predeterminados, por meio do princípio da proximidade? O direito internacional privado brasileiro possui regras de conflito materializadas (a partir da influência dos direitos humanos) que utilizam o princípio da proximidade? A execução de um teste de proximidade é capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos com a relação jurídica plurilocalizada, evitando o *lex forismo* e buscando uma interpretação baseada na proteção do indivíduo?

Para encontrar soluções aos questionamentos propostos, será utilizado o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais do direito internacional privado na determinação do direito aplicável ao estado pessoal por meio da busca constante pela conexão mais próxima. Posteriormente, a pesquisa focará em premissas particulares baseadas no direito internacional privado brasileiro, na reformulação da disciplina no século XXI e na viabilidade de execução de um teste de conexão mais próxima baseado nos novos paradigmas do princípio da proximidade.

A pesquisa será dividida em duas partes. A primeira parte será subdividida em dois capítulos. O primeiro capítulo da tese será destinado, em um primeiro momento, à pessoa e a busca pela conexão mais próxima no direito internacional privado, sendo realizada uma análise dos critérios de conexão prevalecentes em matéria de estado pessoal da fase clássica à atualidade (busca-se uma desconstrução da ideia de que uma única conexão previamente estabelecida seja capaz de ditar corretamente o direito mais próximo). Em

²⁴ Para Paul Lagarde, esse princípio expressa a ideia de vincular uma relação jurídica à ordem jurídica do país com o qual tem os vínculos mais estreitos. Difere-se fundamentalmente, assim, da doutrina de Savigny, que pensava que toda relação jurídica tinha um assento e que isso deveria ser liberado da natureza dessa relação jurídica, uma noção “abstrata e um tanto metafísica”. LAGARDE, Paul. *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 29.

um segundo momento, será apontada a ineficácia da norma de conexão clássica na garantia dos direitos humanos, uma vez que sobrecarrega o instituto da ordem pública.

O segundo capítulo, então, analisará o surgimento do princípio da proximidade no direito internacional privado, destacando os seus desdobramentos conceituais e alguns métodos criados para a determinação do vínculo mais próximo. O estudo da Revolução Americana torna-se fundamental para a compreensão do direito internacional privado existente atualmente, ditando características que interferem em diferentes legislações internas e convenções internacionais.

O objetivo dessa primeira parte é verificar a evolução das normas de conflito, a fim de compreender os motivos que levaram à flexibilização dos critérios e ao gradual abandono do método conflitual clássico (analisando a participação do princípio da proximidade). Esse primeiro momento buscará uma resposta à primeira pergunta da tese: É possível pensar em uma solução ao conflito de leis em matéria de estado pessoal, independentemente de critérios de conexão predeterminados, por meio do princípio da proximidade?

A segunda parte da pesquisa, então, será destinada à análise dos impactos dos novos paradigmas do princípio da proximidade nas normas de direito internacional privado, tendo por base a consideração da pessoa inserida em uma sociedade multicultural. Essa parte, assim como a primeira, englobará outros dois capítulos da tese. O terceiro capítulo iniciará abordando o multiculturalismo no direito internacional privado por meio da interferência direta dos direitos humanos na determinação do direito aplicável. Busca-se defender, nesse momento, uma aplicação coordenada entre os instrumentos de direito internacional privado e os instrumentos que estabelecem garantias e proteções aos indivíduos.

Já o quarto capítulo analisará o impacto dos novos paradigmas do princípio da proximidade em normas de conflito do direito internacional privado. Em um primeiro momento, então, serão delimitados os novos paradigmas do princípio da proximidade, a partir de uma interpretação baseada na proteção da pessoa, com o foco voltado à realidade brasileira. Em um segundo momento, a pesquisa analisará a viabilidade de execução de um teste de proximidade e a eventual preferência por uma normatização ampla que forneça maior liberdade ao operador do direito.

A segunda parte da pesquisa será guiada pela solução dos seguintes problemas de pesquisa: O direito internacional privado brasileiro possui regras de conflito materializadas (a partir da influência dos direitos humanos) que utilizam o princípio da

proximidade? A execução de um teste de proximidade é capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos com a relação jurídica plurilocalizada, evitando o *lex forismo* e buscando uma interpretação baseada na proteção do indivíduo?

A delimitação do direito aplicável ao estado pessoal exige uma reflexão sobre a presença da pessoa no sistema internacional da atualidade, que deixa de ser vista como um ser “nacional” e passa a ser vista como um ser “humano” de participação direta em transações internacionais. A definição do direito aplicável precisa estar em equilíbrio com os novos paradigmas do princípio da proximidade, diante de um direito internacional privado substancializado²⁵.

O direito aplicável ao estado pessoal passou dos critérios de conexão da nacionalidade e do domicílio para a prevalência do critério de conexão da residência habitual. Este surge no direito internacional privado como uma tentativa de solucionar a dicotomia clássica existente entre a nacionalidade e o domicílio. Percebe-se, nesse sentido, que os fundamentos que justificam a utilização da residência habitual no mundo globalizado, por vezes, se confundem com os fundamentos do princípio da proximidade. Isto porque a residência habitual procura aplicar o direito do local mais próximo à pessoa, local do seu centro de interesses.

²⁵ Nesse sentido, ver: LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 322. 2007. p. 9-242. LEQUETTE, Yves. Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé (2015). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 387. 2017. p. 9-644. LEQUETTE, Yves. Le droit international privé et les droits fondamentaux. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). *Libertés et droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2012, p. 115-141. KINSCH, Patrick. Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 318. 2005. p. 9-331. HARTLEY, Trevor C. The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 319. 2006. p. 9-324. GRAVESON, Ronald Harry. *Conflict of laws: private international law*. Indiana: Sweet & Maxwell, 1974. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 287. 2000. p. 9-426. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván: tribulaciones de un ser complejo. In: LABRANO, Roberto Ruiz Díaz (Org.). *Derecho internacional privado y derecho de la integración - Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013. p. 17-35. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Direitos adquiridos no direito internacional privado*. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 1996. MURPHY, Ewell E. Jr. The Vocabulary of International Law in a Post-Modern World. *Texas International Law Journal*. v. 23. n. 2. Spring 1988. p. 233-250. NUSSBAUM, Arthur. Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws. *Yale Law Journal*. v. 49 n. 6. 1940. p. 1027-1058. PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law: selected problems. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 210. 1988. p. 9-223. CRAWFORD, James. Multilateral Rights and Obligations in International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 319. 2006. p. 325-482. HARDER, Sirko. Convergence and Divergence in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 7. n. 3. December 2011. p. 649-664. LAGRANGE, Evelyne. L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 356. 2012. p. 239-552.

Ainda que, aparentemente, o objetivo da utilização do elemento de conexão residência habitual se confunda com os propósitos do princípio da proximidade, a sua incidência apresenta algumas limitações, uma vez que se configura como um critério territorial e predeterminado. O elemento de conexão residência habitual busca a aplicação da lei mais próxima à realidade da pessoa, ignorando a possibilidade de incidência de outro critério que venha a ser considerado mais próximo. As diretrizes normativas de direito internacional privado que serão aqui propostas, nesse sentido, permitirão a prevalência de outro critério que venha a ser, eventualmente, mais próximo à relação pessoal em questão.

A presente tese irá propor um teste de proximidade, mas não possui a pretensão de que esse teste seja inserido expressamente em uma legislação de direito internacional privado. O objetivo é que eventual teste seja utilizado como um guia na definição do vínculo mais estreito por meio de uma interpretação do princípio da proximidade preocupada com a proteção das partes envolvidas. A ampliação da liberdade do tomador de decisão gera riscos como a redução da segurança jurídica e a propensão à prevalência do direito do foro (*lex forismo*). Entende-se, no entanto, que esses riscos são menos graves do que as eventuais violações de direitos que a incidência de um critério de conexão predeterminado e rígido pode gerar.

Conforme Symeon Symeonides, a concepção clássica do processo de escolha do direito como “um exercício blindado de valor neutro é ou errado ou ultrapassado”. Para o autor, o dilema existente hoje “não é (e nunca deveria ter sido) uma escolha entre conflitos, justiça e justiça material”, e sim uma questão de “quando, como e quanto o desiderato da justiça material deve moderar a busca por conflitos de justiça”²⁶.

O direito internacional privado é reformulado no século XXI, de modo que os seus principais institutos, tal como o princípio da proximidade, também devem ser repensados. Demonstra-se fundamental a averiguação dos novos paradigmas que permeiam a incidência do princípio da proximidade na sociedade atual. O foco deixa de

²⁶ Tradução livre de: “Thus, the classical conception of the choice-of-law process (statutory or judicial) as a blindfolded, value-neutral exercise is either wrong or outdated. During the last 50 years, we have moved from an era in which material justice was officially unmentionable to an era in which it has become an important and, in some instances, co-equal goal to conflicts justice. Today, the dilemma is no longer (and perhaps it never should have been) an “either/or” choice between conflicts justice and material justice. Rather, it is a question of when, how, and how much the desideratum of material justice should temper the search for conflicts justice”. SYMEONIDES, Symeon C. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 384. 2015. p. 254-255.

ser a simples indicação da “lei” mais próxima, e passa a ser a busca pelo “direito” que possua vínculos mais estreitos.

Parte-se do pressuposto de que existem direitos humanos básicos que devem ser respeitados, uma vez que o direito internacional privado não é uma disciplina que se encontra acima das disposições universais de proteção à pessoa. Essa preocupação deve permear a indicação do direito aplicável a um caso que possua elementos plurilocalizados. Nesse sentido, Silvia Marino afirma que é preciso investigar se existem diretrizes gerais para a construção de um sistema de direito internacional privado baseado nos direitos fundamentais, definindo como devem ser estruturados os critérios de conexão: “o objetivo é garantir sua proteção de forma preventiva, sem a necessidade de invocar os direitos humanos como remédio”²⁷.

²⁷ Silvia Marino afirma, nesse sentido, que há uma referência cada vez mais frequente aos direitos fundamentais (ou a um conjunto específico de direitos) nos considerandos dos regulamentos da União Europeia sobre cooperação judiciária civil, o que evidencia uma importante escolha política. Tradução livre de: “È necessario indagare se esistano linee direttrici generali per la costruzione di un sistema di diritto internazionale privato improntato ai diritti fondamentali, e come debbano essere strutturati criteri di collegamento che vi rispondano in quanto tali, indipendentemente dal contenuto della legge individuata. L'obiettivo è di garantirne la tutela in via preventiva, senza che sia necessario invocare i diritti dell'uomo come correttivo. L'esistenza di una soluzione positiva al problema è scontata. Formalmente è riscontrabile un sempre più frequente richiamo dei diritti (o di una serie determinata di diritti) fondamentali nei considerando dei recenti regolamenti dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria civile, ma ciò evidenzia un'importante scelta politica, e non è garanzia della loro effettiva realizzazione”. MARINO, Silvia. Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 118.

PARTE I. A PESSOA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O direito internacional privado tem como objetivo a determinação do direito aplicável e da jurisdição em casos que possuam conexão com mais de um Estado, mais de um ordenamento jurídico. A disciplina preocupa-se também com a homologação de sentenças estrangeiras, e com as iniciativas de cooperação jurídica internacional. O objeto do direito internacional privado é amplo, o que não representa um aspecto negativo, e inclui “o conflito de leis interespacial, a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, os direitos adquiridos, o conflito de jurisdições, a competência internacional e o reconhecimento de sentenças estrangeiras”²⁸.

O direito internacional privado pode ser sistematizado em quatro fases históricas: “(i) a fase precursora (Antiguidade à Idade Média europeia); (ii) a fase iniciadora (final da Idade Média europeia até o início do século XIX); (iii) a fase clássica (século XIX até meados do século XX) e a fase contemporânea (meados do século XX ao presente)”²⁹. A consolidação da disciplina, no entanto, ocorreu na fase clássica, ao final do século XIX, como consequência da forte expansão capitalista industrial. Os avanços do direito internacional privado em sua fase clássica se mantem até a atualidade e os seus reflexos ainda são visíveis nas principais legislações da disciplina.

Essa primeira parte da pesquisa, assim, será dividida em dois capítulos. O primeiro capítulo irá comparar as normas de direito internacional privado destinadas à definição do direito aplicável ao estado pessoal da fase clássica até a atualidade, analisando o confronto existente entre os principais elementos de conexão (nacionalidade, domicílio e residência habitual) e a garantia dos direitos humanos. Já o segundo capítulo será destinado, exclusivamente, ao princípio da proximidade no direito internacional privado, desde o seu surgimento até a sua consagração com a Revolução Americana.

O objetivo dessa primeira parte da tese é solucionar o seguinte problema de pesquisa apresentado: É possível pensar em uma solução ao conflito de leis em matéria de estado pessoal, independentemente de critérios de conexão predeterminados, por meio do princípio da proximidade? A resposta a esse questionamento será fundamental para o desenvolvimento, posteriormente, da segunda parte da tese. Pretende-se, então,

²⁸ DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 4.

²⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 28.

demonstrar a evolução das normas de conexão do direito internacional privado clássico até as normas de conexão do direito internacional privado do século XXI, de modo que estas últimas fundamentarão a parte final desse estudo.

CAPÍTULO 1. NACIONALIDADE, DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA HABITUAL: O CONFRONTO ENTRE O MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO E A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Com a globalização e a diluição das barreiras³⁰ físicas, o número de relações jurídicas plurilocalizadas aumentou, exigindo cada vez mais soluções do direito internacional privado. O aumento dessas relações jurídicas plurilocalizadas tornou visível os problemas existentes na teoria do direito internacional privado clássico, demonstrando a fragilidade que as normas, até então previstas, possuíam. O reflexo direto da globalização³¹ é um número crescente de relações jurídicas internacionais – que possuem conexão internacional e que exigem cada vez maior incidência da disciplina³².

O primeiro capítulo dessa pesquisa, assim, analisará a pessoa no direito internacional privado clássico, averiguando as normas de conexão predominantes, bem como os métodos utilizados para definição da lei aplicável. O objetivo é compreender a evolução normativa do direito internacional privado e os motivos que justificaram a ascensão de elementos de conexão rígidos – como a nacionalidade e o domicílio – na fase clássica, e a sua descensão na atualidade, compreendendo o surgimento de critérios de conexão flexíveis no direito internacional privado de um mundo globalizado, com a ascensão do elemento de conexão residência habitual e do princípio da proximidade.

Esse capítulo será subdividido em duas seções. A primeira seção será destinada à análise dos principais elementos de conexão utilizados para determinar o direito aplicável às relações pessoais: a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual. É possível observar divergências significativas no que se refere ao critério de conexão mais adequado à determinação da lei aplicável ao estado pessoal no direito internacional

³⁰ Conforme Ignacio Ramonet, “um estilo de vida semelhante se impõe de um extremo ao outro do planeta, divulgado pela mídia e prescrito pela intoxicação da cultura de massa”. RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do Caos*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998. p. 47.

³¹ Conforme Zygmunt Bauman, na globalização, as distâncias são reduzidas: “Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com ‘as distâncias não significando mais nada’, as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado”. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 25.

³² Observa-se que em função deste ambiente globalizado, “passam a surgir conflitos jurídicos entre particulares que dependem de uma resposta jurisdicional que transcende as fronteiras nacionais, nascendo aí, a necessidade de uma cooperação jurídica internacional”. VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coord.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 170.

privado. Tradicionalmente, a doutrina dividiu-se entre aqueles que defendiam o critério de conexão do domicílio e aqueles que defendiam o critério de conexão da nacionalidade. Essa dicotomia permeou o direito internacional privado clássico, em momento que se acreditava haver apenas uma solução possível para a determinação da lei aplicável.

Após a compreensão da evolução normativa do direito internacional privado, o objetivo, na segunda seção, passa a ser demonstrada a ineficácia do método conflitual clássico na garantia dos direitos das partes envolvidas: qualquer violação de direitos deve ser corrigida posteriormente à determinação da lei aplicável, por meio da invocação da cláusula de ordem pública (que não busca a solução mais justa ou favorável, e sim apenas afasta a incidência do direito estrangeiro para a utilização do direito do foro).

1.1. A (des)construção do método conflitual clássico: entre a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual

A consolidação do direito internacional privado ocorre com a forte expansão capitalista industrial na Europa, no século XIX, representando o início da fase clássica. Observa-se uma divisão entre o internacional e o nacional, a partir de uma nacionalização do direito internacional privado, “consagrando a ambiguidade da matéria, que regula a gestão da diversidade normativa e jurisdicional por intermédio de normas nacionais”³³. O século XIX presencia “o surgimento de normas de direito internacional privado em códigos civis de vários países, como França (1804), Itália (1865) e Alemanha (1896)”³⁴.

Desde então, observa-se o entendimento de que cada Estado é responsável pela escolha de um ou outro elemento de conexão que será responsável por indicar a lei aplicável a um fato transnacional. Assim, cada Estado “estabelece, individualmente, mediante a escolha do elemento de conexão, isto é, a parte da norma do direito internacional privado designativa do direito aplicável, a relação mais estreita com uma determinada ordem jurídica”³⁵.

A escolha entre dois sistemas jurídicos conectados a um fato transnacional resultava, na maioria das vezes, em uma decisão entre o ordenamento jurídico do foro e

³³ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 36.

³⁴ DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 14.

³⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35.

um ordenamento jurídico estrangeiro, de modo que “durante séculos a inclinação generalizada era escolher a lei própria, em uma manifestação particularista, nacionalista, egoísta, introvertida”³⁶. Nos meados do século XIX, no entanto, com o nascimento do moderno direito internacional privado, passou-se a reconhecer que certas situações exigiam que se abrisse mão do direito do foro para a aplicação do direito estrangeiro”³⁷.

A fase clássica do direito internacional privado foi muito importante para o desenvolvimento da disciplina e dos critérios de conexão destinados a determinar a lei aplicável a uma relação jurídica transnacional. Para os pensadores da fase clássica, para cada relação transnacional haveria um único critério de conexão apto a indicar a lei aplicável. A função do operador do direito seria apenas aplicar a lei que aquele critério predeterminado indicasse, afastando a incidência da norma de qualquer análise de direito material.

O método conflitual clássico corresponde ao método indireto rígido “justamente porque ele indica o direito aplicável, sem se preocupar – em geral – com o resultado de tal aplicação”³⁸. Para a incidência do método conflitual no direito internacional privado importa a identificação da relação jurídica, da sede ou centro dessa relação e da localização dessa sede por meio de um ordenamento jurídico nacional. Esse método indireto rígido é adotado pelo Brasil na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) a partir da previsão de um critério de conexão que deverá ser utilizado pelo juiz sem que este “possa valorar sua aplicação e analisar se a solução proposta é a mais adequada ao fato transnacional”³⁹.

Entre os três⁴⁰ principais pensadores da fase clássica, no entanto, não houve consenso quanto ao elemento de conexão mais adequado a determinar a lei aplicável ao estado pessoal: Joseph Story (1779-1845), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888).

³⁶ DOLINGER, Jacob. Da “Dignidade da Diferença” ao Moderno Direito Internacional Privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 135.

³⁷ DOLINGER, Jacob. Da “Dignidade da Diferença” ao Moderno Direito Internacional Privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 135.

³⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 154.

³⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 155.

⁴⁰ Erik Jayme afirmou, na introdução da obra “Sistema do Direito Romano Atual” de Savigny, traduzido por Ciro Mioranza, em 2004: “Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) é um dos três ‘grandes’ autores do Direito Internacional Privado do século XIX, ao lado de Joseph Story (1779-1845) e Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)”. JAYME, Erik. Introdução. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 15.

Joseph Story (1779-1845) publicou, em 1834, a obra “*Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*”. O autor acreditava que o direito internacional privado era, em sua essência, direito nacional. Assim afirmava, ao se referir à territorialidade: “as leis de um país não podem ter força intrínseca e próprio vigor, exceto dentro dos limites territoriais e jurisdição desse país”⁴¹.

A aplicação do direito estrangeiro dependeria exclusivamente da vontade do legislador pátrio, acentuando a territorialidade do direito por meio da aplicação da lei nacional, de modo que nenhuma outra nação estaria obrigada a prestar a menor obediência a essas leis⁴². Para o autor, admitia-se a aplicação da lei estrangeira apenas como ato de cortesia, exaltando a soberania do Estado julgador⁴³. Afirma-se que “Story continuou a tradição estatutária, optando por estabelecer os limites espaciais das leis, em uma abordagem unilateralista focada na ênfase na soberania do Estado”⁴⁴.

Conforme Joseph Story, o estado pessoal, a capacidade e a condição da pessoa seriam regulados de acordo com a lei do seu domicílio, referente a atos praticados, direitos adquiridos e contratos celebrados nesse mesmo local. No entanto, quando presentes atos praticados em outros países, o estado pessoal, a capacidade e a condição da pessoa seriam regulados pela lei deste país, do país onde o ato foi celebrado⁴⁵. Desse modo, o autor

⁴¹ Tradução livre de: “*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*”. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 07.

⁴² Tradução livre de: “*No other nation, or its sub jects, are bound to yield the slightest obedience to those laws*”. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 07.

⁴³ Segundo Joseph Story: “Seja qual for a força extraterritorial que eles devem ter, é o resultado, não de qualquer poder original para estendê-los no exterior, mas desse respeito, que por motivos de política pública, outras nações estão dispostas a ceder a eles, dando-lhes efeito, como a frase é, *sub mutiue vicissitudinis obtentu*, com uma consideração sábia e liberal para a conveniência comum e as necessidades mútuas”. Tradução livre de: “*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, sub mutiue vicissitudinis obtentu, with a wise and liberal regard to common convenience and mutual necessities*”. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 08.

⁴⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 37.

⁴⁵ STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 96.

defendia que questões envolvendo o estado pessoal deveriam ser regidas pela lei do local onde o ato ou o contrato foi celebrado – *lex loci contractus aut actus* – e não pela lei do local do domicílio de nascimento ou do domicílio fixo⁴⁶. O entendimento era de que nenhuma nação possuía obrigação de ceder “suas próprias leis, em relação aos seus próprios súditos, às leis de outras nações”⁴⁷, de forma que o Estado deveria decidir até que ponto adotaria ou rejeitaria atos ou contratos celebrados no território de um país estrangeiro.

O princípio da territorialidade, defendido por Joseph Story, foi fortemente criticado. A sua incidência, sem restrições, desrespeitaria o estrangeiro e violaria os princípios de direito internacional. Conforme Jacob Dolinger, “o princípio da territorialidade, que manda aplicar invariavelmente a *lex fori*, inclusive para os estrangeiros de passagem pelo país, representa o desprezo a quase oitocentos anos de evolução do direito internacional privado”⁴⁸.

O autor que revolucionou o direito internacional privado, no entanto, foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), com a teoria da universalidade das formas de conflitos de leis no espaço⁴⁹. Crítico do princípio da territorialidade, Savigny afirmava: “longe de desconhecer a verdade desses princípios, quero levá-los até seus limites extremos, mas acredito que não possam ajudar muito na solução do problema”⁵⁰. A lei mais adequada deveria partir da própria relação jurídica, de modo que nada impediria um Estado de aplicar a norma de direito interno de outro Estado.

⁴⁶ Tradução livre de: “Hence we may deduce, as a corollary, that in regard to questions of minority or majority, competency or incompetency to marry, incapacities incident to coverture, guardianship, emancipation, and other personal qualities and disabilities, the law of the domicil of birth, or of other fixed domicil, is not generally to govern, but the *lex loci contractus aut actus*, the law of the place, where the contract is made, or the act done”. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 97.

⁴⁷ STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 98.

⁴⁸ Conforme Jacob Dolinger: “O princípio da territorialidade, que manda aplicar invariavelmente a *lex fori*, inclusive para os estrangeiros de passagem pelo país, representa o desprezo a quase oitocentos anos de evolução do direito internacional privado, que nos ensina que a Justiça de cada país há de reconhecer, conhecer e aplicar normas jurídicas estrangeiras quando a pessoa, a coisa ou o ato jurídico tiverem maior ligação com o direito estrangeiro do que com o sistema jurídico do foro”. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 299.

⁴⁹ Nas palavras do autor: “Os princípios que acabo de expor sobre a possibilidade e as vantagens que haveria em regulamentar de comum acordo a colisão dos direitos locais se encontram em grande parte realizados pelos tratados celebrados a esse respeito entre diferentes Estados, sobretudo entre Estados vizinhos, onde os casos de colisão são mais frequentes”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 51.

⁵⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 48.

Para Savigny, não haveria diferença entre os nacionais e os estrangeiros, uma vez que estes seriam equiparados. Essa equiparação estaria relacionada ao objetivo do direito internacional privado, ou seja, a harmonia internacional das decisões⁵¹. A harmonia das decisões dependeria da vontade dos Estados e seria uma consequência da universalidade das normas de conflitos – todos os Estados adotariam o mesmo elemento de conexão, de modo que as decisões, quando presente um elemento de estraneidade, obteriam o mesmo resultado, independentemente do local em que fossem proferidas. Nas palavras do autor, “no caso de colisão das leis, a decisão tomada sobre a relação jurídica seria sempre a mesma, qualquer que fosse o país em que a sentença tivesse sido pronunciada”⁵².

Ao abordar o conflito de direitos territoriais envolvendo Estados diferentes, Friedrich Carl von Savigny, propõe uma fórmula para a indicação do ordenamento jurídico mais adequado: “procurar para cada relação jurídica, o domínio do direito ao qual essa relação pertence por sua natureza (onde essa relação tem sua sede)”⁵³. O fundamental seria a determinação de que na relação jurídica em questão existe um elemento de estraneidade, uma conexão internacional. Cada relação jurídica possuiria uma sede, que seria o elemento determinante para indicar o ordenamento jurídico incidente. Assim, “o direito local aplicável em todos os casos de colisão é aquele do local em que se reconheceu a sede da relação jurídica, que deve ser cuidadosamente distinguida do domicílio da pessoa”⁵⁴.

Observa-se, nesse sentido, que é indispensável “atribuir a cada categoria de relações jurídicas uma determinada sede, o que exige a investigação de elementos existentes em cada relação jurídica, como, por exemplo, o lugar da situação de um bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, etc”⁵⁵. Nesse sentido, Savigny apresenta, em sua obra, as relações de fato que podem determinar a sede de uma relação jurídica: “o

⁵¹ Conforme Savigny, “quanto mais as relações entre os diferentes povos forem numerosas e ativas, tanto mais se deve estar convencido de que é necessário renunciar a esse princípio de exclusão para adotar o princípio contrário. Isso é requerido pela almejada reciprocidade no tratamento das relações jurídicas para estabelecer, diante da Justiça, entre os estrangeiros e os autóctones, uma igualdade vantajosa no interesse dos povos e dos indivíduos”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁵² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁵³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 112.

⁵⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 119.

⁵⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 38.

domicílio de uma das pessoas que diz respeito à relação jurídica; o local em que se encontra uma coisa que constitui o objeto da relação jurídica; o local de um ato jurídico realizado ou a realizar; o local do tribunal que deve decidir um litígio”⁵⁶.

O autor passa a explanar, então, sobre a sede das principais relações jurídicas, elencando o elemento de conexão mais adequado para indicar a lei aplicável. Para Savigny, o direito aplicável aos diferentes estados da pessoa, que determinam a sua capacidade jurídica e a sua capacidade de agir, é o direito local, “ao qual essa pessoa está sujeita por força de seu domicílio”⁵⁷ (*lex domicilii*⁵⁸). Em raciocínio semelhante, o autor afirma que os direitos reais serão julgados “de acordo com o direito do local em que a coisa se encontra (*lex rei sitae*)”⁵⁹.

A teoria formulada por Friedrich Carl von Savigny revolucionou o direito internacional privado, representando um giro copernicano⁶⁰ na disciplina. Como afirma Erik Jayme, “para determinar a lei aplicável a um caso com elementos de estraneidade, importa a sede da relação jurídica”, deixando a norma e voltando-se aos fatos da vida, “do Estado, para a pessoa humana”⁶¹. Importa ratificar que, o aspecto central do modelo proposto por Savigny (a identificação da relação jurídica e a sua regulação pela lei do seu centro ou sede) “é peça-chave no Direito Internacional Privado no Brasil e no mundo até os dias de hoje”⁶².

⁵⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 119.

⁵⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 128.

⁵⁸ Este elemento de conexão é utilizado no direito internacional privado brasileiro, sendo previsto no artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “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, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 02 jun. 2019.

⁵⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 151. Este elemento de conexão é utilizado no direito internacional privado brasileiro, sendo previsto no artigo 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”. BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 02 jun. 2019.

⁶⁰ Nesse sentido, André de Carvalho Ramos afirma: “Rompeu-se, em verdadeiro giro copernicano, com as teorias estatutárias, cujo foco era a regra (os estatutos) e seus limites de aplicação: territorial ou extraterritorial. Na visão de Savigny, o foco deve ser na relação jurídica transnacional, cujas características e natureza apontariam à sua sede, sendo a lei da sede o direito mais adequado para a regência de tal relação”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 38.

⁶¹ JAYME, Erik. Introdução. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 15.

⁶² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 40.

O terceiro grande nome do direito internacional privado na fase clássica foi Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), conhecido por defender a nacionalidade como o elemento de conexão mais adequado a determinar a lei aplicável ao estado pessoal, defendendo a personalidade do direito⁶³. A doutrina do autor baseou-se em três fundamentos: a nacionalidade, a liberdade e a soberania. A nacionalidade corresponderia ao elemento de conexão dominante, de forma que para a solução do conflito deveria ser aplicada a lei da nacionalidade da pessoa no tocante, por exemplo, a sua capacidade, relações familiares e sucessórias. As fronteiras naturais do território conferem “aos habitantes uma conformidade maior nas condições do desenvolvimento físico e moral e, portanto, maior capacidade de vínculos jurídicos recíprocos”⁶⁴.

O princípio da liberdade, para o autor, atuaria de forma conjunta com a nacionalidade, afirmando que “em cada nação, esta liberdade não pode ter outro limite senão onde começa a violação da liberdade igual que é necessário respeitar em todas as outras”⁶⁵. Esse princípio estaria conectado ao fato de que as partes poderiam escolher o direito a ser aplicado dentro dos limites estabelecidos pela lei, reconhecido como a autonomia da vontade.

Pelo princípio da soberania, Mancini defendia que o direito estrangeiro não seria aplicado quando fosse contrário à ordem pública nacional, tendo em vista que a soberania do Estado protegeria os seus interesses. Os princípios de direito internacional privado estariam entrelaçados ao direito internacional público, possuindo validade universal: a aplicação do direito estrangeiro, quando evidenciada, seria obrigatória para os juízes em todos os Estados⁶⁶.

Sob esta perspectiva, a lei da nacionalidade seria fundamental para o sujeito (transportava as suas origens, características e culturas), e corresponderia ao vínculo

⁶³ Conforme Pasquale Stanislao Mancini: “A raça, expressão de uma identidade de origem e de sangue, é outro importante elemento constitutivo da nação. É exatamente com essa relação que a nação mais retrata a família”. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 57.

⁶⁴ MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 57.

⁶⁵ O autor, assim afirma: “O direito de nacionalidade, portanto, não é senão a mesma liberdade do indivíduo, estendida ao desenvolvimento comum do agregado orgânico dos indivíduos que formam as nações. A nacionalidade não é senão a explicação coletiva da liberdade e, no entanto, é coisa santa e divina como a própria liberdade”. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 63.

⁶⁶ Mancini afirma que: “Se não nos iludimos, ele é recomendado também pela admirável simplicidade que pode introduzir na ciência do Direito das Gentes, a qual, sob a proteção da lei suprema do Direito Universal, viria assim dispor-se e girar totalmente em torno de uma única ideia, causa e limite de todas as outras. De fato, único seria e sempre o mesmo, neste sistema, o sujeito do direito entre os povos, a nacionalidade”. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 79.

jurídico-político que une uma pessoa ao Estado do qual ela é natural⁶⁷. O aspecto geográfico separaria o mundo em diferentes famílias, que dentro de determinado território possuiriam características específicas, de modo que a natureza determinaria “o gênero da vida e a direção do desenvolvimento nacional”⁶⁸.

Percebe-se, assim, que o êxito do direito internacional privado na fase clássica foi a consolidação do método conflitual como solução para o conflito de leis, que perdura até os dias atuais em um número significativo de legislações⁶⁹. Importa salientar que “o método conflitual não soluciona a lide interespaçial, indicando apenas a legislação, do foro ou estrangeira, que dirimirá o feito”⁷⁰. O objetivo da disciplina seria apenas indicar a lei aplicável, não importando a solução material encontrada no caso concreto. Nesse sentido, “a maior crítica ao método conflitual é que ele esvaziou e despoltizou o DIPr, apresentando a disciplina como pretensamente neutra em face dos diversos litígios regulatórios na sociedade internacional”⁷¹.

Por anos, a doutrina dividiu-se entre dois elementos de conexão principais para determinação da lei aplicável ao estado pessoal: a nacionalidade e o domicílio. Estes dois elementos de conexão se apresentam como conceitos jurídicos apegados a valores socialmente presentes desde os tempos coloniais. O elemento de conexão domiciliar predominou na maior parte dos ordenamentos jurídicos da América Latina, sendo adotado pelo Brasil apenas em 1942⁷².

A utilização do elemento de conexão domiciliar visava o acolhimento do imigrante, reconhecendo que este conheceria melhor as leis do país onde vive, dentro da

⁶⁷ Edgar Carlos de Amorim assim a define, ao distinguir a nacionalidade da cidadania: “Já definimos o que venha a ser nacionalidade: vínculo jurídico-político que une a pessoa ao Estado. A cidadania, entretantes, não é sinônimo de nacionalidade, porém uma decorrência do estado de ser a pessoa natural cidadã ou cidadão. Em assim sendo, é a cidadania o conjunto de direitos civis e políticos de que dispõe essa mesma pessoa física, podendo, em consequência, desempenhar funções públicas, atividade profissional, comercial, empresarial, votar, ser votado para qualquer cargo da trindade estatal, pertencer a partidos políticos, enfim, exercer os atos da vida civil em toda a plenitude. AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

⁶⁸ MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 55.

⁶⁹ Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior afirmam que “classicamente o DIPr utiliza o método conflitual, que conduz a uma das ordens jurídicas envolvidas, à qual caberá dirimir a lide. Esse método é o mais usado, inclusive no Brasil, postura que tende a prevalecer por mais tempo”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 21.

⁷⁰ DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 21.

⁷¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 157.

⁷² BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 02 jun. 2019.

sociedade que escolheu integrar. Conforme Jacob Dolinger⁷³, os interesses da pessoa que irá contratar com o imigrante também estariam melhor protegidos, uma vez que a relação seria regulada pelo direito local.

Outro benefício alegado a favor do critério domiciliar seria de que, com cada vez mais relações familiares formadas por pessoas de nacionalidades diferentes, o uso do domicílio simplificaria as relações jurídicas, uma vez que uma nacionalidade não poderia ser considerada mais importante que outra⁷⁴. São determinadas vantagens⁷⁵ defendidas por doutrinadores que consideram o domicílio como o elemento de conexão mais apropriado para a solução de conflitos no espaço e que são adeptos da teoria defendida por Savigny.

A utilização do elemento de conexão domicílio, tal como propôs Savigny, seria baseada na uniformização do direito internacional privado e resultaria em uma harmonia das decisões proferidas por diferentes Estados: caso os Estados uniformizassem as suas normas, todos utilizariam o mesmo critério de conexão e conseqüentemente encontrariam a mesma solução para o conflito de leis em uma relação jurídica transnacional. O domicílio, no entanto, não conseguiu a aplicação universal idealizada pelo autor: era considerado um critério instável que gerava incerteza e insegurança jurídica. Destaca-se, ainda, o problema de qualificação⁷⁶ enfrentado por este elemento de conexão: o conceito de domicílio no sistema jurídico romano-germânico era diferente do conceito de domicílio no sistema jurídico anglo-saxônico. Dessa forma, muitos países optaram pela utilização do elemento de conexão nacionalidade.

Enquanto em âmbito mundial, a disputa clássica dividiu Friedrich Carl von Savigny e Pasquale Stanislao Mancini que defendiam, respectivamente, os elementos de

⁷³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 297-298.

⁷⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 298.

⁷⁵ CARVALHO RAMOS, André de. Estatuto pessoal no direito internacional privado: evolução e perspectivas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*. v. 110. jan./dez. 2015. p. 455.

⁷⁶ A diferenciação conceitual do elemento de conexão domicílio resulta no “conflito de qualificações”. Nesse sentido, Fernando Pedro Meinero afirma: “Mas se as qualificações se constroem para categorias estabelecidas por normas de fonte interna, existirá sempre a possibilidade de que, seguindo o exemplo citado, o domicílio seja qualificado pelas normas de outro país de forma diversa. Essa simples diferença pode resultar no que se conhece como conflito de qualificações, questão que permeia todo o DIPr”. MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 94/95. Nesse sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes afirma que “a variedade de conceituação de domicílio nas legislações dos vários países, a diversidade de elementos integrantes, consoante o critério de cada grupo de legislações, a maneira diferente no regulamentar os requisitos da aquisição, mudança e perda de domicílio, tudo isso influi consideravelmente no problema interestatal”. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 21.

conexão domicílio e nacionalidade, no âmbito brasileiro a disputa dividiu Augusto Teixeira de Freitas e José Antônio Pimenta Bueno.

Augusto Teixeira de Freitas⁷⁷ foi o responsável pelo “primeiro projeto orgânico, elaborado com base científica, de legislação de direito internacional privado do Brasil e das Américas”⁷⁸. No esboço do projeto, o autor demonstrou a sua aproximação à doutrina de Savigny, determinando que a capacidade ou incapacidade de pessoas domiciliadas no Brasil, independente da pessoa ser nacional ou estrangeira, seriam reguladas pela lei brasileira, ainda que os atos fossem praticados em país estrangeiro ou envolvessem bens existentes em país estrangeiro⁷⁹. A obra de Teixeira de Freitas⁸⁰ “exerceu considerável influência na América do Sul, sendo as suas ideias adotadas pelo Código Civil da Argentina, e por muitos juristas”⁸¹, influenciando ordenamentos jurídicos de países como Paraguai, Peru e Uruguai⁸².

Já José Antônio Pimenta Bueno foi, no Brasil, o grande defensor do elemento de conexão nacionalidade, que seria adotado pelo país na Introdução ao Código Civil (CC) de 1916 e perduraria até 1942 (modificado pelo advento da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC). Conforme o autor, cada país possui uma norma sobre o estado pessoal “que acompanha os seus nacionais em toda e para toda e qualquer parte”⁸³.

Assim, o artigo 8º da Introdução do Código Civil de 1916 adotava o elemento de conexão nacionalidade para reger o estado pessoal: “a lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime

⁷⁷ Conforme Teixeira de Freitas, “em um Código Civil há matéria vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos, portanto podem auxiliar-me na feliz execução desta empresa patriótica; com a discussão dos princípios os que forem mais versados, e os outros com esses reparos e advertência mínimos que não são para desprezar. O essencial é que cada um o faça em boa-fé, que não procure exceder-se, que não se esforce em vão por parecer o que não for”. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952. p. 03.

⁷⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

⁷⁹ “Art. 26 A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto a pessoas domiciliadas em qualquer seção do território do Brasil, ou sejam nacionais ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis deste Código, ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro”. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952. p. 29-30.

⁸⁰ No Brasil, no entanto, o projeto elaborado por Teixeira de Freitas não teve, a seu tempo, o reconhecimento legislativo que se esperava. Em 1905, a jurisprudência firmava-se no sentido de incidir a lei nacional para reger o estatuto pessoal, tendo sido o elemento de conexão prestigiado pelo governo brasileiro e que predominou nos projetos de código civil que surgiram no período. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 49.

⁸¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 48.

⁸² DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 23

⁸³ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyp. Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 14.

dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira”⁸⁴. A opção brasileira pela utilização do elemento de conexão nacionalidade isolava⁸⁵ o país no continente americano, uma vez que os países vizinhos utilizavam o critério domiciliar.

Em 1942, no entanto, o elevado número de estrangeiros em território brasileiro exigia a incidência de diferentes ordenamentos jurídicos. Durante o período de guerra, “várias foram as levas imigratórias em direção ao Brasil”, de modo que ocasionou “um número de situações em que famílias estrangeiras, domiciliadas no Brasil, continuavam vinculadas a suas leis nacionais”⁸⁶. Nas palavras de Louis de Winter, “não foi por acaso que em um país como o Brasil, onde muitos imigrantes se instalaram, se reconheceu, em 1942, que o princípio da nacionalidade não poderia mais ser respeitado”⁸⁷.

O Brasil abandonou, então, o elemento de conexão nacionalidade com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB)⁸⁸, introduzido pelo Decreto-lei nº 4.657 em 1942. O artigo 7º, nesse sentido, adotou o critério defendido por Savigny e por Teixeira de Freitas, determinando que “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”⁸⁹. Na falta do domicílio, o elemento de conexão que regerá o estado pessoal seria a do local da sua residência ou do local em que se encontre.⁹⁰ Percebe-se que o elemento de conexão

⁸⁴ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 02 jun. 2019.

⁸⁵ Nas palavras de Gustavo Monaco, “a posição do Estado brasileiro, isolada no contexto latino-americano, de se manter fiel à nacionalidade como elemento de conexão dificulta algumas das importantes iniciativas de uniformização das regras de conflito no contexto continental, de que são exemplos o Tratado de Direito Civil, de Montevidéu, de 1889, e a Convenção de Havana de Direito Internacional Privado, de 1928 (Código Bustamante)”. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 24.

⁸⁶ Nas palavras do autor, “os casais e as relações parentais existentes em um tal contexto eram subsumidos às normas vigentes nos Estados estrangeiros, induzindo comportamentos que, muitas vezes, destoavam dos valores professados pela sociedade brasileira”. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 25.

⁸⁷ DE WINTER, Louis. Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 429-430.

⁸⁸ Em 2010, a Lei nº 12.376 alterou a nomenclatura da Lei de Introdução ao Código Civil que passou a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A Lei nº 12.376 de 2010 alterou, então, a ementa do Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 (até então LICC) determinando no artigo 1º que estaria “ampliando o seu campo de aplicação” e no artigo 2º que a ementa do Decreto-Lei passaria a vigorar com a redação “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

⁸⁹ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 02 jun. 2019.

⁹⁰ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 02 jun. 2019.

da residência foi utilizado como um critério subsidiário ao domicílio. Essa redação perdura até os dias atuais, e todas as tentativas de atualização normativa fracassaram.

A sequência do artigo 7º apresentou regras de conexões para diferentes áreas da vida pessoal. O § 1º, por exemplo, determinou que, ao casamento realizado no Brasil, deveria ser aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos e formalidades da celebração. O § 2º, ao tratar sobre a mesma temática, previu que o casamento de estrangeiros poderia ser celebrado perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambas as partes; e o § 3º determinou que se as partes possuísem diferentes domicílios, deveria ser aplicada a lei do primeiro domicílio conjugal para reger os casos de invalidez do casamento.

O regime de bens foi abordado no § 4º do artigo 7º, utilizando o domicílio dos nubentes como elemento de conexão, e em caso de domicílios diferentes, a aplicação da lei do primeiro domicílio conjugal⁹¹. O § 5º determinou, ainda, que o estrangeiro casado que se naturalizasse brasileiro poderia requerer a adoção do regime de comunhão parcial de bens, desde que possuíse anuência expressa de seu cônjuge. O § 7º do artigo 7º apresenta uma norma inconstitucional que teve a sua incidência afastada, ainda que não tenha sido revogada expressamente: determinou que o domicílio do chefe da família se estenderia ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, assim como o do tutor ou curador se estenderia aos incapazes que estivessem sob sua guarda.

O artigo 10º abordou a lei aplicável à sucessão por morte ou por ausência, outro instituto pertencente ao estado pessoal, determinando que a sucessão seria regulada pela lei do país em que o defunto ou desaparecido era domiciliado⁹², independente da natureza e da situação dos bens. Seguindo o entendimento adotado no restante dos artigos, o § 2º prevê que será a lei do domicílio do herdeiro ou legatário que regulará a capacidade para suceder.

O declínio do elemento de conexão nacionalidade é observado, também, em outras legislações de direito internacional privado – tanto em legislações nacionais como, principalmente, em convenções internacionais. O critério de conexão da nacionalidade,

⁹¹ VALLADÃO, Haroldo. Conséquences de la difference de nationalité ou du domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. v. 105. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. 1962. p. 98.

⁹² Fernando Pedro Meinero, ao destacar a alteração de 1942 que inseriu o critério domiciliar, menciona: “A mudança não é de importância menor. O abandono do critério da nacionalidade para regular o estatuto da pessoa serviria para evitar os inúmeros conflitos que se apresentavam à realidade de um país de imigração, e que muita discussão provocou desde a metade do séc. XIX”. MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86.

que predominava em grande parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, tornou-se inapto a garantir a aplicação da lei mais próxima à relação jurídica, ainda que em matéria de estado pessoal. O critério do domicílio, no entanto, apesar de aparentar uma alternativa mais maleável na aproximação do indivíduo a um ordenamento jurídico, também se demonstrou inapto na determinação da lei mais próxima⁹³. A aplicação de critérios predeterminados como a nacionalidade e o domicílio, sem qualquer preocupação com o resultado material encontrado, é uma característica do direito internacional privado que trafega em sentido oposto ao sistema internacional globalizado existente atualmente.

As Convenções da Haia sobre direito de família celebradas em 1902 adotavam o elemento de conexão nacionalidade, e, naquele momento, suscitavam poucas dificuldades: os Estados que ratificaram esses tratados utilizavam a nacionalidade como o fator de conexão determinante em suas legislações nacionais. Em 1913, no entanto, a França⁹⁴ denunciou a Convenção sobre o Casamento, a Convenção sobre o Divórcio e a Convenção sobre a Tutela de Crianças: “considerou inaceitável e uma violação da sua soberania que, devido à interpretação alemã dos tratados de direito da família, ela fosse obrigada a aplicar aos estrangeiros residentes na França disposições de natureza militar ou política derivadas de seu direito nacional”⁹⁵.

Outros países europeus adotaram a mesma postura nos anos seguintes, ao se depararem com problemas e limitações do uso do elemento de conexão nacionalidade. Em 1918, a Bélgica seguiu o exemplo francês e denunciou as Convenções sobre Casamento e Divórcio. A Suíça, em 1928, denunciou a Convenção do Divórcio: “as

⁹³ Jacob Dolinger afirma que a lei que rege a pessoa física passou da nacionalidade para o domicílio, para então se fixar na residência habitual diante da moderna evolução da regra, questionando se esta evolução estaria “refletindo o reconhecimento de que se deve governar a pessoa pela lei de seu meio social, de seu ambiente, que modernamente deixou de ser a de sua nacionalidade, nem mais é a de seu domicílio, para fixar-se na da sua residência habitual”. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2004. p. 143.

⁹⁴ Louis de Winter, ao constatar uma tendência de retorno ao princípio do domicílio em 1969, utilizou o exemplo francês: “depois da Primeira Guerra Mundial, os eruditos autores franceses, em particular, se perguntaram se seria razoável continuar a sujeitar à legislação nacional cerca de 4 milhões de estrangeiros que haviam se estabelecido na França”. Para o autor, muitos atribuem essa tendência ao aumento da emigração e aos interesses dos países de imigração. Nesse sentido, vários juristas franceses expressaram uma preferência distinta por sujeitar o status pessoal à lei do domicílio. DE WINTER, Louis. *Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 405.

⁹⁵ Tradução livre de: “*This caused France in 1913 to denounce not only the Convention on Marriage, but also the two other treaties made in 1902, to wit those on Divorce and on Guardianship. France considered it unacceptable and an infringement of its sovereignty that on account of the German interpretation of the treaties on Family Law she should be bound to apply to foreigners resident in France provisions of a military or political nature derived from their national law*”. DE WINTER, Louis. *Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 378.

moças suíças casadas com italianos, de acordo com esta convenção, não poderiam obter o divórcio, mesmo que continuassem a viver na Suíça e tivessem readquirido a nacionalidade suíça”⁹⁶. Ao casar, as mulheres assumiam a nacionalidade do marido, nesse caso a nacionalidade italiana que vedada o divórcio. A denúncia da Suíça foi seguida, em 1933, pela Alemanha e Suécia.

Em 1930, René Cassin defendia a volta ao critério domiciliar: “o regresso à lei do domicílio no período de transição em que vivemos implica uma certa atitude para com os problemas essenciais”. Esses problemas essenciais englobariam “a soberania do Estado e os seus limites, o lugar do indivíduo na ordem internacional e a concepção de direito internacional privado”⁹⁷.

A aplicabilidade do elemento de conexão nacionalidade foi questionada no emblemático caso *Boll*, julgado em 1958 pela Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁹⁸. O caso envolvia a criança Marie Elisabeth Boll, nascida na Suécia e que havia residido durante toda sua vida neste país com sua mãe. O pai de Marie possuía nacionalidade holandesa e era um marinheiro que viajava constantemente. A nacionalidade da criança, até então, era determinada pela nacionalidade do pai, considerado chefe de família, de modo que Marie possuía nacionalidade holandesa.

O problema inicia em 1953, quando a mãe de Marie falece, iniciando uma disputa pela guarda da menor entre os avós paternos e os avós maternos (o pai permaneceu, a princípio, fora da disputa em razão da sua atividade profissional). O processo iniciado na Holanda pelos avós paternos determinou a guarda com base na lei da nacionalidade da menor, holandesa, definindo que a criança deveria ser encaminhada ao país. Já no processo iniciado na Suécia pelos avós maternos, julgou-se o caso conforme uma lei interna de 1924, justificando a manutenção de Marie no território sueco. Diante do fracasso das tentativas de cooperação jurídica internacional entre os dois países, a Holanda processou a Suécia na Corte Internacional de Justiça (CIJ), alegando que o país

⁹⁶ DE WINTER, Louis. Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 379.

⁹⁷ Para o autor, “é preciso deixar ao indivíduo, já esmagado pelas forças econômicas, um mínimo de liberdade indispensável tanto à civilização quanto a si mesmo”. Afirma, nesse sentido, que “não é bom para um ser humano ser forçado a mudar sua pátria para ser libertado da sujeição a certas leis civis de seu país, enquanto vive em um ambiente social diferente”. CASSIN, René. La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 34. 1930. p. 767 e p. 770.

⁹⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

estava descumprindo a Convenção da Haia de 1902 – que determinava a incidência do elemento de conexão nacionalidade.

O caso *Boll* evidencia o declínio do elemento de conexão nacionalidade, diante da sua inadequação à garantia do melhor interesse da criança. Marie Elisabeth Boll, segundo a previsão da Convenção da Haia de 1902, deveria ter sua guarda regulada pela Holanda, país da sua nacionalidade, ainda que nunca tivesse estado neste país. A decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça negou o pedido feito pela Holanda, por entender que a lei sueca aplicada incluía em seu âmbito a proteção de crianças, temática que não estava inserida na Convenção da Haia de 1902. Essa convenção possuía como principal objetivo pôr fim às reivindicações concorrentes de várias leis para uma mesma relação jurídica. Outro argumento utilizado foi que a aplicação da lei sueca ocorreu a partir da invocação da ordem pública que afastou a incidência da Convenção da Haia de 1902⁹⁹.

A decisão proferida pela CIJ, no entanto, não foi unânime. Ainda que doze juízes tenham seguido este entendimento com uma fundamentação baseada no melhor interesse da criança, outros quatro juízes defenderam a aplicação da Convenção da Haia e a respectiva solução do caso com base na lei da nacionalidade da criança. O juiz Kojevnikov¹⁰⁰, por exemplo, foi contrário ao raciocínio majoritário ao defender o princípio *pacta sunt servanda*, considerando que ambos os países, Holanda e Suécia, se comprometeram à aplicação da Convenção da Haia de 1902. No entanto, prevaleceu o

⁹⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

¹⁰⁰ Na parte final do acórdão, observa-se o seu posicionamento: “O juiz KOJEVNIKOV declara que não pode concordar nem no raciocínio nem na disposição do acórdão porque, na sua opinião, com base no princípio *pacta sunt servanda*, tendo em conta o fato de os direitos e obrigações das partes a partir da Convenção de 1902 que rege a tutela dos infantes, são bastante claros, tendo em conta o caráter do caso e os fatos disponíveis, bem como os interesses legítimos do menor em questão - que é de nacionalidade holandesa – a Corte deveria ter que as medidas tomadas pelas autoridades administrativas suecas em relação ao referido menor, que impedem o exercício do direito de tutela com base no tratado, não estão em conformidade com as obrigações vinculativas para a Suécia em relação aos Países Baixos em virtude da referida Convenção de 1902, em particular os artigos 1º e 6º da Convenção”. Tradução livre de: “*Judge KOJEVNIKOV states that he is unable to concur either in the reasoning or in the operative clause of the Judgment because, in his opinion, on the basis of the principle pacta sunt servanda, having regard to the fact that the rights and obligations of the Parties under the 1902 Convention governing the guardianship of infants are abundantly clear, having regard to the character of the case and the available facts, as well as the legitimate interests of the infant concerned – who is of Dutch nationality – the Court ought to have held that the measures taken by the Swedish administrative authorities in respect of the said infant, which impede the exercise of the right of guardianship based on the treaty, are not in conformity with the obligations binding upon Sweden vis-à-vis the Netherlands by virtue of the aforementioned 1902 Convention, in particular Articles I and 6 of the Convention*”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 72.

entendimento de que, “em vários casos, a aplicação de uma regra de conflito de leis baseada no princípio da nacionalidade produz resultados que podem, de fato, ser justificáveis legalmente, embora dificilmente sejam desejáveis do ponto de vista social”¹⁰¹.

Com o descontentamento dos países europeus no caso *Boll*, iniciado em 1953, e diante de um cenário político de pós-Segunda Guerra Mundial, iniciou-se uma aproximação entre os países a fim de unificar as regras de conflitos por meio das Convenções da Haia¹⁰², optando, no entanto, por deixar de lado o critério da nacionalidade¹⁰³. Conforme Steiger, “o sistema da convenção de 1902, que consagrou o chamado princípio da nacionalidade e não envolveu a lei da residência habitual, exceto como uma exceção, não poderia mais ser mantido em uma nova convenção”¹⁰⁴. Os países europeus não estavam prontos, no entanto, para aceitar o domicílio como substituto da nacionalidade em função das divergências conceituais do termo¹⁰⁵.

É possível afirmar que a Conferência da Haia de direito internacional privado (HCCH) foi responsável pela ascensão do elemento de conexão que objetivava neutralizar a dicotomia clássica da disciplina. Era necessário, neste momento, encontrar uma solução

¹⁰¹ DE WINTER, Louis. Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 392-393.

¹⁰² José Carlos de Magalhães afirma: “As duas guerras mundiais, por sua vez, foram momentos de catarse dolorosa e talvez necessária para expor, com a crueldade nelas demonstradas, a humanidade diante de si própria e do que há de pior nela mesma e da capacidade de destruição de que é capaz. Serviu para a necessária reflexão sobre os limites de aspirações nefastas e do exercício do poder ditatorial, repetidos a cada passo ao longo da história. Serviu, igualmente, para reavivar valores e princípios esmaecidos na consciência dos detentores do poder das nações que lideraram o processo político mundial. Pode-se dizer que fizeram parte de um movimento de renovação”. MAGALHÃES, José Carlos. O mundo do século XXI. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 10.

¹⁰³ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477. Ainda neste sentido, Raphael Carvalho de Vasconcelos afirma: “Até a primeira metade do século XX a criança era considerada submetida de maneira quase absoluta aos pais, mas regulamentava-se - com fundamento na soberania - a lei aplicável à tutela do menor, por exemplo, na convenção da Haia de 1902, anteriormente referida. Outorgava-se, portanto, aos pais poder absoluto sobre o indivíduo, mas buscava-se dar segurança e previsibilidade na fixação da lei aplicável à sua tutela. A percepção dos direitos humanos em relação à criança evoluiu e em conjunto com ela - não apenas influenciado por ela - também o direito internacional privado”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Direito Internacional Privado e a proteção do ser humano: a falácia da novidade. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 281.

¹⁰⁴ Tradução livre de: “*Sur le plan international, enfin, on ne pouvait perdre de vue que les règles de conflits donnent toujours plus d'importance aux liens qui rattachent une personne à la société dans laquelle elle vit effectivement, donc à son domicile ou sa résidence habituelle. Le système de la Convention de 1902, consacrant le principe dit de la nationalité et ne faisant intervenir la loi de la résidence habituelle qu'à titre d'exception, ne pouvait plus être maintenu dans une nouvelle convention*”. STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961. p. 09. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2944>> Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁰⁵ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477.

à utilização dos elementos de conexão nacionalidade e domicílio¹⁰⁶. Para Steiger, “os autores da nova convenção não adotaram uma posição na controvérsia que divide os adeptos ao princípio da nacionalidade e os defensores do domicílio. Eles se deixaram guiar unicamente pelo propósito prático da convenção: a proteção do menor”¹⁰⁷.

A utilização de um terceiro elemento de conexão visava equilibrar a presença de países que se dividiam entre o critério da nacionalidade e do domicílio, a fim de que um maior número de Estados aderisse à convenção: surge, assim, o critério da residência habitual.

Com o descontentamento dos países europeus com a aplicação do elemento de conexão nacionalidade no caso *Boll*, surge a Convenção da Haia relativa à Lei Aplicável

¹⁰⁶ Sobre a dicotomia, ver: REED, Gretchen Sohn. Domicile and Nationality in Comparative Conflict of Laws. *University of Pittsburgh Law Review*. v. 23. n. 4. 1962. p. 979-992. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 2. n. 1. 2010. p. 186-202. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. Le statut personnel des Marocains à l'égard de l'ordre juridique Espagnol: observations générales et propositions de lege ferenda. *Paix et Sécurité Internationales*. n. 4. janvier-décembre 2016. p. 117-136. STONE, Peter. The Concept of Habitual Residence in Private International Law. *Anglo-American Law Review*. v. 29. n. 3. July-September 2000. p. 342-367. ZHANG, Mo. Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws. *Maine Law Review*. v. 70. n. 2. 2018. p. 161-198. ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile? *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 169-204. SCHWARTZ, Stephen E. The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt the Delvoe Standard for Habitual Residence under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Cardozo Women's Law Journal*. v. 10. n. 3. 2004. p. 691-722. NADELMANN, Kurt H. Habitual Residence and Nationality As Tests at the Hague: The 1968 Convention on Recognition of Divorces. *Texas Law Review*. v. 47. n. 5. May 1969. p. 766-778. NADELMANN, Kurt H. Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality Versus Domicile. *American Journal of Comparative Law*. v. 17. n. 3. 1969. p. 418-451. BARRIOS, Haydée. Del domicilio. *Publicaciones jurídicas venezolanas*. n. 117. 2000. p. 41-66. BATY, Th. Interconnection of Nationality and Domicile. *Illinois Law Review*. 13. 1918-1919. p. 363-374. BENTWICH, Norman. Recent developments of the principle of domicile in English law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. v. 87. 1955. p. 121-189.

¹⁰⁷ Tradução livre de: “Ceci dit, il importe cependant de relever que les auteurs de la nouvelle convention n'ont nullement voulu prendre position de manière générale dans la controverse qui divise les adhérents au principe de la nationalité et les partisans d'un droit international privé fondé sur le domicile. Ils se sont laissé guider uniquement par le but pratique de la convention: la protection du mineur. Ils ont aussi eu une entière compréhension pour la situation des Etats attachés au principe de la nationalité et leur souci de maintenir dans la mesure du possible les liens qui rattachent leurs ressortissants vivant à l'étranger à leur patrie et à leurs familles. Aussi la nouvelle convention laisse-t-elle intervenir les autorités et la loi de l'Etat dont le mineur est ressortissant dans tous les cas où, de l'avis de ces autorités, le besoin s'en fait sentir. En contrebalançant ainsi la règle principale par la possibilité, pour les autorités nationales, de prendre l'affaire en main, la nouvelle convention crée un état d'équilibre qui devrait permettre à tous les pays d'y adhérer, qu'ils suivent l'un ou l'autre desdits principes du droit international privé ou, encore, qu'ils ne veuillent se laisser lier, en matière de protection des mineurs, par aucun d'eux”. STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961. p. 09/10. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2944>> Acesso em: 03 nov. 2020.

em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores¹⁰⁸ em 1956¹⁰⁹, com a previsão da residência habitual como principal elemento de conexão¹¹⁰. Essa convenção determinava no artigo 1º que “a lei da residência habitual do menor determina se, em que medida e a quem ele pode reclamar a prestação de alimentos”, definindo ainda que em caso de “mudança da residência habitual do menor, a lei da nova residência habitual é aplicável a partir do momento em que a mudança se efetuou”¹¹¹. Ainda neste dispositivo, há a previsão de que a lei da residência habitual do menor também regularia quem é admitido para intentar ação de prestação de alimentos e os seus prazos¹¹². Para Louis de Winter, “o primeiro sucesso verdadeiramente grande da conexão baseada na residência habitual foi obtido apenas em 1956”¹¹³.

Em 1961, a Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores substituiu a Convenção da Haia de 1902, questionada no caso *Boll*. Definiu, então, que as autoridades do Estado de residência habitual do menor eram competentes para decretar medidas visando à proteção da sua

¹⁰⁸ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos à Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 16 out. 2020. Esta convenção foi substituída em 1973 pela Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, que em 2007 foi substituída pelo Protocolo da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos. Estes textos mais recentes mantiveram a primazia do elemento de conexão residência habitual, ratificando o entendimento adotado a partir de 1956.

¹⁰⁹ Nas palavras de David Cavers: “Naquele ano, a Convenção em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores prescreveu ‘a residência habitual da criança’ como o fator de conexão na sua principal regra de escolha de lei”. Tradução livre de: “*In that year, the Convention on Maintenance Obligations with Respect to Children prescribed ‘the habitual residence of the child’ as the connecting factor in its principal choice-of-law rule*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 478.

¹¹⁰ Em 1958 surgiu a Convenção da Haia relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, que utilizou a residência habitual também como critério para determinar a competência para proferir decisões em matéria de alimentos, como se observa no artigo 3º: “Nos termos da presente convenção, são competentes para proferir decisões em matéria de alimentos as autoridades seguintes: 1. As autoridades do Estado em cujo território o devedor da obrigação alimentar tinha a sua residência habitual no momento em que o processo foi instaurado; 2. As autoridades do Estado em cujo território o credor da obrigação alimentar tinha a sua residência habitual no momento em que a não foi instaurada; 3. A autoridade a cuja competência o devedor da obrigação alimentar se submeteu, quer expressamente, quer respondendo sobre o fundo da questão, sem levantar reservas relativamente à competência”. CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 15 de abril de 1958. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=38>> Acesso em: 16 out. 2020.

¹¹¹ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 16 out. 2020.

¹¹² CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 16 out. 2020.

¹¹³ DE WINTER, Louis. Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 437.

pessoa ou de seus bens¹¹⁴. Além da competência, definiu também no artigo 2º que a lei da residência habitual da criança¹¹⁵ determinaria “as condições de aplicação, modificação e cessação das citadas medidas, bem como regulamenta os seus efeitos”¹¹⁶.

Os principais avanços desta convenção referem-se à “evolução na consideração da criança enquanto sujeito de direitos e a ampliação do conceito de medidas de proteção, as quais não se relacionavam apenas com a questão da tutela dos infantes”¹¹⁷. Percebe-se o reflexo da visão eudemonista de família, bem como o reconhecimento da primazia do melhor interesse da criança: é a ascensão da influência do direito material nas normas de conexão do direito internacional privado.

Esta convenção foi substituída em 1996 pela Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento, na Aplicação e na Cooperação respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças. O artigo 17º manteve a incidência deste elemento de conexão, disciplinando que “o exercício da responsabilidade parental é regido pela lei do Estado da residência habitual da criança”¹¹⁸.

¹¹⁴ Fabiana das Graças Alves Garcia destaca que “em caso de necessidade de adoção de medidas urgentes de proteção à criança ou seus bens, a convenção de 1961, com base no princípio da eficiência, atribuiu competência às autoridades judiciárias e administrativas do Estado contratante da residência habitual da criança, estabelecendo que a lei aplicável para reger tais medidas fosse a *lex fori*, isto é, o ordenamento jurídico do foro”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 274.

¹¹⁵ Sobre a residência habitual da criança, ver: STONE, Peter. The Habitual Residence of a Child. *Tolley's Journal of Child Law*. v. 4. n. 4. 1992. p. 170-176. KELLY, Michelle Morgan. Taking Liberties: The Third Circuit Defines Habitual Residence under the Hague Convention on International Child Abduction. *Villanova Law Review*. v. 41. n. 4. 1996. p. 1069-1086. SCHIRATZKI, Johanna L. Friends at Odds - Construing Habitual Residence for Children in Sweden and the United States. *International Journal of Law, Policy and the Family*. v. 15. n. 3. December 2001. p. 297-326. SCHUZ, Rhona. Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court. *Child and Family Law Quarterly*. v. 26. n. 3. 2014. p. 342-362. SCHUZ, Rhona. Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention - Theory and Practice. *Child and Family Law Quarterly*. v. 13. n. 1. 2001. p. 1-24. SCHUZ, Rhona. Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context. *Journal of Transnational Law & Policy*. v. 11. n. 1. Fall 2001. p. 101-162. STONE, Peter. Some Recent Cases on Habitual Residence and Child Custody. *Tolley's Journal of Child Law*. v. 5. n. 4. 1993. p. 192-194.

¹¹⁶ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, de 05 de outubro de 1961. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>> Acesso em: 16 out. 2020.

¹¹⁷ GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 274.

¹¹⁸ Este artigo determinou ainda que se a residência habitual da criança muda, a responsabilidade parental será regida pela lei do Estado da nova residência habitual. O artigo 16º determina também situações que serão regidas pela lei do Estado da residência habitual da criança, como a atribuição ou extinção da responsabilidade parental pela operação da lei, ou por um acordo ou ato unilateral. Prevê ainda que a responsabilidade parental que existe sob a lei do Estado da residência habitual da criança, subsiste após eventual mudança da residência habitual para um outro Estado. CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento,

O artigo 5º determinou que o Estado da residência habitual da criança teria a jurisdição¹¹⁹ para providenciar as medidas dirigidas à proteção da criança ou do seu patrimônio. Estas convenções “reconhecem o direito fundamental da criança a manter relações regulares com seus pais quando estão separados”¹²⁰. A Convenção de 1996 possuía o objetivo de suprimir as lacunas deixadas pela convenção anterior¹²¹.

Para Louis de Winter, “a crescente influência da residência habitual como ponto de conexão nas convenções modernas de Haia é em parte uma consequência, mas também em parte uma causa da crescente importância dessa conexão nas doutrinas de autores modernos de Direito Internacional Privado, nas legislações e na jurisprudência”¹²².

Ao observar a incidência da residência habitual na legislação interna de direito internacional privado brasileiro, no entanto, percebe-se a dificuldade encontrada na aprovação de projetos legislativos que tentaram atualizar a LINDB e inserir este elemento de conexão. A breve análise da evolução histórica do direito internacional privado brasileiro permite concluir que a norma vigente atualmente no país está desatualizada. As previsões contidas na atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC) são ultrapassadas, e as tentativas de atualização¹²³, até esse momento, não

na Aplicação e na Cooperação Respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças, de 19 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> Acesso em: 16 out. 2020.

¹¹⁹ Nas palavras de Fabiana das Graças Alves Garcia, “a convenção adota o princípio da proximidade, atribuindo competência para processar e decidir sobre as medidas de proteção às autoridades judiciais ou administrativas do Estado contratante da residência habitual da criança, por considerá-las mais adequadas justamente por estarem mais bem situadas para a decisão (como, por exemplo, para condução de eventual instrução processual)”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 277.

¹²⁰ MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 329.

¹²¹ Esta convenção ampliou o conteúdo da convenção anterior, prevendo também o reconhecimento e a execução de decisões que visavam proteger os menores. O que se observou é que uma convenção destinada apenas a determinar a lei aplicável, por exemplo, era ineficaz na medida que não previa uma cooperação internacional entre os Estados integrantes. CONFERÊNCIA DA HAIJA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento, na Aplicação e na Cooperação Respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças, de 19 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> Acesso em: 16 out. 2020.

¹²² Tradução livre de: “*The growing influence of habitual residence as the connecting point in the modern Hague conventions is partly a consequence, but also partly a cause of the increasing significance of that connection in the views of modern learned authors on Private International Law, recent legislation and case-law*”. DE WINTER, Louis. Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 455.

¹²³ Destaca-se uma proposta doutrinária de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, elaborada pelo Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil, coordenado por Cláudia Lima Marques e que atua como importante referência para o futuro do direito internacional privado brasileiro,

obtiveram sucesso. As tentativas fracassadas de atualização já inseriam normas de conexão flexíveis, como o elemento de conexão residência habitual.

O anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas¹²⁴, elaborado por Haroldo Valladão¹²⁵ em 1964, que visava reformar a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) de 1942, “deixou de lado os critérios simplistas e superados, de lei nacional ou de lei de domicílio”, optando por critérios que seriam “mais justos, equitativos, práticos e efetivos”, como a “lei da residência habitual”¹²⁶.

Em 1995, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.905¹²⁷, formulado por uma comissão de juristas, formada por Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho. O artigo 8º desse Projeto de Lei determinava que “a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família são regidos pela lei do domicílio”, prevendo que “ante a inexistência de domicílio ou na impossibilidade de sua localização, aplicar-se-ão sucessivamente a lei da residência habitual e a lei da residência atual”. Como disposto na exposição de motivos, essas previsões normativas estariam em conformidade com “a moderna orientação consubstanciada em diversas Convenções da

podendo influenciar eventual tentativa de atualização futura. A proposta doutrinária foi dividida em quatro itens, sendo o primeiro destinado ao estatuto pessoal, ao direito de família e sucessões, o segundo item destinado aos bens, o terceiro referente às obrigações e aos contratos e o quarto, e último, às limitações da aplicação da lei estrangeira. Essa proposta utilizou critérios de conexão modernos que já flexibilizavam as normas de conflito. A justificativa utilizada para explicar a escolha destes critérios pode ser encontrada na exposição de motivos elaborada junto a esta proposta doutrinária, que declarou que “inobstante a intenção inicial de não redigir normas abertas, um estudo mais aprofundado acerca da matéria, revelou-se que o que há de mais moderno nos ordenamentos atuais é justamente o contrário, já que seria impossível fazer uma demarcação rígida sobre o assunto”. Assim, há a prevalência, atualmente, de regras subsidiárias de conexão através das chamadas normas sucessivas que culminam, como última opção, no critério de aplicação da lei que possuir um vínculo mais estreito com a relação jurídica em causa. MARQUES, Claudia Lima; ZANCHET, Marília (Coords.). Proposta de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil PPGD/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. 2004.

¹²⁴ Em 1984, houve uma nova tentativa de aprovação desse anteprojeto por meio do Projeto de Lei nº 264, apresentado pelo Senador Nelson Carneiro. No entanto, o anteprojeto foi, novamente, arquivado.

¹²⁵ O Governo Federal encarregou, através dos Decretos nº 51.005 de 1961 e nº 1.490 de 1962, o Professor Haroldo Valladão da preparação de um Anteprojeto para atualização da Lei de Introdução ao Código Civil, que foi entregue em janeiro de 1964. O Decreto nº 1.490 de 1962 previa no artigo 1º a autorização para o Ministro da Justiça e Negócios Interiores contratar profissionais para a elaboração de determinados Códigos de Leis, dentre os quais se destaca aquele referente à Lei de Introdução ao Código Civil e aos das Obrigações. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

¹²⁶ VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 124.

¹²⁷ Este Projeto de Lei nº 4.905 foi resultado de um trabalho da Comissão, composta por Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho, instituída pela Portaria Ministerial nº 510, de 22 de julho de 1995. BRASIL. Projeto de Lei nº 4.905. Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225255>> Acesso em: 13 nov. 2020.

Haia e da CIDIP”¹²⁸. Acreditava-se¹²⁹ que esse Projeto de Lei sanaria as falhas existentes na LINDB, atualizando as suas previsões normativas, o que não ocorreu (o projeto foi arquivado). Em 2004, é possível observar a proposta apresentada pelo Senador Pedro Simon, através do Projeto de Lei nº 269 de 2004, que mantinha parte do texto elaborado por Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho. Representou, no entanto, mais uma tentativa fracassada.

A inserção do elemento de conexão residência habitual no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da incorporação¹³⁰ de convenções internacionais – tanto Convenções da Haia como Convenções Interamericanas (elaboradas no âmbito da Organização dos Estados Americanos OEA). Destacam-se, assim, algumas convenções que utilizaram o critério da residência habitual e já foram incorporadas ao direito brasileiro¹³¹: Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores de 1994¹³²; Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em matéria de Adoção de

¹²⁸ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

¹²⁹ Nesse sentido, percebe-se o trecho final da exposição de motivos nº 547, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça: “Estou convicto de que o projeto ora apresentado sanará as falhas existentes na atual Lei de Introdução ao Código Civil, ao mesmo tempo que atualizará as normas que a integram e que devem ser mantidas no direito positivo brasileiro”. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

¹³⁰ O Brasil adota a teoria dualista moderada na incorporação dos tratados internacionais, uma vez que se exige a execução de um ato formal de internalização para que a convenção passe a vigorar no âmbito interno. A assinatura da convenção está inserida na fase de negociação, de modo que uma vez assinada, esta ainda necessita de ratificação e posterior promulgação para que possa gerar obrigações no território brasileiro. Como afirma Flávia Piovesan, “o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109. Observa-se “que a ratificação é um ato que compete ao Poder Executivo, devendo ser exercitado pela autoridade competente, que, no caso brasileiro, vem a ser o Presidente da República”. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Incorporação do tratado pelo ordenamento jurídico interno. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 257.

¹³¹ Sobre a pluralidade de fontes no direito internacional privado, André de Carvalho Ramos afirma: “Hoje, é corriqueiro mencionar que o DIPr brasileiro conta com fontes nacionais e internacionais, o que exige do intérprete a busca do ‘diálogo das fontes’, de modo a compreender os fenômenos de harmonia e dissenso entre elas”. CARVALHO RAMOS, André de. Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 03.

¹³² BRASIL, Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

Menores de 1984¹³³; Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989¹³⁴; Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994¹³⁵; Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993¹³⁶; Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980¹³⁷; Convenção da Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família e o Protocolo da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos de 2007¹³⁸.

Entre convenções elaboradas no âmbito da OEA que adotaram a residência habitual, destaca-se a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em matéria de Adoção de Menores de 1984: “a opção pelo elemento de conexão da residência habitual do adotado coincide com as iniciativas de proteção dos menores, resguardando seus interesses por parte dos legisladores nacionais, atentos ao risco a que estariam sujeitas

¹³³ BRASIL, Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

¹³⁴ BRASIL. Decreto nº 2.428 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, concluída em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2428.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

¹³⁵ BRASIL. Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

¹³⁶ BRASIL. Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm> Acesso em: 02 out. 2020. Sobre o assunto, ver: MARQUES, Cláudia Lima. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, v. 2, n. 4, 2004.

¹³⁷ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 02 out. 2020. Sobre essa convenção, ver: ARENSTEIN, Robert D. How to Prosecute an International Child Abduction Case under the Hague Convention. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 30, n. 1, 2017. p. 1-26. BEAUMONT, Paul; TRIMMINGS, Katarina; WALKER, Lara; HOLLIDAY, Jayne. Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 64, 2015. p. 39-64. SILBERMAN, Linda J. Cooperative efforts in private international law on behalf of children: the Hague Children's Conventions. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 323, 2006. p. 261-477. VISCHER, Frank. Drafting national legislation on conflict of laws: The Swiss experience. *Law & Contemporary Problems*. v. 41, n. 2, Durham: 1977. p. 131-146. VIVATVARAPHOL, Tai. Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases under the Hague Convention. *Fordham Law Review*. v. 77, n. 6, May 2009. p. 3325-3370.

¹³⁸ BRASIL. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

crianças enviadas ao exterior para adoção, que envolve o tráfico internacional de menores”¹³⁹.

Em 2017, uma significativa alteração ocorreu na legislação brasileira nas previsões da adoção internacional contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, modificou dispositivos e alterou, além de prazos de procedimentos, os critérios para a adoção internacional. O artigo 51º passou a ter a seguinte redação: “Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção”¹⁴⁰. A alteração reflete a importância da Convenção da Haia de 1993 em matéria de adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que ratifica a ascensão do critério de conexão da residência habitual no direito internacional privado, ainda que inexistente a sua previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

As Convenções da Haia marcaram o início do uso do elemento de conexão residência habitual, sendo responsáveis pela sua inserção no cenário internacional em uma época que ocorria o auge da dicotomia¹⁴¹ existente entre a nacionalidade e o domicílio. A primeira inserção deste critério de conexão no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu, no entanto, pela incorporação de uma Convenção Interamericana, fortemente influenciada¹⁴² pelas Convenções da Haia. Essa “tendência à superação do

¹³⁹ BOUCAULT, Carlos E. A convenção interamericana sobre conflito de leis em matéria de adoção – CIDIP III – e seu reflexo no direito brasileiro. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 503-505.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm> Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁴¹ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 509.

¹⁴² Jurgen Samtleben afirma: “Quando na Europa a codificação convencional do Direito Internacional Privado finalmente encontrou seu lugar nas Conferências da Haia, na América o labor continuou no quadro das Conferências pan-americanas, das quais resultou a União Panamericana, precursora da OEA”. Conforme o autor, uma “importante distinção entre os trabalhos das Conferências Interamericanas Especializadas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e da Conferência da Haia deve-se ao fato de que a Haia é um organismo de âmbito universal) e a CIDIP é um organismo de âmbito regional”. SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47.

critério da nacionalidade, assim como em certa medida também do domicílio, em favor do critério da residência habitual do indivíduo apresenta-se como reflexo de um mundo submetido a um inevitável processo de globalização”¹⁴³.

Assim, é possível compreender as primeiras utilizações do critério da residência habitual e os motivos presentes no direito de família que justificaram a incidência deste elemento de conexão no direito internacional privado. Percebe-se que “as características do método clássico de conflito de leis qualificado como um procedimento neutro, abstrato e indireto, passam a ser progressivamente alteradas”, uma vez que “a rigidez da regra de conflito é relativizada, passando a possuir um objetivo substancial, qual seja, o melhor interesse da criança”¹⁴⁴.

Ao mencionar a superação do cisma existente entre a nacionalidade e o domicílio a partir da previsão do critério residência habitual na Conferência da Haia, André de Carvalho Ramos sustenta que “a abrangência das matérias inseridas no rótulo do ‘estado pessoal’ pode levar à necessidade de escolha de critério de conexão flexível, como, por exemplo, o princípio da proximidade”¹⁴⁵.

Conforme Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior, “emerge a residência habitual como elemento de conexão, ameaçando romper a primazia do domicílio e da nacionalidade”¹⁴⁶, atuando como um critério neutro entre dois opostos. É possível afirmar que a residência habitual é o elemento de conexão em ascensão atualmente, possuindo preferência¹⁴⁷ à nacionalidade e ao domicílio em legislações modernas. Destaca-se, no entanto, que as normas de direito internacional privado que já utilizaram este critério não se preocuparam em delimitar uma conceituação rígida, mencionando apenas elementos para a consideração do local a ser definido como a residência habitual da pessoa. Nas palavras de Louis de Winter, “a especificação foi

¹⁴³ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015, p. 15.

¹⁴⁴ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 208.

¹⁴⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 366.

¹⁴⁶ DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47.

¹⁴⁷ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 15.

deliberadamente evitada, como observamos, pois temia que isso implicasse na perda das vantagens que derivariam da latitude para adaptar esta noção às exigências práticas”¹⁴⁸.

Diante do exposto, é possível afirmar que a ascensão do elemento de conexão residência habitual já demonstra o início da flexibilização das normas de conexão do direito internacional privado em um mundo globalizado, diante da subjetividade que permeia a incidência deste critério de conexão e da recusa em conceituá-lo – concedendo maior liberdade ao tomador de decisão. David Cavers¹⁴⁹ aponta essa recusa em definir a residência habitual, afirmando, em 1971, que existiam poucos casos práticos que já haviam utilizado as Convenções da Haia, e estes poucos não apresentaram uma definição, tendo feito apenas a sua determinação.

A residência habitual é o elemento de conexão em ascensão atualmente, possuindo preferência¹⁵⁰ à nacionalidade e ao domicílio em legislações modernas: tem sido utilizado para aplicar, a um fato transnacional, “uma lei que melhor corresponda à realidade diária da pessoa, de modo que para reger as relações pessoais se aplique a lei do local em que a pessoa possui uma conexão mais estreita”¹⁵¹.

Questiona-se, doutrinariamente, se a expressão “residência habitual” seria uma questão de fato ou um conceito jurídico. Em 1951, na sétima sessão da Conferência da Haia, o presidente da comissão declarou que “residência habitual é uma noção factual e não precisa de conexão com qualquer sistema de direito”¹⁵², ratificando que o elemento de conexão residência habitual deveria ser considerado simplesmente como uma questão de fato, sendo a sua definição supérflua. Nesse sentido, David Cavers afirmou que “na tentativa de proteger a liberdade do tomador de decisões contra definições rígidas, pode-se sugerir que o conceito seja preservado, mas a sua posição como lei seja negada”¹⁵³. O

¹⁴⁸ Tradução livre de: “*Specification was deliberately avoided, as we have observed, as it was feared that this would involve the loss of the advantages which would be derived from the latitude to adapt this notion to practical requirements*”. DE WINTER, Louis. *Nationality or Domicile: The Present State of Affairs. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 128. 1969. p. 429-430.

¹⁴⁹ O autor, em 1971, afirma: “As outras convenções originaram poucos casos, e nenhum interpretou o termo”. Tradução livre de: “*The other conventions have given rise to relatively few cases as yet, and none of these appears to interpret the term*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 485.

¹⁵⁰ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 15.

¹⁵¹ JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 24.

¹⁵² CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 487.

¹⁵³ Tradução livre de: “*In an attempt to protect the freedom of the decision-maker against servitude to definitions, it may be suggested that the concept be preserved but its standing as law be denied*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 487.

que se observa, assim, é que “a importância não estaria no conceito em si, e sim na sua determinação prática – definição de um local como residência habitual”¹⁵⁴.

Ainda que inexista um conceito¹⁵⁵ rígido para a expressão, é possível observar que “a residência habitual é vista como o local do centro da vida da pessoa, o seu centro de interesses, mencionando também uma característica temporal ao definir que a pessoa deve residir no local por um determinado tempo”¹⁵⁶. Observa-se que o objetivo da utilização desse critério de conexão é a busca pela aplicação da lei mais próxima à pessoa, confundindo-se, por vezes, com a finalidade do princípio da proximidade no direito internacional privado. A sua ascensão foi justificada por ser um elemento de conexão que busca encontrar o melhor interesse da criança.

Destacam-se dois objetivos da ascensão do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado: 1) aproximar países que antes se dividiam entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio; e 2) solucionar eventuais injustiças causadas pela utilização dos elementos de conexão clássicos (como a incidência do critério da nacionalidade no caso *Boll*). A utilização da residência habitual é justificada pelo princípio do melhor interesse da criança, em uma tentativa de utilizar uma norma de conflito (baseada no método indireto, como uma norma indicativa) mas com uma aplicação valorativa e flexível (uma norma de conflito que seria clássica mas não seria neutra).

¹⁵⁴ JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 36.

¹⁵⁵ Liu Yideng afirma: “Para compreender o conceito de residência habitual, é necessário levar em consideração, por um lado, o objetivo específico de cada lei e, por outro os seus elementos subjetivos e objetivos. Embora o conceito de residência habitual difira de país para país, os respectivos elementos determinantes devem ser os mesmos, isto é, a intenção e um certo período efetivo de residência”. YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2020. p. 03. Sobre o conceito da expressão residência habitual, ver: PEREZ MARIN, Lucas Andres. Propuesta de un concepto Europeo de Residencia Habitual en Derecho de Familia Internacional. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. 18. 2018. p. 467-492. GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014. COUSINS, Mel. The Habitual Residence Condition in Irish Social Welfare Law. *Irish Journal of European Law*. 13. 2006. p. 187-206. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo. *Revista Española de Derecho Internacional*. v. 68/2. 2016. Madrid. p. 157-182.

¹⁵⁶ JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 23. Nesse sentido, Liu Yideng afirma que “a residência habitual no direito internacional privado é o local num determinado país onde uma pessoa singular reside normalmente durante um certo período de tempo e tem o centro da sua vida”. YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2020. p. 03.

O direito internacional privado clássico ao prever a indicação de um único critério de conexão predeterminado independentemente do resultado material encontrado, tem a sua eficácia questionada diante de uma sociedade multicultural e globalizada. É preciso reconhecer, desde já, que a disciplina não está acima das proteções universais da pessoa humana e deve respeitar este novo sujeito de direito internacional. Nesse sentido, Erik Jayme¹⁵⁷ destacou, em 1995, três características que evidenciavam a influência da identidade sobre o direito internacional privado: 1) a revitalização de conceitos tradicionais como o da nacionalidade; 2) o surgimento de conflitos de leis referentes, por exemplo, à linguagem; e 3) a influência direta dos direitos humanos à identidade cultural no direito internacional privado.

A utilização do critério de conexão da residência habitual, no entanto, não resolve eventuais injustiças causadas pela norma aplicável. O recurso, nessas situações, ainda é a invocação da cláusula de ordem pública. Questiona-se, assim, se é possível falar sobre a influência direta dos direitos humanos à identidade cultural do direito internacional privado quando um dos únicos mecanismos aptos a garantir os direitos presentes é a cláusula de ordem pública (que tem como única solução a prevalência do direito do foro).

¹⁵⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 173.

1.2. A ineficácia da norma de conexão clássica na garantia dos direitos humanos: a grande responsabilidade da ordem pública

O elevado número de relações transfronteiriças existentes no mundo globalizado, banalizou o direito internacional privado: as relações que antes eram ocasionais passam a ser diárias e corriqueiras. Os problemas relacionados ao direito internacional privado aumentaram na mesma proporção. Esses problemas demonstraram a ineficácia do método conflitual clássico tal como proposto por Friedrich Carl von Savigny¹⁵⁸, que revolucionou o direito internacional privado ao defender que deveria ser aplicável a lei do Estado da sede da relação jurídica.

A utilização de um critério de conexão predeterminado é uma situação comum no direito internacional privado. O método clássico, consequência da revolução metodológica proposta por Savigny, ainda é presente na maior parte das legislações de direito internacional privado. Esse cenário contraria a terceira característica apresentada por Erik Jayme em 1995: a influência direta dos direitos humanos à identidade cultural no direito internacional privado¹⁵⁹. Não é possível defender essa influência, ao mesmo tempo em que existe um único instrumento a permitir a correção de eventuais violações de direitos humanos: a ordem pública.

Essa parte da pesquisa, então, questionará a eficácia da utilização de critérios de conexão predeterminados (como a nacionalidade, o domicílio e até mesmo a residência habitual) para definição da lei aplicável ao estado pessoal. A previsão do elemento de conexão residência habitual, como visto, visa a determinação da lei mais próxima à realidade da pessoa e surgiu com o propósito de garantir uma interpretação mais condizente com a realidade da pessoa e a busca pelo melhor interesse da criança. A sua previsão, no entanto, ainda apresenta alguns fatores que limitam a busca pela conexão mais próxima em sentido amplo.

Assim, é possível observar limitações entre os três principais elementos de conexão que regem o estado pessoal: a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual. Ainda que o elemento de conexão residência habitual tenha ascendido no direito internacional privado com fundamentos próprios do princípio da proximidade, a

¹⁵⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

¹⁵⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 173.

utilização desse critério predeterminado, como única solução, limita territorialmente a busca pela conexão mais próxima. A residência habitual, como visto, é promovida “no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, como ponte entre a nacionalidade e o domicílio”¹⁶⁰, e a sua ascensão está associada à ineficácia do elemento de conexão nacionalidade na garantia do melhor interesse da criança¹⁶¹. Pretende-se demonstrar, no entanto, que a utilização de um critério predeterminado ignora a busca pela proteção dos direitos humanos, visando apenas uma falsa ideia de segurança jurídica. A incidência de um critério predeterminado mantém ativo o método conflitual clássico e a ideia proposta por Savigny, sobrecarregando o único instrumento existente para a correção de eventual violação de direitos.

É possível observar certas vantagens dessa aparente neutralidade da regra de conexão: há igualdade entre todas as leis; não necessita uma investigação do conteúdo da lei indicada; tende a assegurar a melhor coordenação possível das ordens jurídicas. A lei designada, assim, será a da sede da relação jurídica, independentemente de ser a lei do foro ou uma lei estrangeira. Como o conteúdo da lei designada não interfere no processo de escolha da lei, não é necessária uma análise sobre os interesses estatais envolvidos. A terceira vantagem associa-se à proposta de Savigny de uma harmonia internacional das decisões¹⁶²: “na medida em que estamos procurando uma localização objetiva da relação

¹⁶⁰ Tradução livre de: “*Pero antes de entrar en la discusión, conviene señalar que aparecen como puntos de conexión alternativos el viejo criterio del domicilio, por un lado, y la residencia habitual, por otro. Este último surge, impulsado muy especialmente en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, como puente entre la nacionalidad y el domicilio*”. UBERO, José Javier Ezquerro Ubero; GONZALEZ, Isabel E. Lázaro. El criterio de la nacionalidad en la reforma del Derecho internacional privado español. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. n 69. 2006. p. 293-315.

¹⁶¹ Ver caso Boll. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73. Nesse sentido: CHESHIRE, Geoffrey C. Nationality and Domicile in Swedish Private International Law. *International Law Quarterly*. v. 4. n. 1. January 1951. p. 39-59. FERNÁNDEZ FLORES, José Luis. El estatuto personal y su problemática. *Anuario Español de Derecho Internacional*. v. I. Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra. 1974. p. 49-72. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Artículo 9, apartado 10 del Código Civil: ley aplicable a los individuos que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada. In: ALBALADEJO, Manuel (Coord.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. t. I. v. 2. Madrid: Edersa, 1995. p. 429-479. GALLAGHER, Erin. A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence. *New York University Journal of International Law and Politics*. v. 47. n. 2. Winter 2015. p. 463-500. HILL, David. The Continuing Refinement of Habitual Residence: R, Petitioner. *Edinburgh Law Review*. v. 20. n. 1. 2016. p. 82-86. HOLLEY, Caroline. Habitual Residence: Perspectives from the United Kingdom. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 30. n. 1. 2017. p. 233-240. HUNG, Katherine V. There's No Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder v. Evans-Feder. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 26. n. 2. 1997. p. 487-504. IYER, Anjali. Domicile and Habitual Residence. *Singapore Law Review*. 6. 1985. p. 115-129.

¹⁶² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

jurídica, podemos esperar que os vários sistemas levem muitas vezes a uma localização idêntica”¹⁶³. A incidência dessa norma meramente localizadora é “concebida como um processo abstrato ou neutro, uma vez que não deve ter em conta o conteúdo do direito que regerá a questão de direito suscitada”¹⁶⁴.

Essas regras bilaterais eram “neutras e mecânicas, na medida em que, por um lado, essas regras de conflito estariam livres de qualquer influência material”¹⁶⁵: a lei aplicável era determinada pela intensidade do vínculo que a relação apresenta com um Estado. Para Spyridon Vrellis, no entanto, afirmar que a neutralidade retiraria qualquer influência material não condiz com a verdade, “visto que sempre foi reservado um certo lugar para a consideração dos valores sociais, mesmo sob as doutrinas mais mecanicistas”¹⁶⁶.

Importa salientar que a maior parte das normas de direito internacional privado, quando procuram determinar a lei aplicável, seguem a chamada concepção clássica de regras de conflito de leis: “cada uma dessas regras se dedica a uma categoria de questões, que ela situa ou localiza em uma ordem jurídica por meio de um critério de conexão, baseado em uma ideia de proximidade”¹⁶⁷. Busca o mais próximo entre esta ordem jurídica e a questão concretamente examinada. É possível afirmar, no entanto, que o direito internacional privado está isolado do direito substantivo, de modo que “as regras de conflito, ao menos em sua concepção dogmática, são isoladas de considerações referentes ao direito material”¹⁶⁸. Como, então, esse direito internacional clássico resolveu a incidência de um direito material injusto ou contrário aos direitos do foro?

¹⁶³ Tradução livre de: “*D’abord, dans la mesure où on cherche une localisation objective du rapport de droit, on peut espérer que les divers systèmes déboucheront souvent sur une localisation identique. C’est ce qu’escomptait Savigny, qui raisonnait dans le cadre d’une « communauté de droits » assez proches les uns des autres, mais, à mon avis, le raisonnement vaut aussi lorsque les droits sont éloignés les uns des autres*”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 185.

¹⁶⁴ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. Cours general. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 341. 2010. p. 41.

¹⁶⁵ VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 189.

¹⁶⁶ Tradução livre de: “*Cette première impression est néanmoins fautive, puisqu’une certaine place à la considération des valeurs sociales avait toujours été réservée, même sous les doctrines les plus mécanicistes*”. VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 189.

¹⁶⁷ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. Cours general. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 341. 2010. p. 41.

¹⁶⁸ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. Cours general. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 341. 2010. p. 53.

A incidência do ordenamento jurídico aplicável opera independentemente do seu conteúdo, de modo que o único instrumento disponível à solução de eventual “injustiça” é a cláusula de ordem pública: “somente a reserva de ordem pública deixa espaço para a intrusão de alguns princípios fundamentais de direito substantivo específicos ao Estado do foro; mas isso é então uma interferência com o funcionamento normal da regra de conflito”¹⁶⁹.

O método tradicional, clássico, carrega em si “a inconsistência de recusar a influência dos direitos materiais em conflito sobre a regra do conflito, ao mesmo tempo que subordina esta mesma regra à reserva da ordem pública e das leis de aplicação imediata”¹⁷⁰. Não há dúvidas da importância da ordem pública no direito internacional privado, justamente por ser um princípio sobrecarregado. A ele cabe todo controle, repressão e correção de eventuais violações de direitos humanos na aplicação da norma indicada pelo elemento de conexão.

Trata-se de uma “cláusula de exceção que se propõe a corrigir a aplicação do direito estrangeiro, quando este leva, no caso concreto, a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica interna”¹⁷¹. Nas palavras de André de Carvalho Ramos, “há pouca variação doutrinária sobre o conceito de ordem pública, sendo comum a utilização do critério da essencialidade para defini-la: aquilo que é essencial e indispensável ao foro compõe a ordem pública no DIPr”¹⁷².

Thomas Henry Healy, em 1925, já afirmava que a ordem pública é quase indefinidamente variável: “a noção de ordem pública é bastante relativa, pois está intimamente relacionada com o tempo e a sociedade política a que se refere”¹⁷³. Para

¹⁶⁹ Tradução livre de: “*La désignation du droit applicable étant ainsi détachée du droit matériel, elle est axée sur des signes extérieurs au rapport juridique, tenant aux liens géographiques ou à la localisation de la situation dans un ordre juridique étatique. Le rattachement à l’ordre juridique applicable s’opère sans aucun regard sur le contenu de celui-ci. Seule la réserve de l’ordre public laisse place à l’intrusion de quelques principes fondamentaux de droit matériel propres à l’état du for; mais il s’agit alors d’une atteinte au fonctionnement normal de la règle de conflit*”. BUCHER, Andreas. *La dimension sociale du droit international privé. Cours general. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.* v. 341. 2010. p. 53.

¹⁷⁰ BUCHER, Andreas. *La dimension sociale du droit international privé. Cours general. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.* v. 341. 2010. p. 79.

¹⁷¹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática.* 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 197.

¹⁷² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 325.

¹⁷³ HEALY, Thomas Henry. *Théorie générale de l’ordre public. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.* v. 9. 1925.p. 472. Para Raphael Carvalho de Vasconcelos, “da dificuldade de se estabelecer um rol taxativo de circunstâncias, nas quais se aplicaria a exceção da ordem pública, extrai-se a principal característica do instituto apontada pela doutrina: a relatividade”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Ordem pública: o Direito Internacional Privado e a Constituição. Revista da Faculdade de Direito da UERJ.* n. 18. 2010. p. 3.

Jacob Dolinger, a ordem pública é o princípio mais importante da disciplina de direito internacional privado, uma vez que impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e, também, a execução de sentenças proferidas por tribunais estrangeiros¹⁷⁴. A função básica da ordem pública consiste, assim, em proteger “os valores do foro ao impedir a incidência regular de uma norma de Direito Internacional Privado, no conflito de leis, na definição da jurisdição e na cooperação jurídica internacional”¹⁷⁵.

A origem do princípio da ordem pública no direito internacional privado está associada à Bártolo de Sassoferrato, que distinguia os estatutos odiosos dos estatutos favoráveis. Ainda na fase estatutária, “Bártolo de Sassoferrato sustentou a existência de estatutos odiosos, que não seriam aplicáveis por violação às crenças do foro, embrião da cláusula de ordem pública”¹⁷⁶.

Já na fase clássica, dois autores “destacam-se no estudo da não aplicação do direito estrangeiro por violação de valores ou princípios essenciais da *lex fori*: Story e Savigny”¹⁷⁷. Em 1852, Joseph Story defendeu que a aplicação da lei estrangeira seria inadmissível quando fosse ofensiva aos direitos ou interesses dos seus habitantes: “um direito tão destituído de princípio ou autoridade justa que o sustenta é totalmente inadmissível”¹⁷⁸. O autor, no entanto, tratou o conceito de ordem pública “como uma característica incomum do direito internacional privado, que perderia importância à

¹⁷⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 349.

¹⁷⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 325.

¹⁷⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 323.

¹⁷⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 323.

¹⁷⁸ Nas palavras do autor: “Leis prejudiciais a outras nações. É difícil conceber por que razão se pode fundar um direito para conferir às leis municipais um efeito extraterritorial, quando essas leis são prejudiciais aos direitos de outras nações, ou de seus súditos. (a) Isso aniquilaria ao mesmo tempo a soberania e a igualdade de todas as nações que foram chamadas a reconhecê-los e executá-los; ou obrigá-la a abandonar seus próprios interesses e deveres para com seus súditos em favor de estrangeiros, que seriam indiferentes a um ou outro”. Tradução livre de: “*Leyes perjudiciales otras Naciones. Difícil es concebir en qu razón puede fundarse un derecho para dar á leyes municipales efecto estra-territorial, cuando esas leyes son perjudiciales á los derechos de otras naciones, ó á los de sus subditos. (a) Esto aniquilara á la vez la soberana é igualdad de toda nacin que fuese llamada á reconocerlos y ejecutarlos; ó la obligara á abandonar sus propios inte reses y deberes para con sus subditos en favor de estran jeros, que serian indiferentes á unos y otros. Un derecho tan destituído de un principio ó justa autoridad que lo apoye, es completamente inadmisibile*”. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 39.

medida que os estados gradualmente se acostumassem a resolver conflitos de acordo com um padrão universal”¹⁷⁹.

Friedrich Carl von Savigny, por sua vez, destacou, em 1849, duas situações em que o direito estrangeiro não seria aplicado: “A) Leis de natureza rigorosamente positiva, coativa, que não admitem por isso mesmo essa liberdade de apreciação que não condiz com os limites de Estados diversos; B) Instituições jurídicas de um Estado estrangeiro, cuja existência não é reconhecida no nosso e que, por conseguinte, não têm nenhum direito à tutela jurídica em nosso Estado”¹⁸⁰. Corresponderiam a duas “classes de normas de exceção à aplicação de direito estrangeiro indicado pela sede da relação jurídica”¹⁸¹. Para Savigny, no entanto, a exclusão do direito estrangeiro seria uma exceção ao direito internacional privado que deveria ser fortemente desencorajada¹⁸².

Em 1925, Thomas Henry Healy tentou desenvolver uma teoria geral da ordem pública, defendendo que a ordem pública era o princípio que autorizava o Estado a aplicar a sua legislação a todos os indivíduos presentes em seu território, “sem se preocupar com quais sejam suas leis pessoais”, em assuntos que sejam considerados “essenciais para a segurança, a moral e o bom governo de seu território”¹⁸³.

É importante observar a diferente nomenclatura recebida pela ordem pública. Em países do sistema jurídico da *common law*¹⁸⁴, denomina-se “*public policy*”, enquanto a “*ordre public*” é identificada com o sistema jurídico da *civil law*¹⁸⁵ e tem uma origem

¹⁷⁹ Tradução livre de: “*In respect to public policy, Story's analysis is limited. He treated the concept as an unusual feature of private international law, which would decline in importance as states gradually grew accustomed to resolving conflicts according to a universal standard*”. MURPHY, Kent. *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 601.

¹⁸⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 53-54.

¹⁸¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 324.

¹⁸² Tradução livre de: “*However, Savigny denied its continuing role in international law and was uncomfortable with any theory of conflicts that accorded public policy permanent status., Savigny maintained that exclusion of foreign law is an exception to private international law and should be vigorously discouraged*”. MURPHY, Kent. *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 602.

¹⁸³ HEALY, Thomas Henry. *Théorie générale de l'ordre public. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 9. 1925.p. 412.

¹⁸⁴ Natascha Silva Anchieta menciona a tendência de aproximação e circulação entre o sistema jurídico da *common law* e o sistema jurídico da *civil law*. Afirma que “há uma tendência de aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law*, chegando-se a falar que esta vem passando por um novo e dinâmico estágio de desenvolvimento, o que culminaria na tendência de aproximação e circulação entre os dois modelos”. ANCHIETA, Natascha Silva. *Civil law e common law: aspectos históricos. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIII. Rio de Janeiro. 2014. p. 658.

¹⁸⁵ Para Raphael Carvalho de Vasconcelos, “o conflito de leis se desenvolveria mais facilmente nos países de direito não codificado porque seu sistema tenderia a se desvincular da *stare decisis* mais rapidamente

normativa¹⁸⁶. A cláusula de ordem pública, nas palavras de Kent Murphy, representa um “direito reservado ao foro de deixar de lado as regras de conflito para chegar a uma decisão mais compatível com a justiça ou a moralidade concebida localmente”¹⁸⁷.

A cláusula de ordem pública possui maior incidência em países que adotam o sistema jurídico da *civil law*, que, tradicionalmente, optaram pelo elemento de conexão nacionalidade para reger o estado pessoal. Em países que adotam o sistema jurídico da *common law*, a capacidade, o estado civil, a herança e outras relações pessoais são principalmente determinadas pelo domicílio das partes: “uma vez que as ações judiciais são geralmente conduzidas no domicílio do réu, há muito menos oportunidade, sob a regra do domicílio, para a aplicação de lei estrangeira”¹⁸⁸. A utilização do elemento de conexão domicílio acaba garantindo a aplicação da *lex fori* em muitos casos em que, ao incidir o elemento de conexão da nacionalidade, o resultado só poderia ser alcançado pela intervenção da ordem pública¹⁸⁹.

Jacob Dolinger apresenta quatro diretivas do princípio geral da ordem pública mundial ou verdadeiramente internacional: 1) a ordem pública local continuará a rejeitar a aplicação de lei estrangeira quando esta ofender valores fundamentais do foro; 2) cada jurisdição “estenderá os efeitos das leis que refletem sua ordem pública para proteger outras sociedades, ainda que tais jurisdições alienígenas não tenham introduzido proteções equivalentes”; 3) os julgamentos proferidos respeitarão a ordem pública

que as mudanças na legislação do *civil law*¹⁸⁵, de modo que as inovações no direito internacional privado, como a adoção do princípio da proximidade, possuem uma incorporação mais lenta nos países de *civil law*. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Premissas fundamentais do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 44.

¹⁸⁶ Para Kent Murphy, as diferenças entre “*ordre public*” e “*public policy*” são mais estruturais do que substantivas: “devido a uma antipatia tradicional pela invocação da ‘public policy’, os tribunais anglo-americanos se valem de dispositivos de conflito de procedimento e caracterização, que levam a resultados que podem ser obtidos em um sistema de *civil law* apenas por uma aplicação direta da ‘ordre public’”. MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 614.

¹⁸⁷ Tradução livre de: “*Public policy's international form consists of the forum's reserved right to set aside conflicts rules in order-to reach a decision more compatible with justice or morality as locally conceived*”. MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 593.

¹⁸⁸ Tradução livre de: “*One reason for this difference is that Anglo-American law as to capacity, marital status, inheritance and other "personal" relations is principally determined by the domicil of the parties, while under continental learning such law is determined by their nationality. Since law suits are usually conducted in the domicil of the defendant, there is much less opportunity, under the domicil rule, for the application of foreign law*”. NUSSBAUM, Arthur. Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws. *Yale Law Journal*. v. 49 n. 6. 1940. p. 1029.

¹⁸⁹ Tradução livre de: “*The principle of domicil guarantees the application of the lex fori in many instances where such a result under the rule of nationality could be attained only by the intervention of ordre public*”. HUSSERL, Gerhart. Public Policy and Ordre Public. *Virginia Law Review*. v. 25. n. 1. 1938-1939. p. 49.

estrangeira; e, 4) “cada jurisdição dará tratamento preferencial aos princípios decorrentes da ordem pública verdadeiramente internacional, que reflete os interesses comuns da humanidade, mesmo que isto implique em uma derrogação da ordem pública local”¹⁹⁰.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos afirma que “vale a pena distinguir as espécies de ordem pública em razão da origem dos valores defendidos pelo Estado da seguinte maneira: (i) ordem pública nacional; (ii) ordem pública regional; e (iii) ordem pública internacional (ou universal)”¹⁹¹. Assim, a ordem pública de direito internacional privado é aquela que afasta o uso do direito estrangeiro com base em valores originados em normas nacionais, internacionais regionais, ou internacionais¹⁹².

Ao analisar a ordem pública no direito francês, Kent Murphy destaca que os tribunais franceses se retiraram das aplicações arbitrárias ou criativas, abominando inconsistências e buscando aplicar a ordem pública como um elemento doutrinário racional e integrado ao direito nacional: “não se trata necessariamente de uma aplicação mecânica da lei tal como ela é, delimitando toda a interpretação e desenvolvimento, mas é um compromisso jurídico com o caminho de maior segurança jurídica na avaliação da aplicação da ordem pública”¹⁹³.

No Brasil, o Código Civil de 1916, na sua introdução, já apresentava previsão sobre a incidência da ordem pública no direito internacional privado. A norma foi mantida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 1942: o artigo 17º prevê que “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”¹⁹⁴. Para Clóvis Beviláqua, “à noção de ordem pública é de

¹⁹⁰ DOLINGER, Jacob. *Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado*. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 266.

¹⁹¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 329.

¹⁹² André de Carvalho Ramos elenca, ainda, algumas características da ordem pública no direito internacional privado: há uma indeterminação inicial, uma instabilidade e uma relatividade. Considera a definição de ordem pública “contemporânea”, uma vez que “depende da atualidade dos valores nela contidos”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 330.

¹⁹³ Tradução livre de: “*The French approach abhors inconsistency and seeks to apply ordre public as a rational, integrated doctrinal element of French law. This is not necessarily a mechanical application of the law as it is, delimiting all interpretation and development, but it is a juridical commitment to the path of greatest legal certainty in evaluating whether to apply ordre public*”. MURPHY, Kent. *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 597.

¹⁹⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 31 maio 2019.

uso adicionar a de bons costumes, porque alguma cousa existe de essencial a vida dos povos cultos que diz respeito mais diretamente à moral, que fala mais profundamente ao nosso sentimento de respeito à sociedade e à dignidade humana”¹⁹⁵.

A previsão da cláusula de ordem pública como um limite à aplicação do direito estrangeiro pode ser observada em inúmeras convenções internacionais de direito internacional privado. Como exemplo, a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado determinou, no artigo 5º, que “a lei declarada aplicável por uma convenção de Direito Internacional Privado poderá não ser aplicada no território do Estado Parte que a considerar manifestamente contrária aos princípios da sua ordem pública”¹⁹⁶.

Alex Mills analisa a cláusula de ordem pública no contexto do direito inglês, defendendo que a cláusula será invocada se o caso possuir uma forte conexão com o foro, a norma for compartilhada ou absoluta e a violação for grave: “a ordem pública torna-se aplicável quanto maior a proximidade da disputa com o estado do foro, quanto maior a extensão em que a norma afetada possua caráter compartilhado ou absoluto (menor sua relatividade) e maior a gravidade da violação”¹⁹⁷. O autor elabora, assim, um mapeamento para a aplicação da cláusula de ordem pública no direito internacional privado, a partir da relação entre a proximidade da disputa com o foro e o caráter compartilhado ou absoluto da norma afetada.

A primeira categoria seriam os casos em que a disputa é próxima ao foro (o foro tem forte interesse na disputa) e as ordens jurídicas em jogo são compartilhadas com os demais estados afetados ou são absolutas. Nesses casos, a jurisprudência é consistente com a expectativa de que a ordem pública deve ser prontamente aplicada¹⁹⁸. Destaca, nesse sentido, o caso *Somerset v. Stewart*¹⁹⁹ de 1772, referente a um pedido de libertação de um escravo comprado na Virgínia, por um residente da Virgínia, que foi levado para

¹⁹⁵ O autor ainda afirma que “poder-se-á dizer que os bons costumes estão incluídos na ordem pública, mas é inegável que as duas noções se completam”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 83-84.

¹⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-45.htm>> Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁹⁷ Tradução livre de: “Thus, public policy becomes applicable the greater the proximity of the dispute with the forum state, the greater the extent to which the affected norm possesses a shared or absolute character (the lower its relativity), and the greater the seriousness of the breach”. MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 219.

¹⁹⁸ MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 220.

¹⁹⁹ INGLATERRA. English Court of King's Bench. *Somerset v Stewart*. 1772. 98 ER 499. Disponível em: <<http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1772/57.pdf>> Acesso em: 30 set. 2020.

a Inglaterra. A decisão do Lord Mansfield reconheceu a existência da lei de Virgínia que autorizava a escravidão, mas afastou a sua aplicação no caso em razão da ordem pública inglesa: “o estado de escravidão é de tal natureza que não pode ser introduzido por quaisquer razões, morais ou políticas”²⁰⁰. Afirmou que o direito positivo “é tão odioso que nada pode ser suportado para apoiá-lo”.

A segunda categoria englobaria as disputas de baixa proximidade, mas com normas jurídicas compartilhadas ou absolutas. Para o autor, a jurisprudência é consistente com a conclusão de que “uma norma jurídica fortemente compartilhada ou absoluta pode ser aplicada, independentemente da pouca proximidade da disputa”²⁰¹ com o foro. Nesse quesito, menciona o caso *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways*²⁰², julgado em 2002, envolvendo a disputa de propriedade de aeronaves que haviam sido apreendidas pelas autoridades iraquianas no território do Kuwait, no momento da invasão iraquiana em 1990.

A questão central era se os tribunais ingleses deveriam reconhecer e dar efeito a uma lei iraquiana que pretendia nacionalizar as aeronaves: “normalmente, um tribunal inglês reconheceria os efeitos de propriedade de uma nacionalização de propriedade presente no território do estado nacionalizador”²⁰³. A decisão proferida por Lord Nicholls, no entanto, afirmou: “excepcionalmente e raramente, uma disposição de lei estrangeira será desconsiderada quando levar a um resultado totalmente estranho aos requisitos fundamentais de justiça administrados por um tribunal inglês. Um resultado desse tipo não seria aceitável para um tribunal inglês. Na fraseologia convencional, tal resultado seria contrário à ordem pública”²⁰⁴.

²⁰⁰ Tradução livre de: “*The power of a master over his slave has been extremely different, in different countries. The state of slavery is of such a nature, that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political; but only positive law, which preserves its force long after the reasons, occasion, and time itself from whence it was created, is erased from memory: it’s so odious, that nothing can be suffered to support it, but positive law*”. INGLATERRA. English Court of King's Bench. *Somerset v Stewart*. 1772. 98 ER 499. Disponível em: <<http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1772/57.pdf>> Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰¹ MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 222.

²⁰² INGLATERRA. House of Lords. *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways*. 2002. UKHL 19. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>> Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰³ MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 223.

²⁰⁴ Tradução livre de: “*Exceptionally and rarely, a provision of foreign law will be disregarded when it would lead to a result wholly alien to fundamental requirements of justice as administered by an English court. A result of this character would not be acceptable to an English court. In the conventional phraseology, such a result would be contrary to public policy. Then the court will decline to enforce or recognise the foreign decree to whatever extent is required in the circumstances*”. INGLATERRA. House of Lords. *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways*. 2002. UKHL 19. Disponível em:

O voto proferido é claro ao decidir que a apreensão e assimilação das aeronaves pelas autoridades iraquianas foram violações flagrantes das regras do direito internacional de importância fundamental, ratificando que “a aplicação ou reconhecimento desta lei seria manifestamente contrário à ordem pública da lei inglesa”²⁰⁵.

A terceira categoria seria aquela em que a questão envolve a violação de uma norma relativa, mas a disputa está fortemente ligada ao estado do foro. Já a quarta categoria seria aquela que envolve a violação de uma norma relativa e a disputa possui baixa proximidade com o foro. Para Alex Mills, a incidência da cláusula de ordem pública nessas duas categorias varia conforme a proximidade da questão com o foro: um casamento polígamo celebrado por partes domiciliadas em um estado estrangeiro em que o casamento é legal, será reconhecido na Inglaterra se as partes subsequentemente se mudarem para lá; mas, seria contrário à lei inglesa e à ordem pública se fosse celebrado na Inglaterra ou se uma das partes fosse lá domiciliada²⁰⁶.

Os casos mais difíceis são aqueles que possuem linhas tênues entre a relatividade da norma e a proximidade do caso com o foro, os casos “intermediários”²⁰⁷. Menciona, a título exemplificativo, o caso *Vervaeke v. Smith*²⁰⁸, julgado em 1983. Vervaeke era uma prostituta belga que se casou com o inglês Smith em 1954, a fim de adquirir a nacionalidade britânica. Em 1970, ela pretendia se casar com um italiano na Itália, que faleceu durante a recepção do casamento, deixando uma herança que incluía bens ingleses. Assim, Vervaeke moveu um processo na Inglaterra para que seu casamento com Smith fosse declarado nulo, validando o segundo casamento e reconhecendo a sua condição de herdeira. O indeferimento do pedido pelo tribunal inglês, fez com que Vervaeke promovesse o pedido na Bélgica, local em que obteve êxito: o primeiro casamento foi declarado nulo por ferir a ordem pública belga.

<<https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>> Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰⁵ Tradução livre de: “*That this seizure and assimilation were flagrant violations of rules of international law of fundamental importance is plain beyond argument. International reaction to the invasion was swift. Enforcement or recognition of this law would be manifestly contrary to the public policy of English law*”. INGLATERRA. House of Lords. *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways*. 2002. UKHL 19. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>> Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰⁶ MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 226.

²⁰⁷ Para Alex Mills, os casos mais difíceis são aqueles em que há algum grau de proximidade entre a disputa e o estado do foro, mas não tanto que a ordem pública seja prontamente aplicável, e a norma jurídica em jogo não seja totalmente compartilhada ou absoluta, mas também não totalmente relativo. MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 230.

²⁰⁸ INGLATERRA. *Vervaeke v. Smith*. 1983. 1AC.

A decisão proferida em 1983 no caso *Vervaeke v. Smith*, reflete a tentativa de Vervaeke “em obter o reconhecimento e a execução nos tribunais ingleses da decisão belga que invalidou o casamento inglês”²⁰⁹. O tribunal inglês recusou-se a executar a sentença estrangeira sob o fundamento de que o casamento era válido e dizia respeito à ordem pública inglesa²¹⁰.

Percebe-se, com o caso *Vervaeke v. Smith*, que o tribunal inglês realizou uma análise sobre a violação da cláusula de ordem pública inglesa, a fim de determinar que a decisão belga não deveria ser reconhecida e executada na Inglaterra. O casamento que a petionária pretendia anular produziu efeitos que estavam diretamente relacionados à Inglaterra. Lord Hailsham, em seu voto, afirmou que “na lei inglesa do casamento não há espaço para reservas mentais ou arranjos privados em relação às relações pessoais das partes, uma vez que seja estabelecido que as partes são livres para se casar, tenham consentido com a realização do estado de casado e observado as formalidades necessárias”²¹¹.

O caso, no entanto, apresenta um extenso estudo sobre o assunto: possui uma linha tênue entre a violação ou não da ordem pública, dificultando a decisão e ampliando a discricionariedade do tomador de decisão. Para Alex Mills, a doutrina da ordem pública tem sido muito criticada por sua imprecisão, incerteza de aplicação e caráter discricionário. Possui, no entanto, “uma função fundamentalmente importante de demarcar os limites dos princípios de tolerância que sustentam as regras de aplicação do direito estrangeiro e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras”²¹².

²⁰⁹ MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4, n. 2. 2008. p. 230.

²¹⁰ A decisão de 1ª instância, proferida em 1981, não analisou a violação à ordem pública com base na conduta da petionária como prostituta, na sua evasão de deportação ou na forma como conduziu as várias fases do seu processo de nulidade. Analisou a possível violação da cláusula de ordem pública com base na aquisição da nacionalidade inglesa por meio do casamento que se pretende anular: “A diferente abordagem britânica para a aquisição da nacionalidade é bem ilustrada aqui pelo fato de que a petionária permanecerá uma cidadã britânica, a menos e até que ela seja destituída desse status por um procedimento separado, quer seu casamento com Smith seja validado ou reconhecido como nulo ab initio”. Assim, determinou que “a aquisição por um nacional belga de uma nacionalidade estrangeira não suscita diretamente qualquer questão de ordem pública para os seus tribunais”, de modo que os fundamentos utilizados para invalidar o casamento não seriam aceitos. Tradução livre de: “*The different British approach to acquisition of nationality is well illustrated here by the fact that the petitioner will remain a British national unless and until she is divested of that status by a separate procedure, whether or not her Smith marriage is declared or recognized to be void ab initio*”. INGLATERRA. *Vervaeke v. Smith*. 1983. 1AC.

²¹¹ Tradução livre de: “*The fact is that in the English law of marriage there is no room for mental reservations or private arrangements regarding the parties’ personal relationships once it is established that the parties are free to marry one another, have consented to the achievement of the married state and observed the necessary formalities*”. INGLATERRA. *Vervaeke v. Smith*. 1983. 1AC 145.

²¹² Tradução livre de: “*The doctrine of public policy serves a fundamentally important function in demarcating the limits of the principles of tolerance underpinning rules on the application of foreign law*”.

Kent Murphy destaca que os casos que definem a ordem pública no direito internacional privado “são relativamente antigos e tratam principalmente da escravidão e da proteção dos padrões sexuais do foro”. Para o autor, o uso da ordem pública foi reduzido por três motivos: 1) “os padrões de moralidade sexual mudaram com o tempo e atos antes proibidos agora são aceitáveis; 2) os tribunais tornaram-se mais sensíveis ao rotular as leis de outro país como incivilizadas e desumanas; e (3) as leis que proíbem a degradação humana e a servidão são agora universais”²¹³.

Erik Jayme propõe, em 1991, um método para a concretização da ordem pública no direito internacional privado, a partir de cinco etapas: 1) primeiro, é preciso descobrir o significado e a finalidade da norma jurídica estrangeira; 2) depois deve-se examinar se a política legislativa da norma estrangeira foi atacada; 3) em terceiro lugar, é necessário comparar os resultados obtidos com a aplicação da norma estrangeira e da norma nacional no caso concreto; 4) é preciso, ainda, examinar as normas nacionais e estrangeiras, para avaliar se a norma estrangeira corresponde ou não ao padrão nacional; e, finalmente, 5) é necessário que o fato possua uma ligação interna suficiente²¹⁴.

Destaca, nesse sentido, que a ordem pública é relativa, uma vez que não depende da norma jurídica estrangeira enquanto tal, mas do caso particular, citando a poligamia como um exemplo clássico: “um cidadão da Jordânia está proibido de contrair casamento polígamo em território alemão. Mas se ele já celebrou validamente vários casamentos no

*and the recognition and enforcement of foreign judgments. However, it has been, not unfairly, much criticised for its vagueness and uncertainty of application and for its discretionary character”. MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 235.*

²¹³ O autor afirma, ainda, que “apesar da raridade dos casos de repugnância moral na prática jurídica moderna, não há dúvida de que essa função de ordem pública continua viável”. Tradução livre de: “*The cases that define it are relatively old (primarily from the eighteenth century), and deal principally with slavery and with protection of forum sexual standards. The moral repugnancy use of public policy has declined for three reasons: (1) standards of sexual morality change over time and acts once forbidden are now acceptable; (2) courts have become more sensitive in labeling the laws of another country as uncivilized and inhumane; and (3) laws proscribing human degradation and servitude are now universal. Despite the rarity of moral repugnancy cases in modern legal practice, there is no doubt that this function of public policy remains viable*”. MURPHY, Kent. *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 607.

²¹⁴ Tradução livre de: “*a) En primer término averiguar el sentido y propósito de la norma jurídica extranjera. b) Después debe examinarse si la política legislativa de la norma extranjera ha sido atacada. c) A ello sigue la elaboración de standards comparativos e internacionales, a cuya medida entonces. d) Serán examinadas las normas jurídicas extranjeras y nacionales. La intervención del orden público es sugerida si la norma extranjera no corresponde al standard mientras que la nacional se adapta a tal standard. e) Finalmente, es necesaria una suficiente vinculación interior*”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. n. 82. Caracas: 1991. p. 264.

exterior, a invocação de alguns de seus efeitos, como a reivindicação do direito à alimentação, não entraria em conflito com a ordem pública”²¹⁵.

Essa relatividade, no entanto, não impedirá a comparação entre os resultados alcançados com a incidência da norma jurídica estrangeira e da norma nacional em cada caso concreto. Erik Jayme, ao explicar sobre a realidade alemã, afirma que o ponto de partida para considerar a incidência da cláusula de ordem pública “é a existência de uma divergência grosseira entre o direito estrangeiro aplicável e o direito alemão” – a partir da comparação realizada. Como exemplo, o autor menciona uma situação em que a lei estrangeira viola o princípio da igualdade e confere a tutela e guarda dos filhos ao pai: se, de acordo com a lei alemã, visando o bem-estar da criança, a guarda também fosse do pai, a ordem pública alemã não interferiria no caso concreto. Nas palavras de Jayme, as regras jurídicas alemãs possuem precedência somente “quando os resultados da aplicação discordam totalmente”²¹⁶.

A ordem pública “pode ser considerada com um núcleo duro da ordem jurídica do foro, composto por seus valores essenciais de justiça”²¹⁷. Nas palavras de Kent Murphy, “as reservas contra leis ou julgamentos desagradáveis, bárbaros, onerosos ou injustos são universais, embora não haja consenso quanto a uma técnica prática para provar que uma lei estrangeira é repugnante para as sensibilidades do foro”²¹⁸. Afirma-se que a ordem pública no direito internacional privado reflete o conjunto de valores essenciais defendidos por um Estado, impedindo a aplicação de lei estrangeira indicada pelos critérios de conexão, a prorrogação ou derrogação da jurisdição, e a cooperação jurídica internacional pretendida²¹⁹.

²¹⁵ JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. n. 82. Caracas: 1991. p. 245.

²¹⁶ Tradução livre de: “*Por ejemplo, si según el derecho extranjero aplicable se favorece al padre en la obtención de la guardia y custodia de los hijos en violación del principio de igualdad ante la ley; pero si según el derecho alemán, en atención al bienestar del niño, el padre retuviera la guarda y custodia, entonces no intervendría el orden público alemán. Sólo cuando los resultados de aplicación discrepen groseramente entre sí es que las normas jurídicas alemanas afectadas toman preferencia*”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. n. 82. Caracas: 1991. p. 244.

²¹⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 82.

²¹⁸ MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 603.

²¹⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 323.

Sobre o assunto, destaca-se o paradigmático caso *Boll*²²⁰, julgado em 1958 pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), já mencionado anteriormente, que marcou a ruptura do elemento de conexão nacionalidade no direito internacional privado, de modo que a solução injusta que a aplicação da lei nacional causaria foi corrigida com a invocação da cláusula de ordem pública.

A decisão afastou a incidência da Convenção da Haia de 1902 – que determinava a incidência do elemento de conexão nacionalidade – ao entender que a incidência da lei nacional era prejudicial à criança envolvida. O voto ratificou a utilização de uma lei sueca para a proteção de crianças de 1924, por entender que se tratava de uma norma de ordem pública: “sendo a lei de proteção das crianças uma lei da categoria de ordem pública, a proteção decretada pelas autoridades suecas não constitui uma violação da Convenção de 1902, sendo a Convenção incapaz de afetar o direito dos Estados contratantes de definirem a guarda, sujeitos às restrições exigidas pela ordem pública”²²¹.

Para Lipstein, “quando a Convenção sobre Tutela foi concluída em 1902, depois de ter sido proposta pela primeira vez em 1894, a tendência moderna de legislação para a proteção das crianças, independentemente dos artifícios de tutela estabelecidos pelo direito privado, dificilmente se fez sentir”²²². A convenção preocupava-se apenas com a nomeação rápida de um tutor e com a prevenção de disputas entre duas ou mais pessoas que estivessem sob diferentes sistemas jurídicos²²³. Na decisão, é possível observar o voto do juiz Spiropoulos, ratificando este entendimento: “esse caráter permite que o direito se sobreponha à Convenção de 1902, visto que a Convenção de 1902 deve ser entendida

²²⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

²²¹ Tradução livre de: “*The Law for the protection of children being a law within the category of ordre public, the protective upbringing decreed by the Swedish authorities does not constitute a breach of the 1902 Convention, the Convention being incapable of affecting the right of the contracting States to make the powers of a foreign guardian, as indeed foreign parents, subject to the restrictions required by ordre public*”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 64-65.

²²² LIPSTEIN, K. The Hague Conventions on Private International Law, Public Law and Public Policy. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 8. n. 3. 1959. p. 511.

²²³ Tradução livre de: “*It was concerned only with the speedy appointment of a guardian if no person should be charged with the care and control of the child and with the prevention of disputes between two or more persons who, under different legal systems, should be able to claim to act*”. LIPSTEIN, K. The Hague Conventions on Private International Law, Public Law and Public Policy. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 8. n. 3. 1959. p. 511-512.

como contendo uma reserva implícita que autoriza, por ordem pública, a anulação da aplicação do direito estrangeiro”²²⁴.

Nesse sentido, percebe-se que esse instituto do direito internacional privado desempenha um papel negativo, uma vez que os tribunais a ele recorrem ou para recusar o conhecimento de uma ação ou para afastar a aplicabilidade da lei estrangeira indicada pela norma de direito internacional privado²²⁵. Nas palavras de Wilson de Souza Campos Batalha, “a ordem pública funciona como corretivo dos preceitos nacionais de conexão, ou como cláusula de reserva, cortando efeitos à lei estrangeira que seria aplicável por força da norma de direito internacional privado”²²⁶.

Para Nadia de Araujo, a ordem pública representa uma válvula de escape que pode fornecer, ao conflito de leis, a flexibilidade necessária à sua própria manutenção, tendo em vista que o método conflitual clássico se demonstra inadequado às questões jurídicas atuais²²⁷. A cláusula pode ser invocada quando a lei estrangeira em si é contrária à ordem pública do foro; ou quando o resultado a que conduz a regra de conflito é contrário a esta, ainda que a lei estrangeira por si só não seja²²⁸. Ao buscar a proteção aos direitos humanos por intermédio da ordem pública internacional “cria-se um mínimo de segurança jurídica para que esses direitos não sejam afetados por disposições específicas de cada ordenamento jurídico nacional”²²⁹.

Assim, a ordem pública de direito internacional privado funciona para rejeitar leis estrangeiras repugnantes ao senso de moralidade e decência do foro, para prevenir injustiças nas circunstâncias especiais das partes perante o tribunal, afetando a escolha da lei²³⁰. A exceção de ordem pública internacional é uma manifestação notável de

²²⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 70.

²²⁵ DOLINGER, Jacob. Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 208.

²²⁶ CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. Volume II. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. p. 380.

²²⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 82.

²²⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 272.

²²⁹ COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Direito Internacional Privado e Ordem Pública. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 57.

²³⁰ Tradução livre de: “Public policy in private international law functions to reject foreign laws repugnant to the forum’s sense of morality and decency, to prevent injustice in the special circumstances of the parties before the court, and to affect choice of law”. MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and

preocupação com a justiça material: “implica levar em consideração não só o conteúdo do direito estrangeiro designado pela norma de conflito, mas também o resultado preciso a que conduz a aplicação desta lei em função das circunstâncias do caso”²³¹.

A neutralidade do método conflitual clássico, no entanto, sobrecarrega o princípio da ordem pública que atua como principal instrumento de correção, uma vez que “a justiça material no caso concreto seria verificada apenas por institutos relacionados ao limite à aplicação do direito estrangeiro, como a ordem pública”²³².

Não há como perdurar uma norma de conflito de direito internacional privado que não se preocupa com a pessoa e com o resultado material que a aplicação de uma ou outra lei encontrará: “continuar com o sistema do DIPr do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos ao aplicar a regra de conexão, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas”²³³.

A incidência da cláusula de ordem pública como instrumento corretivo da norma de conflito sobrecarrega o princípio, contrariando a sua excepcionalidade. A aparente neutralidade da norma de conflito clássica, no entanto, afasta qualquer valoração de direito material do direito internacional privado, que acaba possuindo uma função meramente localizadora da lei aplicável ou da jurisdição competente.

A excepcionalidade da cláusula de ordem pública perpassa pela “tolerância da diferença”: “uma função que desempenha há muito tempo e que é cada vez mais importante em sociedades multiculturais e em um mundo globalizado”²³⁴. O que se percebe, nesse momento, é a incidência conflitante da cláusula de ordem pública. Ao mesmo tempo em que é o instrumento adequado para corrigir violações de direito, é um instrumento utilizado para afastar a aplicação do direito estrangeiro, prevalecendo o

Ordre Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 607.

²³¹ Tradução livre de: “L’exception d’ordre public international est une manifestation éclatante d’une préoccupation de justice matérielle. Elle suppose de tenir compte non seulement du contenu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, mais aussi du résultat précis auquel mène l’application de cette loi en fonction des circonstances de l’espèce ; et la conformité à l’ordre public international du for doit être appréciée selon les données actuelles”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 272-273.

²³² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 158.

²³³ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 22.

²³⁴ Tradução livre de: “As a ‘safety net’ to choice-of-law rules and rules governing the recognition and enforcement of foreign judgments, it is a doctrine which crucially defines the outer limits of the ‘tolerance of difference’ implicit in those rules. This is a function which it has long performed, and which is increasingly important in multicultural societies and a globalising world”. MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 202.

direito do foro e refletindo uma certa intolerância ao diferente. Nas palavras de Gerhart Husserl, em um sistema de Direito Internacional Privado baseado na ideia de uma comunidade internacional de direito, a ordem pública atua como um corpo estranho, “onde quer que a ordem pública esteja em vigor, o direito interno do foro registra uma vitória sobre as normas do Direito Internacional Privado, cuja aplicação foi vedada”²³⁵.

A invocação da ordem pública não é apenas excepcional porque escolhe a lei local em circunstâncias que são uma exceção ao processo de escolha da lei que normalmente seria utilizada: “é excepcional também porque se trata de uma norma de eleição da lei que atenta para o conteúdo material da lei aplicável”²³⁶.

Ao analisar o contexto das regras de escolha da lei a partir dos tribunais ingleses, Alex Mills afirma que essa será a única base sobre a qual um tribunal inglês examinará o conteúdo da lei estrangeira antes de decidir qual lei aplicar. A cláusula de ordem pública, quando invocada em razão de violação de direito, representa uma certa materialização do direito internacional privado: afasta a incidência da lei estrangeira que seria aplicável a partir da regra de conexão, em razão do resultado material que a aplicação dessa lei provocaria. A influência dos valores materiais nas regras de conexão torna possível um debate a respeito da constitucionalização do direito internacional privado, e a interferência de normas internacionais que estabelecem parâmetros mínimos de proteção à pessoa humana.

Ao analisar a interferência dos direitos humanos no direito internacional privado alemão, importa destacar o paradigmático caso *Spanier-Beschluss*²³⁷ julgado em 1971 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF). O caso rompeu com a postura adotada na Alemanha, determinando que as disposições de direitos humanos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) também eram aplicáveis às normas do direito internacional privado alemão²³⁸.

²³⁵ Tradução livre de: “*In a system of Private International Law based on the idea of an international community of law, ordre public acts in fact as a foreign body; wherever ordre public is operative, the domestic law of the forum registers a victory over those rules of Private International Law, the application of which has been barred*”. HUSSERL, Gerhart. Public Policy and Ordre Public. *Virginia Law Review*. v. 25. n. 1. 1938-1939. p. 57.

²³⁶ MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 209.

²³⁷ ALEMANHA. Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). *Spanier-Beschluss*. 1971. 1 BvR 636/68. Disponível em: <<https://openjur.de/u/179388.html>> Acesso em: 01 out. 2020.

²³⁸ Até a decisão proferida em 1971, a doutrina e a jurisprudência alemãs no campo do direito internacional privado, “tradicionalmente minimizaram, ou mesmo rejeitaram, a relevância do direito constitucional em geral e das disposições de direitos humanos em particular, no que diz respeito à formulação e aplicação de normas de direito internacional privado”. HOFMANN, Rainer. Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*. v. 12. 1994. p. 145.

No caso, as autoridades alemãs recusaram-se a celebrar um casamento entre uma cidadã alemã divorciada por um tribunal alemão e um cidadão espanhol, com o fundamento de que o estado de nacionalidade deste último (Espanha) não reconhecia o divórcio do primeiro. O requerente de nacionalidade espanhola residia na Alemanha desde 1967. A cidadã alemã era casada com um cidadão alemão que, como ela, pertencia ao credo protestante: o divórcio aconteceu legalmente por decisão do Tribunal Regional de Bielefeld em 1965.

A Lei Introdutória ao Código Civil alemão (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*) determinava, no parágrafo 1º do artigo 13º que quaisquer obstáculos ao casamento deveriam ser avaliados para cada um dos noivos de acordo com seu direito interno²³⁹. De acordo com a Seção 10 da Lei do Casamento Alemão (*Ehegesetz*), “um cidadão estrangeiro era obrigado a apresentar uma licença de casamento emitida por seu estado de nacionalidade ou a solicitar ao Presidente do Tribunal de Recursos da Alemanha (*Oberlandesgericht*) uma isenção deste requisito”²⁴⁰. No caso, o Tribunal de Recurso negou a solicitação do cidadão espanhol, justificando que a lei espanhola não reconhecia o divórcio da cidadã alemã com quem pretendia se casar.

A incidência da lei espanhola, nesse caso, impedia a celebração do casamento: “um espanhol não poderia contrair casamento válido no estrangeiro se um dos noivos vivesse um casamento validamente concluído ao abrigo do direito canônico”²⁴¹. De acordo com a lei canônica, o casamento teria sobrevivido apesar do divórcio final por uma decisão do tribunal alemão, o que impediria a celebração do novo ato.

A decisão proferida em 1971 entendeu que a recusa na celebração do casamento violava os direitos fundamentais das partes nos termos do artigo 6º, nº 1, da Lei Fundamental alemã, reconhecendo a liberdade de casamento presente no artigo 116º da Lei Fundamental. A decisão mencionou, ainda, a previsão contida no artigo 12º da

²³⁹ Nas palavras de Rainer Hofmann, “nos termos do artigo 13.º, n.º 1, do EGBGB, tal como estava redigido, os casamentos eram regidos pelas leis dos respetivos estados de nacionalidade dos indivíduos”. HOFMANN, Rainer. Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*. v. 12. 1994. p. 147.

²⁴⁰ Tradução livre de: “Furthermore, under Section 10 of the German Marriage Law (*Ehegesetz*), which was and still is in effect, a foreign citizen was required to either produce a marriage license issued by his or her state of nationality or apply to the President of the locally competent German Court of Appeals (*Oberlandesgericht*) for an exemption from this requirement. The Court of Appeals refused to grant the exemption because, as previously noted, divorce was not recognized under the law of one of the individuals' state of nationality - Spain - and the granting of the exemption in view of this non-recognition would result in a bigamous relationship”. HOFMANN, Rainer. Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*. v. 12. 1994. p. 147.

²⁴¹ ALEMANHA. Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). Spanier-Beschluss. 1971. 1 BvR 636/68. Disponível em: <<https://openjur.de/u/179388.html>> Acesso em: 01 out. 2020.

Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”²⁴². O voto abordou, também, o artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, celebrada no âmbito das Nações Unidas, ratificando que “corresponde às convicções jurídicas internacionais que a liberdade do casamento é um dos direitos humanos essenciais”²⁴³.

A decisão “histórica”²⁴⁴ de 1971 definiu que “o compromisso com os direitos humanos invioláveis e inalienáveis como base de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”, não pode ser conciliado com a ideia de que “a ordem de valores estabelecida pelos direitos fundamentais, especialmente a salvaguarda de um espaço de liberdade para o indivíduo, pode ou deve deixar de funcionar em geral para dar prioridade aos sistemas jurídicos de outros Estados”²⁴⁵. Rainer Hofmann, ao analisar os impactos do caso, afirma que “a decisão constituiu uma rejeição implícita e total da estrutura tradicional patriarcal do direito internacional privado alemão”²⁴⁶.

Wyndham Bewes, em 1921, já afirmava que o exemplo mais simples de ordem pública prevalecendo sobre o direito pessoal era encontrado nos casamentos proibidos: “há uma divergência muito grande a esse respeito, decorrente não apenas do costume, mas das estimativas formadas das próprias condições de criação saudável, de divergentes

²⁴² CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

²⁴³ ALEMANHA. Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). Spanier-Beschluss. 1971. 1 BvR 636/68. Disponível em: <<https://openjur.de/u/179388.html>> Acesso em: 01 out. 2020.

²⁴⁴ Nas palavras de Rainer Hofmann, “a decisão Spanier-Beschluss do Tribunal Constitucional Federal é geralmente considerada como uma decisão histórica no que diz respeito ao efeito das disposições de direitos humanos consagradas no Grundgesetz sobre a formulação e aplicação das regras de conflitos do direito internacional privado alemão”. HOFMANN, Rainer. Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*. v. 12. 1994. p. 146.

²⁴⁵ Ao abordar a principal crítica à interferência do direito constitucional na aplicação das normas de direito internacional privado, a decisão do caso *Spanier-Beschluss* defendeu: “O receio de que tal interpretação sobrecarregue o juiz e ponha em risco a segurança jurídica é infundado. A tarefa a ser realizada não difere essencialmente da interpretação constitucional usual no que diz respeito às questões internas, especialmente no que se refere à transmissão dos direitos fundamentais ao direito privado”. ALEMANHA. Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). Spanier-Beschluss. 1971. 1 BvR 636/68. Disponível em: <<https://openjur.de/u/179388.html>> Acesso em: 01 out. 2020.

²⁴⁶ Tradução livre de: “Thus, this decision constituted an implicit and total rejection of the traditional patriarchal structure of German private international law”. HOFMANN, Rainer. Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*. v. 12. 1994. p. 146.

visões de propriedade e dos ditames da religião”²⁴⁷. Para o autor, para se considerar se um casamento é válido, era necessário considerar a lei pessoal e, também, a lei proibitiva do lugar da celebração.

A verdade é que o uso da cláusula de ordem pública é um “fenômeno mundial”: “de maneira bastante significativa, não existe, no direito privado internacional, uma regra tão comum quanto a reserva de que, em casos apropriados, o direito estrangeiro será abandonado e o recurso deverá ser feito à *lex fori*”²⁴⁸. A questão a ser respondida, no entanto, é se a cláusula de ordem pública deve ser o principal instrumento apto a corrigir eventuais injustiças causadas pela aplicação da lei indicada pelo elemento de conexão. Nas palavras de Spyridon Vrellis, “a tolerância para com os outros deve conduzir a uma invocação bastante excepcional da ordem pública”²⁴⁹, em que a prudência deve prevalecer.

Para Hélène Gaudemet-Tallon, “o direito internacional privado não pode ignorar o resultado concreto a que levará a aplicação da regra de conflito”, de modo que essa regra não deve ser aplicada de “forma mecânica que possa levar a soluções materiais injustas”²⁵⁰. É difícil, no entanto, compreender de que modo a regra de conflito clássica, conflituosa, permitiria a influência do direito material sem recorrer exclusivamente à cláusula de ordem pública. Ao comparar a regra de conflito de leis com a regra substantiva, Spyridon Vrellis menciona que a falta de justiça em um estado de direito se deve, em grande parte, ao seu caráter necessariamente abstrato e geral, de modo que a solução justa só poderia ser encontrada quando se tem em mente todas as circunstâncias particulares do caso concreto²⁵¹.

²⁴⁷ Tradução livre de: “*Perhaps the simplest instance of public order overriding personal law is to be found in the prohibited marriages: for there is very great divergency in this respect, arising not only from custom, but from the estimates formed of the proper conditions of healthy breeding, from divergent views of propriety and from the dictates of religion*”. BEWES, Wyndham A. Public Order (Ordre Public). *Law Quarterly Review*. v. 37. n. 3. 1921. p. 320.

²⁴⁸ Tradução livre de: “*The conflicts use of public policy, or in continental terminology, ‘ordre public’, is a world-wide phenomenon. Significantly enough, there is, in ‘international private law’, scarcely a rule so common as the reservation that, in appropriate cases, the foreign law will be abandoned and recourse had to the lex fori*”. NUSSBAUM, Arthur. Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws. *Yale Law Journal*. v. 49 n. 6. 1940. p. 1028-1029.

²⁴⁹ VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 2007. v. 328. p. 468-469.

²⁵⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 297.

²⁵¹ Tradução livre de: “*Le manque de justice d’une règle de droit est dû, en grande partie, à son caractère nécessairement abstrait et général. La solution juste peut se trouver uniquement lorsqu’on a en vue toutes les circonstances particulières de l’affaire concrète*”. VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 433.

A crítica a aparente neutralidade da norma de conflito clássica, a sua designação cega da lei aplicável e o seu funcionamento mecânico foram evidenciados pela “escola realista americana (com suas várias expressões)”: “um grupo de acadêmicos nos Estados Unidos da América, decididamente se voltou contra o *First Restatement of Conflict of Laws* (que havia adotado em grande parte regras de conflito neutras)”²⁵². Essa reação provocou a crise do direito internacional privado, uma crise que para alguns representou uma revolução, enquanto para outros refletiu uma adaptação às necessidades decorrentes dos desenvolvimentos sócio jurídicos modernos²⁵³.

Ao comparar uma regra de conflito com uma regra de direito substantiva, sua diferença (formal) é considerada óbvia: “a categoria abstrata de relações da regra de conflito tradicional é muito mais ampla do que a mantida pela regra material”²⁵⁴. Enquanto a regra de conflito tradicional referia-se à lei aplicável às “relações contratuais”, no direito material a regra tratava do tratamento diversificado de cada um dos tipos de contratos (contrato de compra e venda, aluguel, garantia, seguro)²⁵⁵. Para o chamado método clássico, “é necessário isolar a regra de conflito dos direitos substantivos que podem ser aplicados ao caso particular”²⁵⁶.

Para a doutrina americana, “deve-se levar em consideração a finalidade e o conteúdo das leis substantivas envolvidas e é com base nesses dados que se decidirá a lei aplicável; em cada caso, devemos descobrir qual lei substantiva tem mais interesses para aplicar”: em uma tentativa de reduzir a completa imprevisibilidade e “superar as

²⁵² O grupo, nas palavras de Spyridon Vrellis, “se orientou, por um lado, para uma consideração de regras materiais internas e estrangeiras e suas políticas subjacentes e, por outro lado, para uma aplicação preferencial da *lex fori*. Estavam prontos (pelo menos em sua expressão mais radical) para realmente rejeitar qualquer ideia de leis que regem determinados atos *a priori*”. VRELLIS, Spyridon. *Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 190.

²⁵³ VRELLIS, Spyridon. *Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 190-191.

²⁵⁴ VRELLIS, Spyridon. *Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 435.

²⁵⁵ Spyridon Vrellis destaca a diferença de postura do legislador para a regra de conflito tradicional e a regra material. No direito material, “o legislador considerou que cada tipo de contrato se distinguia suficientemente um do outro de modo que, apesar de sua semelhança de base que permitia o estabelecimento de certas regras comuns, era justo reservar adicionalmente, para cada desses tipos, um status especial”. Quando se trata de conflito de leis, no entanto, “o legislador pensou (muito mais no passado do que hoje) que todos os contratos têm tais semelhanças que uma regra de conflito é suficiente para eles”. VRELLIS, Spyridon. *Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 435.

²⁵⁶ BUCHER, Andreas. *La dimension sociale du droit international privé. Cours general. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 341. 2010. p. 42.

desvantagens óbvias deste método muito casuístico, alguns, como Cavers, procuram identificar princípios para escolher entre leis substanciais”²⁵⁷.

Para Andreas Bucher, a doutrina contemporânea manteve uma concepção completamente autônoma de direito internacional privado, desvinculada do direito material. Na maioria das vezes, fez isso “alegando que vinha da herança de Savigny, quando na verdade se originou no positivismo do final do século XIX”²⁵⁸. Nadia de Araujo defende, nesse sentido, que “as regras de DIPr precisam obedecer ao sistema de regra/exceção, tendo os direitos humanos como baliza das soluções encontradas pelo método conflitual, não sendo a lei aplicável a única solução possível para um problema plurilocalizado”²⁵⁹.

Para Hélène Gaudemet-Tallon, “a regra de conflito bilateral neutra, a regra de conflito de Savigniana por excelência, oferece vantagens definitivas na busca da justiça conflituosa”, sendo “uma caricatura torná-la uma regra puramente mecânica e abstrata separada da realidade da sociedade a que se submete”²⁶⁰. O método conflitual clássico visa a segurança jurídica de modo que restringe a ação do operador do direito, retirando qualquer autonomia e liberdade no momento de decisão. Cabe ao operador somente a aplicação da lei indicada pelo elemento de conexão previsto, sem qualquer juízo de valor ou preocupação com o resultado material obtido. A utilização de critérios predeterminados, seguindo o método conflitual clássico, robotiza o operador do direito e retira dele qualquer capacidade humana envolvida.

Não há mais espaço para um direito internacional privado robotizado, que ignora a realidade existente atualmente e fecha os olhos para as injustiças. É preciso buscar um direito internacional privado que se preocupe com a pessoa envolvida na escolha da lei, que entenda as consequências da aplicação de uma lei ou outra. Se isso representa uma diminuição da segurança jurídica, então este é o preço a ser pago.

Nadia de Araujo apresenta, a partir desse raciocínio, alternativas que não excluem totalmente as normas de conflitos, mas sim as flexibilizam: “pela introdução do

²⁵⁷ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 184.

²⁵⁸ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. Cours general. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 341. 2010. p. 51-52.

²⁵⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 25.

²⁶⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 193.

princípio de proximidade – como se vê em leis europeias; através de cláusulas de exceção; através de regras materiais de DIPr, orientadas para a solução global do problema, comprometidas com os valores e não mais somente a sua função localizadora”²⁶¹.

Outra alternativa foi observada por Erik Jayme, em 1991, a partir da técnica conflitual baseada nos pontos de conexão alternativos, que são determinantes de resultados e que eliminaria uma parte das questões que até agora eram consideradas problemas permanentes da ordem pública²⁶². Nesse sentido, Spyridon Vrellis destaca que “o que é realmente importante é delimitar as categorias das relações jurídicas e dividi-las entre diferentes normas de conflito, com base em fatores inspirados na ideia de justiça”. Essa ideia aproxima-se ao uso de pontos de conexão alternativos.

A característica comum entre essas alternativas ao método conflitual clássico é a flexibilidade, “uma espécie de manifestação de justiça na lei, pode ser alcançada por uma combinação apropriada de vários pontos de apego (*Verknüpfung von Anknüpfungen*)”. Esta combinação é frequentemente desejável, desde que não torne a regra complicada e de difícil aplicação: “é necessário que os pontos de fixação sejam simples e claros e que nos possam conduzir a uma regulação adequada; o que é mais fácil falar do que fazer”²⁶³.

De um modo geral, é possível afirmar que a ascensão do elemento de conexão residência habitual possuiu como propósito a inserção de uma certa flexibilidade no direito internacional privado, sem abandonar o método conflitual clássico, pretensamente neutro. A alternativa conquistou um número elevado de países que passaram a utilizar esse critério de conexão: a flexibilidade o tornava uma opção mais adequada ao mundo globalizado e com intensas relações transfronteiriças. A grande crítica ao método rígido, no entanto, acontece durante o fenômeno denominado “Revolução Americana”, responsável, também, pela consagração do princípio da proximidade no direito internacional privado.

²⁶¹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 25-26.

²⁶² JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. n. 82. Caracas: 1991. p. 233.

²⁶³ Tradução livre de: “*La flexibilité, qui est une sorte de manifestation de l'équité dans le droit, peut être réalisée par une combinaison appropriée de plusieurs points de rattachement (Verknüpfung von Anknüpfungen). Cette combinaison, qui peut s'exprimer de diverses manières, est souvent souhaitable, pourvu qu'elle ne rende pas la règle trop lourde, compliquée et difficile à s'appliquer. Pour ce faire, il faut que les points de rattachement soient simples et clairs et qu'ils puissent nous conduire à une réglementation convenable ; ce qui est plus facile à dire qu'à réaliser*”. VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 433.

CAPÍTULO 2. O PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: UMA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE CONEXÃO OU UMA JUSTIFICATIVA PARA O MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO?

Passa-se, assim, à análise do movimento que marcou a ruptura das normas de conflito com o direito internacional privado clássico. A grande crítica ao método conflitual clássico ganhou destaque com a Revolução Americana que consagrou o princípio da proximidade no direito internacional privado contemporâneo. Esse capítulo, assim como primeiro, será subdividido em duas seções.

A primeira seção analisará o surgimento do princípio da proximidade, a sua ascensão e a sua consagração no direito internacional privado. Symeon Symeonides, ao mencionar a Revolução Americana, destaca que “a lei de conflitos americana passou por uma revolução virtual, que atacou não apenas a regra da *lex loci* como tal, mas também as próprias premissas e objetivos do sistema de escolha de lei estabelecido”²⁶⁴. O início da Revolução Americana é marcado pela decisão do paradigmático caso *Babcock v. Jackson*²⁶⁵ proferida pelo tribunal de apelação de Nova Iorque em 1963, e que afasta a lei que seria normalmente aplicável, optando “pela melhor lei para reger o caso”²⁶⁶.

A segunda seção desse capítulo irá analisar as duas técnicas utilizadas para a aplicação dos elos mais próximos: “ou para tentar especificar o que podem ser essas ligações, possivelmente até por meio de presunções, ou, pelo contrário, não especificando nada e deixando grande latitude ao juiz, obviamente com risco de incerteza para as partes”²⁶⁷. Essa análise das técnicas e dos seus desdobramentos, almeja compreender

²⁶⁴ Tradução livre de: “*Beginning in the 1950s, American conflicts law underwent a virtual revolution, which attacked not only the lex loci rule as such, but also the very premises and goals of the established choice-of-law system*”. SYMEONIDES, Symeon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*. v. 82. n. 5. 2008. p. 1745.

²⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. New York Court of Appeals, case *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁶⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 45.

²⁶⁷ Tradução livre de: “*Partant de cette référence aux ‘liens les plus étroits’, deux techniques sont actuellement utilisées : ou bien tenter de préciser ce que peuvent être ces liens, éventuellement en posant même des présomptions, ou bien, au contraire, ne rien préciser et laisser alors une grande latitude au juge avec évidemment un risque d’incertitude pour les parties*”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 324.

como o princípio da proximidade se relaciona com a prática do direito internacional privado.

Nadia de Araujo afirma que o estabelecimento do princípio da proximidade, também chamado de princípio dos vínculos mais estreitos, “aliou-se a evocação de uma série de diretrizes para sua descoberta no caso concreto”, firmando um compromisso entre “as antigas regras bilaterais e a necessidade de buscar soluções substanciais para os problemas de DIPr”²⁶⁸.

2.1. O surgimento do princípio da proximidade e a sua ascensão no Direito Internacional Privado

O direito internacional privado, moldado na fase clássica, tem dificuldade de regular as situações jurídicas plurilocalizadas existentes atualmente, ao se abster de uma análise do resultado material encontrado por determinada norma de conflito. Inspirado pela teoria de Friedrich Carl von Savigny, John Westlake escreveu, em 1880: “Pode-se provavelmente dizer com verdade que a lei pela qual se determina a validade intrínseca e os efeitos de um contrato será selecionada na Inglaterra com base em considerações substanciais, sendo dada preferência ao país com o qual a transação tem a conexão mais real, e não à lei do local do contrato como tal”²⁶⁹.

As primeiras incidências do princípio da proximidade ocorrem a partir de diretrizes do direito internacional privado clássico, ainda que o desenvolvimento do princípio represente o declínio gradual do método conflitual clássico. O caso *Babcock v.*

²⁶⁸ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 49. Para André de Carvalho Ramos, o princípio da proximidade representaria uma das alternativas criadas para a inserção dos valores no direito internacional privado. Afirma: “Nesse panorama, é compreensível que sejam desenvolvidas alternativas ao método multilateral clássico (ou rígido) para agregar a proteção de valores e direitos no caso concreto. São encontradas três inovações para, mantendo a espinha dorsal do método multilateral, amenizar sua transformação em mera técnica formal de escolha de lei, preservando direitos dos envolvidos: a busca da especialização das categorias jurídicas e criação de novas regras de conexão, para refinar a determinação da lei aplicável; o uso do princípio da proximidade que substitui os elementos de conexão predeterminados; e o acréscimo de valores e resultados materiais como finalidades a serem perseguidas pelas regras de conexão”. CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do direito internacional privado no século XXI: heterogeneidade e coerência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial no concurso para provimento de cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2018. p. 76-77.

²⁶⁹ Tradução livre de: “Under these circumstances it may probably be said with truth that the law by which to determine the intrinsic validity and effects of a contract will be selected in England on substantial considerations, the preference being given to the country with which the transaction has the most real connection, and not to the law of the place of contract as such”. WESTLAKE, John. *A Treatise on Private International Law, with principal reference to its practice in England: being in lieu of a second edition of the work published in 1858*. Londres: William Maxwell & son, 1880. p. 237.

*Jackson*²⁷⁰ consagra o movimento de ruptura do direito internacional privado clássico nos Estados Unidos da América, iniciado após a crise de 1929, ao descartar a visão tradicional do conflito de leis, optando pela melhor lei para reger o caso²⁷¹.

Nas palavras de Symeon Symeonides, o “estado de Nova York é justificadamente considerado o berço da Revolução Americana”²⁷². Já na década de 1930, é possível encontrar a obra de David Cavers que criticava “o automatismo e a cegueira proposital dos juízes na aplicação das regras de DIPr pelo método conflitual clássico”, defendendo que a “técnica da análise dos interesses envolvidos era melhor que a aplicação mecânica e sem reflexão da lei indicada pelo DIPr clássico”²⁷³.

A consagração da Revolução Americana é marcada, em um primeiro momento de modo mais tímido, pela decisão do caso *Auten v. Auten* em 1954: o Tribunal de Apelações de Nova Iorque abandonava a regra *lex loci contractus* em favor do “centro de gravidade”. O ápice, no entanto, ocorre com o “caso histórico de 1963, *Babcock v. Jackson*, um caso de delito em que o tribunal abandonou a regra *lex loci delicti* em favor de uma análise de escolha da lei baseada em políticas”²⁷⁴.

Percebe-se, a partir da decisão do juiz Fuld, a incidência do princípio da proximidade no direito internacional privado a fim de aplicar ao fato transnacional a lei que possua uma relação mais significativa com a relação jurídica (*most significant relationship*). A utilização do princípio da proximidade evita “tanto a escolha da lei a partir de critérios aprioristicamente traçados (as regras de conexão do método conflitual clássico), que podem ter sido realizados por acaso, quanto a liberdade concedida ao intérprete para a consecução da justiça material no caso concreto”²⁷⁵.

O objetivo “do princípio da proximidade nas obrigações internacionais é de que, para cada situação há um sistema legal que é o mais próximo, uma lei que é boa e justa

²⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. New York Court of Appeals, case *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁷¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 45.

²⁷² Tradução livre de: “*The state of New York is justifiably considered the birthplace of the American conflicts revolution*”. SYMEONIDES, Symeon C. *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 130.

²⁷³ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 43.

²⁷⁴ SYMEONIDES, Symeon C. *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 130.

²⁷⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 161.

para dirimir o conflito entre as partes”, e que aproximaria a relação jurídica da legislação na qual possui uma “relação mais estreita”²⁷⁶. Os reflexos do caso *Babcock v. Jackson* no direito internacional privado são visíveis não apenas no âmbito dos Estados Unidos da América, mas em legislações de outros países que seguiram o entendimento ali defendido, como será visto.

O caso *Babcock v. Jackson* refere-se a um acidente de trânsito ocorrido no Canadá e à responsabilidade civil existente entre os ocupantes de veículo licenciado nos Estados Unidos da América. No dia 16 de setembro de 1960, Georgia Babcock saiu para viajar com um casal de amigos, Sra. e Sr. William Jackson, em uma viagem de fim de semana para o Canadá. Os três eram residentes em Rochester (Estados Unidos da América).

Na viagem, Jackson perdeu o controle do carro na província de Ontário (Canadá), saindo da estrada e colidindo em um muro, deixando Babcock gravemente ferida. Ela, então, processou o motorista nos Estados Unidos da América, alegando negligência de sua parte em operar o automóvel. Até este momento, o entendimento nos Estados Unidos da América era de que os direitos e obrigações decorrentes de uma ação tortuosa seriam determináveis pela lei do lugar do delito, conforme a seção 384 do *Restatement of Conflict of Laws (First)* de 1934. Conforme William Richman e David Riley, o *Restatement First* utilizava como base teórica para determinação da lei aplicável a teoria dos direitos adquiridos²⁷⁷.

Nesse sentido, Harwey Chappell afirma que o critério de conexão “*lex loci delicti* baseia-se na doutrina dos direitos adquiridos”, de modo que a indenização por um delito ocorrido no exterior deve a sua criação à “lei da jurisdição onde a lesão ocorreu e depende, por sua existência e extensão, somente de tal lei”²⁷⁸. Assim, tendo o acidente ocorrido no Canadá, deveria ser aplicada a lei canadense.

Destaca-se que, no momento do acidente, estava em vigor em Ontário uma lei que estabelecia: “O proprietário ou condutor de um veículo a motor, que não seja um

²⁷⁶ DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2004. p. 146.

²⁷⁷ Tradução livre de: “According to the standard account, the theoretical basis for the First Restatement system for choice-of-law was the vested rights theory”. RICHMAN, William; RILEY, David. The first Restatement of Conflict of Laws on the twenty-fifth anniversary of its successor: contemporary practice in traditional courts. *Maryland Law Review*. v. 56. Issue 4. 1997. p. 1197.

²⁷⁸ Tradução livre de: “Lex loci delicti is based upon the vested rights doctrine which postulates that a right to recover for a foreign tort owes its creation to the law of the jurisdiction where the injury occurred and depends for its existence and extent solely on such law”. CHAPPELL, R. Harvey. Lex Loci Delicti and Babcock v. Jackson. *William and Mary Law Review*. v. 7. n. 2. 1966. p. 249.

veículo operado no negócio de transportar passageiros para compensação, não é responsável por qualquer perda ou dano resultante de lesão corporal a, ou a morte de qualquer pessoa transportada no veículo a motor”²⁷⁹. O réu, diante desse cenário, alegou que a lei do local do acidente impedia a indenização requerida pela vítima. O juiz de 1ª instância concordou com o argumento. Assim, questionou-se em divisão de apelação se a lei do lugar do delito deveria reger, invariavelmente, a disponibilidade de indenização pelos danos ou se a regra aplicável de escolha da lei também deveria considerar outros fatores relevantes.

O voto do juiz Fuld, ao responder este questionamento, modificou substancialmente o critério determinador da lei aplicável em matéria de obrigações extracontratuais nos Estados Unidos da América: o seu voto rompe com a visão tradicional do conflito de leis, afastando a utilização da lei do local do delito, por entender que outra lei possuía uma relação mais significativa com o fato transnacional.

O voto proferido modificou o entendimento que, até então, prevalecia nos Estados Unidos da América. Entre os argumentos utilizados, observa-se que este afastou a teoria dos direitos adquiridos e a aplicação da lei do lugar do ato ilícito; citou a teoria do centro da gravidade ou do agrupamento de contatos no conflito de leis; mencionou a proximidade do caso com os Estados Unidos da América, afastando a aplicação da lei canadense (local do ato); e afirmou que a aplicação da lei do local do dano levaria a resultados injustos e anômalos.

Em um primeiro momento, o juiz afastou a aplicação da teoria dos direitos adquiridos. Segundo esta teoria, os direitos e responsabilidades substantivos referentes a uma ocorrência tortuosa seriam determináveis pela lei do lugar do ato ilícito. Conforme o voto, a teoria dos direitos adquiridos ignora o interesse que outras jurisdições, diferentes daquela onde o ato ilícito ocorreu, podem ter na resolução do conflito. É por essa razão que, apesar das vantagens da certeza, da facilidade de aplicação e da previsibilidade que a teoria proporciona, observava-se um aumento das críticas à regra tradicional, ascendendo uma tendência judicial em direção ao seu abandono ou modificação²⁸⁰.

²⁷⁹ Tradução livre de: “*The owner or driver of a motor vehicle, other than a vehicle operated in the business of carrying passengers for compensation, is not liable for any loss or damage resulting from bodily injury to, or the death of any person being carried in * * * the motor vehicle*”. Highway Traffic Act of Province of Ontario. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. New York Court of Appeals, case Babcock v. Jackson, 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁸⁰ Tradução livre de: “*Although espoused by such great figures as Justice Holmes and Professor Beale, the vested rights doctrine has long since been discredited because it fails to take account of underlying policy considerations in evaluating the significance to be ascribed to the circumstance that an act had a*

O juiz utiliza dois precedentes que afastaram a aplicação da lei do local do delito, a fim de fundamentar a sua decisão: o caso *Auten v. Auten*²⁸¹ e o caso *Kilberg v. Northeast Airlines*²⁸² (9 NY 2d 34). No caso *Kilberg v. Northeast Airlines*, por exemplo, observa-se que o tribunal deixou de aplicar a lei do local do delito para determinar o *quantum indenizatório* em razão de morte em acidente aéreo. Conforme a decisão do juiz Desmond, “as condições modernas tornam injusto e anômalo sujeitar o cidadão viajante deste Estado às leis variáveis de outros Estados através e sobre o qual eles se movem”²⁸³. Para ele, o local do dano em um acidente aéreo torna-se inteiramente fortuito²⁸⁴, uma vez que o avião pode sofrer um desastre em um país que ele nunca pretendeu atravessar em razão do clima, por exemplo.

Conforme o juiz Fuld, estes casos são semelhantes em dois aspectos importantes. Primeiro, rejeitaram a aplicação inexorável da lei do lugar do ato ilícito quando esse lugar não possui interesse razoável ou relevante na questão específica envolvida. E, segundo, os tribunais aplicaram a lei de alguma jurisdição diferente do local do ato ilícito porque

foreign situs in determining the rights and liabilities which arise out of that act. The vice of the vested rights theory, it has been aptly stated, is that it affects to decide concrete cases upon generalities which do not state the practical considerations involved. More particularly, as applied to torts, the theory ignores the interest which jurisdictions other than that where the tort occurred may have in the resolution of particular issues. It is for this very reason that, despite the advantages of certainty, ease of application and predictability which it affords, there has in recent years been increasing criticism of the traditional rule by commentators [4] and a judicial trend towards its abandonment or modification”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Babcock v. Jackson*. 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁸¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Auten v. Auten*. 308 N.Y. 155 (N.Y. 1954). Disponível em: <<https://casetext.com/case/auten-v-auten-2>> Acesso em: 10 set. 2020.

²⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Kilberg v. Northeast Airlines*. 9 N.Y.2d 34 (N.Y. 1961). Disponível em: <<https://casetext.com/case/kilberg-v-northeast-airlines-1>> Acesso em: 10 set. 2020.

²⁸³ Tradução livre de: “*Modern conditions make it unjust and anomalous to subject the traveling citizen of this State to the varying laws of other States through and over which they move*”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Kilberg v. Northeast Airlines*. 9 N.Y.2d 34, 211 N.Y.S.2d 133, 172 N.E. 2d 526 (1961). Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/3779>> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁸⁴ O juiz afirma: “*Seu avião pode sofrer um desastre em um estado que ele nunca pretendeu atravessar, mas no qual o avião voou por causa do mau tempo ou outros desenvolvimentos inesperados, ou a descida catastrófica de um avião pode começar em um Estado e terminar em outro. O local da lesão torna-se inteiramente fortuito. Nossos tribunais devem, se possível, oferecer proteção ao povo de nosso próprio Estado contra o tratamento injusto e anacrônico dos processos que resultam desses desastres*”. Tradução livre de: “*His plane may meet with disaster in a State he never intended to cross but into which the plane has flown because of bad weather or other unexpected developments, or an airplane's catastrophic descent may begin in one State and end in another. The place of injury becomes entirely fortuitous. Our courts should if possible provide protection for our own State's people against unfair and anachronistic treatment of the lawsuits which result from these disasters*”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Kilberg v. Northeast Airlines*. 9 N.Y.2d 34, 211 N.Y.S.2d 133, 172 N.E. 2d 526 (1961). Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/3779>> Acesso em: 07 dez. 2018.

ela tinha um interesse mais convincente na aplicação de sua lei à questão legal envolvida²⁸⁵.

O que se observa no caso *Babcock v. Jackson* é que a preocupação de Nova Iorque é inquestionavelmente maior e mais direta, enquanto o interesse de Ontário é mínimo. Como afirma o juiz Fuld, “a presente ação envolve ferimentos sofridos por um hóspede de Nova Iorque como resultado da negligência de um anfitrião nova-iorquino na operação de um automóvel, licenciado e, sem dúvida, segurado em Nova Iorque, no curso de uma viagem de fim de semana que começou e deveria terminar lá”. Ainda em suas palavras, “a única relação de Ontário com a ocorrência é a circunstância puramente adventícia de que o acidente ocorreu ali”²⁸⁶.

É importante mencionar que, em seu voto, o juiz Fuld reconhece que a decisão sobre o acerto ou o erro da conduta do réu depende da lei da jurisdição particular pela qual o automóvel passa. É esta lei que vai determinar a velocidade da via e demais normas de tráfego. No entanto, os direitos e responsabilidades das partes que derivam de sua relação devem permanecer constantes e não variar e mudar à medida que o automóvel prossegue de um lugar para outro. Conforme o juiz, a utilização da regra tradicional inflexível pode levar a resultados injustos e anômalos, ao não levar em conta considerações e objetivos essenciais, de modo que a regra, formulada como foi pelos tribunais, deve ser descartada²⁸⁷.

O voto é emblemático ao afastar a regra de conexão tradicional e inflexível, uma vez que a sua incidência cega poderia ocasionar resultados injustos. Essa decisão rompe com a visão tradicional de aplicação da lei do local do delito, representando o início da utilização do princípio da proximidade como critério apto a determinar a lei aplicável às

²⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Babcock v. Jackson*. 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁸⁶ Tradução livre de: “*The present action involves injuries sustained by a New York guest as the result of the negligence of a New York host in the operation of an automobile, garaged, licensed and undoubtedly insured in New York, in the course of a week-end journey which began and was to end there. In sharp contrast, Ontario's sole relationship with the occurrence is the purely adventitious circumstance that the accident occurred there*”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Babcock v. Jackson*. 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁸⁷ Tradução livre de: “*Be that as it may, however, reconsideration of the inflexible traditional rule persuades us, as already indicated, that, in failing to take into account essential policy considerations and objectives, its application may lead to unjust and anomalous results. This being so, the rule, formulated as it was by the courts, should be discarded*”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Babcock v. Jackson*. 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

obrigações extracontratuais no direito internacional privado dos Estados Unidos da América.

A decisão, no entanto, não foi unânime. Destaca-se, nesse sentido, o voto vencido do juiz Van Voorhis que foi contrário à decisão proferida pelo juiz Fuld. No voto, Van Voorhis afirmou não haver dúvida de que a facilidade de viagem e comunicação têm produzido discrepâncias embaraçosas entre as leis dos Estados em muitos aspectos, e que importar os princípios da extraterritorialidade para o conflito de leis entre os Estados Unidos da América só pode tornar a confusão ainda mais confusa²⁸⁸.

Ainda assim, o voto vencedor foi aquele proferido pelo juiz Fuld e representou uma ruptura com o direito internacional privado clássico a partir da inserção de uma norma de conflito flexível em matéria de obrigações extracontratuais nos Estados Unidos da América. Os reflexos dessa decisão no âmbito interno são inquestionáveis²⁸⁹ e não ficaram restritos²⁹⁰ ao âmbito nacional, influenciando, também, ordenamentos jurídicos de diferentes países.

Para Paul Lagarde, no entanto, o caso *Babcock v. Jackson* seguiu “tanto o método de agrupamento dos pontos de contato (o que corresponde ao que se chama aqui de princípio da proximidade) quanto o dos interesses governamentais que tende a determinar, entre as leis em conflito, qual delas tem interesse mais legítimo para se candidatar”²⁹¹.

²⁸⁸ Tradução livre de: “*Undoubtedly ease of travel and communication, and the increase in interstate business have rendered more awkward discrepancies between the laws of the States in many respects. But this is not a condition to be cured by introducing or extending principles of extraterritoriality, as though we were living in the days of the Roman or British Empire, when the concepts were formed that the rights of a Roman or an Englishman were so significant that they must be enforced throughout the world even where they were otherwise unlikely to be honored by ‘lesser breeds without the law’ Importing the principles of extraterritoriality into the conflicts of laws between the States of the United States can only make confusion worse confounded*”. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Court of Appeals of the State of New York. *Babcock v. Jackson*. 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

²⁸⁹ SOLIMINE, Michael E. The Impact of *Babcock v. Jackson*: An Empirical Note. *Albany Law Review*. vol. 56. n. 4. 1993. p. 773.

²⁹⁰ Como afirma Jamile Mata Diz e Rodrigo Vaslin Diniz, o julgamento do caso *Babcock v. Jackson* “foi o que mais encontrou repercussão no Direito Internacional Privado não só nos Estados Unidos, como também em outros países”. DIZ, Jamile Mata; DINIZ, Rodrigo Vaslin. Desenvolvimento e aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos no direito internacional privado: por uma rediscussão do método de solução do conflito de leis. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p. 106.

²⁹¹ Tradução livre de: “*De fait, la confusion entre les deux méthodes a souvent été faite, et même aux Etats-Unis. Il a souvent été relevé que le fameux arrêt Babcock v. Jackson avait suivi à la fois la méthode du groupement des points de contact (celle qui correspond à ce qui est appelé ici le principe de proximité) et celle des intérêts gouvernementaux qui tend à déterminer, parmi les lois en conflit, celle qui a l'intérêt le plus légitime à s'appliquer*”. LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 122.

É possível afirmar que o juiz Fuld acertou ao enfatizar a importância de aplicar “a lei do estado com a maior preocupação na questão específica, uma vez que a aplicação de tal lei não é apenas um fim importante em si mesma” e deve “levar à harmonia interestadual e internacional”²⁹². O grande trunfo da decisão proferida no caso *Babcock v. Jackson* foi o rompimento dos tribunais americanos com a norma rígida e cega que determinava a aplicação da lei do local do dano.

Para Erwin Spiro, “enquanto no século XIX o conflito de leis dos Estados Unidos da América se desenvolveu sob a influência dos comentários de Joseph Story sobre o conflito de leis, estrangeiras e domésticas”²⁹³, no século XX a temática foi guiada pelo *First Restatement of the Conflict of Laws* e pelo *Second Restatement of the Conflict of Laws*.

Evidencia-se a importância em respeitar um equilíbrio²⁹⁴ entre a rigidez e a flexibilidade das normas de conexão. A carência do *First Restatement of the Conflict of Laws* era justamente por conter apenas regras muito rígidas. Para Hélène Gaudemet-Tallon, esse cenário é a base para a Revolução Americana: “a sua grande flexibilidade em matéria de conflito de leis se explica, pelo menos em parte, pela excessiva rigidez do *First Restatement* em que reinava o territorialismo e a teoria dos direitos adquiridos”²⁹⁵. Destaca-se que as regras de escolha da lei do *First Restatement*, “e de muitos outros sistemas tradicionais, exigiam que o juiz selecionasse o estado da lei aplicável sem levar em conta o conteúdo substantivo dessa lei”²⁹⁶.

A crise provocada pela “maré realista americana no direito internacional privado” trouxe-nos de volta a era da jurisprudência de interesses (*Interessenjurisprudenz*): “trata-se agora de resolver o conflito de interesses, que assumiu a forma (nos Estados Unidos) de uma análise do interesse governamental com seus vários

²⁹² REESE, Willis. Chief Judge Fuld and Choice of Law. *Columbia Law Review*. v. 71. n. 4. 1971. p. 560-561.

²⁹³ SPIRO, Erwin. The Evolution of the Closest (Most Significant) Connection in the Conflict of Laws. *THRHR*. v. 53. 1990. p. 76.

²⁹⁴ Tradução livre de: “*Il est important de respecter un équilibre et l'exemple du droit américain est intéressant à ce sujet: le premier Restatement sur les conflits de lois, de 1934, contenait en effet de nombreuses règles assez rigides et son application posait problèmes pour cette raison*”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 302.

²⁹⁵ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 302-303.

²⁹⁶ Tradução livre de: “*The choice-of-law rules of the first Restatement, and of many other traditional systems, required the judge to select the state of the governing law without regard to that law's substantive content*”. SYMEONIDES, Symeon C. The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 386.

aspectos, ou (na Europa) de um determinado sistema de justiça de direito internacional privado, diferente daquele que prevalece no direito material”²⁹⁷.

Nesse sentido, Nadia de Araujo afirma que “esta orientação metodológica está comprometida com uma jurisprudência de interesses e valores, em favor de decisões que, ao solucionar o conflito de leis, não ignoram as consequências do caminho encontrado”²⁹⁸.

O documento *Restatement (Second) of Conflict of Laws* de 1971 alterou o primeiro, incorporando princípios gerais de direito comum. Ainda que esse documento não possua força vinculante, atua como uma *soft law* com alto poder de persuasão. O caso *Babcock v. Jackson* resultou na modificação do texto que existia, até então, no *Restatement of Conflict of Laws (First)* de 1934. A seção 145, “*Section 145*”, passou a determinar que os direitos e responsabilidades das partes em relação a uma obrigação extracontratual (delitual) seriam determinados pela lei do local do Estado que possuísse a relação mais significativa com a ocorrência do fato e com as partes, a partir dos princípios estabelecidos na seção 6. Utiliza, assim, a expressão “*most significant relationship*”²⁹⁹ a fim de ratificar, no *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, o entendimento defendido na decisão do caso *Babcock v. Jackson*.

Ainda nesta seção 145, no ponto 2, restou estabelecido que para determinar a lei aplicável se deve considerar: a) o local onde ocorreu a lesão; b) o local onde ocorreu o comportamento causador da lesão; c) o domicílio, residência, nacionalidade, local de constituição e sede das partes; e d) o lugar onde o relacionamento entre as partes é centrado (quando este relacionamento existir)³⁰⁰.

É importante ressaltar que o *Restatement (Second) of Conflict of Laws* “estabeleceu que, na matéria de responsabilidade por danos causados por atos ilícitos, deve ser escolhida a lei material que possuir a relação mais significativa (*most significant*

²⁹⁷ VRELLIS, Spyridon. *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 191.

²⁹⁸ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.p. 24.

²⁹⁹ Conforme o número 1 da seção 145: “*The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6*”. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphia: The American Law Institute, 1971.

³⁰⁰ Tradução livre de: “(2) *Contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include: (a) the place where the injury occurred, (b) the place where the conduct causing the injury occurred, (c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered*”. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphia: The American Law Institute, 1971.

relationship) com o fato e com as partes (seção 145)”³⁰¹. Ainda que este documento não possua obrigatoriedade, atua como uma fonte normativa importante nos Estados Unidos da América, de modo que um número significativo de Estados norte-americanos passou a adotar essa previsão, rompendo com a visão tradicional do conflito de leis que existia antes da decisão do caso *Babcock v. Jackson*³⁰².

A seção 6 do documento estabeleceu os princípios de escolha da lei, definindo que um tribunal seguirá a previsão do seu próprio estado (1) e que, quando não existir tal previsão (2), os fatores para a escolha da regra de direito aplicável incluirão: as necessidades dos sistemas interestaduais e internacionais; as políticas relevantes do fórum; as políticas relevantes de outros estados interessados e os interesses relativos desses estados na determinação da questão específica; a proteção de expectativas justificadas; as políticas básicas subjacentes ao campo específico do direito; certeza, previsibilidade e uniformidade de resultado; e facilidade na determinação e aplicação da lei a ser aplicada³⁰³. Essa seção “consagrou princípios a serem seguidos pelos tribunais, denotando uma grande flexibilidade”³⁰⁴.

A tática de listar os fatores nos quais um tribunal pode se basear para determinar a lei aplicável, empregada nessa Seção 6, foi usada de modo “muito eficaz pelo professor Robert Leflar em seu tratado de 1968”³⁰⁵. O autor, no entanto, elaborou uma lista com apenas cinco fatores: 1) previsibilidade dos resultados (*predictability of results*); 2) manutenção da ordem interestadual e internacional (*maintenance of interstate and*

³⁰¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 162.

³⁰² David Cavers, ao abordar o princípio da proximidade tal como utilizado na decisão do caso *Babcock v. Jackson*, questiona quão próxima a conexão deve ser para justificar a utilização de uma lei diversa da lei do local do ato ilícito. Ele, no entanto, recusa-se a responder tal questionamento diante da elevada dificuldade. Tradução livre de: “*How close must the connection be? This is a question that I refused to pursue in Chapter VI, deliberately obscuring its difficulties by using the convenient label ‘seat of the relationship’ to epitomize the connection between the relationship and the state recognized as having the most significant contact with it.*”. CAVERS, David. *The Choice-of-law Process*. Michigan: University of Michigan Press, 1965. p. 303.

³⁰³ Tradução livre de: “§ 6. *Choice-Of-Law Principles (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law. (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied.*”. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphia: The American Law Institute, 1971.

³⁰⁴ MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba, 2018. p. 323.

³⁰⁵ CAVERS, David F. Contemporary Conflicts Law in American Perspective. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 131. 1970. p. 144-145.

international order); 3) simplificação da tarefa judicial (*simplification of the judicial task*); 4) promoção dos interesses governamentais do estado (*advancement of the forum's governmental interests*); e 5) aplicação da melhor lei (*application of the better rule of law*)³⁰⁶. Para David Cavers, os fatores presentes nessas listas são relevantes e úteis, mas é preciso reconhecer a desigualdade existente entre os valores que podem ser atribuídos a um ou outro item, afirmando que os fatores frequentemente apontam para direções diferentes³⁰⁷.

A defesa da busca pela aplicação da melhor lei foi feita por Robert Lefflar: “*better law approach*”. Para o autor “uma abordagem que olha direta e especificamente para as considerações relevantes que influenciam a escolha, ao invés de olhar para alguma fórmula supostamente derivada das considerações de alquimistas anteriores, tem a virtude de permitir que os juízes se concentrem em todos os valores reais”³⁰⁸.

Os princípios previstos na seção 6 demonstram a flexibilidade³⁰⁹ das normas de conexão a partir do *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Para Winn Cutler, no entanto, a ambiguidade da seção 6 permitiu que os tribunais injetassem suas próprias ideologias na análise da previsão, o que gerou uma série de interpretações quanto ao significado da seção³¹⁰. Afirma, nesse sentido, que a linguagem da *Restatement (Second)*

³⁰⁶ LEFLAR, Robert A. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. v. 54. n. 4. 1966. p. 1586-1588.

³⁰⁷ CAVERS, David F. Contemporary Conflicts Law in American Perspective. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 131. 1970. p. 144-145.

³⁰⁸ Tradução livre de: “*An approach which looks directly and specifically to the relevant choice-influencing considerations, rather than one looking to some formula supposedly derived from the considerations by earlier alchemists, has the virtue of enabling the judges to concentrate on all of the real values, as they see them, that are present in their case. It permits them to recognize values that may not have been present in prior cases with superficially similar facts*”. LEFLAR, Robert A. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. v. 54. n. 4. 1966. p. 1598.

³⁰⁹ Nesse sentido, Agbede afirma que o *Restatement Second*, ao rejeitar a regra rígida de contato único do *First Restatement* e ao propor uma abordagem mais flexível para a escolha da lei, fez melhorias significativas no direito internacional privado. Destaca, no entanto, que as ramificações desta regra deram origem a dificuldades na prática: em primeiro lugar, deve-se reconhecer que os contatos enumerados não podem ser exaustivos; e, em segundo lugar, a permutação e combinação de contatos significativos pode ser um processo interminável, uma vez que não há limite quanto ao que pode ser considerado conexão significativa. Para o autor, a ordem de importância dos contatos não foi informada, não havendo indicação de qual conexão seria mais importante que outra: “a decisão final dependerá do senso de apreciação do juiz particular. Tal abordagem, independentemente de seus méritos, está aberta à objeção de que não pode produzir uniformidade de decisão nem tornar previsível o resultado do litígio. Além disso, o processo de determinação da lei com os contatos mais importantes é muito complicado e pouco confiável”. AGBEDE, I. O. Conflict of Tort Laws: New Bases for Solution. *Nigerian Law Journal*. 11. 1977-1980. p. 79-80.

³¹⁰ Tradução livre de: “*Section 6's ambiguity allows courts to inject their own ideologies into the Second Restatement analysis and has spawned a number of interpretations as to the significance of the section*”. CUTLER, Winn. Texas Conflicts Law: The Struggle to Grasp the Most Significant Relationship Test. *Baylor Law Review*. v. 65. n. 1. 2013. p. 366.

of *Conflict of Laws*, especificamente na Seção 6, “é amplamente culpada por sua própria aplicação incorreta”³¹¹.

A jurisprudência de interesses, mencionada por Spyridon Vrellis, sofreu críticas. O radicalismo deu lugar a concepções mais moderadas e menos absolutas, como a teoria dos ‘contatos mais significativos’ (teoria da relação mais relevante), que serviu de base para o *Second Restatement of Conflict of Laws*³¹².

Para David Cavers, quando a disputa se refere a um incidente com partes que possuem um relacionamento prévio, o fato de a relação estar intimamente associada a outro Estado que não aquele em que ocorreu o ato, fornece uma base justa para a aplicação da sua lei³¹³. Em pesquisa divulgada em 1993, quarenta³¹⁴ Supremas Corte Estaduais dos Estados Unidos da América já adotavam essa teoria mais moderna referente à lei aplicável, enquanto apenas dez³¹⁵ a rejeitavam. Em uma pesquisa divulgada mais recentemente, em 2017³¹⁶, observou-se que esses dez ainda mantinham uma visão tradicional do conflito de leis em matéria de obrigações extracontratuais (*torts*). Ainda assim, William Richman e David Riley apresentam uma visão positiva, mencionando que a não utilização do critério *lex loci delicti* é progressiva: a partir do momento que os tribunais começam a utilizar os métodos mais modernos, estes se movem progressivamente ao uso do *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, afastando a incidência da lei do local do delito³¹⁷.

³¹¹ CUTLER, Winn. Texas Conflicts Law: The Struggle to Grasp the Most Significant Relationship Test. *Baylor Law Review*. v. 65. n. 1. 2013. p. 368.

³¹² VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 191.

³¹³ Tradução livre de: “Where the dispute concerns an incident of a relationship, the fact that the relationship was closely associated with the other state provides a fair basis for proposing the application of the higher standards of that state’s law”. CAVERS, David. *The Choice-of-law Process*. Michigan: University of Michigan Press, 1965. p. 303.

³¹⁴ São estes: “New York (1963); Oregon (1964); Pennsylvania (1964); Iowa (1965); Wisconsin (1965); Illinois (1966); New Hampshire (1966); Florida (1967); Washington (1967); New Jersey (1967); Kentucky (1967); Nevada (1967); California (1967); Alaska (1968); Mississippi (1968); Rhode Island (1968); Arizona (1968); Missouri (1969); Maine (1970); Ohio (1971); North Dakota (1972); Vermont (1972); Minnesota (1973); Louisiana (1973); Colorado (1973); Oklahoma (1974); Massachusetts (1976); Nebraska (1977); Arkansas (1977); Delaware (1978); Texas (1979); Hawaii (1981); Michigan (1982); Montana (1984); Idaho (1985); Connecticut (1986); Indiana (1987); Utah (1989); Tennessee (1992); South Dakota (1992)”. SOLIMINE, Michael E. The Impact of *Babcock v. Jackson*: An Empirical Note. *Albany Law Review*. vol. 56. n. 4. 1993. p. 777.

³¹⁵ São estes: “Alabama (1980); Georgia (1984); Kansas (1965); Maryland (1966); New Mexico (1976); North Carolina (1963); South Carolina (1964); Virginia (1979); West Virginia (1986); Wyoming (1972)”. SOLIMINE, Michael E. The Impact of *Babcock v. Jackson*: An Empirical Note. *Albany Law Review*. vol. 56. n. 4. 1993. p. 778.

³¹⁶ SYMEONIDES, Symeon C. Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey. *American Journal of Comparative Law*. vol. 65. n. 1. Spring 2017. p. 33.

³¹⁷ Tradução livre de: “Finally, the most positive sign is that, within a given state, deviation from the *lex loci* tends to be progressive. Once courts begin using modern methods in exceptional cases, they seem to

O *Restatement of Conflict of Laws (First)* de 1934 sofria críticas por alguns motivos específicos: “rejeitava a autonomia das partes; a lei do contrato era geralmente regida pela lei do local da celebração e, em certos casos, pela lei do local da execução; aderiu à teoria dos direitos adquiridos; e geralmente era muito rígida”³¹⁸. O *Restatement (Second) of Conflict of Laws* de 1971 corrigiu essas situações e introduziu a incidência da relação mais significativa, “*the most significant relationship*”. Os críticos do teste de relacionamento mais significativo afirmam que a análise é baseada em resultados, a partir dos princípios estabelecidos na seção 6, “oferecendo maleabilidade suficiente para um juiz escolher o resultado desejado e justificá-lo retroativamente sob a estrutura do teste”³¹⁹.

Ainda que não tenha causado a “Revolução Americana”, o *Restatement (Second) of Conflict of Laws* “foi um fator importante que contribuiu para as decisões em cascata dos tribunais nas décadas de 1960 e 1970 que abandonavam a teoria tradicional”³²⁰.

Diante de um cenário de pluralismo jurídico, “a teoria dos vínculos mais estreitos ou princípio da proximidade ganha relevância, no intuito de promover a aplicação, no caso concreto, da lei que esteja mais próxima dos sujeitos da relação jurídica de Direito Internacional Privado”³²¹. Os reflexos da decisão proferida no caso *Babcock v. Jackson* são evidentes no direito internacional privado dos Estados Unidos da América, e podem ser vistos, também, em ordenamentos diversos.

A abordagem utilizada a partir do caso *Babcock v. Jackson* é pragmática e flexível: “em cada caso, será necessário procurar os vínculos mantidos pela relação

acquire the habit and sometimes move progressively towards the Second Restatement as the dominant choice-of-law methodology. This represents real progress and holds out the hope that the next twenty-five years may see the demise of the lex loci choice-of-law regimes”. RICHMAN, William; RILEY, David. The first Restatement of Conflict of Laws on the twenty-fifth anniversary of its successor: contemporary practice in traditional courts. *Maryland Law Review*. v. 56. Issue 4. 1997. p. 1231.

³¹⁸ Tradução livre de: “*The First Restatement was subjected to strong criticism from the very beginning: it rejected the autonomy of the parties; the law of the contract was generally governed by the law of the place of contract and in certain instances by the law of the place of performance; it adhered to the vested rights theory; and generally it was too rigid. The Second Restatement remedied all this and, what is more important, introduced the incidence of the most significant relationship*”. SPIRO, Erwin. The Evolution of the Closest (Most Significant) Connection in the Conflict of Laws. *THRHR*. v. 53. 1990. p. 76.

³¹⁹ Tradução livre de: “*Critics of the most significant relationship test, most often pointing the finger at Section 6, assert that the analysis is result driven-offering enough malleability for a judge to choose the desired result and retroactively justify it under the framework of the test*”. CUTLER, Winn. Texas Conflicts Law: The Struggle to Grasp the Most Significant Relationship Test. *Baylor Law Review*. v. 65. n. 1. 2013. p. 376.

³²⁰ SYMEONIDES, Symeon C. The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 127.

³²¹ DIZ, Jamile Mata; DINIZ, Rodrigo Vaslin. Desenvolvimento e aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos no direito internacional privado: por uma rediscussão do método de solução do conflito de leis. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p. 113-114.

jurídica em causa com tal e tal Estado, e eventualmente adotar soluções diferentes de acordo com a questão colocada, para assim proceder a um ‘desmembramento’³²². A solução adotada reflete um método flexível de determinação da lei aplicável. A maior desvantagem dessa aplicação é a incerteza quanto à lei aplicável até o momento em que a sentença for proferida.

As decisões que surgiram posteriormente seguiram a metodologia adotada no caso *Babcock v. Jackson*, demonstrando uma série de inconsistências e confusões³²³ que a determinação da relação mais significativa provocava. Por esse motivo, duas decisões surgiram para solucionar as principais dúvidas e incoerências geradas pela decisão anterior: uma em 1969 e outra em 1973.

A primeira, assim, foi a decisão proferida no caso *Tooker v. Lopez*³²⁴ em 1969. O destaque ocorre, novamente, no voto do juiz Fuld. Em suas palavras, o caso *Babcock* serviu para romper com a visão tradicional de neutralidade do direito internacional privado, ao “formular um conjunto de princípios básicos que auxiliaram na descoberta dos valores e das políticas subjacentes que operam nesta área do direito”. Uma vez que esta premissa é estabelecida, é preciso prosseguir “para o próximo estágio na evolução da lei - a formulação de algumas regras de aplicabilidade geral, prometendo um nível justo de previsibilidade”³²⁵.

Para buscar uma certa previsibilidade na determinação da lei aplicável, sem ignorar o resultado material encontrado, o juiz apresenta princípios a serem seguidos em decisões que envolvem acidentes conectados a mais de um ordenamento jurídico. Trata-se de uma tentativa de tornar objetiva a aplicação da lei com os vínculos mais estreitos:

- 1) quando o passageiro e o motorista possuírem o mesmo domicílio, será a lei desse

³²² Tradução livre de: “*L’approche est résolument pragmatique et souple ; il faudra dans chaque cas rechercher les liens entretenus par le rapport juridique en cause avec tel ou tel Etat, et éventuellement adopter des solutions différentes selon la question posée (issue), donc procéder à un ‘dépeçage’*”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 313.

³²³ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 313-314.

³²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Tooker v. Lopez*. 249 N.E.2d 394 (N.Y. 1969).

³²⁵ Tradução livre de: “*Rather, they comprise a sound foundation for a set of basic principles which the practicing lawyer, as well as the conflicts scholar, may be able to wield with good results. They have helped us uncover the underlying values and policies which are operative in this area of the law. Now that these values and policies have been revealed, we may proceed to the next stage in the evolution of the law — the formulation of a few rules of general applicability, promising a fair level of predictability*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Tooker v. Lopez*. 249 N.E.2d 394 (N.Y. 1969).

Estado que “deverá controlar e determinar o padrão de atendimento que o motorista deve ao seu passageiro”; 2) quando o passageiro foi ferido no Estado do seu próprio domicílio e a sua lei permite a indenização, o motorista (que veio para esse Estado) não deve ser autorizado a interpor a lei do seu Estado como defesa – assim como, quando “a conduta do motorista ocorreu no estado de seu domicílio e esse estado não o responsabilizou por essa conduta, ele não deve ser responsabilizado nos termos da lei de responsabilidade civil do Estado do domicílio da vítima”; 3) quando o passageiro e o condutor possuem domicílios em Estados diferentes, a regra é necessariamente menos categórica – “a regra de decisão aplicável será aquela do Estado onde o acidente ocorreu”³²⁶.

Essa lista não almeja representar um rol taxativo, não sugerindo que essas regras sejam ideais ou que outras regras não devam ser redigidas de forma mais ampla ou restrita: o que se sugere é “que esse é o tipo de regra que os tribunais devem visar”³²⁷.

A partir dessas previsões, é possível afirmar que o abandono da *lex loci delicti* só é certo quando o litígio envolve duas pessoas domiciliadas no mesmo Estado – Estado em que o veículo também está matriculado. Na falta de domicílio no mesmo Estado, observa-se uma volta à *lex loci delicti*, “mas com a possibilidade de anulá-la a favor de outra lei, possibilidade que deixa ampla margem de apreciação ao juiz”. Nas palavras de Hélène Gaudemet-Tallon, “a busca por um equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade é evidente”³²⁸.

³²⁶ Tradução livre de: “Without attempting too much, I believe that we may accept the following principles as sound for situations involving guest statutes in conflicts settings: 1. When the guest-passenger and the host-driver are domiciled in the same state, and the car is there registered, the law of that state should control and determine the standard of care which the host owes to his guest. 2. When the driver's conduct occurred in the state of his domicile and that state does not cast him in liability for that conduct, he should not be held liable by reason of the fact that liability would be imposed upon him under the tort law of the state of the victim's domicile. Conversely, when the guest was injured in the state of his own domicile and its law permits recovery, the driver who has come into that state should not — in the absence of special circumstances — be permitted to interpose the law of his state as a defense. 3. In other situations, when the passenger and the driver are domiciled in different states, the rule is necessarily less categorical. Normally, the applicable rule of decision will be that of the state where the accident occurred”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Tooker v. Lopez*. 249 N.E.2d 394 (N.Y. 1969).

³²⁷ Para Willis Reese, “outras questões devem continuar a ser tratadas caso a caso até que se tenha acumulado conhecimento suficiente para permitir a declaração de uma regra. Também seria útil se os tribunais deixassem claro em todas as suas opiniões que seu objetivo final é a elaboração de regras satisfatórias”. REESE, Willis. Chief Judge Fuld and Choice of Law. *Columbia Law Review*. v. 71. n. 4. 1971. p. 562.

³²⁸ Tradução livre de: “On voit que l'abandon de la *lex loci delicti* n'est certain que lorsque le litige implique deux personnes domiciliées dans le même Etat, Etat dans lequel le véhicule est également immatriculé. A défaut de domicile dans un même Etat, on revient à la compétence de principe de la *lex loci delicti*, mais avec une possibilité de l'écartier au profit d'une autre loi, possibilité qui laisse une grande marge d'appréciation au juge. La recherche d'un équilibre entre prévisibilité et souplesse est manifeste”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 314.

Em 1973, o caso *Neumeier v. Kuehner*³²⁹ ratificou os princípios elaborados no caso *Tooker v. Lopez*. Apresentava uma semelhança fática com o caso *Babcock*, de modo que a única diferença era o domicílio do passageiro transportado voluntariamente: em *Babcock* o passageiro era domiciliado em Nova Iorque, enquanto em *Neumeier* o passageiro era domiciliado em Ontário.

Na decisão do caso *Neumeier v. Kuehner*, o juiz Fuld afirma que a recusa na aplicação da lei do local do ato ilícito no caso *Babcock* ocorreu porque essa lei “não levou em conta as considerações políticas subjacentes”: “estávamos dispostos a sacrificar a certeza fornecida pela antiga regra para o resultado mais justo e prático que pode ser melhor alcançado conferindo efeito de controle à lei da jurisdição que tem a maior preocupação ou interesse na questão específica levantada no litígio”³³⁰.

Nesse caso, então, os votos visaram a aplicação do terceiro princípio formulado pelo juiz Fuld. Como o acidente ocorreu em Ontário e o passageiro era domiciliado, também, em Ontário, não teria sentido a aplicação da lei de Nova Iorque³³¹. Seria possível defender a aplicação da lei de Nova Iorque a partir da justificativa de que esta obriga o motorista a exercer os cuidados normais para a proteção do seu passageiro. No entanto, Willis Reese questiona se a lei de Nova Iorque deveria ser aplicada em uma situação em que o passageiro é domiciliado em Ontário e a sua carona tem início e fim programado para ocorrer dentro do território de Ontário, tal como ocorre no caso *Neumeier v. Kuehner*: “a lei de Nova Iorque realmente pretendia ser o maná para o mundo inteiro?”³³². O caso *Neumeier v. Kuehner*, nesse sentido, determina a aplicação da lei de Ontário.

³²⁹ O caso tratava-se de uma ação por homicídio culposo ocorrido na província de Ontário: um motorista de Nova York, cujo automóvel estava registrado e segurado em Nova York, pegou um passageiro em Ontário. Ambos morreram quando o automóvel foi atingido por um trem de propriedade e operado pela Canadian National Railway Company. O processo foi instaurado em Nova York por um representante pessoal do passageiro falecido contra a Ferrovia e o motorista. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Neumeier v. Kuehner*. 31 N.Y.2d 121 (N.Y. 1972).

³³⁰ Tradução livre de: “*When, in Babcock v. Jackson (12 N.Y.2d 473, supra), we rejected the mechanical place of injury rule in personal injury cases because it failed to take account of underlying policy considerations, we were willing to sacrifice the certainty provided by the old rule for the more just, fair and practical result that may best be achieved by giving controlling effect to the law of the jurisdiction which has the greatest concern with, or interest in, the specific issue raised in the litigation*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Neumeier v. Kuehner*. 31 N.Y.2d 121 (N.Y. 1972).

³³¹ REESE, Willis. Chief Judge Fuld and Choice of Law. *Columbia Law Review*. v. 71. n. 4. 1971. p. 548-566.

³³² Tradução livre de: “*On this basis, it could perhaps be argued that New York policy would be furthered by application of the New York rule imposing upon the driver the duty of exercising ordinary care for the protection of his guest. But could this argument really be made with a straight face in support of an Ontario guest picked up in Ontario and who enjoyed no similar protection under Ontario law? Was the New York rule really intended to be manna for the entire world?*”. REESE, Willis. Chief Judge Fuld and Choice of Law. *Columbia Law Review*. v. 71. n. 4. 1971. p. 563.

Os três princípios elaborados pelo juiz Fuld no caso *Tooker v. Lopez* visavam a delimitação de uma previsão geral (a lei do estado onde ocorreu o acidente será normalmente aplicável), definindo “os fatores que podem ocasionalmente levar à conclusão de que a lei de algum outro Estado deve ser aplicada”³³³.

Para Erik Jayme, a revolta contra o direito internacional privado clássico era, inicialmente, limitada à responsabilidade civil por acidentes de viação, tal como visto na decisão do caso *Babcock*. A tendência recente, no entanto, envolve outras matérias na substancialização da disciplina. Conforme o autor, “o objetivo material esperado pode influenciar a determinação da lei aplicável”³³⁴.

As normas baseadas no direito internacional privado clássico, no entanto, ainda estão vigentes em um número significativo de ordenamentos jurídicos. Marc-Philippe Weller destaca que o direito internacional privado “não é apenas desafiado por este enfoque pós-moderno no indivíduo, mas também por conexões politicamente impregnadas” que contrastam com a “construção internacional privatística clássica”³³⁵.

É possível observar, nesse sentido, a decisão inglesa proferida no caso *Johnson v. Coventry Churchill International Ltd*³³⁶, em 1992, referente a uma disputa entre a aplicação da lei inglesa e a aplicação da lei alemã. No caso, o réu era uma agência de emprego inglesa que recrutava nacionais para trabalharem no estrangeiro; o demandante era um marceneiro experiente que respondeu um anúncio para trabalhar na Alemanha Ocidental. O demandante, assim, foi contratado e enviado, juntamente com outros trabalhadores, para Stuttgart (Alemanha). Após duas semanas de trabalho, o demandante sofreu um acidente ao caminhar sobre duas pranchas de madeira posicionadas em uma trincheira de 2,5 metros de profundidade. Uma das pranchas estava podre e cedeu com o seu peso.

O trabalhador, então, entrou com a ação na Inglaterra requerendo uma indenização por negligência com o fundamento de que o réu não cumpriu o seu dever de fornecer um local de trabalho seguro. O problema central do caso questionava a lei que seria aplicada à ação: a lei inglesa ou a lei alemã. O demandante justificou o seu pedido com base na lei inglesa, uma vez que a lei alemã “não previa que o empregador fosse

³³³ REESE, Willis. Chief Judge Fuld and Choice of Law. *Columbia Law Review*. v. 71. n. 4. 1971. p. 562.

³³⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 47.

³³⁵ WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 385.

³³⁶ INGLATERRA. *Johnson v Coventry Churchill International Ltd*. 1992. 3 All. ER 14.

responsável por danos pessoais sofridos por um empregado como resultado de negligência do empregador”³³⁷.

Na decisão, o tribunal inglês reconheceu que o delito ocorreu na Alemanha. Defendeu, no entanto, que o caso representava uma questão que deveria ser regida pela lei do país que tivesse a relação mais significativa com a ocorrência e as partes, concluindo que “o país com a relação mais próxima com o incidente e as partes era a Inglaterra”³³⁸.

No caso, observa-se que o tribunal inglês utiliza o princípio da proximidade como uma ferramenta para a busca da justiça: “a aplicação da lei inglesa à questão proporcionaria proteção aos trabalhadores ingleses que trabalham no exterior para empresas inglesas, em países de cujos sistemas jurídicos se poderia esperar que eles tivessem pouco conhecimento”³³⁹.

Nessa seara, observa-se a ascensão do princípio da proximidade ou princípio da conexão mais estreita, mencionado por Paul Lagarde³⁴⁰. Este princípio, desde então, adquiriu grande importância no direito internacional privado. Consiste na aplicação do sistema jurídico ou da lei que forem mais próximos do fato, devendo o tomador de decisão executar um “teste da conexão mais próxima e verdadeira”, a fim de que “descubra, concretamente, qual é a lei mais próxima ao fato, e que, conseqüentemente, deverá ser aplicada”³⁴¹.

Gabriel Valente dos Reis diferencia a aplicação da lei do Estado mais próximo e a aplicação do sistema jurídico mais próximo, ressaltando que, ainda que não possuam o mesmo significado, ambos os fatores deveriam ser considerados no momento da decisão. A noção de Estado estaria relacionada a um aspecto geográfico, cultural e até mesmo de

³³⁷ BARRIE, George N. An Accurate Reflections of the Most Significant Relationship Test in the Private International Law of Delict. *Journal S. Afr. Law*. 1994. 852.

³³⁸ Tradução livre de: “*But, the court asked, is this not an issue between the parties which ought to be governed by the law of the country which has the most significant relationship with the occurrence and the parties? This question the court answered positively concluding that the country with the closest relationship to the incident and the parties was England*”. BARRIE, George N. An Accurate Reflections of the Most Significant Relationship Test in the Private International Law of Delict. *Journal S. Afr. Law*. 1994. 852.

³³⁹ BARRIE, George N. An Accurate Reflections of the Most Significant Relationship Test in the Private International Law of Delict. *Journal S. Afr. Law*. 1994. 853.

³⁴⁰ LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 9-238.

³⁴¹ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 298.

nacionalidade da parte, enquanto a ideia de sistema jurídico seria um aspecto terminológico e de forma da lei³⁴².

Paul Lagarde afirma que o princípio da proximidade poderia ser expresso pela seguinte norma de conflito de leis: “A relação jurídica é regida pela lei do país com o qual tem mais vínculos”³⁴³. O princípio consiste em uma expressão do pós-positivismo, passando de regras de conexões baseadas no texto positivo do direito do foro para regras baseadas na proximidade do fato com a lei, sendo a proximidade “um instrumento da razoabilidade”³⁴⁴. A proximidade possuiria uma vantagem em relação ao método tradicional, uma vez que a flexibilidade proporcionada pode acarretar, “no longo prazo, o desenvolvimento de parâmetros cada vez mais precisos”³⁴⁵. A semelhante aplicação desses parâmetros pelos tomadores de decisão ao redor do mundo resultaria em decisões mais coerentes e compatíveis com as especificidades de cada caso.

Conforme Paul Lagarde, o princípio da proximidade permite ao direito internacional privado alcançar o objetivo de “justiça” na solução do conflito de leis, uma vez que essa solução não dependeria mais de um fator abstrato de conexão, muitas vezes inadequado a uma situação concreta, “mas de um apego determinado concretamente para a situação considerada”³⁴⁶. Essa característica distinguiria o princípio da proximidade da doutrina de Savigny: “o princípio da proximidade não rejeita *a priori* a análise da natureza da relação jurídica, mas não a considera suficiente”. Enquanto a teoria de Savigny

³⁴² VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 299.

³⁴³ Tradução livre de: “*Dans une première approximation, le principe de proximité pourrait s'exprimer par la règle de conflit de lois suivante : 'Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits'*”. LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 29.

³⁴⁴ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 301.

³⁴⁵ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 305.

³⁴⁶ Tradução livre de: “*Les justifications qu'on peut trouver à une telle solution sont nombreuses. C'est avant tout son apparente objectivité qui devrait la rendre facilement universalisable et par là même satisfaire aux objectifs largement admis du droit international privé: - l'uniformité des solutions et l'élimination des situations boiteuses; - le respect des attentes légitimes des parties; - l'équilibre entre les intérêts respectifs des Etats à régir la situation, ceux dont la loi n'a pas été retenue ne pouvant a priori se plaindre, puisque, par hypothèse, la situation présentait un lien plus étroit avec le droit d'un autre Etat; - la «justice» de la solution du conflit de lois, car cette solution ne dépend plus d'un facteur de rattachement abstrait, souvent inadapté à une situation concrète, mais d'un rattachement déterminé concrètement pour la situation considérée*”. LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 29.

representa uma abordagem abstrata, o princípio da proximidade busca uma abordagem concreta “baseada no exame dos vários elementos da situação como um todo”³⁴⁷.

Em 1986, Paul Lagarde já observava a importância do princípio da proximidade entre as obrigações contratuais. Na falta de escolha da lei aplicável, o contrato deveria ser regido pela lei do país com o qual possuísse mais vínculos. O autor apresenta, assim, países que substituíram as suas rígidas previsões pela flexibilidade do princípio da proximidade: “a França e a Inglaterra são bons exemplos de países onde o princípio da proximidade foi introduzido em sistemas que anteriormente vinculavam o contrato à lei do local de conclusão”, assim como “a Suíça e a Alemanha ilustram o mesmo fenômeno com base em uma conexão original com a lei do lugar de execução”³⁴⁸.

Ao analisar a evolução da jurisprudência francesa, menciona que o grande julgamento ao qual as soluções modernas são atribuídas é o da câmara civil do Tribunal de Cassação de 5 de dezembro de 1910³⁴⁹, por meio do caso *American Trading c. Quebec Steamship*. Esse emblemático caso francês consagrou a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável, prevendo, na ausência de escolha das partes, duas ligações fixas “que ocorrem uma após a outra: a nacionalidade comum das partes e, em seguida, o local da celebração do contrato”³⁵⁰.

Em 1959, o Tribunal de Cassação francês avançou na flexibilização da regra de conexão, determinando que “na falta de declaração expressa das partes, cabe aos juízes averiguar, de acordo com a estrutura da convenção e as circunstâncias do caso, qual a lei que deve reger as relações das partes contratantes”³⁵¹, renunciando a qualquer conexão fixa e fornecendo liberdade a quem profere a decisão judicial.

³⁴⁷ LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 30.

³⁴⁸ LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 33.

³⁴⁹ LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 33-34.

³⁵⁰ Nesse sentido, observa-se trecho da decisão proferida pelo Tribunal de Cassação francês: “Considerando que a lei aplicável ao contrato ... é a que as partes adotaram; que se, entre pessoas de nacionalidades diferentes, a lei do lugar onde o contrato intervém é, em princípio, aquela a que deve ser vinculado, é assim apenas enquanto as partes contratantes não tiverem manifestado vontade contrária; que não só esta manifestação pode ser expressa, mas inferida dos fatos e circunstâncias do caso, bem como dos termos do contrato”. LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 34.

³⁵¹ Tradução livre de: “Une étape décisive sera franchie le 6 juillet 1959 lorsque la Cour de cassation affirmera que: ‘la loi applicable aux contrats ... est celle que les parties ont adoptée; qu’à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges de rechercher, d’après l’économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants’”. LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 34-35.

Os países que utilizavam a lei do lugar da execução, seguindo a orientação de Savigny, apresentaram maior resistência à flexibilização da regra de conexão. Na Alemanha, a incidência da teoria de Savigny resultou na adoção da autonomia da vontade das partes em matéria contratual³⁵², de modo que uma conexão subsidiária só se aplicaria na ausência da vontade implícita ou presumida das partes.

Ao mencionar a noção de vontade presumida (em alemão “*mutmassliche Wille*”), qualificada como uma vontade hipotética (“*hypotetische Wille*”), Paul Lagarde destaca que o juiz, “ao buscar a lei que as partes teriam escolhido se tivessem visto a necessidade de fazer uma escolha de lei, fez-se executor da vontade das partes”³⁵³.

O Tribunal alemão, no entanto, “foi levado a decidir com perfeita clareza que o juiz, ao buscar a vontade hipotética, deveria buscar o centro de gravidade (*Schwerpunkt*), a relação espacial mais próxima (*die engste räumliche Beziehung*), ponderando os interesses a partir de uma base objetiva”³⁵⁴.

O resultado prático desses avanços é observado no texto da Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 19 de junho de 1980, conhecida como “Convenção de Roma”, que apresentou, no artigo 4º, previsões para determinação da lei aplicável na falta de escolha pelas partes. O nº 1, assim, determinou que o contrato, na falta de escolha, rege-se pela lei do país com o qual tenha mais vínculos: “na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 39, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita”³⁵⁵.

O restante do artigo 4º determina vínculos que devem prevalecer na determinação da lei aplicável. O nº 2 menciona a presunção de conexão mais estreita com

³⁵² Para o autor, “o direito local aplicável a cada relação jurídica está sob a influência da livre vontade dos interessados, que se submetem voluntariamente ao império de uma determinada lei, embora essa influência não seja ilimitada. Esta apresentação voluntária também estende sua eficácia à jurisdição competente para ouvir as várias relações jurídicas”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 119.

³⁵³ Tradução livre de: “*La notion de volonté présumée (mutmassliche Wille), qualifiée plus souvent aujourd'hui de volonté hypothétique (hypothetische Wille), était à l'origine une extension de la volonté implicite. Le juge, en recherchant la loi que les parties auraient choisie si elles avaient vu la nécessité de faire une élection de droit, se faisait l'exécuteur de la volonté des parties*”. LAGARDE, Paul. *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 36.

³⁵⁴ O Tribunal alemão, *Bundesgerichtshof*, assim determinou: “A vontade hipotética não é determinada pelas ideias subjetivas das partes. É muito mais uma questão de avaliar os interesses das partes em bases objetivas e de descobrir se o centro de gravidade da relação contratual evidencia objetivamente um determinado sistema jurídico para o conjunto dessa relação contratual”. LAGARDE, Paul. *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 36-37.

³⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 19 de Junho de 1980. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41980A0934>> Acesso em: 16 set. 2020.

o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação tem a sua residência habitual, no momento em que é realizada a celebração do contrato. O nº 5 prevê, no entanto, que essa presunção será anulada “sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país”.

Como menciona Paul Lagarde, essa fórmula parecia muito simples para alguns tipos de contrato, de modo que as convenções “recorreram a soluções mais sofisticadas, como agrupamento de pontos de contato”³⁵⁶. Percebe-se, assim, a ascensão de normas de direito internacional privado que ordenam a aplicação da lei mais próxima à relação jurídica transnacional, baseadas no princípio da proximidade.

Como exemplo, observam-se as previsões contidas em alguns regulamentos de direito internacional privado da União Europeia. Essas disposições representam importantes diretrizes na atualidade, uma vez que desde 1997, com o advento do Tratado de Amsterdã, a União Europeia possui a competência para legislar a disciplina, fenômeno chamado de comunitarização³⁵⁷ do direito internacional privado, ou, ainda, europeização³⁵⁸ da disciplina.

³⁵⁶ LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 42.

³⁵⁷ Conforme Aline Beltrame de Moura: “Nacionalidade, domicílio e residência habitual são três das opções de políticas legislativas geralmente utilizadas pelos sistemas internacional-privatistas estatais a fim de individuar a lei aplicável ao estatuto pessoal do sujeito. Conforme será analisado, no âmbito europeu, a questão tem adquirido maior relevância nos últimos anos em razão da intensificação do processo de comunitarização do Direito Internacional Privado”. MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. 1074. Nesse sentido, ver: JAEGER JUNIOR, Augusto. Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um Renascimento do Reenvio. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 55-68. BORRÁS, Alegria. Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 317. 2005. p. 313-536. HARDING, Maebh. The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law. *Journal of Private International Law*. v. 7. n. 1. April 2011. p. 203-230. JACQUET, Jean-Michel. La fonction supranationale de la règle de conflit de lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 292. 2001. p. 147-248. JAYME, Erik. Direito internacional privado e integração: as convenções europeias. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 106-116. LAMONT, Ruth. Habitual Residence and Brussels Ibis: Developing Concepts for European Private International Family Law. *Journal of Private International Law*. v. 3. n. 2. October 2007. p. 261-282. MANKO, Rafal. Habitual residence as connecting factor in EU civil justice measures. *Library Briefing: Library of the European Parliament*, 2013. FURTADO, Rogério Dourado. A necessidade de uma soberania compartilhada para a constituição de mercados de bloco. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coord.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 315-318.

³⁵⁸ Sobre a europeização do direito internacional privado, ver: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento*

Destaca-se o regulamento nº 593/2008 que trata sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, conhecido como Roma I³⁵⁹ e que substituiu a Convenção de Roma, mencionada acima. O artigo 4º, ponto 4, determinou que, não podendo ser determinada a lei a ser aplicável, o contrato será “regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita”³⁶⁰. Previsão que está intimamente relacionada ao princípio da proximidade³⁶¹.

No mesmo sentido, o regulamento nº 864/2007, conhecido como Roma II, destinou-se à lei aplicável às obrigações extracontratuais e, também, refletiu a busca pela conexão mais significativa. Assim como os demais regulamentos de direito internacional privado da União Europeia, esse apresentou normas flexíveis, fugindo da visão tradicional do conflito de leis que previa uma única solução de direito aplicável a um fato transnacional. Observa-se o artigo 4º desse regulamento, responsável por definir a lei a ser aplicável às obrigações extracontratuais³⁶². No primeiro ponto, o legislador utiliza como elemento de conexão o local onde tenha ocorrido o dano, enquanto no segundo

jurídico brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012. MCGLYNN, Clare. The Europeanisation of Family Law. *Child and Family Law Quarterly*. v. 13, n. 1. 2001. p. 35-50. MICHAELS, Ralf. The new European Choice-of-Law Revolution. *Tulane law review*. 2008, v. 82, n. 05. MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Direito internacional privado da família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 367-427. MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interacção originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 3-61. CZEPELAK, Marcin. Would We Like to Have a European Code of Private International Law? *European Review of Private Law*. v. 18. Issue 4. 2010. p. 705-728.

³⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 10 nov. 2020. Sobre essa convenção, ver: MEDAGLIA, Ivo de Paula. A liberdade das partes como critério de determinação do direito aplicável às obrigações contratuais de acordo com o Regulamento Roma I. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 159-179. SCALERSKY, Fernanda Sirotsky. A internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 116-143.

³⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁶¹ Gabriel Valente dos Reis afirma que “o princípio da proximidade determina que o país ou sistema jurídico mais próximo ao fato deve regê-lo”, tratando-se de “um princípio-regra que remete à aplicação de um teste (teste da conexão mais próxima e verdadeira) para que se descubra, concretamente, qual é a lei mais próxima ao fato; e que, conseqüentemente, deverá ser aplicada”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 298.

³⁶² UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32007R0864>> Acesso em: 10 nov. 2020.

ponto utiliza o elemento de conexão residência habitual: sempre que o lesado e a pessoa responsável pelo dano possuírem residência habitual no mesmo país no momento em que o dano ocorreu, a lei desse país deverá ser aplicada.

O artigo 4º do Regulamento Roma II, no entanto, vai além e determina no terceiro ponto a possibilidade de aplicação da lei do país que possuir uma “relação mais estreita com o caso”³⁶³. Essa previsão é uma incidência do princípio da proximidade³⁶⁴ diante de uma tentativa de aplicar a lei que possua uma relação mais próxima com a situação, a fim de que as partes envolvidas sejam beneficiadas a partir da ponderação fática.

As demais determinações contidas no Roma II seguem a interpretação apresentada no artigo 4º, regulamentando situações específicas, como os danos ambientais, as violações de direitos de propriedade intelectual, as ações coletivas, entre outros temas³⁶⁵. De uma forma geral, destaca-se que o regulamento Roma II concedeu preferência ao princípio da proximidade ao prever a incidência da norma do país que possuir uma relação mais próxima com o caso em si, mantendo-se em conformidade com a previsão dos demais regulamentos da União Europeia.

Essa tendência é um reflexo direto da decisão proferida no caso *Babcock v. Jackson*, evidenciando a utilização de uma norma flexível de direito internacional privado. Observa-se que essa norma corresponde ao método multilateral indireto flexível fechado no direito internacional privado, que “consiste na determinação da norma material mais adequada para a regência do fato transnacional ou ainda da jurisdição para solucionar litígios, a partir da detecção de vínculos mais próximos ou estreitos com a situação analisada”³⁶⁶.

Em 1986, Paul Lagarde já destacava a dificuldade da utilização do princípio da proximidade em matérias de estado pessoal. Para o autor, a incidência da proximidade

³⁶³ Pode-se observar novamente a utilização do princípio da proximidade. Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

³⁶⁴ Conforme André de Carvalho Ramos, o princípio da proximidade ou princípio do vínculo mais estreito (principle of closest connection) é o método multilateral indireto flexível fechado mais utilizado atualmente fora dos Estados Unidos”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 160. Neste sentido, Paul Lagarde afirma que o princípio de proximidade orienta que uma relação jurídica seja governada pela lei do Estado com o qual apresenta os laços mais estreitos. LAGARDE, Paul. *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 29.

³⁶⁵ Ver mais em: UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 864/2007, Roma II.

³⁶⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 161.

nesses casos “não inspira diretamente a regra de conflito”³⁶⁷, ainda que não desapareça completamente. Assim, destaca a ascensão do princípio da proximidade em situações em que a conexão constituída “pela nacionalidade desaparece (apatridia), enfraquece (conflito positivo de nacionalidades) ou se divide (cônjuges de nacionalidade diferente)”³⁶⁸.

É possível visualizar, então, a incidência do princípio da proximidade em regulamentos que se referem ao estado pessoal³⁶⁹, no direito internacional privado da União Europeia. O regulamento nº 1259/2010, por exemplo, criou “uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial”³⁷⁰, e determinou no considerando nº 14: “para permitir que os cônjuges escolham uma lei aplicável com a qual tenham uma conexão estreita ou, na ausência de escolha, para que tal lei possa ser aplicada ao seu divórcio ou separação judicial, essa lei deverá aplicar-se, ainda que não seja a de um dos Estados-Membros participantes”³⁷¹.

Em matéria de sucessão internacional³⁷², surgiu, em 2012, o regulamento nº 650, “relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à

³⁶⁷ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 31.

³⁶⁸ Tradução livre de: “*Les uns tiennent à cette faculté de pénétration elle-même. Dès que le rattachement constitué par la nationalité disparaît (apatridie), faiblit (conflit positif de nationalités) ou se divise (époux de nationalité différente), une pression très forte s'exerce pour substituer au fondement d'allégeance un rattachement fondé sur le principe de proximité*”. LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 95.

³⁶⁹ Nesse sentido, ver: TOTH, A. G. The Individual and European Law. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 24. n. 4. 1975. p. 659-706. WILKINSON, W. E. Divorce in Private International Law. *International Law Notes*. v. 3. n. 26. July 1918. p. 82-88. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 1. n. 1. Marzo 2009. p. 36-71. BUCHER, Andreas. La famille en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 283. 2000. p. 9-186. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 4. n. 1. Marzo 2012. p. 52-85. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. As novas tendências do direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. n. 1. Porto Alegre: 2004. p. 305-313.

³⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> 10 nov. 2020.

³⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> 10 nov. 2020.

³⁷² Nesse sentido, ver: DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5. n. 2. Madrid: 2013. p. 5-139. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 8. n. 1. Marzo 2016. p. 47-75. CHRISTANDL, Gregor; QUINZÁ REDONDO, Pablo. Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con

aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu”³⁷³. O artigo 21º estabeleceu que a lei a ser aplicável ao conjunto da sucessão deveria ser a lei do Estado onde o falecido residia habitualmente³⁷⁴ no momento do óbito, ressaltando ainda a possibilidade de incidência de uma lei de outro Estado desde que o falecido, no momento do óbito, possuísse uma relação mais estreita com este.

Em 2016, dois regulamentos mantiveram a previsão de normas de conflitos flexíveis. O regulamento nº 1103, que implementou “a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais”³⁷⁵, manteve a incidência do princípio da proximidade em suas normas: o artigo 26º indicou a utilização da lei do Estado com o qual os cônjuges possuísem uma relação mais estreita no momento de celebração do casamento. E o regulamento nº 1104, que implementou “a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas”³⁷⁶, e previu no considerando nº 42: “A

especial referencia al ordenamiento jurídico Español. *Revista para el Análisis del Derecho*. n. 3. 2013. p. 1-27.

³⁷³ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> 10 nov. 2020.

³⁷⁴ Gabriel Valente dos Reis afirma que “os Estados europeus continentais, possuidores de grande tradição no Direito Internacional Privado e que tradicionalmente adotavam o critério da nacionalidade, trocaram-no recentemente pela regra da residência habitual”, o que indicaria “uma tendência da comunidade internacional contemporânea no sentido do abandono da nacionalidade”. Ressalta-se, no entanto, que o Regulamento nº 650 não abandonou o critério da nacionalidade, permitindo a sua utilização a partir da vontade do *de cuius* (*professio juris*). VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 317.

³⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 10 nov. 2020. Sobre o assunto, ver: GOLDSTEIN, Gérald. La cohabitation hors mariage en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 320. 2007. p. 9-389. JAYME, Erik. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. 1. n. 1. 2003. p. 147-153. JUGASTRU, Calina. Habitual Residence in the Context of European Matrimonial Regime. Regulation EU 2016/1103. *Revista Universul Juridic*. v. 2018. n. 9. September 2018. p. 6-17.

³⁷⁶ Este regulamento também se manteve como uma cooperação reforçada, de modo que a participação dos Estados depende da aceitação destes. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 10 nov. 2020.

regra principal deverá assegurar que os efeitos patrimoniais de uma parceria registrada sejam regidos por uma lei previsível, com a qual apresentem uma conexão estreita”³⁷⁷.

Conforme Marc-Philippe Weller, é certo que as normas de direito internacional privado da União Europeia se orientam “pela conexão mais estreita e a harmonia jurídica; contudo, a estes objetivos localizadores sobrepõem-se agora aspectos materiais”³⁷⁸.

No âmbito do Mercosul não é possível encontrar uma vasta previsão de normas flexíveis de direito internacional privado tal como na União Europeia. Destaca-se, no entanto, o Protocolo de São Luiz, celebrado em 25 de junho de 1996 e que trata sobre responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados Partes. Protocolo que foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 3.856³⁷⁹ em 3 de julho de 2001.

O protocolo apresenta um importante dispositivo, especialmente no que se refere ao direito internacional privado brasileiro, atuando como uma atualização normativa no país³⁸⁰. A primeira parte do artigo 3º determina que a responsabilidade civil por acidentes de trânsito será regida pelo direito interno do Estado Parte em cujo território ocorreu o acidente”, de modo que mantém a visão tradicional a partir da aplicação da lei do local da ocorrência do dano. A segunda parte desse artigo, no entanto, apresenta uma exceção a essa regra: “se no acidente participarem ou resultarem atingidas unicamente pessoas domiciliadas em outro Estado Parte, o mesmo será regido pelo direito interno deste último”.

Essa previsão final contida no artigo 3º, ainda que não corresponda a utilização do “*better law approach*” tal como proposto na decisão do caso *Babcock v. Jackson*, já

³⁷⁷ Esse considerando determinou, ainda, que essa lei, por questões de segurança jurídica e para evitar a fragmentação, deveria regular a totalidade dos efeitos patrimoniais da parceria registrada. Assim, todos os efeitos patrimoniais abrangidos pela parceria registrada, independentemente da natureza dos bens e independentemente de estes se encontrarem situados noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro, seriam regulados pela mesma legislação. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁷⁸ WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 374.

³⁷⁹ BRASIL Decreto nº 3.856, de 3 de Julho de 2001. Promulga o Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes do Mercosul, concluído em São Luiz, República Argentina, em 25 de junho de 1996, e a respectiva Errata, feita em Assunção, em 19 de junho de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/decreto/2001/D3856.htm> Acesso em: 15 nov. 2020.

³⁸⁰ Esta previsão possui importância ao direito internacional privado brasileiro, uma vez que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro destinada às normas de conflitos é datada de 1942, e, desde então, as suas tentativas de atualização não obtiveram sucesso.

representa uma flexibilização da norma de conflito, ainda que muito incipiente. Nesse caso, mantém o método indireto, mas permite a aplicação da lei do domicílio das partes, considerada como a lei que possui uma relação mais próxima com o fato transnacional em questão. Esse Protocolo, no entanto, não utiliza o princípio da proximidade tal como propõe a decisão do caso *Babcock v. Jackson*, ou como determina a seção 145 do *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, ou, ainda, prevê o artigo 4º, 3, do Regulamento Roma II.

A consagração do princípio da proximidade no direito internacional privado e a ampliação da busca, na prática jurisprudencial, pela conexão mais próxima a cada relação jurídica é uma das consequências da Revolução Americana. A previsão normativa do princípio da proximidade se desenvolveu por meio de duas técnicas principais³⁸¹: ou pela mera previsão do direito com vínculos mais estreitos; ou pela delimitação prévia de conexões que, eventualmente, incidiriam na questão.

³⁸¹ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 324.

2.2. A normatização do princípio da proximidade: o teste de conexão mais próxima

A incidência do princípio da proximidade não foge, no entanto, de algumas características clássicas do direito internacional privado: ainda que a definição da lei aplicável ou da jurisdição ocorra a partir de uma previsão ampla e flexível, é necessário um recrutamento das conexões mais próximas existentes entre o fato e os diferentes ordenamentos jurídicos.

Por esse motivo, desde o desenvolvimento do princípio da proximidade por Paul Lagarde em 1986³⁸², duas técnicas são utilizadas para a aplicação dos elos mais próximos: tanto pelo estabelecimento de ligações prévias, “possivelmente até por meio de presunções”; como por meio de uma mera de incidência do direito mais próximo, sem qualquer condicionante, deixando grande liberdade ao juiz e ampliando a incerteza jurídica para as partes³⁸³. Pretende-se realizar, nesse momento, uma análise dessas duas técnicas e dos seus desdobramentos, a fim de compreender como o princípio da proximidade se relacionou e tem sido desenvolvido na prática do direito internacional privado, ao longo dos anos.

A primeira técnica mencionada por Hélène Gaudemet-Tallon³⁸⁴ associa o princípio da proximidade com os elementos de conexão adotados por diferentes legislações desde a fase clássica da disciplina. Não há como fugir ou romper completamente com a teoria clássica: as sedes das relações jurídicas serão as conexões utilizadas nos testes de proximidade.

Friedrich Carl von Savigny³⁸⁵ revolucionou o direito internacional privado ao defender que deveria ser aplicável a lei do Estado da sede da relação jurídica. Savigny, no entanto, defendia a utilização do elemento de conexão domicílio³⁸⁶ para determinação

³⁸² LAGARDE, Paul. Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 9-238.

³⁸³ Tradução livre de: “Partant de cette référence aux ‘liens les plus étroits’, deux techniques sont actuellement utilisées : ou bien tenter de préciser ce que peuvent être ces liens, éventuellement en posant même des présomptions, ou bien, au contraire, ne rien préciser et laisser alors une grande latitude au juge avec évidemment un risque d’incertitude pour les parties”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 324.

³⁸⁴ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 324.

³⁸⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

³⁸⁶ Nas palavras de Savigny, “se se perguntar qual é o direito aplicável aos diferentes estados da pessoa que determinam a capacidade jurídica e a capacidade de agir, responde-se: é pura e simplesmente o direito local,

da lei aplicável ao estado pessoal, enquanto a incidência do princípio da proximidade³⁸⁷ defende a aplicação da lei mais próxima, independentemente de um critério prévio específico. Para Gabriel Valente dos Reis, a doutrina de Savigny apresenta a proximidade em nível abstrato, uma proximidade entre o tipo de relação jurídica e o ordenamento que deve regê-la³⁸⁸.

Ao analisar as possíveis conexões referentes ao estado pessoal, a incidência do princípio da proximidade não ignora elementos de conexão já existentes e rígidos, como a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual. A eventual utilização de um teste de proximidade, no entanto, não restringe a regra de conflito a um único elemento de conexão: permite que seja utilizado o ponto de conexão que possuir uma relação mais intrínseca com o fato em questão (independentemente de ser o domicílio, a residência habitual ou até mesmo a nacionalidade).

A dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, como visto, resultou na ascensão de um elemento de conexão alternativo, que fosse mais apropriado à realidade internacional globalizada: a residência habitual surge com o propósito de aproximar os países que até então estavam divididos. A sua incidência justifica-se, também, a partir do princípio da proximidade: o elemento de conexão residência habitual visa aplicar “uma lei que melhor corresponda à realidade diária da pessoa, de modo que para reger as relações pessoais se aplique a lei do local em que a pessoa possui uma conexão mais estreita”³⁸⁹.

A previsão desses três elementos de conexão objetiva a utilização da lei mais próxima à pessoa, e a defesa de um ou outro critério acaba utilizando o fundamento básico do princípio da proximidade, sendo possível afirmar que a incidência desses critérios representa uma tentativa de normatização do princípio da proximidade: retira a abstração e torna, ou ao menos tenta tornar, concreta a sua aplicação. Para Gabriel Valente dos Reis, o princípio da proximidade ultrapassa o aspecto abstrato da teoria de Savigny, propondo

ao qual essa pessoa está sujeita por força de seu domicílio”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 128.

³⁸⁷ Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

³⁸⁸ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 295.

³⁸⁹ JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 24.

“que os fatos jurídicos sejam regidos pelo ordenamento que lhes esteja mais próximo, a partir da análise do conflito específico a ser dirimido”³⁹⁰.

No entanto, a utilização de normas de conexão rígidas com a previsão de um único elemento para determinação da lei aplicável, tal como propôs a teoria clássica do direito internacional privado, ignora o resultado material encontrado. Nas palavras de Symeon Symeonides, “é lamentável, embora não surpreendente, que um esforço bem-intencionado para produzir um sistema neutro e imparcial tenha produzido, em vez disso, um sistema de seleção aleatória e cega”³⁹¹. Percebe-se a utilização de “uma técnica sofisticada – o método conflitual –, mas cega às necessidades do indivíduo”³⁹².

A ascensão do princípio da proximidade está associada, também, à materialização das normas de conexão, a partir de uma ruptura com a norma conflituosa tal como proposta pela doutrina clássica. A regra de conexão deixa de ser neutra, tal como propôs Savigny e passa a se preocupar com o resultado material aplicado.

A materialização do direito internacional privado intensifica a incerteza quanto à determinação da lei aplicável ou da jurisdição adequada. Para Hélène Gaudemet-Tallon, as doutrinas americanas que marcaram a crise do conflito de leis tiveram como único propósito levar à conclusão de que, “tão logo se leve em consideração a finalidade e o conteúdo das leis materiais em questão, a tarefa do juiz é mais difícil e há muito mais incerteza quanto à escolha que será feita em cada caso”³⁹³. A flexibilidade presente no princípio da proximidade é óbvia e permite a adaptação à realidade de cada caso, ocasionando uma previsibilidade muito menor³⁹⁴.

Para Spyridon Vrellis, a antiga mentalidade do legislador de normas de conflito de leis (em que uma única norma geral para regular as relações contratuais era suficiente) é errônea, afirmando que a velha técnica legislativa parece estar, em certa medida, já

³⁹⁰ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 295-296.

³⁹¹ Tradução livre de: “*It is unfortunate, though not surprising, that a well-intended effort to produce a neutral and evenhanded system produced instead a system of random and blind selection*”. SYMEONIDES, Symeon C. *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 387.

³⁹² ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 22.

³⁹³ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 184.

³⁹⁴ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 302.

abandonada: “o que precisamos são regras de conflito mais especiais e precisas, cada uma com um escopo limitado”³⁹⁵.

Uma das soluções apresentadas, assim, é a divisão da temática com a incidência de diferentes leis: “*le dépeçage*”. Essa divisão, embora pareça infringir o princípio da lei única e o princípio da coerência das situações jurídicas, “pode ser um mecanismo útil em um sistema de regras de conflito, a fim de satisfazer a justiça, mesmo porque reduz a generalidade da regra”³⁹⁶.

Nesse sentido, Symeon Symeonides aponta que o caso *Babcock* era fácil por envolver um conflito em um único assunto: “quando um caso envolve conflitos em relação a mais de uma questão, o tribunal deve analisar cada conflito separadamente”³⁹⁷. Em 2002, o autor já defendia que a *dépeçage* era amplamente praticada pelos tribunais americanos. Não se trata de “uma doutrina de escolha da lei nem um objetivo do processo de escolha da lei”, mas representa “o resultado, muitas vezes não intencional, do abandono das amplas categorias da teoria tradicional e da adoção da análise questão a questão”³⁹⁸.

Para André de Carvalho Ramos, a tendência de especialização das normas de direito internacional privado “incentivou o uso do instituto do desmembramento (*dépeçage*, *morcellement* ou ainda *scission*), que consiste em identificar os componentes distintos de um fato transnacional e utilizar regras de conexão apropriadas para cada um deles”³⁹⁹.

³⁹⁵ VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 435.

³⁹⁶ Tradução livre de: “*Le dépeçage en un sens large, bien qu’il puisse paraître (à tort) à première vue comme contrevenant au ‘principe du droit unique’ et bien qu’il puisse porter atteinte au ‘principe de cohérence des situations juridiques’, peut être un mécanisme utile dans un système de règles de conflit, afin de satisfaire à la justice, si ce n’est que parce qu’il réduit la généralité de la règle*”. VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 437.

³⁹⁷ SYMEONIDES, Symeon C. The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 132.

³⁹⁸ Tradução livre de: “*Today, dépeçage is widely practised by American courts, and is favoured by the majority of academic commentators. It is neither a choice-of-law “doctrine” nor a goal of the choice-of-law process. Rather, dépeçage is the result, often unintended, of the abandonment of the traditional theory’s broad categories and the adoption of issue-by-issue analysis*”. SYMEONIDES, Symeon C. The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 132-133.

³⁹⁹ O autor afirma, ainda: “Trata-se de instituto tradicional no direito internacional privado, que, para o método multilateral tradicional possuía uso limitado. De fato, teme-se que o desmembramento poderia colocar em risco a coerência das instituições de direito material de um ordenamento jurídico – preocupação decorrente da defesa da consistência dos conjuntos normativos da ordem jurídica a ser indicada, pois existiria uma interligação entre as diferentes regras materiais relacionadas a uma categoria normativa ampla (por exemplo, o matrimônio)”. CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do direito internacional privado no século XXI: heterogeneidade e coerência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de

As duas técnicas predominantes do princípio da proximidade no direito internacional privado, no entanto, diferem significativamente a sua aplicação. Enquanto a primeira técnica não rompe completamente com o direito internacional privado clássico e certas premissas do método conflitual, a segunda técnica elimina qualquer limite prévio e concede ampla liberdade ao juiz que decidirá o caso concreto.

O teste de conexão mais próxima⁴⁰⁰ (primeira técnica do princípio da proximidade) pode ser encontrado na jurisprudência internacional para determinar tanto a jurisdição como a lei aplicável. Assim, em um primeiro momento, será analisada a incidência do teste de conexão mais próxima nas delimitações de jurisdição internacional.

Em países que adotam o sistema jurídico da *common law*, é possível observar uma aplicação do princípio da proximidade a partir da utilização de um teste de conexão real e substancial: desenvolvido no Canadá, visa a determinação da jurisdição em casos multiconectados. Jean-Gabriel Castel, ao analisar o teste de conexão real e substancial desenvolvido pela jurisprudência canadense, afirma que “o princípio da proximidade confere muito poder aos tribunais, tornando-os, em certo sentido, onipotentes”⁴⁰¹.

Para Joost Blom e Elizabeth Edinger, “a proveniência da real e substancial conexão no direito internacional privado anglo-canadense pode ser rastreada de volta a *Bonython v. Commonwealth of Australia* de 1951”⁴⁰². O caso envolvia a indicação da lei aplicável ao contrato quando as partes não tivessem realizado a sua escolha. O voto do juiz Lord Simonds formula o teste de conexão mais próxima a fim de determinar o sistema

Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial no concurso para provimento de cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2018. p. 78-79.

⁴⁰⁰ Sobre o teste de conexão mais próxima, ver: MOHR, Kevin E. Successive Representation Conflicts and the Substantial Relationship Test in California. *Western State University Law Review*. v. 35. n. 2. Spring 2008. p. 305-380. NESOM, J. Douglas. Intention of the Parties - The Requirement of Substantial Connection. *Louisiana Law Review*. v. 10. n. 3. 1949-1950. p. 346-356. SILVERSTEIN, Carl J. Former-Client Conflicts: The Substantial Relationship Test and the Presumption of Divulgence. *Journal of the Legal Profession*. 12. 1987. p. 219-232. KAUFMANN, John. The Substantial Equivalence Test. *Journal of Taxation of Financial Products*. v. 13. n. 3. 2016. p. 27-44. FELLOWS, James A. The Tax Home Closer Connection Reprieve for Residency Status under the Substantial Presence Test: A View of Proposed Regulations. *Taxes - The Tax Magazine*. v. 66. n. 3. March 1988. p. 228-232. CALITZ, Karin. The Close Connection Test for Vicarious Liability. *Stellenbosch Law Review*. v. 18. n. 3. 2007. p. 451-468. WEBER, Greg. Yaiguaje v. Chevron: The Real and Substantial Connection Test and the Constitutional Limits of Enforcing Courts' Jurisdiction. *Advocates' Quarterly*. v. 43. n. 1. July 2014. p. 1-12.

⁴⁰¹ CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 558.

⁴⁰² BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 373.

jurídico por referência ao qual o contrato foi feito ou com o qual a transação tem a mais próxima e real conexão⁴⁰³.

O teste de conexão mais próxima e real é um exercício comparativo, de modo que a tarefa do juiz seria avaliar se a totalidade das conexões com um sistema jurídico específico superam a totalidade das conexões com qualquer outro sistema jurídico⁴⁰⁴. O teste, nesse momento, não definiu como as conexões deveriam ser pesadas uma contra outra.

O primeiro caso, no entanto, a utilizar a expressão “teste de conexão” foi *Indyka vs. Indyka*⁴⁰⁵ em 1967, referente ao divórcio de um casamento realizado na Tchecoslováquia. O marido mudou-se para a Inglaterra e a esposa obteve o divórcio em uma corte tcheca em 1949. Dez anos depois, o marido se casou novamente. A segunda esposa pediu o divórcio alegando que o casamento era bígamo. A justificativa baseava-se em uma lei promulgada no final de 1949 que concedia jurisdição aos tribunais ingleses para casos como este de divórcio.

Como no momento do primeiro divórcio a esposa também estava domiciliada na Inglaterra, ela não poderia, “aos olhos da lei inglesa, obter validamente um divórcio por conta própria no seu país de origem, se este não fosse o domicílio do marido e seu divórcio não fosse reconhecido pelo domicílio do marido”⁴⁰⁶. A decisão em primeira instância acatou o pedido da segunda esposa, invalidando o divórcio da corte tcheca e reconhecendo o novo casamento como bígamo⁴⁰⁷.

A decisão foi revertida em segunda instância e o primeiro divórcio foi reconhecido. Os votos proferidos consideraram “que a flexibilização legal do princípio de que apenas os tribunais do país de domicílio tinham jurisdição era uma libertação da opressão e deveria ser alargada tão amplamente quanto possível”⁴⁰⁸. A decisão

⁴⁰³ Tradução livre de: “the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connexion”. AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Bonython v. Commonwealth of Australia*. 1951. A.C. 201 (P.C.) at 219.

⁴⁰⁴ Tradução livre de: “The ‘closest and most real connection’ test, it will be noted, is a comparative one. The task of the judge is to assess whether the totality of the connections with a particular legal system outweigh the totality of the connections with any other legal system. In this exercise, each connection is to be given its due weight but exactly how the connections are to be weighed against each other is left undefined”. BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 375.

⁴⁰⁵ CANADÁ. Court of Appeal. *Indyka v. Indyka*. [1966] 3 W.L.R. 603. (1966) 3 All E.R. 583.

⁴⁰⁶ BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 375.

⁴⁰⁷ WILLIAMS, Jeremy. Jurisdiction in Divorce - Comity - Retroactive Effect to Section 40, Matrimonial Causes Act, 1965 C. 72 - *Indyka v. Indyka*. *Alberta Law Review*. v. 5. n. 2. 1967. p. 329.

⁴⁰⁸ Tradução livre de: “On appeal to the Court of Appeal the decision of *Latey, J.* was reversed and the divorce was regarded as retrospectively validated. Both Lord Denning, M. R. and Diplock, L. J. took the

determinou que um divórcio deveria ser reconhecido quando existisse uma real e substancial conexão entre o peticionário e o país em no qual o divórcio foi concedido⁴⁰⁹.

O teste de conexão real e substancial foi utilizado no caso *Indyka vs. Indyka*⁴¹⁰ como um meio de “passar de regras particulares para um princípio geral”, de modo que as regras de reconhecimento existentes baseadas no domicílio e na reciprocidade foram definidas como “indevidamente restritivas e produtivas de injustiça, especialmente para as esposas”⁴¹¹. O objetivo da decisão era reduzir as relações jurídicas claudicantes: casamentos que foram dissolvidos em um país, mas que a dissolução não era reconhecida na Inglaterra.

Joost Blom e Elizabeth Edinger destacam que o caso *Indyka v. Indyka* menciona o teste de conexão real e substancial para a determinação da jurisdição e não da lei aplicável, de modo que, aqui, não será comparativo. Assim, “não se questiona se o peticionário possuía uma conexão mais real e substancial com o país estrangeiro, apenas se ele possuía uma conexão real e substancial”⁴¹². Na visão dos autores, esse cenário é problemático porque “é sempre mais fácil dizer se A é mais que B do que dizer se A é suficiente”.

Essa aparente insegurança jurídica, criticada pelos autores, fez com que o Tribunal canadense definisse oito fatores a serem considerados para determinar se o exercício da jurisdição era consistente com o padrão mínimo constitucional⁴¹³: 1) a conexão entre o fórum e a reivindicação do autor; 2) a conexão entre o fórum e o réu; 3) injustiças ao réu ao assumir jurisdição; 4) injustiças ao autor em não assumir jurisdição; 5) o envolvimento de outras partes no processo; 6) a disposição do tribunal de reconhecer

view that the statutory relaxation of the principle that only the courts of the country of domicile had jurisdiction was a release from oppression and should be extended as widely as possible”. WILLIAMS, Jeremy. Jurisdiction in Divorce - Comity - Retroactive Effect to Section 40, Matrimonial Causes Act, 1965 C. 72 - *Indyka v. Indyka*. *Alberta Law Review*. v. 5. n. 2. 1967. p. 329.

⁴⁰⁹ BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 376.

⁴¹⁰ CANADÁ. Court of Appeal. *Indyka v. Indyka*. [1966] 3 W.L.R. 603. (1966) 3 All E.R. 583.

⁴¹¹ BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 376.

⁴¹² Tradução livre de: “*One is that, unlike the ‘closest and most real connection’ test for the proper law of a contract, it is not comparative. It does not ask whether the petitioner had her or his most real and substantial connection with the foreign country, just whether she or he had a real and substantial connection. The strength of the connection is not assessed by comparing it with similar, alternative connections with other countries, but is assessed on an absolute scale of adequacy. This is problematic because it is always easier to say whether A is more than B than to say whether A is sufficient. An assessment of sufficiency requires an answer to the question, sufficient in relation to what?*” BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 377.

⁴¹³ BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 391-392.

e executar uma sentença extra-provincial proferida na mesma base jurisdicional; 7) se o caso é de natureza interprovincial ou internacional; 8) a conformidade e os padrões de jurisdição, reconhecimento e execução vigentes em outros lugares.

A visão negativa apresentada por Joost Blom e Elizabeth Edinger é fundamental para compreender a incidência prática do princípio da proximidade. Ainda que, para os autores, a proximidade não seja um princípio legal. Em suas palavras, “não tem o que é preciso para ser um princípio, a saber, a capacidade de orientar decisões em linhas razoavelmente previsíveis”, afirmando que “a proximidade é uma rubrica para um conjunto de categorias factuais nas quais os tribunais impuseram um dever de cuidado”⁴¹⁴.

O caso *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*⁴¹⁵ marca “o início de uma nova era no conflito de leis canadense”⁴¹⁶. O caso envolve uma disputa de jurisdição interprovincial no Canadá e aplica o princípio da proximidade. O caso refere-se à execução de uma sentença na Colúmbia Britânica, proferida em Alberta, que continha declaração de revelia, uma vez que o réu não havia consentido com a jurisdição dos tribunais de Alberta e nem recebido o processo. Pelos padrões vigentes na época, a sentença não seria executável. No entanto, “em uma decisão poderosa e bem fundamentada, a Suprema Corte concluiu que a decisão de Alberta deveria ser executável na Colúmbia Britânica porque havia uma ‘conexão real e substancial’ entre a ação e a província de Alberta”⁴¹⁷.

A decisão definiu três fundamentos independentes que justificariam a jurisdição de um tribunal provincial sobre um réu, de modo que seu julgamento pudesse ser executado em todo o Canadá: “a) presença: o réu foi citado em processo originado na jurisdição pertinente; b) consentimento: o arguido havia se submetido à jurisdição do

⁴¹⁴ BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 418.

⁴¹⁵ CANADA. Supreme Court Judgments. *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*. 1990. 3 SCR 1077. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/700/index.do>> Acesso em: 04 set. 2020.

⁴¹⁶ MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 180.

⁴¹⁷ Tradução livre de: “In a powerful and well-reasoned decision, the Supreme Court concluded that the Alberta judgment should be enforceable in British Columbia because there was a ‘real and substantial connection’ between the action and the province of Alberta”. MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 180.

tribunal, quer por concordar quer por procuração; c) conexão real e substancial: existia algum nexo significativo entre o foro e a ação”⁴¹⁸.

É preciso salientar que “a intenção da Corte em *Morguard* era desenvolver um princípio organizador do direito internacional privado canadense, embora com conotações constitucionais”⁴¹⁹. A decisão hesitou, no entanto, em fornecer orientação sobre os contornos do teste de conexão real e substancial proposto no caso *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*: “ênfaticou o que o teste não era (ou seja, uma contagem mecânica de contatos ou conexões), mas se absteve de elaborar sobre o que o teste era”⁴²⁰. Esses contornos foram estabelecidos, então, no caso *Muscutt v. Courcelles*⁴²¹, em 2002.

No caso *Muscutt v. Courcelles*, o Tribunal de Apelação de Ontário tentou delimitar o teste de conexão real e substancial, enumerando fatores que “um tribunal deve considerar ao determinar se tem uma jurisdição simplificada sobre um réu de fora da província”⁴²². Destaca-se que essa é uma lista não exaustiva que ficou conhecida como os “fatores de Muscutt”.

Oito⁴²³ foram os fatores delimitados no caso *Muscutt v. Courcelles*: 1) a conexão entre o fórum e a reclamação do autor; 2) a conexão entre o foro e o réu; 3) eventual injustiça com o réu ao assumir a jurisdição; 4) injustiça com o demandante em não assumir a jurisdição; 5) o envolvimento de outras partes no processo; 6) a vontade do tribunal de reconhecer e fazer cumprir um julgamento extraprovincial proferido na mesma base jurisdicional; 7) se o caso é de natureza interprovincial ou internacional; e 8) cortesia e padrões de jurisdição, reconhecimento e execução prevalentes em outros lugares. Para Tanya Monestier, o teste de Muscutt “eclipsou o que a Suprema Corte do

⁴¹⁸ MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 180-181.

⁴¹⁹ CANADA. Supreme Court Judgments. *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴²⁰ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 400.

⁴²¹ CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Muscutt v. Courcelles*. 2002. 213 D.L.R. (4th) 577, 162 O.A.C. 122 (C.A.). Disponível em: <<https://www.ontariocourts.ca/decisions/2002/may/muscuttC35934.htm>> Acesso em: 04 set. 2020.

⁴²² MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 182.

⁴²³ Tradução livre de: “*This list of non-exhaustive factors ('Muscutt factors') includes: * the connection between the forum and the plaintiff's claim; * the connection between the forum and the defendant; * unfairness to the defendant in assuming jurisdiction; * unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction; * the involvement of other parties to the suit; * the court's willingness to recognize and enforce an extraprovincial judgment rendered on the same jurisdictional basis; * whether the case is interprovincial or international in nature; and * comity and standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere*”. MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 182.

Canadá pretendia ser o cerne da análise jurisdicional: a necessidade de uma conexão real e substancial, no sentido de um nexo ou vínculo, entre a causa da ação e o fórum”⁴²⁴.

Assim, Stephen Pitel defende que o requisito de conexão real e substancial deve ser suficientemente aberto e flexível para acomodar a ampla gama de casos civis que chegam aos tribunais canadenses e suficientemente claro para fornecer um quadro comum de referência, produzindo resultados previsíveis⁴²⁵.

Ao elencar estes oito fatores que não estariam relacionados à conexão entre o foro e a ação, nas palavras de Tanya Monestier, *Muscutt* “essencialmente transformou a questão de saber se um tribunal pode ouvir um caso (jurisdição simplificada) na questão de saber se um tribunal deve ouvir um caso (*forum non conveniens*)”⁴²⁶. Entende que os dois primeiros fatores de *Muscutt* visam a conexão entre o foro e a ação. Os seis fatores que seguem, como a justiça para os litigantes, o envolvimento de outras partes no processo e as normas de execução prevalecentes no exterior, afastam o objetivo principal do teste de conexão real e substancial: “a necessidade de uma conexão entre a ação e o foro provincial”⁴²⁷.

Embora o tribunal deva utilizar esses oito fatores para determinar se existe uma conexão real e substancial entre o foro e as partes ou o objeto da ação, “a decisão não é um exercício de discricção judicial como no caso de *forum non conveniens*, em que o tribunal se centra nos fatos particulares das partes e do processo”⁴²⁸. Para Stephen Pitel, no entanto, o enquadramento dos oito fatores não produziu decisões em que os tribunais tenham considerado, por exemplo, que o teste é cumprido com base apenas na injustiça para com o requerente ao não ser competente⁴²⁹, de modo que as preocupações com os seis últimos fatores seriam injustificáveis.

⁴²⁴ MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 183.

⁴²⁵ PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 177.

⁴²⁶ MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 183.

⁴²⁷ MONESTIER, Tanya J. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. 2007. p. 184.

⁴²⁸ CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 561.

⁴²⁹ Tradução livre de: “However, the jurisprudence since *Muscutt* shows this concern to be unwarranted: factors (3) to (8) have not been used in that way. The eight-factor framework has not produced decisions in which courts have held, for example, that the test is met based solely on unfairness to the plaintiff in not taking jurisdiction”. PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 182.

Observa-se, na experiência canadense, que a incidência do princípio da proximidade incentiva a busca por conexões diferentes e prolonga o litígio. Nas palavras de Jean-Gabriel Castel, ainda que seja necessária uma certa flexibilidade “uma vez que as normas de direito internacional privado não podem ser completamente determinísticas, nos últimos anos os tribunais foram longe demais ao confiar no teste de conexão real e substancial para resolver casos de direito internacional privado”⁴³⁰. Os fatores elencados no caso *Muscutt v. Courcelles* forneciam uma aplicação concreta do princípio da proximidade, em vez de uma noção “aparentemente nebulosa” do que constituía uma conexão real e substancial⁴³¹.

O teste proposto no caso *Muscutt v. Courcelles*, no entanto, enfrentou críticas e problemas práticos. Essas críticas foram apresentadas na própria jurisprudência canadense, na decisão simultânea dos casos *Van Breda v. Village Resorts Ltd.*⁴³² e *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*⁴³³, em 2010. Conforme a decisão, as críticas eram baseadas na complexidade indevida e na falta de previsibilidade do teste de conexão real e substancial.

A decisão nos casos *Van Breda v. Village Resorts Ltd.* e *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* elenca, assim, as principais críticas ao teste e aos oito fatores determinados em *Muscutt*: 1) o teste é muito subjetivo e confere muita discricão aos juízes; 2) o teste é muito complicado e, ao mesmo tempo, muito flexível, o que leva a uma aplicação inconsistente; 3) o teste de conexão real e substancial confunde-se com o teste de *forum non conveniens*; 4) um teste mais claro e inequívoco deve ser aplicado para fomentar o comércio internacional e evitar o custo e o atraso dos conflitos sobre jurisdição; 5) o teste de *Muscutt* permite que considerações de justiça mal definidas superem a ordem em uma área da lei onde a ordem deveria prevalecer; 6) a estrutura de *Muscutt*, e especialmente o fator de justiça, é suscetível a *forum shopping*, ameaçando causar um afluxo de litigantes para Ontário; 7) a falta de previsibilidade e certeza aumenta

⁴³⁰ Tradução livre de: “Although a certain amount of flexibility is necessary since private international law rules cannot be completely deterministic, in recent years, the courts have gone too far in relying on the real and substantial connection test to resolve private international law cases”. CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 558.

⁴³¹ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 401.

⁴³² CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴³³ CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

os custos do litígio e os movimentos jurisdicionais podem ser usados como táticas dilatórias; e 8) é errado olhar para a prática de tribunais estrangeiros como um modelo para a afirmação apropriada de jurisdição⁴³⁴.

Com base nessas críticas, a decisão da Corte de Apelação modificou o teste de conexão real e substancial, utilizando a decisão “como uma oportunidade para revisar e reconfigurar o teste de *Muscutt*”⁴³⁵.

O caso *Van Breda v. Village Resorts Ltd.* envolveu um acidente sofrido pela Sra. Van Breda no *Village Resorts* em Cuba, administrado pelo *Club Resorts*. A Sra. Van Breda e seu marido Sr. Berg, jogador profissional de *squash*, organizaram uma viagem por meio de Rene Denis, que administrava um negócio online em Ontário com o nome de *Sport au Soleil*. Denis encontrava profissionais de tênis e *squash* e os enviava para os hotéis *Club Resorts*: em troca de hospedagem e alimentação em um resort, cada profissional daria algumas horas de instrução aos hóspedes do hotel durante sua estada. Assim, no início de junho de 2003, o casal viajou para Cuba para uma estadia de uma semana. Poucas horas após chegar no destino, o casal foi para a praia, momento em que o Sr. Berg fez flexões usando um aparato tubular de metal. Quando a esposa, Sra. Van Breda, tentou fazer as flexões, o aparelho colapsou e desabou em cima dela, a deixando paraplégica. Por causa do ferimento, o casal se mudou para a Colúmbia Britânica para ficar mais perto da família.

O caso *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* também envolveu um acidente trágico. O casal, Sr. e Sra. Charron, planejou as férias em um resort cubano, o *Breezes Costa Verde*, também administrado pelo *Club Resorts*. O pacote, comprado por meio de uma agência de turismo de Ontário, incluía um mergulho. Quatro dias após a chegada do casal no resort, no entanto, o Sr. Charron faleceu durante o mergulho. Os demandantes

⁴³⁴ Tradução livre de: “*These criticisms of Muscutt arise from what many legal scholars perceive to be undue complexity and lack of predictability in the eight-factor test. These concerns may be summarized as follows: (1) the Muscutt test is too subjective and confers too much discretion on motion judges; (2) the eight-part test is too complicated and too flexible and therefore leads to inconsistent application; (3) there is too much overlap of the test for jurisdiction with the test for forum conveniens; (4) a clearer, more black-letter test should be applied to foster international trade and to avoid the cost and delay of preliminary skirmishing over jurisdiction; (5) the Muscutt test allows ill-defined fairness considerations to trump order in an area of the law where order should prevail; (6) the Muscutt framework, and especially the fairness factor, is susceptible to forum shopping, threatening to cause an influx of litigants to Ontario; (7) lack of predictability and certainty increases litigation costs and jurisdictional motions can be used as dilatory tactics to impede meritorious claims; (8) it is wrong to look to foreign court practice as a model for appropriate assertion of jurisdiction*”. CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd. Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴³⁵ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 402.

em *Van Breda* e em *Charron* iniciaram um processo contra vários réus em Ontário. No recurso, no entanto, “questionava-se a jurisdição sobre um réu específico – o Club Resorts”⁴³⁶.

A Corte de Apelação de Ontário, então, dividiu a investigação jurisdicional em uma análise de duas etapas. A primeira etapa era baseada na previsão 17.02⁴³⁷ das Regras de Processo Civil de Ontário, *Rules of Civil Procedure*, de 1990: a Corte de Apelação criou “uma presunção baseada na categoria de uma conexão real e substancial onde o caso se enquadrava em qualquer uma das subseções da Regra 17.02”⁴³⁸. Essa presunção, entretanto, não impediria o estabelecimento de uma conexão real e substancial em outras circunstâncias. A segunda etapa seria uma análise sobre a conexão entre o foro e a reivindicação do autor e do réu, respectivamente: “o cerne do teste de conexão real e substancial é a conexão que a reivindicação do demandante tem com o foro e a conexão do réu com o foro, respectivamente”⁴³⁹. Destaca-se a crítica elaborada por Stephen Pitel, ao defender que “as conexões factuais discriminadas na seção 10 do CJPTA (*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*) foram elaboradas especificamente para servir como pressupostos de uma conexão real e substancial”, enquanto “as categorias na regra 17.02 não foram”⁴⁴⁰.

Assim, o teste de conexão real e substancial manteria o foco nas conexões factuais entre a disputa e o foro (fatores 1 e 2 de *Muscutt*). Os demais fatores de *Muscutt* (fatores 3, 4, 5, 6, 7 e 8) “não seriam tratados como fatores independentes na análise de

⁴³⁶ Tradução livre de: “*The plaintiffs in both Van Breda and Charron initiated suit against various defendants in Ontario. At issue in the appeal, however, was jurisdiction over one particular defendant – Club Resorts*”. MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 405.

⁴³⁷ Tradução livre de: “*The first modification to Muscutt that I would make is modelled on s. 10 of CJPTA, which gives presumptive effect to a list of connecting factors drawn and distilled from provincial rules of court for service ex juris. I would adopt and apply this approach with reference to rule 17.02*”. CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd. Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴³⁸ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 402.

⁴³⁹ Tradução livre de: “*The core of the real and substantial connection test is the connection that the plaintiff's claim has to the forum and the connection of the defendant to the forum, respectively*”. CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd. Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴⁰ PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 180.

conexão real e substancial”⁴⁴¹, mas serviriam como “ferramentas analíticas para ajudar o tribunal a avaliar a importância das conexões entre o foro, a reclamação e o réu”⁴⁴².

Segundo a decisão da Corte de Apelação, a consideração da justiça para assumir ou recusar uma jurisdição é uma ferramenta necessária para avaliar a força das conexões entre o foro e a demanda. A justiça não é, no entanto, “um fator independente capaz de superar conexões fracas, sujeito apenas à exceção do fórum de necessidade”⁴⁴³, *forum necessitatis*. A decisão incorporou as críticas existentes ao teste de conexão real e substancial proposto em *Muscutt*, o reformulando.

Para Stephen Pitel, a linguagem utilizada sobre os fatores 3 a 8 é vaga, contrariando o objetivo de buscar maior clareza e menos incertezas na aplicação do princípio da proximidade. Utiliza expressões como “instrumento analítico”, “princípio geral de direito” e “princípio que um tribunal deve ter em mente”⁴⁴⁴.

Com as controvérsias existentes, a decisão final a ser proferida pela Suprema Corte canadense, *Supreme Court Judgments*, foi muito aguardada no país. Em 2012, então, observou-se a decisão proferida no caso *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*⁴⁴⁵, pelo juiz LeBel. Este defendeu, em seu voto, a necessidade de estabelecer uma distinção entre o teste constitucional e as regras do direito internacional privado – “dois aspectos do direito dos conflitos que foram confundidos em casos anteriores”. Para o juiz, “é necessário esclarecer as regras do conflito de leis de uma forma que seja consistente com as restrições constitucionais dos tribunais das províncias, mas não transforme todas as questões de direito internacional privado em constitucionais”⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 403.

⁴⁴² Tradução livre de: “*The remaining considerations or principles serve as analytic tools to assist the court in assessing the significance of the connections between the forum, the claim and the defendant*”. CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd. Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴³ Tradução livre de: “*Consideration of the fairness of assuming or refusing jurisdiction is a necessary tool in assessing the strengths of the connections between the forum and the plaintiff’s claim and the defendant. However, fairness is not a free-standing factor capable of trumping weak connections, subject only to the forum of necessity exception*”. CANADA. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd. Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴⁴ PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 183.

⁴⁴⁵ CANADA. Supreme Court Judgments. *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴⁶ Tradução livre de: “*I adverted above to the need to draw a distinction between the constitutional test and the rules of private international law — two aspects of the law of conflicts that have sometimes been conflated in previous cases. At this point, it is necessary to clarify the rules of the conflict of laws in a way that is consistent with the constitutional constraints on the provinces’ courts but does not turn every private*

Nas palavras do juiz LeBel, “a jurisdição deve ser estabelecida principalmente com base em fatores objetivos que conectam a situação jurídica ou o objeto do litígio com o foro”⁴⁴⁷. A decisão estabelece, assim, uma nova estrutura para a presunção de jurisdição pessoal em casos de delito civil no Canadá, definindo quatro fatores que devem ser considerados: “1) o arguido seja domiciliado ou residente na província; 2) o arguido exerce a sua atividade na província; 3) o delito foi cometido na província; 4) um contrato relacionado com a disputa foi feito na província”⁴⁴⁸.

Essa lista não é exaustiva, de modo que “com o tempo, os tribunais podem identificar novos fatores que também autorizam presumivelmente um tribunal a assumir a jurisdição”. No entanto, quando não existir qualquer fator presumível, o tribunal não a deve assumir: “um tribunal não deve assumir jurisdição com base no efeito combinado de uma série de fatores de conexão não presuntivos”⁴⁴⁹. Isso abriria a porta para determinações de jurisdição caso a caso, o que prejudicaria a ordem e a previsibilidade que o novo teste visa promover⁴⁵⁰.

A decisão da Suprema Corte ratificou que a existência de um contrato celebrado em Ontário (entre o Sr. Berg e o *Club Resorts* por meio do réu Rene Denis) que esteja relacionado com o litígio é um fator de conexão presumido que, aparentemente, fornece aos tribunais de Ontário o direito de assumir a jurisdição neste caso. Os eventos que deram origem à reclamação (acidente sofrida pela esposa do Sr. Berg) decorreram da relação criada pelo contrato.

Para o juiz LeBel, o *Club Resorts* teve o ônus de mostrar que um tribunal cubano seria um foro mais apropriado. Ainda que reconheça a existência de uma conexão suficiente entre Cuba e o objeto do litígio (o acidente aconteceu em uma praia cubana, em um hotel administrado pelo *Club Resorts*; a lesão inicial foi sofrida lá; alguns dos potenciais réus residem em Cuba), destaca que “outras questões relacionadas à justiça

international law issue into a constitutional one”. CANADA. Supreme Court Judgments. Club Resorts Ltd. v. Van Breda. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴⁷ CANADA. Supreme Court Judgments. Club Resorts Ltd. v. Van Breda. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴⁸ Tradução livre de: “(a) *the defendant is domiciled or resident in the province; (b) the defendant carries on business in the province; (c) the tort was committed in the province; and (d) a contract connected with the dispute was made in the province*”. CANADA. Supreme Court Judgments. Club Resorts Ltd. v. Van Breda. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁴⁹ CANADA. Supreme Court Judgments. Club Resorts Ltd. v. Van Breda. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁵⁰ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 408.

para as partes e à solução eficiente da reivindicação devem ser consideradas”, uma vez que “o fardo sobre os demandantes seria claramente muito mais pesado se eles fossem obrigados a instaurar uma ação em Cuba”⁴⁵¹.

No caso *Van Breda*, a Corte determinou que era necessário simplificar o teste e fornecer mais clareza e facilidade em sua aplicação. Para Stephen Pitel, no entanto, “é altamente discutível se o tribunal atingiu esse objetivo”, uma vez que “o quadro reformulado é consideravelmente mais longo e denso do que os oito fatores enumerados em *Muscutt*”⁴⁵².

As alterações ao teste de conexão real e substancial realizadas pela decisão do caso *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, buscaram reduzir a insegurança jurídica que o teste elaborado em *Muscutt* causava, uma vez que a utilização de fatores objetivos deveria resultar em maior previsibilidade para os litigantes.

Para Tanya Monestier, a reformulação do teste deixou muito a desejar, criando “uma abordagem rígida de fatores de presunção, segundo a qual um tribunal só pode assumir jurisdição se o demandante puder se enquadrar em um dos quatro fatores pré-determinados”⁴⁵³. Em suas palavras, a Suprema Corte ainda não encontrou o equilíbrio certo entre “ordem” e “justiça”: “enquanto o Tribunal de Apelação em *Muscutt* parecia sacrificar a ordem no altar da justiça, a Suprema Corte em *Van Breda* fez o oposto”⁴⁵⁴.

Afirma-se que *Van Breda* é a decisão canadense mais importante sobre jurisdição pessoal em mais de vinte anos, ainda que a decisão forneça mais perguntas do

⁴⁵¹ Tradução livre de: “*Club Resorts had the burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. I recognize that a sufficient connection exists between Cuba and the subject matter of the litigation to support an action there. The accident happened on a Cuban beach, at a hotel managed by Club Resorts. The initial injury was suffered there. Some of the potential defendants reside in Cuba. However, other issues related to fairness to the parties and to the efficient disposition of the claim must be considered. A trial held in Cuba would present serious challenges to the parties*”. CANADA. Supreme Court Judgments. *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*. 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁵² PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 182.

⁴⁵³ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 412.

⁴⁵⁴ Tradução livre de: “*With that said, the manner in which the Supreme Court chose to implement the new connection-based test leaves much to be desired. The Court created a rigid presumptive factors approach whereby a court can only assume jurisdiction if the plaintiff can fit himself within one of the four pre-determined factors. In this respect, the Supreme Court has arguably still not found the right balance between "order" and "fairness."* Whereas the Court of Appeal in *Muscutt* seemed to sacrifice order at the altar of fairness, the Supreme Court in *Van Breda* has done the opposite”. MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 412.

que respostas⁴⁵⁵. Como exemplo, não explica como cada um dos quatro fatores presuntivos deve ser interpretado; ou se as presunções são verdadeiramente refutáveis; se algum dia novos fatores presuntivos farão parte da lista; ou como funciona o teste de conexão real e substancial em casos não ilícitos; ou, qual é o status da doutrina do *forum necessitatis*; ou, ainda, como esse novo teste jurisdicional afeta a execução de sentenças estrangeiras.

A partir desse novo teste de conexão real e substancial fica evidente “que os tribunais canadenses não têm o poder de assumir a jurisdição - sujeito, talvez, à doutrina do foro de necessidade”. Para Tanya Monestier, “talvez este seja o preço que os litigantes devem pagar por um teste jurisdicional que é - pelo menos aparentemente - certo e previsível”; ou talvez a Suprema Corte, em seu zelo por simplificar as determinações jurisdicionais tenha ido “um pouco longe demais ao sacrificar a justiça pela previsibilidade”⁴⁵⁶.

Como visto, o teste proposto pela Corte de Apelação de Ontário possuía a sua primeira etapa baseada na previsão 17.02⁴⁵⁷ das Regras de Processo Civil de Ontário, *Rules of Civil Procedure*, de 1990. Para Stephen Pitel, no entanto, a seção 10 do *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (CJPTA) seria mais adequada para determinar os pressupostos de uma conexão real e substancial⁴⁵⁸. Assim, observa-se que a seção 10 do CJPTA prevê situações em que a conexão real e substancial será presumida.

A previsão é utilizada para determinar a jurisdição do tribunal, definindo que “sem limitar o direito do autor de provar outras circunstâncias que constituem uma conexão real e substancial entre a Colúmbia Britânica e os fatos em que um processo se baseia, presume-se que existe uma conexão real e substancial entre a Colúmbia Britânica e esses fatos”⁴⁵⁹. Apresenta, nesse sentido, uma variedade de situações que presumem uma conexão real e substancial.

⁴⁵⁵ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 463.

⁴⁵⁶ MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. 2013. p. 464.

⁴⁵⁷ Tradução livre de: “*The first modification to Muscutt that I would make is modelled on s. 10 of CJPTA, which gives presumptive effect to a list of connecting factors drawn and distilled from provincial rules of court for service ex juris. I would adopt and apply this approach with reference to rule 17.02*”. CANADA. Court of Appeal for Ontario. Van Breda v. Village Resorts Ltd. Charron Estate v. Village Resorts Ltd. 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

⁴⁵⁸ PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 180.

⁴⁵⁹ CANADA. Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act. Disponível em: <https://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/03028_01> Acesso em: 09 set. 2020.

A primeira situação refere-se a processos que envolvem direitos de propriedade ou de posse ou uma garantia de propriedade situado na Colúmbia Britânica. Prevê também a jurisdição presumida quando o processo diz respeito à administração dos bens de uma pessoa falecida em relação a bens imóveis situados na Colúmbia Britânica ou “bens móveis em qualquer lugar da pessoa falecida se, no momento da morte, ele ou ela residia normalmente na Colúmbia Britânica”⁴⁶⁰. Com relação às obrigações contratuais, a conexão real e substancial será presumida quando as obrigações contratuais deveriam ser cumpridas na Colúmbia Britânica, ou quando o contrato é regido pela lei da Colúmbia Britânica.

A conexão será presumida nas obrigações de restituição que, em grande medida, surgiram na Colúmbia Britânica; nos delitos cometidos na Colúmbia Britânica; nos negócios ali realizados. Para uma determinação do estado pessoal ou capacidade de uma pessoa que normalmente reside na província. O objetivo dessa seção 10 era prever elementos factuais que representassem a conexão mais próxima a cada situação jurídica, na busca pela determinação da jurisdição. Para Stephen Pitel, no entanto, é preciso “uma estrutura para analisar se existe uma conexão real e substancial em qualquer caso em que um réu busque refutar uma presunção”⁴⁶¹.

A incidência do teste de conexão real e substancial utilizado na jurisprudência canadense atua como um laboratório experimental do princípio da proximidade no direito internacional privado, ainda que o teste tenha sido criado para a determinação da jurisdição e não da lei aplicável em si.

A aplicação do teste de conexão real e substancial ratificou os problemas que eram esperados na prática do princípio da proximidade. Ao não prever um único resultado definitivo, uma vez que leva em consideração os muitos fatores de conexão presentes em um caso particular, o teste de conexão real e substancial “torna difícil, senão impossível, alcançar previsibilidade e uniformidade de resultado”. Assim, uma incidência sistemática do teste de conexão real e substancial introduz um elemento inevitável de incerteza no direito internacional privado, “contrário ao objetivo de previsibilidade de resultados tão necessário nos negócios internacionais”⁴⁶².

⁴⁶⁰ CANADA. Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act. Disponível em: <https://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/03028_01> Acesso em: 09 set. 2020.

⁴⁶¹ PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. 2010. p. 181.

⁴⁶² Tradução livre de: “Thus, a systematic application of the real and substantial connection test introduces an unavoidable element of uncertainty into private international law that is contrary to the objective of

Alguns aspectos diferem quando o princípio da proximidade visa determinar a lei aplicável. Com a escolha da lei, procura-se aquela que está mais real e substancialmente relacionada com a questão. Para Jean-Gabriel Castel, “isto faz sentido intuitivo, porque sujeitar a validade de um contrato internacional a qualquer lei que possa ter uma conexão real e substancial com ele seria claramente frustrar as expectativas razoáveis e justificadas das partes”⁴⁶³.

Ao analisar a incidência do princípio da proximidade na determinação da lei aplicável no Canadá, o autor destaca a previsão 3.107 do Código Civil de Québec. Apesar da ampla incidência na determinação da jurisdição, na definição da lei aplicável a sua utilização é subsidiária: quando nenhuma lei for designada ou puder ser inferida, ou quando a lei designada não reconhecer a instituição, a lei aplicável será aquela com a conexão mais próxima⁴⁶⁴.

Assim, a lei prevê os elementos factuais que devem ser considerados para a determinação da lei mais próxima: “a ordem em que a investigação deve prosseguir indica quais elementos factuais são mais importantes e, portanto, determinantes”, de modo que a dificuldade surge “quando dois ou mais desses elementos apontam para sistemas jurídicos diferentes”⁴⁶⁵.

A determinação da lei aplicável em matéria de estado pessoal, no entanto, apresenta opções reduzidas e não deixam espaço para incertezas: “no que diz respeito à condição do indivíduo ou às relações familiares pessoais, é importante ser capaz de determinar a lei aplicável sem hesitação”, de modo que “as conexões selecionadas são diferentes, mas todas são relativamente certas e estáveis”⁴⁶⁶.

predictability of results so needed in international business”. CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 557.

⁴⁶³ CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 563.

⁴⁶⁴ Tradução livre de: “3107. Where no law is expressly designated by, or may be inferred with certainty from, the terms of the act creating a trust, or where the law designated does not recognize the institution, the applicable law is that with which the trust is most closely connected”. CANADÁ. Civil Code of Québec. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/pdf/cs/CCQ-1991.pdf>> Acesso em: 06 set. 2020.

⁴⁶⁵ CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 564.

⁴⁶⁶ Tradução livre de: “C’est sans doute en ce domaine que les rattachements peuvent être et sont en général les plus précis et assurent ainsi une assez grande prévisibilité. S’agissant de l’état de la personne ou des relations personnelles à caractère familial, il est important de pouvoir déterminer sans hésitation la loi applicable. Selon les systèmes, les rattachements retenus sont différents, mais ils sont tous relativement certains et stables”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 304.

Ainda assim, é possível visualizar a flexibilidade a partir da delimitação de um vínculo ou outro como mais próximo: seja a nacionalidade, o domicílio ou a residência habitual. Mesmo em países que adotam uma única previsão rígida, as dúvidas surgem quando se está diante de uma pessoa com dupla nacionalidade ou que tenha mais de um domicílio. Um juiz “que tenha de conhecer o estatuto pessoal de uma pessoa de duas nacionalidades estrangeiras terá que descobrir qual é a nacionalidade efetiva dessa pessoa para decidir sobre a lei aplicável, o que deixará uma certa margem de apreciação”⁴⁶⁷.

Nas palavras de Fernando Meirero, “se a proximidade está implícita nesse modelo baseado em normas bilaterais, neutras, que de modo geral não indicam um resultado material, deve também munir-se de ferramentas ao intérprete para corrigir esse rumo” em situações em que os fatos se distanciam do critério de conexão pensado em um primeiro momento. Para o autor, surge, assim, “a função corretiva do princípio da proximidade, já presente nas legislações de DIPr mais modernas e em importantes instrumentos internacionais”⁴⁶⁸.

André de Carvalho Ramos ratifica que o princípio da proximidade mantém o método indireto, “contudo a sede de determinada situação e a localização do ordenamento são aferidas de acordo com os vínculos *in concreto* com a situação, podendo servir como cláusula de exceção, correção ou escape, e, ainda, critério inicial de fixação da lei aplicável”⁴⁶⁹.

A segunda técnica da aplicação do princípio da proximidade, no entanto, não utiliza uma lista prévia de conexões: não especifica e deixa grande liberdade ao juiz⁴⁷⁰. É possível afirmar que essa linha de pensamento pretende romper, de fato, com o direito internacional privado clássico e o método conflitual tal como proposto por Savigny. Ainda que mantenha uma ligação entre a relação jurídica e a busca pela sua sede na prática, não limita a atuação do juiz que decidirá o caso concreto. A sua aceitação parece

⁴⁶⁷ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 304.

⁴⁶⁸ MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba, 2018. p. 335.

⁴⁶⁹ Ao incidir como cláusula de exceção, “inicialmente utiliza-se a regra de conexão usual (adotada de modo abstrato e apriorístico), que é afastada se for provado (no caso concreto) que há vínculo mais estreito com outro ordenamento jurídico”. CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do direito internacional privado no século XXI: heterogeneidade e coerência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial no concurso para provimento de cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2018. p. 81.

⁴⁷⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 324.

mais difícil, pois amplia significativamente a insegurança jurídica: as partes não saberão a lei aplicável à relação jurídica até o momento em que for proferida a decisão.

Ainda que a primeira técnica seja a opção prevalecente na maior parte das legislações que aderiram ao princípio da proximidade, essa segunda técnica pode, também, ser visualizada em previsões em que “nenhuma presunção é feita”: a norma determina “apenas a submissão do contrato à lei do país com o qual ele tem os vínculos mais próximos”⁴⁷¹.

Observa-se, nesse sentido, a previsão do artigo 9º da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, celebrada em 1994 no âmbito da Organização dos Estados Americanos: “não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos”⁴⁷². A previsão não apresenta uma lista objetiva das possíveis leis aplicáveis, mencionando apenas que “o tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos”. Representa uma norma ampla, com um grau de flexibilidade máximo.

O artigo 9º prevê, ainda, a possibilidade de divisão da situação jurídica para incidência de leis de diferentes Estados (*dépeçage*): “não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado”⁴⁷³.

Um exemplo pode ser observado no direito internacional privado da União Europeia. O processo C-70/03⁴⁷⁴ ratifica a utilização ampla do princípio da proximidade prevista no artigo 6º, nº 2, da Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. O artigo 6º, nº 2, determina que “os Estados-

⁴⁷¹ Tradução livre de: “*Mais parfois, et c’est la seconde technique, aucune présomption n’est posée ; seule figure dans la norme la soumission du contrat à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 325.

⁴⁷² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>> Acesso em: 18 set. 2020.

⁴⁷³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>> Acesso em: 18 set. 2020.

⁴⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção). Comissão das Comunidades Europeias contra Reino de Espanha. Processo C-70/03. 9 de Setembro de 2004. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/> Acesso em: 18 set. 2020.

membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado da proteção concedida pela presente diretiva pelo fato de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-membros”⁴⁷⁵.

A Espanha tentou limitar a aplicação dessa previsão, a partir da incidência do artigo 10º-A da Lei nº 26/1984 que restringia a proteção a determinados tipos de contratos, mais especificamente àqueles contratos referidos no nº 1 do artigo 5º da Convenção de Roma, e apenas no caso de serem cumpridas determinadas condições (requisitos estipulados no nº 2 desse artigo 5º). Segundo os argumentos apresentados pela Comissão das Comunidades Europeias, “estas condições são mais rigorosas que a única condição imposta pelo nº 2 do artigo 6º da diretiva, que exige apenas que ‘o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-Membros’”⁴⁷⁶.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2004, ratifica a ampla flexibilidade concedida no texto do Diretiva 93/13/CEE, vetando qualquer tentativa de limitação. Afirma que essa previsão “limita-se a indicar que o contrato deve apresentar uma relação estreita com o território dos Estados-Membros”, de modo que tem por objetivo “permitir a tomada em consideração de vários elementos de conexão em função das circunstâncias do caso concreto”⁴⁷⁷.

Para o Tribunal de Justiça da União Europeia, “a flexibilidade e imprecisão do conceito de ‘vínculos estreitos’ não pode ser restringida por condições, mas apenas possivelmente esclarecida por presunções”⁴⁷⁸. O acórdão afirma expressamente que, embora a noção deliberadamente vaga de relação estreita adotada pelo legislador comunitário possa, eventualmente, “ser concretizada por presunções, não pode, no entanto, ser limitada por uma combinação de critérios de ligação predefinidos como os

⁴⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=PT>> Acesso em : 18 set. 2020.

⁴⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção). Comissão das Comunidades Europeias contra Reino de Espanha. Processo C-70/03. 9 de Setembro de 2004. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/> Acesso em: 18 set. 2020.

⁴⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção). Comissão das Comunidades Europeias contra Reino de Espanha. Processo C-70/03. 9 de Setembro de 2004. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/> Acesso em: 18 set. 2020.

⁴⁷⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 326-327.

requisitos cumulativos relativos à residência e à celebração do contrato referidos no artigo 5º da Convenção de Roma”⁴⁷⁹.

Essa decisão proíbe que a regra ampla prevista no artigo 6º, nº 2, da Diretiva 93/13/CEE seja limitada. Em outras palavras, proíbe que a técnica adotada para a incidência do princípio da proximidade (em que apenas submete o contrato à lei do país com o qual ele tem os vínculos mais próximos) seja transformada na outra técnica predominante, utilizada pela maior parte dos Estados e que reduz a liberdade do tomador de decisão (e que tenta especificar previamente as opções de vínculos mais estreitos).

Nesse sentido, Hélène Gaudemet-Tallon afirma que para “garantir um certo equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade” é preciso especificar presunções ou interpretações sobre quais seriam os vínculos estreitos. Caso a flexibilidade seja o único objetivo a ter em conta, bastaria a menção ao “país que tem a ligação mais estreita com o contrato”⁴⁸⁰.

Para Spyridon Vrellis, satisfazer certas necessidades, interesses ou valores, tais como segurança jurídica, uniformidade de regulamentação, igualdade ou interesses nacionais, “é uma preocupação constante do direito internacional privado”, de modo que a influência do resultado material na conclusão do juiz “nunca foi totalmente desconsiderada pela doutrina”⁴⁸¹.

Entre os aspectos negativos da incidência do princípio da proximidade no direito internacional privado, presente tanto na primeira técnica como na segunda (ainda que com diferentes valorações), destaca-se a insegurança jurídica: as opções legislativas existentes apenas determinaram a aplicação da “lei mais próxima” sem estabelecer parâmetros ou indicadores a serem observados pelo tomador de decisão. A discricionariedade pode

⁴⁷⁹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção). Comissão das Comunidades Europeias contra Reino de Espanha. Processo C-70/03. 9 de Setembro de 2004. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/> Acesso em: 18 set. 2020.

⁴⁸⁰ Tradução livre de: “*On voit que, si l'on veut assurer un certain équilibre entre prévisibilité et souplesse, on s'efforce de préciser (présomptions, ou 'interprétations' en Chine) ce qui est susceptible de révéler les 'liens étroits', alors que si la souplesse est le seul objectif pris en compte, on se contentera d'énoncer le principe du rattachement au pays qui a les liens les plus étroits avec le contrat*”. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 327.

⁴⁸¹ Tradução livre de: “*Satisfaire à certains besoins, intérêts ou valeurs, tels que la certitude du droit (sécurité juridique), l'uniformité de la réglementation, l'égalité, ou les intérêts nationaux, constitue une préoccupation constante du droit international privé et l'influence que le résultat matériel exerce sur la conclusion du juge ne fut jamais totalement méconnue par la doctrine*”. VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 189.

resultar em uma aplicação desuniforme do princípio da proximidade, que pode sofrer com interpretações nacionalistas e voltadas ao *lex forismo*.

Para Jean-Gabriel Castel, a previsibilidade é um objetivo significativo nas transações comerciais internacionais, de modo que o princípio da proximidade deveria ser invocado para desempenhar uma função meramente corretiva, evitando um resultado final injusto: “somente quando a aplicação da norma de direito internacional privado relevante resultar na designação de uma jurisdição ou lei que tenha nenhuma ou muito pouca conexão com as questões perante o tribunal”⁴⁸².

O autor apresenta uma visão crítica à incidência do princípio da proximidade no direito internacional privado, afirmando ser, a sua aplicação, contrária às exigências de um mundo globalizado. Isto porque o teste de conexão real e substancial adota uma abordagem não determinista para resolver casos de direito internacional privado, enquanto à luz da globalização, o determinismo e a segurança jurídica seriam mais relevantes em transações comerciais internacionais que envolvem diferentes sistemas jurídicos. Nas palavras do autor, “é por isso que se sugere que o princípio da proximidade seja chamado de fator de incerteza”⁴⁸³.

Para Winn Cutler, ainda que a previsibilidade e a uniformidade do resultado sejam princípios orientadores na metodologia de conflitos de leis, as regras de direito internacional privado “há muito evitam a aplicação previsível e uniforme”⁴⁸⁴. O objetivo do teste de relacionamento mais significativo, assim, fornece fatores específicos para complementar os princípios gerais do teste. No entanto, “uma determinação de qual estado tem o relacionamento mais significativo com a transação ou ocorrência em questão exige uma investigação dos interesses dos estados na disputa”⁴⁸⁵.

⁴⁸² CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 569.

⁴⁸³ Tradução livre de: “*In light of globalization, this form of determinism has become most relevant in international business transactions that usually involve complex issues in several legal systems. In contrast, the real and substantial connection test adopts a non-determinist approach for solving private international law cases. This is why it is suggested that the principle of proximity should be called the uncertainty factor!*”. CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. 2007. p. 557.

⁴⁸⁴ CUTLER, Winn. Texas Conflicts Law: The Struggle to Grasp the Most Significant Relationship Test. *Baylor Law Review*. v. 65. n. 1. 2013. p. 355.

⁴⁸⁵ Tradução livre de: “*Unlike the interest analysis, the most significant relationship test provides specific factors to supplement the test's general principles depending on the type of dispute (i.e. tort, contract, etc.). However, as the name suggests, a determination of which state has the most significant relationship to the transaction or occurrence in question necessitates an inquiry into the states' interests in the dispute*”. CUTLER, Winn. Texas Conflicts Law: The Struggle to Grasp the Most Significant Relationship Test. *Baylor Law Review*. v. 65. n. 1. 2013. p. 359.

A insegurança jurídica que permeia a existência e a aplicação prática do princípio da proximidade é um dos motivos que justifica a sua utilização como mera justificativa à previsão dos elementos de conexão nacionalidade, domicílio ou residência habitual. É possível, no entanto, a incidência do princípio da proximidade como o principal elemento de conexão em uma norma de direito internacional privado? É possível deixar que a determinação da proximidade seja realizada pelo agente jurídico sem a existência de critérios de conexão predeterminados? Ou o princípio da proximidade deve ter uma função meramente corretiva, em defesa da segurança jurídica?

O que se pretende analisar na sequência dessa pesquisa, assim, é o desenvolvimento do direito internacional privado no mundo contemporâneo e globalizado, e a interferência da formação de sociedades multiculturais no conflito de leis (que, como será visto, passa a ser concebido como um conflito de direitos). É desejável um completo abandono ao método conflitual clássico ou a segurança jurídica corresponde a uma necessidade mais urgente nas relações sociais?

Para Symeon Symeonides, as futuras normas de conexão “devem aspirar à justiça de conflitos, mas sem ignorar a necessidade de justiça material”: as circunstâncias sob as quais a busca da justiça de conflitos deve ser subordinada à necessidade de justiça material “devem ser definidas com antecedência pelo processo democrático coletivo de formulação de regras, em vez de serem deixadas para uma determinação judicial *ad hoc*”⁴⁸⁶.

Paul Lagarde conclui, em sua obra, que o princípio da proximidade está “mais perto da vida e esse é o seu título de nobreza”. Carrega consigo “uma lição de modéstia ao nos ensinar que nenhuma vontade política, nenhum juiz, seja qual for a pureza de suas intenções, pode por muito tempo pretender governar de acordo com suas leis sobre as relações da vida que estão além de seu alcance”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Tradução livre de: “*Finally, the new rules should aspire for conflicts justice, but without being oblivious to the need for material justice. Again the key question is when to do what. One answer suggested above 1641 is provided by comparative experience: the circumstances under which the pursuit of conflicts justice should be subordinated to the need for material justice should be defined in advance by the collective democratic process of rule-making rather than be left to an ad hoc judicial determination*”. SYMEONIDES, Symeon C. *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 432.

⁴⁸⁷ Tradução livre de: “*Mais, tout simplement, il est plus proche de la vie et c'est son titre de noblesse. Il porte avec lui une leçon de modestie en nous apprenant qu'aucune volonté politique, aucun juge, quelle que soit la pureté de ses intentions, ne peut prétendre longtemps régenter selon ses lois des rapports de vie qui sont hors de sa portée*”. LAGARDE, Paul. *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 194.

PARTE II. A PESSOA E O MULTICULTURALISMO: NOVOS PARADIGMAS DO PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE

Essa segunda parte da tese, então, será destinada à análise do direito internacional privado no século XXI, repensando as premissas que moldam a disciplina e que interferem no conflito de direitos. Pretende-se realizar, nesse momento, uma releitura do direito internacional privado a partir da sua adaptação a uma sociedade globalizada e multicultural.

Essa parte será dividida, assim como a primeira, em outros dois capítulos. O terceiro capítulo será destinado a uma análise da relação existente entre o multiculturalismo e o direito internacional privado, com a averiguação da pessoa na atualidade e a intensificação da mobilidade humana internacional. Esse cenário permite a sua identificação como um sujeito de direito internacional, sujeito de responsabilidade dos Estados – a responsabilidade do Estado deixa de ser puramente com a pessoa que detém a sua nacionalidade. O objetivo maior deve ser a garantia e a preservação dos direitos humanos, afastando a utilização da nacionalidade como um critério discriminatório. A condição “humana” deve estar acima da condição “nacional” na determinação do acesso das pessoas aos direitos fundamentais emanados pelos Estados.

Nesse sentido, o quarto capítulo da tese focará nos novos paradigmas do princípio da proximidade a partir da interferência dos direitos humanos na delimitação do direito aplicável às relações pessoais. A preocupação com a proteção da pessoa na esfera internacional está infiltrada no direito internacional privado: se antes este era visto como uma matéria de “sobredireito”, uma disciplina apolítica, atualmente a realidade é outra. Assim, pretende-se analisar o direito internacional privado materializado, repensando as premissas que moldam a disciplina e a aplicação do princípio da proximidade em si (por meio de um direito internacional privado que objetiva solucionar o conflito de direitos e não mais o conflito de leis). O princípio da proximidade deixa de buscar a simples indicação da “lei” mais próxima, e passa a buscar a aplicação do “direito” com vínculos mais estreitos.

CAPÍTULO 3. A PESSOA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO

Ao abordar o respeito à diversidade e à proteção cultural da pessoa, Erik Jayme afirma que “o pluralismo jurídico pressupõe o respeito da diversidade”⁴⁸⁸, a partir de uma proteção da identidade cultural da pessoa. A civilização caracteriza-se por um pluralismo de estilos e valores até então desconhecidos, existindo um interesse mútuo na troca intercultural de ideias. Conforme Horatia Muir Watt, o pluralismo, assim como o multiculturalismo, não é conceituado facilmente, o que provoca “tensões muito fortes em todos os lados do espectro político”⁴⁸⁹.

O terceiro capítulo, assim, analisará a pessoa no direito internacional privado contemporâneo sendo subdividido, também, em duas seções. A primeira seção será destinada a uma breve análise da interferência do multiculturalismo no direito internacional privado a partir de uma inserção dos direitos humanos nas normas de conflito e na aplicação do direito mais próximo à relação jurídica. Uma análise da pessoa na atualidade permitirá a compreensão de que esta deixa de ser um sujeito de direito apenas em âmbito nacional, e passa a ser um sujeito de direito em âmbito internacional, de responsabilidade dos Estados e não somente do Estado da sua nacionalidade. O objetivo será localizar a pessoa no sistema internacional diante da intensificação da mobilidade humana internacional em uma sociedade globalizada.

A segunda seção do capítulo demonstrará a importância de uma coordenação entre as de direitos humanos e as normas de direito internacional privado, apresentando decisões proferidas por tribunais internacionais. Essas decisões são um reflexo da internacionalização do direito internacional privado. Internacionalização essa que é consequência do sucesso da Conferência da Haia, uma organização intergovernamental que possui a missão de legislar⁴⁹⁰ a disciplina.

⁴⁸⁸ JAYME, Erik. Pós-Modernismo e Direito da Família. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 78. 2002. p. 210.

⁴⁸⁹ Tradução livre de: “*Mais pas plus que la culture, le pluralisme ne se laisse facilement définir, cependant. En effet, tout comme les concepts de multiculturalisme et de vivreensemble, il provoque – tant chez les politistes que chez les juristes – de très fortes crispations, de tous bords de l’échiquier politique, et donne lieu à autant de malentendus qu’il connaît, en réalité, de versions différentes*”. WATT, Horatia Muir. Discours sur les méthodes du droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 389. 2018. p. 311.

⁴⁹⁰ VAN LOON, Hans. The Hague Conference on Private International Law. *Hague Justice Journal*. v. 2. n. 2. 2007. p. 03.

A ascensão de convenções internacionais de direito internacional privado contendo normas materiais e não somente normas de conexão baseadas no método conflitual clássico, permitiu que casos envolvendo essas previsões fossem submetidos, por exemplo, à Corte Europeia de Direitos Humanos. Para J. H. A. Van Loon, a globalização não apenas estimulou a disseminação global do direito internacional privado, mas também do direito dos direitos humanos⁴⁹¹, provocando a interação entre estes dois campos do direito.

3.1. O multiculturalismo e o direito internacional privado: a interferência direta dos direitos humanos na determinação do direito aplicável

Para Erik Jayme, comunicar significa integrar-se numa sociedade global e sem fronteiras⁴⁹², de modo que se percebe o surgimento de normas narrativas que descrevem valores e não obrigações. Nesse sentido, Marc-Philippe Weller afirma que “as sociedades da pós-modernidade seriam marcadas pela abertura, mobilidade e multiculturalidade”, de modo que os indivíduos poderiam dar “plena expressão à multiplicidade dos seus traços identitários”⁴⁹³.

A globalização intensificou o fluxo transfronteiriço, facilitando a locomoção de pessoas⁴⁹⁴. O cenário existente alavancou o direito internacional da mobilidade humana. Antônio Augusto Cançado Trindade destaca os efeitos negativos presentes em um mundo “globalizado”, em que as fronteiras estão abertas para o capital, para os bens e para os serviços, mas não para os seres humanos⁴⁹⁵. Conforme o autor, as economias nacionais

⁴⁹¹ Tradução livre de: “*Globalization has not only stimulated the global spread of private international law but also of human rights law. Moreover, it has stirred interaction between the two fields of law, not least in relation to families and children. Two judgments rendered by the European Court of Human Rights (ECtHR) during the last decade illustrate the dynamic interface between human rights law and private international law*”. VAN LOON, J. H. A. *The Global Horizon of Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 380. 2016. p. 63.

⁴⁹² JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 257.

⁴⁹³ WELLER, Marc-Philippe. *Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 371.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, ver: BOSQUE, Raúl Lardiés. *Entre la movilidad residencial y la migración. Factores y razones para el cambio de residencia desde un entorno urbano entre la población mayor. Estudios Geográficos*. v. LXXI. 268. Enero-junio 2010. p. 177-201. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 393. 2018. p. 311-467.

⁴⁹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. Cadernos de Debates - Refúgio, Migrações e cidadania*. v. 03. n. 03. 2008. p. 54.

estão abertas ao capital especulativo, ao mesmo tempo em que as conquistas trabalhistas erodem e crescentes segmentos da população tornam-se marginalizados e excluídos do “progresso” material.

Nesse sentido, George Martine⁴⁹⁶ destaca a existência de uma discrepância entre o discurso e a prática liberal: se de um lado observa-se o projeto liberal em matéria de circulação de capitais e mercadorias, de outro ascende os severos controles impostos à livre mobilidade dos trabalhadores e à fixação das pessoas nos territórios nacionais desses Estados.

A nacionalidade, assim, representa uma ferramenta estatal para o controle da identidade do indivíduo. Conforme Rossana Rocha Reis⁴⁹⁷, os Estados possuem o monopólio sobre a mobilidade humana, uma vez que os direitos de cidadania estão subordinados à posse da nacionalidade. A atuação do Estado vai interferir diretamente na política migratória, representando tanto um motivo para sair de um território em busca de melhores condições de vida, como restrição a entrada em outro território.

O objetivo, nessa parte da tese, é refletir a respeito da mobilidade humana internacional e dos seus possíveis reflexos no direito internacional privado. A nacionalidade constitui um importante instrumento de controle estatal e possui uma forte influência no direito internacional privado clássico de Pasquale Stanislao Mancini. Pretende-se demonstrar, nesse momento, que a intensificação da mobilidade humana criou conflitos culturais⁴⁹⁸ muito mais complexos que os existentes anteriormente.

É preciso refletir a respeito da pessoa como sujeito de direito internacional e a sua importância no sistema internacional. É possível afirmar que a pessoa adquire

⁴⁹⁶ MARTINE, George. A globalização inacabada. Migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo em Perspectiva*. v. 19, n. 3, 2005. p. 5.

⁴⁹⁷ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 19 n. 55. p. 154. Nesse sentido, ver: BONI, Andrea de; FERRERO, Marco. Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*. Anno V. n. 4. Milano: Franco Angeli, 2004. VERA, Elisa Pérez. Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 261. 1996. p. 243-425. VERWILGHEN, Michel. Conflits de nationalités: plurinationalité et apatridie. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 277. 1999. p. 9-484. DAL RI JUNIOR, Arno. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí. 2ª ed. 2003. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *O MERCOSUL e a nacionalidade: estudo à luz do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁴⁹⁸ Ara Ignacio destaca a necessidade de especificar o significado das exigências culturais e religiosas que o indivíduo “pode vivenciar a fim de oferecer uma resposta suficientemente justificada aos problemas de convivência entre pessoas que, em princípio, têm o mesmo direito de desenvolver sua personalidade até o limite de suas potencialidades, e afirmar sua peculiar estrutura axiológica contra os riscos que possam ameaçar sua integridade”. Para o autor, há uma necessidade de especificar quais são os limites possíveis à livre ação dos indivíduos na projeção de seus pressupostos religioso-culturais no âmbito social. ARA, Ignacio. El impacto jurídico de la diversidad cultural. *Persona y Derecho*. 49. 2003. p. 263-264.

independência da figura estatal que até então estava vinculada, e passa a atuar diretamente na sociedade internacional. Pretende-se, assim, demonstrar os impactos da participação humana nessa sociedade, tanto perante o Estado que concede a sua nacionalidade como perante Estados terceiros. Serão analisados, ainda, os documentos universais que visam a proteção da pessoa humana e os direitos humanos reconhecidos mundialmente.

A crescente interação humana no cenário internacional e a necessidade de proteção aos direitos básicos refletem a ascensão de diplomas normativos internacionais e a criação de sistemas globais e regionais de proteção aos direitos humanos. O principal instrumento normativo surgiu, assim, em 1948 na Organização das Nações Unidas (ONU): a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁴⁹⁹. Esse documento representaria uma “etapa anterior à elaboração de um tratado internacional de direitos humanos”⁵⁰⁰, que se concretizou apenas em 1966 com o surgimento do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁰¹ e do Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais⁵⁰².

A união desses três documentos passou a ser chamada de “Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*)”, o que “implicava o reconhecimento de que os dois Pactos não poderiam ser interpretados desconectados da DUDH, o que deu sistematicidade à proteção dos direitos humanos internacionais”⁵⁰³. A proteção aos direitos humanos promovida no âmbito da Organização das Nações Unidas forma o chamado “sistema global de direitos humanos (também chamado sistema universal ou onusiano)”⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 08 out. 2020.

⁵⁰⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 151.

⁵⁰¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 08 out. 2020.

⁵⁰² BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 08 out. 2020.

⁵⁰³ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 151.

⁵⁰⁴ Nas palavras de André de Carvalho Ramos: “Atualmente o sistema global é complexo e não se limita à Carta Internacional de Direitos Humanos, sendo composto por diversos tratados multilaterais de direitos humanos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 151-152.

A proteção dos direitos humanos foi desenvolvida, também, regionalmente. Um importante sistema regional de proteção aos direitos humanos é observado na Europa⁵⁰⁵. O Conselho da Europa (CE) foi criado em 1949 e possuía como objetivo principal a garantia dos direitos humanos, o regime democrático e o Estado de Direito. Os Estados fundadores do Conselho da Europa aceitaram a internacionalização dos direitos humanos “para marcar a diferença com o mundo soviético e reforçar as forças políticas liberais internas”⁵⁰⁶ em um cenário de Guerra Fria. Firmaram, assim, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁰⁷ em 1950 que entrou em vigor em 1953, uma Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Para André de Carvalho Ramos, “apesar de conter um expressivo rol de direitos humanos, notadamente civis e políticos, deve-se reconhecer que a originalidade da Convenção Europeia de Direitos Humanos residiu justamente no mecanismo coletivo de proteção aos direitos humanos”⁵⁰⁸: um órgão de investigação e conciliação (Comissão Europeia de Direitos Humanos); um órgão político (Conselho de Ministros do Conselho da Europa); e, um órgão judicial (Corte Europeia de Direitos Humanos CEDH).

As primeiras menções aos direitos humanos no sistema regional americano, no entanto, ocorreram com o advento da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em 1948. Nas palavras de André de Carvalho Ramos, a “Carta da OEA proclamou, de modo genérico, o dever de respeito aos direitos humanos por parte de todo Estado-membro da organização”, e “a Declaração Americana enumerou quais são os direitos fundamentais que deveriam ser observados e garantidos pelos Estados”⁵⁰⁹. O preâmbulo da Declaração

⁵⁰⁵ O sistema regional europeu de direitos humanos possui, atualmente, quarenta e sete Estados Partes que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos e que reconheceram a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos: Albânia, Alemanha, Andorra, Antiga República Jugoslava da Macedônia, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Montenegro, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República da Moldávia, Romênia, San Marino, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=1OzrLSlZ> Acesso em: 10 dez. 2020.

⁵⁰⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

⁵⁰⁷ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

⁵⁰⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102-103.

⁵⁰⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 289.

Americana, assim, determina: “os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”⁵¹⁰.

Em 1959 houve a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que “funcionaria provisoriamente até a adoção de uma Convenção Interamericana de Direitos Humanos”⁵¹¹. Em 1969, então, surge a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵¹², denominada “Pacto de San José da Costa Rica” e assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro. Essa convenção, “além de dotar a já existente Comissão Interamericana de Direitos Humanos de novas atribuições, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o segundo órgão de supervisão do sistema interamericano de direitos humanos”⁵¹³.

O cenário existente no momento, no entanto, não era favorável a uma proteção efetiva dos direitos humanos⁵¹⁴: em 1954 ocorria um golpe militar na Guatemala e no Paraguai, em 1962 na Argentina, em 1964 no Brasil, em 1968 no Peru, e em 1973 no Chile e no Uruguai.

Ainda que a Convenção Americana tenha surgido em 1969, foi necessária uma década para que o tratado entrasse em vigor. Conforme Sergio Garcia Ramirez⁵¹⁵, o entusiasmo dos Estados fluiu lentamente, uma vez que a Convenção Americana surgiu em um cenário de governos autoritários, com Estados latino-americanos ditatoriais. A democracia, pilar da proteção dos direitos humanos, não era uma realidade existente no contexto americano. Esse cenário existente resultou na dificuldade inicial encontrada para implementar a Convenção Americana, uma vez que “sua redação era mais fruto da

⁵¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em: 08 out. 2020.

⁵¹¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110.

⁵¹² São Estados Partes do sistema regional americano de direitos humanos: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm> Acesso em: 10 dez. 2020.

⁵¹³ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291.

⁵¹⁴ André de Carvalho Ramos afirma: “Chama a atenção o contexto histórico da época de elaboração da Convenção, no qual a OEA era infestada por ditaduras dos mais diversos quilates e apoiadas pelos Estados Unidos (sem contar Cuba, cujo governo havia sido suspenso da OEA em 1962)”. CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

⁵¹⁵ RAMIREZ, Sergio Garcia. The American Human Rights Navigation: Toward a Ius Commune. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 301-320.

retórica do que da real adesão ao universalismo, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”⁵¹⁶. A partir de 1991, é que a promoção de direitos humanos “foi alavancada por um fato inédito na história da organização: pela primeira vez, todos os Estados membros efetivos (o governo de Cuba estava suspenso) eram democracias”⁵¹⁷.

Flávia Piovesan⁵¹⁸ destaca, no entanto, que a democratização fortaleceu a proteção de direitos, sem ter efetivado reformas institucionais necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Há o advento da democracia com a previsão de garantia de direitos fundamentais, sem haver, no entanto, uma reforma institucional na estrutura de poder existente, de modo que se mantém na região uma estrutura de poder que remonta aos governos autoritários.

A Convenção Americana possui oitenta e dois artigos, sendo dividida em três partes: a primeira destinada aos deveres dos Estados e direitos protegidos, a segunda parte destinada aos meios da proteção, e a terceira parte destinada às disposições gerais e transitórias. Na primeira parte, o capítulo II da Convenção destina-se aos direitos civis e políticos, mencionando, como exemplo, a proteção ao direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, direito à liberdade pessoal. O capítulo III destina-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, possuindo apenas um artigo destinado ao tema.

O sistema interamericano possui outros⁵¹⁹ instrumentos internacionais que protegem direitos específicos, além da Convenção Americana. Para André de Carvalho Ramos, o instrumento mais importante destes é o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 1988: “em uma região marcada por desigualdades sociais e pelo contraste entre a riqueza ostensiva de poucos e a miséria de milhões, o Protocolo

⁵¹⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

⁵¹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110.

⁵¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-66.

⁵¹⁹ Destacam-se: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir o Crime de Tortura de 1985; o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988; o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte de 1990; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994; e, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994.

Adicional veio ao encontro da necessidade de aferir o cumprimento dos direitos sociais em sentido amplo pelo Estado”⁵²⁰.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ao abordar a justiciabilidade⁵²¹ dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano de direitos humanos, ressalta que, embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha respondido às reivindicações relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais, o fez de modo indireto na maior parte do tempo, sob o disfarce de direitos civis e políticos.

Conforme Ariel Dulitzky, o controle de convencionalidade defendido pela Corte Interamericana obriga que a Convenção Americana funcione como norma interna e juridicamente vinculativa, com uma classificação mais elevada do que qualquer outra legislação, incluindo a Constituição, e rompendo com o esquema tradicional para a incorporação de direito internacional no direito interno⁵²². Para o autor, esse princípio de integração estaria mais próximo ao modelo da União Europeia do que ao modelo da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que o sistema jurídico da UE se baseia na primazia do direito comunitário sobre o direito interno⁵²³.

Flávia Piovesan⁵²⁴ aborda o impacto transformador do sistema interamericano na América Latina, considerando os desafios peculiares que existem na região, como a ampla desigualdade, a violência sistêmica e o centralismo do poder político, destacando

⁵²⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291.

⁵²¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor menciona o caso *Acevedo Buendía y otros v. Peru*, em que a Corte Interamericana além de recordar a interdependência de direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, estabeleceu que tem competência para conhecer e resolver o artigo 26 do Pacto de San José. Nesta decisão, a corte também observou que os direitos econômicos, sociais e culturais mencionados no artigo 26 estão sujeitos às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, assim como os direitos civis e políticos.

⁵²² Tradução livre de: “*In contrast, the conventionality control as understood by the Court makes it mandatory that the Convention function as a domestic and legally binding standard with a higher rank than any other legislation, including the Constitution. Thus, the conventionality control theory breaks the traditional scheme for the incorporation of international law into domestic law*”. DULITZKY, Ariel E. *An Inter-American Constitutional Court?: the Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*. *Texas International Law Journal*. v. 50. Issue 1. 2015. p. 58.

⁵²³ A partir da visão exposta por Ariel Dulitzky, percebe-se o caráter supranacional do sistema interamericano de direitos humanos: o controle de convencionalidade exige que os tribunais nacionais apliquem a Convenção Americana conforme é interpretada pela Corte. Nos casos em que existe jurisprudência da Corte Interamericana, o grau de liberdade para os tribunais nacionais é limitado, tendo em vista que devem executar as decisões da Corte sem se afastar destas. DULITZKY, Ariel E. *An Inter-American Constitutional Court?: the Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*. *Texas International Law Journal*. v. 50. Issue 1. 2015. p. 58.

⁵²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-66.

a tríade existente na composição da *Ius Constitutionale Commune*: o fortalecimento do estado de direito, a democracia e os direitos humanos.

O fundamental para a região seria o avanço na defesa dos direitos humanos, na democracia e no Estado de Direito, principalmente por se estar diante de uma região com acentuadas desigualdades sociais e violências sistêmicas. O sistema interamericano possui potencial para exercer um grande impacto no crescimento do *Ius Constitutionale Commune*⁵²⁵ latino-americano, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região considerada como a mais desigual e violenta do mundo. Conforme Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁵²⁶, no centro da teoria do controle de convencionalidade está a ideia de diálogo entre as cortes nacionais e a Corte Interamericana, especialmente em casos envolvendo direitos humanos.

A diferença⁵²⁷ entre os sistemas regionais pode ser observada por meio do contexto histórico existente no surgimento de cada um. Enquanto na Europa “a Convenção Europeia de Direitos Humanos nasceu do esforço de Estados Democráticos

⁵²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-66.

⁵²⁶ Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que todas as autoridades estatais, seja do executivo, do legislativo ou do judiciário, deverão agir de acordo com as previsões contidas na Convenção Americana conforme interpretação da Corte Interamericana, devendo exercer o controle de convencionalidade. Ressalta, no entanto, que esta tarefa acaba recaindo quase exclusivamente no judiciário, através da atuação dos juízes nacionais que possuem o papel de proteger os direitos fundamentais no âmbito doméstico. Ver mais em: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *The Conventionality Control as a Core Mechanism for the Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 321-336.

⁵²⁷ Ao comparar o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do sistema europeu com o sistema americano, observam-se as discrepâncias. O IDH dos vinte e três Estados que formam o sistema americano apresenta um índice muito elevado em apenas dois Estados (8,69%). Quatorze (60,86%) apresentam um índice elevado, seis (26,08%) um índice médio e apenas um (4,34%) Estado IDH baixo. É possível afirmar que 30,43% dos Estados Partes do sistema regional americano de direitos humanos possuem um IDH médio ou baixo, enquanto no sistema regional europeu de direitos humanos esta é a realidade de apenas 2,12% dos Estados Partes. Dos quarenta e sete Estados que formam o sistema regional europeu de direitos humanos, trinta e seis (76,59%) Estados possuem um IDH muito elevado, dez (21,27%) possuem um IDH elevado e apenas um (2,12%) possui um IDH médio. Nenhum Estado possui IDH baixo. Ao somar o número de Estados que possuem índice muito elevado e elevado, percebe-se o total de quarenta e seis Estados, quase a totalidade, representando 97,87% dos Estados que participam do Sistema Regional Europeu de Direitos Humanos. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida que avalia o desempenho do país em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O IDH é classificado em quatro categorias: muito elevado, elevado, médio ou baixo. O índice vai de 0 a 1, sendo que será considerado baixo quando for entre 0 até 0,554. Acima de 0,555 até 0,699 será considerado médio. Elevado englobará aqueles países que possuírem um IDH entre 0,700 até 0,799, e será muito elevado entre 0,800 e 1. Fonte: PNUD Brasil. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>

em demonstrar sua diferença com ditaduras, a Convenção Americana nasceu do esforço de ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados Democráticos”⁵²⁸.

Flavia Piovesan aborda o fenômeno da “interamericanização”⁵²⁹ do sistema europeu, criando uma tipologia de casos decididos pela Corte Europeia de Direitos Humanos que incorporaram a jurisprudência da Corte Interamericana. Conforme a autora, o diálogo permite à Corte Europeia enfrentar violações de direitos perpetradas pelos Estados da Turquia e Leste Europeu, que possuem desafios de consolidação democrática, do Estado de Direito e do regime de direitos humanos, a partir da incidência da sólida jurisprudência da Corte Interamericana acerca das violações do desaparecimento forçado, tortura e execuções sumárias e extrajudiciais.

Um outro importante sistema regional de proteção que merece destaque é o sistema africano de direitos humanos. A Carta da Organização da Unidade Africana (OUA) foi assinada em 1963 por trinta e dois Estados africanos independentes e possuía no seu preâmbulo a adesão à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos. A OUA foi extinta e substituída pela União Africana em 2002, existente atualmente e que possui cinquenta e três Estados Partes⁵³⁰.

Em 1981 foi elaborada a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que ficou conhecida como Carta de Banjul. A Carta “foi o primeiro tratado de direitos humanos a elencar, de uma só vez, os direitos civis e políticos unidos aos direitos sociais, econômicos e culturais, vencendo a tradicional dicotomia da guerra fria”⁵³¹. A Carta, em seu preâmbulo, estipula que os valores da civilização africana e as suas tradições históricas devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos, sem deixar de reconhecer a influência de outras normativas universais e regionais.

⁵²⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

⁵²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-66.

⁵³⁰ Atualmente, 53 Estados formam o sistema regional africano de proteção de direitos humanos: África do Sul, Angola, Argélia, Benim, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camarões, Chade, Comores, Congo, Costa do Marfim, Djibouti, Egito, Eritreia, Etiópia, Gabão, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné Equatorial, Guiné-Bissau, Lesoto, Libéria, Líbia, Madagascar, Malawi, Mali, Maurício, Maurítânia, Moçambique, Namíbia, Níger, Nigéria, Quênia, República Árabe Sarauí Democrática, República Centro-Africana, República Democrática do Congo, Ruanda, São Tomé e Príncipe, Senegal, Serra Leoa, Seychelles, Somália, Suazilândia, Sudão, Tanzânia, Togo, Tunísia, Uganda, Zâmbia, Zimbabué. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/ratification/>> Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵³¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional*. p. 146.

Ao analisar os Estados Partes da União Africana é possível compreender essa busca por uma proteção de direitos humanos que se baseie nos valores da civilização africana e nas suas tradições históricas, uma vez que a realidade existente destoa significativamente dos demais sistemas regionais (interamericano e europeu)⁵³².

Esses diplomas normativos internacionalizaram a proteção dos direitos humanos, estabelecendo parâmetros que deveriam ser respeitados pelos Estados no seu âmbito interno. As dificuldades práticas de garantia dos direitos em um sistema global, fez com que a atuação dos sistemas regionais adquirisse grande relevância.

A internacionalização pôde ser observada, também, no direito internacional privado que utilizou a Conferência da Haia em uma tentativa de harmonizar as normas previstas. As convenções elaboradas no âmbito da conferência foram compartimentalizadas por matérias, o que facilitava uma maior adesão por diferentes Estados. Essas convenções apresentaram previsões que fugiam do direito internacional privado clássico, contendo normas materiais a respeito de uma variada gama de temáticas (proteção da criança, adoção, obrigações alimentares, divórcio).

Ao considerar o presente cenário mundial, com a internalização das duas matérias e o aumento das relações pessoais multiculturais, não se parece razoável pensar em um direito internacional privado cego ao resultado material com uma justiça meramente formal, de localização da lei aplicável. Léna Gannage afirma que o direito internacional privado foi construído em torno de um “outro” bastante próximo, um semelhante: “o estrangeiro do século XIX era então europeu, partilhando a mesma cultura do nacional, pertencendo à mesma comunidade de direito, construída em torno do patrimônio do direito romano e cimentada pelo cristianismo”⁵³³.

Com o desenvolvimento dos meios de comunicação e o aumento dos fenômenos migratórios, no entanto, observou-se um “outro” muito diferente: “vindo de terras mais

⁵³² A União Africana possui, atualmente, cinquenta e três Estados Partes, sendo que destes nenhum possui um índice de desenvolvimento econômico muito elevado. Apenas cinco Estados possuem um índice elevado, doze possuem um índice médio e trinta e quatro Estados Partes possuem um IDH baixo. Ao comparar com os índices existentes entre os Estados Partes do sistema regional europeu, percebe-se uma realidade oposta. Enquanto no sistema regional europeu trinta e quatro Estados possuem um IDH muito elevado e nenhum possui um IDH baixo, no sistema regional africano nenhum Estado possui um IDH muito elevado, e trinta e quatro Estados possuem um IDH baixo.

⁵³³ Tradução livre de: “*Au moins dans la tradition occidentale, le droit international privé a été construit en fonction d’un Autre assez proche, un semblable ou un alter ego. L’étranger du XIXe siècle était alors un Européen, ayant en partage la même culture que celle du national, appartenant à la même communauté de droit, construite autour de l’héritage du droit romain et cimentée par le christianisme*”. GANNAGE, Léna. Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures. v. 357. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 2013. p. 236.

distantes, portador de uma história, de valores e sobretudo de uma cultura diferente, este estrangeiro radical irrompeu na paisagem até então bastante pacífica dos internacionalistas”⁵³⁴. O choque entre diferenças culturais passou a atingir o direito internacional privado, causando colisões entre diferentes direitos humanos protegidos.

Louwrens Rienk Kiestra analisa a relação existente entre as normas de direitos humanos e as regras de conexão no direito internacional privado, mencionando a incidência da Convenção Europeia de Direitos Humanos na aplicação de uma lei estrangeira indicada pela regra de conexão. Para o autor, as previsões da CEDH, nessas situações, devem ser atenuadas: “o respeito pela diversidade das culturas jurídicas mundiais é um dos princípios do direito internacional privado e, portanto, pode ser preferível uma certa atenuação das normas da CEDH”⁵³⁵.

Destaca, ainda, outro objetivo do direito internacional privado que poderia ser ameaçado com uma interpretação rigorosa da lei estrangeira a partir das normas da CEDH: a harmonia internacional das decisões por meio de uma certa tolerância para com outras culturas jurídicas. Afirma que “a falta de harmonia acarreta o risco real de fragilização das relações jurídicas e pode pôr em perigo a mobilidade internacional das pessoas”⁵³⁶.

Ao analisar a relação existente entre as duas disciplinas, Mark Hirschboek afirma que a Europa testemunhou uma rica interação entre o direito internacional privado e o direito internacional dos direitos humanos⁵³⁷, destacando duas razões para esse cenário.

⁵³⁴ A autora afirma que, nessa perspectiva, determinar a “distância adequada” entre ordens jurídicas não é mais simples: “a necessidade de aproximar pessoas de culturas diferentes não é simples, e o constrangimento dos juristas só se junta aqui ao dos antropólogos e cientistas políticos”. GANNAGE, Léna. *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*. v. 357. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 2013. p. 236.

⁵³⁵ O autor questiona, nesse sentido, se seria exigível que as leis de todo o mundo estivessem de acordo com as normas europeias de direitos humanos, como garantido na CEDH. Tradução livre de: “*The idea behind the attenuation of the ECHR's standards in this regard is manifold, but in short it comes down to the question of whether laws from all over the world should be held up to European human rights standards, as guaranteed in the ECHR. Respect for the diversity of the world's legal cultures is one of the principles of private international law and thus a certain attenuation of the standards of the ECHR may be preferable*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 163-164.

⁵³⁶ Tradução livre de: “*On this point one could also mention another goal of private international law, the international harmony of decisions, which is arguably predicated on a certain tolerance towards other legal cultures. A lack of such harmony brings with it the real risk of limping legal relationships and could endanger the international mobility of persons*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 163-164.

⁵³⁷ Tradução livre de: “*Europe has witnessed a rich interplay between private international law and international human rights law. There are at least two reasons for this. First, as suggested above, a great deal of private international law is now a matter of European Union law, thanks to the adoption of a complex set of EU instruments and regulations*”. HIRSCHBOECK, Mark. *Conceptualizing the*

A primeira seria o fato de que grande parte do direito internacional privado é, agora, uma questão de direito da União Europeia, com a utilização de instrumentos e regulamentos complexos da União. A segunda razão seria a ampla concessão jurisdicional da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) que “parece impor obrigações positivas aos seus signatários”⁵³⁸. O autor destaca, nesse sentido, a previsão do artigo 1º da Convenção: “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”⁵³⁹.

Para Mark Hirschboeck, o impacto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no direito internacional privado é ilustrado pelo caso *Pellegrini v. Italy*⁵⁴⁰, que dizia respeito à execução de uma sentença estrangeira: “a questão específica levantada foi se um tribunal civil italiano deveria ter reconhecido a decisão de um tribunal eclesiástico do Vaticano de anular um casamento”⁵⁴¹.

O caso refere-se à uma anulação de um casamento realizado em 1962 entre a Sra. Maria Grazia Pellegrini e o Sr. A. Gigliozzi, numa cerimônia religiosa igualmente válida perante a lei (*matrimonio concordatario*). Em fevereiro de 1987, a Sra. Maria Grazia Pellegrini apresentou uma petição ao Tribunal Distrital de Roma requerendo a separação judicial: o Tribunal Distrital deferiu a sua petição e condenou o Sr. Gigliozzi a pagar à Sra. Pellegrini uma pensão de alimentos de 300.000 liras italianas por mês. Em novembro de 1987, a Sra. Pellegrini foi intimada a comparecer perante o *Lazio Regional Ecclesiastical Court of the Rome Vicariate* “para responder as questões do processo matrimonial Gigliozzi-Pellegrini”⁵⁴².

Relationship between International Human Rights Law and Private International Law. *Harvard International Law Journal*. v. 60. n. 1. 2019. p. 187.

⁵³⁸ HIRSCHBOECK, Mark. Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law. *Harvard International Law Journal*. v. 60. n. 1. 2019. p. 187-188.

⁵³⁹ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

⁵⁴⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Pellegrini v. Italy*. 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁴¹ Tradução livre de: “*The impact of the ECHR on the private international law is illustrated by the case of Pellegrini v. Italy, which concerned the enforcement of a foreign judgment. The specific issue raised was whether an Italian civil court should have recognized a Vatican ecclesiastical court's decision to annul a marriage*”. HIRSCHBOECK, Mark. Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law. *Harvard International Law Journal*. v. 60. n. 1. 2019. p. 188.

⁵⁴² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Pellegrini v. Italy*. 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

A Sra. Pellegrini compareceu, assim, ao Tribunal Eclesiástico e foi informada de que o seu marido tinha solicitado a anulação do casamento por consanguinidade (sendo a mãe da Sra. Pellegrini e o pai do Sr. Gigliozzi primos). Questionada, afirmou que possuía conhecimento do parentesco na época do seu casamento, mas que não sabia se o padre havia pedido dispensação especial (*dispensatio*)⁵⁴³. A decisão foi proferida, assim, em 10 de dezembro de 1987, momento em que o Tribunal Eclesiástico anulou o casamento por consanguinidade, seguindo um procedimento sumário (*praetermissis solemnitatibus processus ordinarii*) ao abrigo do artigo 1.688 do Código de Direito Canônico. Em decisão proferida em 1992, o Tribunal de Recurso de Florença declarou a sentença do Tribunal Eclesiástico executória na Itália. A partir desse momento, o Sr. Gigliozzi cessou o pagamento dos alimentos à Sra. Pellegrini.

A Sra. Pellegrini tentou vetar a executoriedade da decisão proferida pelo Tribunal Eclesiástico, alegando uma violação dos seus direitos de defesa e do princípio do contraditório “devido ao fato de ter sido intimada a comparecer no Tribunal Eclesiástico sem ter sido previamente informada nem do pedido de anulação do casamento nem dos motivos desse pedido”⁵⁴⁴. Por essas razões, a Sra. Pellegrini não preparou nenhuma defesa e, naquele momento, não foi assistida por um advogado. Sem ter obtido sucesso, realizou um acordo com o Sr. Gigliozzi.

A Sra. Pellegrini, no entanto, denunciou a violação do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos com o fundamento de que os tribunais italianos declararam a decisão dos tribunais eclesiásticos (de anulação do seu casamento) executória, ignorando a violação dos seus direitos de defesa. O artigo 6º, nesse sentido, dispõe que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e

⁵⁴³ Tradução livre de: “*In the meantime, on 20 November 1987, the applicant was summoned to appear before the Lazio Regional Ecclesiastical Court of the Rome Vicariate on 1 December 1987 “to answer questions in the Gigliozzi-Pellegrini matrimonial case”. On 1 December 1987 the applicant went alone to the Ecclesiastical Court without knowing why she had been summoned to appear. She was informed that on 6 November 1987 her husband had sought to have the marriage annulled on the ground of consanguinity (the applicant’s mother and Mr Gigliozzi’s father being cousins). She was questioned by the judge and stated that she had known of her consanguineous relationship with Mr Gigliozzi but did not know whether, at the time of her marriage, the priest had requested a special dispensation (dispensatio)*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Pellegrini v. Italy. 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁴⁴ Tradução livre de: “*The applicant also alleged a breach of her defence rights and of the adversarial principle on account of the fact that she had been summoned to appear before the Ecclesiastical Court without being informed in advance either of the application to have the marriage annulled or the reasons for that application. She had therefore not prepared any defence and, furthermore, had not been assisted by a lawyer*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Pellegrini v. Italy. 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”⁵⁴⁵.

O artigo 6º da CEDH prevê, ainda, direitos mínimos do acusado, como: o direito de ser informado da natureza e da causa da acusação contra ele formulada em língua que entenda e de forma minuciosa; o direito de dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; o direito de se defender sozinho ou ter a assistência de um defensor da sua escolha (poderá ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando não possuir condições financeiras de arcar com um defensor); o direito de interrogar as testemunhas de acusação e apresentar testemunhas de defesa; e o direito a um intérprete, de modo gratuito, quando não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Conforme exposto pela Sra. Pellegrini, no âmbito do processo canônico, “o demandado não é informado, antes de ser questionado pelo tribunal, nem sobre a identidade do peticionário nem sobre os motivos pelos quais alega que o casamento deve ser anulado”⁵⁴⁶. Nesse sentido, também não foi informada da possibilidade de obter a assistência de um advogado de defesa ou de solicitar cópias do processo, de modo que os seus direitos de defesa restaram prejudicados. A Sra. Pellegrini, sem a ajuda de um advogado, se sentiu intimidada pelo fato de o juiz representar uma figura religiosa.

Assim, a decisão do Corte Europeia de Direitos Humanos constatou que, no presente caso, a Sra. Pellegrini não foi informada previamente dos motivos da sua convocação para comparecer ao Tribunal Eclesiástico e, também, não foi informada da possibilidade de constituir advogado. Decidiu, desse modo, que os direitos de defesa da parte foram comprometidos, e que “os tribunais italianos deviam ter recusado ratificar o resultado de tais procedimentos injustos em vez de se limitarem a afirmar - sem examinar

⁵⁴⁵ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

⁵⁴⁶ Tradução livre de: “*The applicant submitted that, in proceedings under canon law, the respondent is not informed before being questioned by the court either of the identity of the petitioner or of the grounds on which they allege that the marriage should be annulled*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Pellegrini v. Italy. 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

a questão exaustivamente - que os procedimentos os tribunais eclesiásticos foram antagônicos e justos”⁵⁴⁷.

Para Dimitris Liakopoulos, os princípios enunciados na Convenção Europeia foram reproduzidos e formulados mais detalhadamente ao incorporar os direitos fundamentais como parte integrante do sistema da UE, possuindo capacidade de afetar a interpretação e aplicação das regras relativas ao espaço segurança, justiça e liberdade: o Tribunal “deve interpretar as regras do domínio judiciário não apenas à luz do princípio da livre circulação das sentenças, mas também dos princípios consagrados na Carta, incluindo o respeito das garantias de defesa durante o processo no país de origem”⁵⁴⁸.

Para Mark Hirschboek, a Corte “deixou claro que não estava avaliando a justiça dos procedimentos do Vaticano como tais; afinal, o Vaticano não é Parte Contratante da CEDH”⁵⁴⁹. E, sim, examinando se os tribunais italianos, antes de autorizarem a execução da decisão de anulação do casamento, se certificaram devidamente de que o processo em causa cumpria as garantias de um julgamento justo do artigo 6º. O caso *Pellegrini v. Italy* ratifica a interferência da Corte Europeia de Direitos Humanos em uma temática própria do direito internacional privado: o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras. A Corte entendeu que o tribunal italiano violou a CEDH ao reconhecer e tornar a decisão do Tribunal Eclesiástico executável.

Para Roberto Baratta, em qualquer sistema de conflito de leis, os efeitos de uma resolução judicial estrangeira podem ser bloqueados se seu reconhecimento for contrário a alguns requisitos. Essa rejeição da execução de uma sentença estrangeira, no entanto, “pode representar uma ingerência nos direitos à vida privada e familiar, pois é uma conduta que prejudica diretamente o gozo desses direitos específicos”. Afirma, assim, que o caso *Pellegrini* mostra “que a execução de decisão estrangeira pode acarretar

⁵⁴⁷ Tradução livre de: “*The applicant’s defence rights were therefore irremediably compromised after she had appeared before the Ecclesiastical Court and the Italian courts should have refused to ratify the result of such unfair proceedings instead of confining themselves to asserting – without examining the matter thoroughly – that the proceedings before the ecclesiastical courts had been adversarial and fair*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Pellegrini v. Italy*. 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁴⁸ Tradução livre de: “*The Charter of Fundamental Rights, in which the principles set out in the ECHR have been reproduced and formulated in more detail by incorporating fundamental rights as an integral part of the EU system, is capable of deeply affecting the interpretation and application of rules relating to space security, justice and freedom. The Court must interpret the rules on the judicial area not only in the light of the principle of the free movement of judgments, but also of the principles enshrined in the Charter, including the respect of defense guarantees during the proceedings in the country of origin*”. LIAKOPOULOS, Dimitris. Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 10. n. 1. 2018 p. 266-267.

⁵⁴⁹ HIRSCHBOECK, Mark. Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law. *Harvard International Law Journal*. v. 60. n. 1. 2019. p. 187-188.

violação das garantias de um processo justo se o procedimento perante o tribunal estrangeiro que proferiu a sentença não observar o art. 6 ECHR”⁵⁵⁰.

Dimitris Liakopoulos afirma que a jurisprudência da Corte “mostrou não só a possibilidade de levar em consideração, mas também a verificação e aplicação das normas de direito internacional privado”⁵⁵¹. Para o autor, é necessário compreender e identificar se existem linhas direcionais gerais para a construção de um sistema de direito internacional privado baseado nos direitos fundamentais de forma autônoma ou não, sendo necessário estruturar os critérios que interferem independentemente do conteúdo da lei identificada pela norma de conexão. Esses seriam “os princípios essenciais comuns aos diversos ordenamentos que, embora detectados pelo juiz do ponto de vista particular da comunidade estatal a que pertencem, expressam normas básicas que constituem o mínimo de civilização considerado essencial para a vida comum dos povos”⁵⁵².

O estabelecimento de parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos foi facilitado com o advento da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), cenário poderia “reduzir o risco de uma possível contração entre as diretrizes da UE e do TEDH sobre a compatibilidade das regras da UE em matéria de direito internacional privado”⁵⁵³.

Louwrens Rienk Kiestra questiona, em sua obra, o impacto dos direitos garantidos na CEDH sobre a questão do direito aplicável no direito internacional privado, destacando três aspectos diferentes. O primeiro aspecto representa, nas palavras do autor, o exemplo clássico do impacto da CEDH na questão da lei aplicável: quando “a aplicação

⁵⁵⁰ Tradução livre de: “*Bajo cualquier sistema de conflicto de leyes, los efectos de una resolución judicial extranjera pueden bloquearse si su reconocimiento es contrario a algunos requisitos. Sin embargo, desestimar la ejecución de una sentencia extranjera puede representar una interferencia en los derechos a la vida privada y familiar dado que es una conducta que directamente daña el disfrute de esos derechos en concreto. Repárese que, como el asunto Pellegrini demuestra, ejecutar una resolución extranjera puede entrañar una violación de las garantías de un proceso justo si el procedimiento ante el tribunal foráneo que dictó la sentencia no observo el art. 6 CEDH*”. BARATTA, Roberto. *Fundamental Rights and Family Private International Law. Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. v. 16. 2016. p. 106.

⁵⁵¹ LIAKOPOULOS, Dimitris. Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 10. n. 1. 2018 p. 250-251.

⁵⁵² Tradução livre de: “*These are the essential principles common to the various ordinances which, while being detected by the judge from the particular angle of view of the State community to which they belong, express basic standards that constitute the minimum of civilization considered essential to the common life of peoples, principles directed at the protection of that fundamental interest of ethical and social nature, greater participation of individual States in the life of the community of peoples, and the question of whether this function is distinct or not from the traditionally negative one that this limit does when it is intended to preserve the inner harmony of the hole sorting*”. LIAKOPOULOS, Dimitris. Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 10. n. 1. 2018 p. 251-252.

⁵⁵³ LIAKOPOULOS, Dimitris. Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 10. n. 1. 2018 p. 252-253.

das regras de conexão do foro aponta para uma lei estrangeira cuja aplicação viola subsequentemente um dos direitos garantidos na CEDH⁵⁵⁴. Isto ocorreria quando a aplicação de uma lei estrangeira (indicada pelo elemento de conexão do foro) resultar na violação de um dos direitos garantidos na CEDH. O segundo aspecto consiste na invocação da Convenção Europeia para a promoção de uma lei estrangeira, afastando a lei do foro: ocorre “a invocação da CEDH contra a aplicação da *lex fori* de uma das Partes Contratantes a favor de uma lei estrangeira aplicável”⁵⁵⁵.

A partir dessas duas situações, percebe-se que o impacto da Convenção Europeia de Direitos Humanos provoca a substancialização do direito internacional privado: os direitos substantivos garantidos na CEDH desempenham o papel principal, de modo que “o impacto da CEDH a este respeito limita-se ao resultado material da aplicação das regras de escolha das leis”⁵⁵⁶.

O terceiro aspecto, apontado pelo autor, refere-se às questões relacionadas com a determinação do conteúdo da lei estrangeira aplicável, preocupando-se com a aplicação da lei selecionada (estrangeira) pelos tribunais, o que “também pode levantar algumas questões com a CEDH, embora não de fundo, mas sim problemas processuais relacionados com o artigo 6º, nº 1, da CEDH”⁵⁵⁷.

O autor apresenta, nesse sentido, a decisão de admissibilidade do caso *Ammdjadi v. Germany*⁵⁵⁸, em que a Corte Europeia examinou se a aplicação da lei iraniana (uma lei proveniente de um terceiro país) ao divórcio entre dois cidadãos iranianos pelos tribunais

⁵⁵⁴ Tradução livre de: “*Three different aspects of the discussion will be distinguished in this chapter. The classical example of the impact of the ECHR on the issue of applicable law is the scenario in which the application of the forum’s choice of law rules would point to a foreign law whose application would subsequently violate one of the rights guaranteed in the ECHR. The application of a foreign law, as determined by a court of one of the Contracting Parties by virtue of their choice of law rules, could then result in a violation of one of the rights guaranteed in the ECHR*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 150.

⁵⁵⁵ Tradução livre de: “*In addition to being used as a defensive mechanism against the result of the application of a foreign law, the ECHR could also be invoked in order to promote the application of a foreign law. Related to this usage of the ECHR is, incidentally, the invocation of the ECHR against the application of the *lex fori* of one of the Contracting Parties in favor of a foreign applicable law*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 150.

⁵⁵⁶ Tradução livre de: “*It is interesting to note in relation to these two aspects of the impact of the ECHR on the issue of the applicable law that the substantive rights guaranteed in the ECHR play the leading role. The impact of the ECHR in this regard is confined to the material result of the application of the choice of law rules*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 150-151.

⁵⁵⁷ KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 151.

⁵⁵⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ammdjadi v. Germany*. Application nº 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

alemães havia violado a CEDH. Nas palavras de Louwrens Rienk Kiestra, embora, “em última análise, nenhuma violação da CEDH tenha sido encontrada e o caso tenha sido considerado manifestamente inadmissível por motivos que serão discutidos mais adiante, o exame da Corte das questões neste caso demonstra implicitamente que a CEDH é de fato aplicável à incidência de lei estrangeira proveniente de um país terceiro”⁵⁵⁹, uma vez que a Corte, em nenhum momento, sugeriu o contrário.

O caso *Ammdjadi v. Germany* envolveu o divórcio de um casal iraniano na Alemanha. As partes se casaram em 1980 em Kermanshah, no Irã. Posteriormente, mudaram-se para a Alemanha, local em que tiveram um filho nascido em 1983. Em 1997, o casal decidiu se separar, concordando que constituiriam advogados a fim de esclarecer os direitos como pensão alimentícia, com base na determinação da lei alemã. Assim, por decisão do tribunal distrital de Köln (Alemanha) de 10 de novembro de 1999, com base em pedido formulado pelo ex-marido, a Sra. Farzaneh Bigwand Ammdjadi foi divorciada.

O tribunal alemão considerou procedente o pedido formulado pelo ex-marido, feito com base na lei iraniana (lei aplicável aos fatos do presente caso), não sendo concedida a pensão alimentícia. O tribunal distrital de Köln indeferiu o pedido de indenização subsequente dos direitos à pensão (*nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleichs*), concluindo pela incidência da lei da nacionalidade comum das partes: lei iraniana. Essa, por sua vez, não conhecia a compensação dos direitos à pensão. Conforme o tribunal alemão, a incidência dessa lei iraniana não violava a ordem pública alemã.

Destacam-se, nesse sentido, as disposições da Lei Introdutória ao Código Civil Alemão: “a compensação dos direitos à pensão é, em geral, regida pela lei aplicável aos efeitos gerais do casamento (seção 17 § 3, primeira frase da Lei Introdutória)”, de modo que esta é, “principalmente, a lei do país de nacionalidade compartilhada dos cônjuges (seção 14 § 1 da Lei Introdutória)”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Tradução livre de: “Although ultimately no violation of the ECHR was found and the case was held to be manifestly inadmissible for reasons that will be further discussed below, the Court’s examination of the issues in this case implicitly demonstrates that the ECHR is indeed applicable to the issue of the application of a foreign law emanating from a third country. At no point in its examination did the Court suggest otherwise”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 152.

⁵⁶⁰ Tradução livre de: “Under German conflict of laws rules, compensation of pension rights is, in general, governed by the law applicable to the general effects of marriage (section 17 § 3 first sentence of the Introductory Act). This, primarily, is the law of the country of shared nationality of the spouses (section 14 § 1 of the Introductory Act). It shall only be carried out if German law is applicable and if such balancing is recognised by the law of one of the countries of which the spouses were nationals at the time when the divorce petition was served”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ammdjadi v. Germany*.

A decisão menciona, ainda, o Acordo de Estabelecimento entre o Reich Alemão e o Império Persa e o Protocolo Final de 1929 (*Deutsch-Iranisches Niederlassungsabkommen*), em que a Seção 8, § 3 do Acordo estabelece que, “em relação a questões pessoais, familiares e de herança, é aplicável a lei da nacionalidade comum das partes”, ficando esclarecido que todos os aspectos do direito da família serão regidos por essa lei⁵⁶¹. Nas palavras de Louwrens Rienk Kiestra, “devido ao fato de que ambas as partes tinham nacionalidade iraniana e com base no Acordo de Estabelecimento entre o Reich Alemão e o Império Persa de 17 de fevereiro de 1929, o tribunal alemão considerou que a lei iraniana era aplicável ao divórcio e a todas suas consequências”⁵⁶².

No caso, a Sra. Farzaneh Bigwand Ammdjadi alegou que o seu ex-marido contribuiu durante anos para o seguro alemão, local em que o casal residia: entendia que a sua nacionalidade não podia ser determinante para a questão de saber se ela tinha ou não direito à compensação dos direitos à pensão. A defesa da Sra. Ammdjadi questionou a incidência do elemento de conexão “nacionalidade comum das partes”, entendendo que a sua aplicação lhe causava um prejuízo significativo que violava o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Conforme a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o presente caso “levanta a questão de saber se a noção de ‘respeito [...] pela vida familiar’, conforme entendida no artigo 8º, implicava uma obrigação por parte dos tribunais alemães de desconsiderar um contrato de Estado, qualificando a compensação de direitos de pensão como parte da *ordre public* alemã”⁵⁶³, objetivando aplicar uma disposição que

Application n° 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

⁵⁶¹ Tradução livre de: “3. *The Agreement on Establishment between the German Reich and the Persian Empire and Final Protocol of 17 February 1929 (Deutsch-Iranisches Niederlassungsabkommen) Section 8 § 3 of the Agreement provides that in respect of personal, family and inheritance issues the law of the common nationality of the parties is applicable. In the Final Protocol (Schlußprotokoll) to the Agreement it is clarified that all aspects of family law shall be governed by that law*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ammdjadi v. Germany. Application n° 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

⁵⁶² Tradução livre de: “*However, on account of the fact that both parties had Iranian nationality and on the basis of the Agreement on Establishment between the German Reich and the Persian Empire of 17 February 1929, the German court found that Iranian law was applicable to the divorce and all of its consequences*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 157-158.

⁵⁶³ Tradução livre de: “*The present case raises the question whether the notion of “respect [...] for family life” as understood in Article 8, entailed an obligation on the part of the German courts to disregard a State contract by qualifying compensation of pension rights as part of the German *ordre public* and to apply the German conflict of laws provision which exceptionally could have led to the granting of compensation of pension rights under German law*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ammdjadi v. Germany. Application n° 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

excepcionalmente poderia ter levado à concessão de compensação de direitos de pensão ao abrigo do direito alemão.

Louwrens Rienk Kiestra, ao abordar o caso, menciona que a Corte “observou que a decisão de aplicar o Tratado tinha fundamento no direito nacional e prosseguia um objetivo legítimo, a saber, a manutenção de um tratado celebrado entre dois Estados”⁵⁶⁴. Reconheceu, assim, que para as autoridades nacionais a compensação dos direitos à pensão não faz parte da *ordre public* alemã – o que pressupõe que a aplicação da lei de um país estrangeiro conduziria a um resultado que é manifestamente incompatível com os princípios fundamentais do direito alemão. Conforme a decisão, a compensação dos direitos à pensão só foi introduzida no direito alemão em 1977, não sendo reconhecido em muitos outros países: “não existe consenso europeu sobre esta matéria, mas os meios de fornecer proteção financeira ao parceiro não trabalhador variam amplamente entre os Estados Contratantes, que gozam necessariamente de uma margem de apreciação nesta questão política”⁵⁶⁵.

Em trecho da decisão proferida no caso *Ammdjadi v. Germany*, a Corte afirmou: “considera que a Convenção não pode ir tão longe a ponto de exigir que os tribunais alemães desrespeitem o contrato de Estado e qualifiquem a compensação dos direitos de pensão como parte da *ordre public*”, ratificando que a noção de respeito pela vida familiar não implica “na obrigação, por parte do Estado Contratante, de conceder a um dos cônjuges um privilégio pecuniário que, aliás, corresponde a uma desvantagem pecuniária para o outro cônjuge”⁵⁶⁶.

A Sra. Farzaneh Bigwand Ammdjadi havia denunciado, também, uma violação ao artigo 14º da CEDH, alegando ter sido discriminada com base na sua nacionalidade iraniana. O artigo 14º dispõe: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente

⁵⁶⁴ KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 159.

⁵⁶⁵ Tradução livre de: “*There is in particular no European consensus on this matter, but the means of providing financial protection to the non-working partner differ widely between the Contracting States, which necessarily enjoy a margin of appreciation in this policy matter*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ammdjadi v. Germany*. Application nº 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

⁵⁶⁶ Tradução livre de: “*Given, moreover, that Iranian law also provides for some kind of social protection of the other spouse, namely by means of some alimony and the morning gift, and that the applicant and her husband never made a valid choice of law, the Court finds that the Convention cannot go so far as to require the German courts to disregard the State contract and qualify the compensation of pension rights as forming part of the German ordre public. The notion of “respect [...] for family life” does not entail an obligation on the part of the Contracting State to grant a pecuniary privilege to one spouse, which moreover corresponds to a pecuniary disadvantage to the other spouse*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ammdjadi v. Germany*. Application nº 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”⁵⁶⁷.

A decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos negou a existência de violação ao artigo 14º da CEDH: “na medida em que a recorrente se baseou no artigo 8º conjugado com o artigo 14º da Convenção, a Corte observa que a diferença de tratamento no caso em apreço decorre do fato de a recorrente e o seu ex-marido possuírem nacionalidade iraniana e em neste fundamento, o contrato de Estado era aplicável e excluía a aplicação do direito alemão”⁵⁶⁸.

Percebe-se, assim, que para a Corte Europeia, já em 2010, em processos de conflito de leis, “a diferenciação para todas as questões familiares de acordo com a nacionalidade e não com a residência habitual é um princípio conhecido que visa proteger a ligação estreita de uma pessoa com o seu país de origem”. Embora o critério da residência habitual possa ser considerado preferível no que diz respeito aos direitos à pensão, “o critério da nacionalidade de uma pessoa não pode ser considerado sem justificativa objetiva e razoável”⁵⁶⁹.

A aplicação da lei iraniana, nesse caso, de fato resultou de um tratado bilateral entre a Alemanha e o Irã, cujo objetivo legítimo foi o cumprimento de uma obrigação internacional. Para Louwrens Rienk Kiestra, se a aplicação da lei iraniana tivesse resultado de regras de escolha de leis nacionais alemãs (uma fonte nacional), um objetivo legítimo diferente teria que ter sido apresentado: “consequentemente, isto poderia ter incidido também na apreciação da proporcionalidade, devido ao nexo entre o fim legítimo

⁵⁶⁷ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

⁵⁶⁸ Tradução livre de: “*In so far as the applicant relied on Article 8 taken in conjunction with Article 14 of the Convention, the Court observes that the difference in treatment in the present case resulted from the fact that both the applicant and her former husband had Iranian nationality and that on this ground the State contract was applicable and excluded the application of German law*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ammdjadi v. Germany. Application nº 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

⁵⁶⁹ Tradução livre de: “*The rapporteur finds that, especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person’s close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person’s nationality cannot be considered to be without objective and reasonable justification*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ammdjadi v. Germany. Application nº 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

prosseguido e a proporcionalidade, que decorre da interferência, necessária numa sociedade democrática”⁵⁷⁰.

Uma abordagem mais lógica teria sido a Corte Europeia de Direitos Humanos “considerar se o resultado da aplicação da lei iraniana violaria os direitos do requerente garantidos no artigo 8º da CEDH e, em caso afirmativo, se esta restrição dos direitos do requerente iria estar em conformidade com o artigo 8º, nº 2, da CEDH”⁵⁷¹. Para Louwrens Rienk Kiestra, ao examinar imediatamente a decisão dos tribunais alemães de não qualificar os direitos à pensão como parte da *ordre public* alemã, a Corte pulou uma etapa⁵⁷², concentrando-se em determinar se o artigo 8º da CEDH obrigava os tribunais alemães a qualificarem os direitos à pensão como parte da ordem pública alemã.

Outro caso que se destaca, nessa linha, é o caso *Zvoristeanu v. France*⁵⁷³, envolvendo um reconhecimento de paternidade. O caso envolvia a relação entre a mãe de nacionalidade romena, refugiada na França, e o pai de origem polonesa e refugiado na Alemanha: em 23 de março de 1952, o casal realizou um casamento religioso em forma de mosaico na frente de um rabino, em Hamburgo. Pouco depois do casamento, em abril

⁵⁷⁰ Tradução livre de: “*It is interesting to observe that the Court cites the fulfillment of an international obligation as the legitimate aim. The application of Iranian law indeed followed from a bilateral treaty between Germany and Iran. One should note, however, that if the application of Iranian law had resulted from national German choice of law rules (a national source), a different legitimate aim would have had to have been presented. This could consequently also have had an effect on the assessment of the proportionality, due to the connection between the legitimate aim pursued and the proportionality, which follows from the condition of the interference being necessary in a democratic society*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 159.

⁵⁷¹ Tradução livre de: “*A more logical approach, in my opinion, would have been for the Court to consider whether the result of the application of Iranian law would infringe upon the applicant’s rights guaranteed in Article 8 ECHR, and if so, whether this restriction of the applicant’s rights would be in conformity with Article 8 (2) ECHR. By immediately turning to whether the decision of the German courts not to qualify pension rights as being part of German ordre public, the Court, in my opinion, skips a step*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 159-160.

⁵⁷² Para o autor, embora a qualificação dos direitos à pensão como parte da *ordre public* alemã resolvesse o problema da aplicação da lei iraniana violando o artigo 8º da CEDH, a interferência com o artigo 8º da CEDH, em princípio, resultaria da aplicação da lei iraniana. Ainda que seja considerada uma diferença sutil, e que, no caso presente, essa diferença não tivesse levado a um resultado diferente, seria um passo importante a ser seguido em outros casos. Tradução livre de: “*While qualifying pension rights as being part of German ordre public would admittedly solve the potential problem of the application of Iranian law (allegedly) violating Article 8 ECHR, the interference with Article 8 ECHR, in principle, results from the application of Iranian law. This is what the Court should have focused on, in my opinion. It may be a subtle difference, and while in the present case this difference would not have led to a different result, this may not always be the case*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 159-160.

⁵⁷³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France*. Application nº 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477>> Acesso em: 16 out. 2020.

de 1952, a mãe (grávida) retornou para a França. A criança nasceu em Paris em dezembro do mesmo ano, não constando o nome do pai em seu registro civil.

Em 1963, a mãe (representando a filha) intentou nos tribunais alemães uma ação de pagamento de alimentos contra o pai. O tribunal alemão, no entanto, rejeitou o pedido com base na incidência da lei francesa – local da residência habitual da mãe no momento do nascimento da criança. Conforme a lei francesa da época, a filha só poderia reclamar alimentos se a paternidade tivesse sido reconhecida por um instrumento autêntico: a ação de reconhecimento de paternidade deveria ter sido intentada no prazo de dois anos a partir do nascimento⁵⁷⁴.

A mãe veio a falecer em 1989. Assim, a filha, já com 40 anos de idade, convocou o pai Sr. Buchmann na justiça francesa em 1993, a fim de que fosse estabelecida a sua paternidade legítima, almejando obter uma ordem de pagamento de pensão alimentícia, bem como uma indenização pelo abandono. Solicitou, ainda, uma perícia biológica. Em 1994, o tribunal francês indeferiu todos os pedidos da filha ao considerar que o casamento realizado entre seus pais, em março de 1952, era inexistente ao abrigo da lei alemã aplicável, de modo que não poderia produzir efeitos. A decisão ratificou, ainda, que a lei alemã aplicável não era contrária à ordem pública francesa.

A filha recorreu da decisão, invocando o artigo 202º do Código Civil francês que determinava que um casamento nulo produziria os seus efeitos sobre os filhos, ainda que nenhum dos cônjuges tivesse agido com boa-fé. Em seus fundamentos, justificou que o artigo 202º deveria ser aplicado devido à exceção da ordem pública internacional, mesmo que a lei francesa não fosse competente.

No entanto, não obteve sucesso. O tribunal de recurso confirmou a decisão de primeira instância, em 1996: considerou que o casamento celebrado na Alemanha, entre duas pessoas sujeitas à lei alemã, sem um oficial do estado civil era inexistente e não produzia qualquer efeito em relação ao filho ilegítimo. Consequentemente, a filha “não poderia reivindicar uma filiação legítima em relação a Y. Buchmann devido aos efeitos da controvertida união hebraica”⁵⁷⁵. Com relação à exceção de ordem pública alegada, o tribunal constatou: “o mero fato de um texto ser de ordem pública não autoriza o juiz a

⁵⁷⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France*. Application nº 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁵⁷⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France*. Application nº 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477>> Acesso em: 16 out. 2020.

evadir-se, em seu próprio benefício, do direito estrangeiro competente que deve primeiro ser examinado, e que só o faz se resultar numa solução incompatível com os princípios fundamentais do direito interno que pode ser anulada a favor da lei do foro”⁵⁷⁶.

Percebe-se, nesse caso, a completa desvinculação do direito internacional privado com o resultado material encontrado por meio da incidência da lei aplicável indicada pela norma de conexão. É possível observar a aplicação cega da norma de conexão que proíbe à parte o reconhecimento da paternidade, baseando-se em uma previsão que desconhece a existência do casamento. A lei aplicável à relação matrimonial, no entanto, não deve (ou ao menos não deveria) interferir na determinação da lei aplicável à relação paterno-filial. Em casos como este, o encargo de correção da cláusula de ordem pública não possui eficácia. O caso ratifica, ainda, a importância da qualificação das situações na prática do direito internacional privado.

A filha apresentou, assim, a denúncia aos artigos 8º e 14º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, argumentando que o tribunal francês ignorou a regra de conflito de leis segundo a qual a lei competente para regular os efeitos relativos à filiação de um casamento nulo é a lei que rege o estabelecimento da filiação, neste caso a lei francesa, a lei pessoal de sua mãe. A incidência da lei francesa deveria resultar na aplicação, em seu benefício, do artigo 202º do Código Civil francês, o que embasaria seu pedido à prova de posse da condição de filha legítima. Fundamentou, ainda, que a aplicação da lei alemã, que não reconheceu nenhum efeito ao casamento, ofendeu a concepção francesa de ordem pública.

A decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2000, no entanto, não corrigiu os absurdos cometidos na esfera nacional francesa. Em sua denúncia, a parte argumentou que o tribunal francês recusou o seu pedido de filiação legítima violando o seu direito ao respeito pela vida privada e familiar, previsto no artigo

⁵⁷⁶ Conforme a decisão, o artigo 202º do Código Civil francês estaria relacionado ao casamento, não se tratando de lei de filiação e não possuindo outra finalidade “senão temperar, no interesse estrito dos filhos, os efeitos da nulidade do casamento, restabelecendo em seu benefício uma filiação legítima correspondente à sua anterior situação factual”. Assim, a sua implementação pressuporia que os filhos em causa já possuíam uma condição aparente de filhos legítimos e, ainda, a posse indiscutível e inequívoca da condição de filhos de um casal. O tribunal considerou, nesse sentido, que a certidão de nascimento da filha não mencionava sua filiação paterna e que, com exceção de alguns dias após sua união religiosa, a mãe e o pai “nunca tiveram uma vida de casados”, de modo que nunca se comportaram como marido e mulher e que o pai, “de quem nem sequer está provado ter sido informado do nascimento da criança, nunca cuidou dela” e só a conheceu em fevereiro de 1975. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France*. Application n° 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477> > Acesso em: 16 out. 2020.

8º da CEDH. A Corte afirmou, em sua decisão, que “só pode haver interferência de autoridade pública no exercício deste direito na medida em que tal ingerência esteja prevista em lei e constitua medida que, numa sociedade democrática, é necessária a proteção dos direitos e liberdades de terceiros”⁵⁷⁷.

Entendeu, nesse sentido, que a violação ao artigo 8º, alegada pela filha, era infundada, uma vez que visava essencialmente proteger o indivíduo contra a interferência arbitrária das autoridades públicas, podendo gerar obrigações positivas inerentes ao respeito efetivo pela vida familiar. Conforme a decisão, “a fronteira entre as obrigações positivas e negativas do Estado ao abrigo desta disposição não se presta, contudo, a uma definição precisa”, afirmando que “em ambos os casos, deve-se considerar o equilíbrio justo a ser alcançado entre os interesses conflitantes do indivíduo e da sociedade como um todo; da mesma forma, em ambos os casos, o Estado goza de uma certa margem de apreciação”⁵⁷⁸.

A filha alegou que a previsão contida no artigo 8º imporia à França uma obrigação positiva de estabelecer laços familiares jurídicos com o suposto pai, Sr. Buchmann. Para a Corte, entretanto, os tribunais franceses se recusaram a deferir o pedido de estabelecimento da paternidade legítima baseados na aplicação do direito alemão que desconhecia o casamento celebrado entre a sua mãe e o Sr. Buchmann – de forma que a filha não poderia retirar qualquer consequência dessa relação, tal como a reivindicação de filiação legítima. Conforme trecho da decisão, a Corte ratificou que “não encontrou nada de arbitrário ou abusivo nesta avaliação, a obrigação da forma civil do casamento relativa à segurança jurídica e à segurança das relações familiares”⁵⁷⁹.

A decisão fundamentou, ainda, que a filha não respeitou os prazos existentes na legislação francesa para buscar o reconhecimento de paternidade: o prazo pífio de 2 anos após o nascimento, conforme artigo 340-4 do Código Civil francês. Concluiu, assim: “a

⁵⁷⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France*. Application nº 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁵⁷⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France*. Application nº 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁵⁷⁹ O TEDH justificou a sua decisão fundamentando que a mãe da recorrente desistiu de buscar o reconhecimento da ascendência da filha em 1963 e que esta, por sua vez, só teve interesse em atuar em 1993, aos quarenta anos. Assim, “a Corte não poderia considerar as decisões dos tribunais arbitrárias, na medida em que consideraram legitimamente, tendo em vista a proteção dos direitos e liberdades de outrem, a omissão do demandante em exercer qualquer ação judicial de busca da paternidade natural nos prazos fixados pela lei”. O prazo dado pela lei francesa é de 2 anos após o nascimento, conforme o artigo 340-4 do Código Civil francês.

Corte considera que não é tanto a análise da confrontação dos interesses respectivos da requerente e do seu suposto pai que conclui que os fatos do caso não revelam falta de respeito pela vida privada ou familiar da requerente, mas sim a ausência do exercício das ações judiciais cabíveis e da expressão de interesse filial, tanto em substância como no tempo, que a levou a esta conclusão”⁵⁸⁰.

Conforme Louwrens Rienk Kiestra, essa decisão “não ofereceu um exame extensivo da questão da lei aplicável proveniente de outra Parte Contratante”, de modo que a Corte se limitou “a expor a sua jurisprudência padrão relativa ao artigo 8º da CEDH e sublinhou que a decisão dos tribunais franceses não era arbitrária”⁵⁸¹. Reforça, ainda, que a declaração de irregularidades processuais por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos é um fenômeno que ocorre com frequência em processos relativos a questões de direito internacional privado⁵⁸², esquivando-se de análises sobre o conteúdo da lei aplicável e o resultado material alcançado.

É possível questionar, no entanto, qual seria o limite entre o respeito às normas internacionais de direitos humanos e a aplicação do direito estrangeiro indicado pela norma de conexão. O respeito ao outro e a tolerância ao diferente, premissas básicas do direito internacional privado, não devem servir como justificativas para a violação de direitos humanos. A prática demonstra a complexidade dessas situações, ratificando a ineficácia da cláusula de ordem pública como único instrumento de correção no direito internacional privado. É preciso que exista uma aplicação coordenada entre os instrumentos normativos de direito internacional privado e os instrumentos normativos de direitos humanos.

⁵⁸⁰ A filha destacou, ainda, o tratamento discriminatório recebido por meio dos obstáculos para que fosse reconhecida a sua filiação legítima em relação ao Sr. Buchmann, Alegada violação ao artigo 14º da CEDH também foi considerada infundada: “O Tribunal observa, no entanto, que a recorrente, que não tem estatuto aparente de filho legítimo e, em particular, não possui a posse indiscutível e inequívoca de filho de um casal, não se encontra numa situação semelhante à de crianças que solicitam o gozo da putatividade - nos termos do artigo 202 do Código Civil - para restabelecer uma filiação legítima correspondente a uma situação anterior”.

⁵⁸¹ Tradução livre de: “*The Court in Zvoristeanu thus did not offer an extensive examination of the issue of applicable law originating from another Contracting Party. It merely set out its standard case law regarding Article 8 ECHR and emphasized that the decision of the French courts was not arbitrary*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 157.

⁵⁸² Tradução livre de: “*That the Court found fault in the applicant’s procedural behavior is, remarkably enough, an oft-occurring phenomenon in cases concerning issues of private international law*”. KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014. p. 157.

3.2. A importância da aplicação coordenada entre as normas de direitos humanos e as normas de direito internacional privado

Essa parte da pesquisa pretende demonstrar, então, a necessidade de uma aplicação das normas de direito internacional privado que seja coordenada com as normas de direitos humanos, a partir do reconhecimento da pessoa⁵⁸³ como sujeito de direito internacional. Erik Jayme, ao mencionar a proteção da identidade cultural pelo direito internacional privado, destaca que a disciplina assumiu uma nova missão: a proteção dos direitos humanos⁵⁸⁴.

Pretende-se, nesse momento, repensar uma das principais funções do direito internacional privado: a busca pelo direito aplicável a uma relação jurídica transnacional não deve ignorar o resultado obtido. Constatando-se a ineficácia do direito internacional privado clássico com a simples indicação prévia de um elemento de conexão independentemente do resultado material encontrado e a sua inadequação em uma sociedade multicultural e globalizada, o objetivo, nesse momento, será analisar a substancialização do direito internacional privado (o que, por vezes, acontece com a incidência do princípio da proximidade). A disciplina não está acima das proteções universais da pessoa humana e deve respeitar este novo sujeito de direito internacional.

Para Erik Jayme⁵⁸⁵, três características evidenciam a influência da identidade sobre o direito internacional privado atual. A primeira seria a revitalização dos conceitos tradicionais, como o da nacionalidade ou de pertencimento a uma comunidade local. A segunda característica seria o surgimento de conflitos de leis envolvendo, por exemplo, a

⁵⁸³ Percebe-se, em um sistema internacional globalizado, a pessoa como sujeito internacional ativo, vislumbrando-se uma ampla internacionalização das relações privadas. Nesse sentido, José Augusto Fontoura Costa e Vivian Daniele Rocha Gabriel destacam: “Ao mesmo tempo em que empresas possuem filiais em todo o mundo, bem como acionistas de várias nacionalidades, o ser humano desloca-se com maior facilidade e já não mais reside para sempre no território em que nasceu, possuindo, até mesmo, residência e bens em diversos países. O fato é que os conflitos na vida privada passaram a se multiplicar na seara externa ao longo dos tempos conforme as relações privadas internacionais foram se intensificando, o que exige uma solução por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais sobre qual lei será aplicável à determinada relação, se a estrangeira ou a nacional, se a sentença proferida em outro Estado pode ser internalizada no foro nacional ou se os atos praticados no exterior são válidos e poderão produzir efeitos após a sua internalização”. COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 58.

⁵⁸⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 171.

⁵⁸⁵ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 173.

linguagem. Já a terceira e última seria a influência direta dos direitos humanos, no que se refere à identidade cultural da pessoa, no direito internacional privado.

Conforme J. H. A. Van Loon, o direito internacional privado não deve impedir a atividade econômica e financeira transnacional produtiva e eficiente na sociedade global emergente, e sim reduzir os custos de transação, reforçando a confiança das partes na lei. Ao mesmo tempo, deve permitir que as deficiências do mercado sejam corrigidas, de modo que as partes mais fracas, os valores sociais importantes e os bens comuns sejam protegidos⁵⁸⁶. Em matéria de pessoas e família, da mesma forma, o direito internacional privado deve “facilitar e apoiar as relações transfronteiriças, incluindo seus aspectos financeiros e patrimoniais”, reconhecendo que o impacto da cultura e das tradições é geralmente mais significativo nesta área do que na esfera econômica⁵⁸⁷.

A pessoa é considerada, atualmente, sujeito de direito internacional. Ao abordar a identidade cultural como uma categoria de direito, Erik Jayme⁵⁸⁸ defende que a era pós-moderna é caracterizada por indivíduos que concordam com a sua identidade cultural. Conforme Marc-Philippe Weller, “a pessoa é vista, não mais como um mero sujeito (*Subjekt*) pertencente a um Estado, mas antes levada a sério enquanto indivíduo que atua transnacionalmente”⁵⁸⁹.

O objetivo, nesse momento, é apresentar uma reflexão sobre a determinação do direito aplicável no direito internacional privado a partir do multiculturalismo⁵⁹⁰ existente na atualidade. Pretende-se demonstrar a importância da reformulação do direito internacional privado, a partir da incidência dos direitos humanos: afasta-se da “lei

⁵⁸⁶ VAN LOON, J. H. A. The Global Horizon of Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 380. 2016. p. 45.

⁵⁸⁷ Tradução livre de: “Likewise, in the field of the law of persons and families, private international law should not block but facilitate and support crossborder relationships, including their financial and property aspects, and help avoid limping legal relationships, while recognizing that the impact of culture and traditions is generally more significant in this area than in the economic sphere”. VAN LOON, J. H. A. The Global Horizon of Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 380. 2016. p. 45.

⁵⁸⁸ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 167.

⁵⁸⁹ WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 376.

⁵⁹⁰ Nesse sentido, ver: ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares de. Constitucionalismo x Democracia: O Multiculturalismo e as Comunidades Tradicionais. *Brazilian Journal of International Law*. v. 7. n. 1. January/June 2010. p. 55-76. BOND, James E. Multiculturalism: America's Enduring Challenge. *Seattle Journal for Social Justice*. v. 1. n. 1. Spring/Summer 2002. p. 59-72. BROEKMAN, Jan M. Multiculturalism. *Persona y Derecho*. 48. 2003. p. 15-26. DIRIX, Eric. Multiculturalism in Private Law in Europe. *Journal of South African Law*. v. 2015. n. 2. 2015. p. 221-238. TALAVERA, Pedro. Nationalism, Identity and Pluriculturalism. *Persona y Derecho*. 49. 2003. p. 445-506.

aplicável” e aproxima-se do “direito aplicável”. Para Erik Jayme⁵⁹¹, observou-se uma “materialização” das regras de conflito, por meio da chamada norma de conflito “alternativa” – técnica que se tornou, cada vez mais, a melhor opção para alcançar o resultado desejado. Fala-se em “conexões material e politicamente impregnadas”⁵⁹².

Essa revolta contra o direito internacional privado clássico era, inicialmente, limitada à responsabilidade civil por acidentes de viação, tal como visto na decisão do caso *Babcock*. A tendência recente, no entanto, envolve outras matérias na substancialização da disciplina, de modo que “o objetivo material esperado pode influenciar a determinação da lei aplicável”⁵⁹³.

Conforme Horatia Muir Watt, as escolhas metodológicas que passaram pela história do direito internacional privado são uma função de considerações políticas e éticas frequentemente ofuscadas pela “hipertrofia da técnica legal”⁵⁹⁴. A estraneidade, assim, (tão mencionada nas teorias do direito internacional privado) pode ser uma metáfora para a alteridade: a partir das diferenças culturais existentes, o direito internacional privado é capaz de propor um modelo para o gerenciamento de conflitos em sociedades mutáveis.

Nesse sentido, Symeon Symeonides destaca um dos dilemas básicos para a escolha da lei aplicável a uma relação jurídica plurilocalizada: o objetivo deve ser a mera indicação da lei de um Estado “sem se preocupar com a justiça do resultado particular produzido por essa lei”; ou, o objetivo deve ser o alcance de um resultado que produza “a mesma qualidade de justiça no caso individual, como é esperado em casos totalmente domésticos”⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 45.

⁵⁹² WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 385.

⁵⁹³ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 47.

⁵⁹⁴ Tradução livre de: “C’est à une telle lecture des méthodes du droit international privé, qui assument de façon emblématique de telles fonctions de division, de catégorisation et de distribution, qu’invite ce cours. Cette exploration confirme que les choix d’ordre méthodologique qui ont traversé l’histoire de la discipline sont fonction de considérations politiques et éthiques fréquemment occultées par l’hypertrophie de la technique juridique”. WATT, Horatia Muir. Discours sur les méthodes du droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 389. 2018. p. 397.

⁵⁹⁵ Tradução livre de: “One of the basic dilemmas of the choice-of-law process is whether, in choosing the law applicable to cases involving conflicts of laws, a court should aim for: (1) The law of the proper state, that is, one possessing the most pertinent contacts to the dispute, without concern for the ‘justness’ of the particular result produced by that law; or (2) The proper result, i.e., a result producing the same quality of justice in the individual case as is expected in fully domestic, non-conflicts cases?”. SYMEONIDES, Symeon C. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. *General Course on Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 384. 2015. p. 195.

Observa-se, então, a ascensão de convenções internacionais de direito internacional privado contendo normas materiais e não somente normas de conexão baseadas no método indireto rígido de Savigny. Essas normas estão presentes em Convenções da Haia e, também, em Convenções Interamericanas sobre direito internacional privado.

A Conferência da Haia, uma organização intergovernamental que promove convenções internacionais de direito internacional privado⁵⁹⁶, reflete o sucesso da internacionalização⁵⁹⁷ da disciplina. A organização possui, atualmente, oitenta e quatro

⁵⁹⁶ VAN LOON, Hans. The Hague Conference on Private International Law. *Hague Justice Journal*. v. 2. n. 2. 2007. p. 03.

⁵⁹⁷ Sobre a codificação do direito internacional privado, ver: CORREIA, A. Ferrer. A Codificação do Direito Internacional Privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 53. 1977. p. 1-50. DAUDET, Yves. Actualités de la codification du droit international. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 303. 2003. p. 9-118. BASEDOW, Jürgen. Global life, local law? About the globalization of law and policy-making. In: *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*. Montevideo: Fundación de Cultura. p. 817-833. BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*. v. 25. n. 4. Summer 2004. p. 963-980. CHIBA, Masaji. Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. *Ratio Juris*. v. 11. n. 3. September 1998. p. 228-245. BELLINI, V. Evidence in Comparative Private International Law. *University of Western Australia Annual Law Review*. v. 2. n. 2. December 1952. p. 330-349. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal. In: PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. (Coord.). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 1349-1372. DOGAUCHI, Masato. Four-step analysis of private international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 315. 2005. p. 9-140. DOLINGER, Jacob. Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 181-211. STRUYCKEN, A. V. M. Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 311. 2004. p. 9-551. PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 276. 1999. p. 9-296. OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual: autonomia, internacionalidade, uniformidade e a almejada convergência internacional dos julgados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Estados Partes⁵⁹⁸ e uma organização regional⁵⁹⁹, e um elevado número de convenções internacionais sobre os mais diversos temas. O sucesso da Conferência da Haia está diretamente relacionado à elevada adesão dos Estados que reconhecem a importância na harmonização⁶⁰⁰ das normas internacional privatistas em um mundo globalizado.

Conforme Hans van Loon⁶⁰¹, as convenções internacionais oriundas da Conferência não visam primordialmente facilitar as relações entre os Estados, e sim facilitar a vida de seus cidadãos em relações transfronteiriças. É formada por oitenta e quatro Estados Partes e uma organização regional, a União Europeia, que, atualmente, ditam as tendências do direito internacional privado contemporâneo. É possível afirmar que a diversidade dos Estados Partes da Conferência da Haia é limitada. Destes oitenta e quatro, 84,52% possuem um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)⁶⁰² muito elevado ou elevado, enquanto 14,28% possuem um índice médio e apenas um Estado, 1,19% possui um índice baixo. Ainda assim, um importante dado é observado quanto à população mundial, uma vez que entre os Estados Partes da Conferência encontra-se,

⁵⁹⁸ A Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado possui 85 Estados Partes: África do Sul, Albânia, Alemanha, Andorra, Arábia Saudita, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Bulgária, Burkina Faso, Canadá, Cazaquistão, Chile, República Popular da China, Chipre, República da Coreia, Costa Rica, Croácia, Dinamarca, Egito, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Federação Russa, Filipinas, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Índia, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Jordânia, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malásia, Malta, Marrocos, Maurícias, México, Mônaco, Montenegro, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Panamá, Paraguai, Peru, Polónia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Checa, República da Macedônia do Norte, República da Moldávia, República Dominicana, Romênia, Sérvia, Singapura, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Uzbequistão, Venezuela, Vietname, Zâmbia. Fonte: Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/states/hcch-members/>> Acesso em: 11 dez. 2020.

⁵⁹⁹ A União Europeia ingressou na Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado em 3 de abril de 2007. Fonte: Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/states/hcch-members/>> Acesso em: 11 dez. 2020.

⁶⁰⁰ Tatyana Scheila Friedrich dispõe: “Busca-se a aplicação do ordenamento jurídico mais próximo ao caso, com foco num resultado final que respeita e promove a dignidade humana, recorrendo-se, quando necessário, à aplicação das exceções de ordem pública e normas imperativas. Almeja-se também normas cada vez mais harmonizadas, através da celebração de Convenções Internacionais entre os diversos Estados”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 23.

⁶⁰¹ VAN LOON, Hans. The Hague Conference on Private International Law. *Hague Justice Journal*. v. 2. n. 2. 2007. p. 03.

⁶⁰² O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida que avalia o desempenho do país em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O IDH é classificado em quatro categorias: muito elevado, elevado, médio ou baixo. O índice vai de 0 a 1, sendo que será considerado baixo quando for entre 0 até 0,554. Acima de 0,555 até 0,699 será considerado médio. Elevado englobará aqueles países que possuírem um IDH entre 0,700 até 0,799, e será muito elevado entre 0,800 e 1. Fonte: PNUD Brasil. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>> Acesso em: 10 jun. 2018.

aproximadamente, 69% da população mundial⁶⁰³, um pouco mais de cinco bilhões de pessoas.

O número de textos normativos oriundos da Conferência da Haia é expressivo, ainda que nem todos tenham sido ratificados por um número significativo de Estados. São quarenta e oito convenções internacionais, somando as chamadas “convenções antigas”. É possível observar a ampla aceitação internacional de alguns textos normativos, que, por vezes, ultrapassa o número de Estados Partes. Na Convenção relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros de 1961, conhecida como a Convenção da Apostila, por exemplo, é possível visualizar cento e quatorze ratificações. Outras duas importantes convenções possuem noventa e oito ratificações cada: a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 e a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993.

O Brasil aderiu ao Estatuto da Conferência em 2001, por meio do Decreto nº 3.832⁶⁰⁴. Após essa adesão, o Brasil ratificou outras seis Convenções da Haia e um Protocolo, somando um total de sete documentos⁶⁰⁵, o que corresponde a 17,77% das quarenta e cinco convenções existentes. A primeira Convenção da Haia incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro foi a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à

⁶⁰³ Foi utilizado como parâmetro um estudo da Organização das Nações Unidas (ONU) feito em 2017, que concluiu no relatório “Perspectivas da População Mundial: Revisão de 2017” que a população mundial havia alcançado o número de 7,6 bilhões de habitantes. Fonte: ONU News. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2017/06/1589091-populacao-mundial-atingiu-76-bilhoes-de-habitantes>> Acesso em: 08 jun. 2018.

⁶⁰⁴ BRASIL. Decreto nº 3.832 de 1 de junho de 2001. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3832.htm> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶⁰⁵ O Brasil incorporou: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993 por meio do Decreto nº 3.087 de 1999; a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 por meio do Decreto nº 3.413 de 2000; a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça de 1980 por meio do Decreto nº 8.343 de 2014; a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial de 1970 por meio do Decreto nº 9.039 de 2017; a Convenção Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros de 1961 por meio do Decreto nº 8.660 de 2016; e a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família e o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007 por meio do Decreto nº 9.176 de 2017.

Cooperação em Matéria de Adoção⁶⁰⁶ Internacional de 1993⁶⁰⁷. Essa convenção, assim como outras, apresenta, em seu texto, normas materiais.

Essa convenção é uma das normas da Conferência com maior número de ratificações e evidencia a importância na harmonização⁶⁰⁸ do tema a partir de uma cooperação jurídica internacional por meio de Autoridades Centrais. Conforme Florisbal de Souza Del'Olmo e Augusto Jaeger Junior, “a inexistência de uma regulamentação supraestatal da adoção fez florescer, na esfera mundial, o tráfico de crianças, o que levou ao surgimento da Convenção sobre Adoção Internacional de 1993”⁶⁰⁹.

Em um “contexto de múltipla proteção e promoção dos direitos da criança, a convenção instituiu mecanismos de defesa e proteção do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes”⁶¹⁰. Conforme David França Ribeiro de Carvalho, tendo em vista a diversidade de ordenamentos jurídicos, “a pluralidade de tratamentos se processa como uma constante no campo das adoções internacionais, em que adotante e adotado são de países diversos”⁶¹¹.

Afirma-se, nesse sentido, que essa convenção compõe as normas internacionais elaboradas no âmbito da Conferência da Haia voltadas à proteção das crianças, superando a simples determinação da lei aplicável e da jurisdição competente, e unindo “regras

⁶⁰⁶ Conforme Leila Arruda Cavallieri, “define-se, na doutrina contemporânea, a adoção internacional como o instituto que envolve para sua concretização, adotantes com residência habitual ou domicílio em um país e adotando com residência habitual em outro”. CAVALLIERI, Leila Arruda. Evolução do conceito de adoção internacional na doutrina e no direito brasileiros. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 220.

⁶⁰⁷ CONFERÊNCIA DA HAIÁ SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 29 de maio de 1993. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶⁰⁸ Ainda que o cenário ideal fosse de uniformização das normas, a harmonização atua como medida com maior viabilidade. Conforme Jurgen Samtalen, “não resta dúvida que a uniformização internacional das regras de conflitos de leis se apresenta como a solução ideal, pois os problemas teriam solução uniforme onde quer que fossem julgados, em conformidade com as referidas convenções. Porém, a prática demonstra que nem sempre é fácil encontrar soluções de âmbito internacional, já que isto requer a uniformização das regras conflituais de países com culturas, línguas, história e sistemas diferentes”. SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47-48.

⁶⁰⁹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 178.

⁶¹⁰ SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intellecto Editora, 2016. p. 357.

⁶¹¹ CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intellecto Editora, 2016. p. 218.

materiais (administrativas e cíveis), regras de procedimento (administrativas e processuais) e regras indiretas de conflitos (de reconhecimento e exceção de ordem pública)”⁶¹².

Um outro importante diploma normativo é a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980⁶¹³, incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 3.413, de 2000⁶¹⁴. Essa convenção objetivou assegurar o retorno imediato da criança ilicitamente transferida ou indevidamente retida⁶¹⁵ para o Estado da sua residência habitual, a fim de que fossem respeitados os direitos de guarda e de visita do seu Estado de residência habitual: “as questões problemáticas decorrentes do direito

⁶¹² CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 233.

⁶¹³ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> Acesso em: 13 out. 2020.

Sobre essa convenção, ver: COSTA, José Augusto Fontoura; LOPES, Rachel de Oliveira. Análise das Convenções sobre Restituição Internacional de Crianças Indevidamente Transportadas ou Retidas à Luz da Teoria dos Regimes Internacionais. *Seqüência*. n. 72. Florianópolis. 2016. p. 125-144. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Convenção da Haia de 1980 e as noções conceituais de guarda e visita. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 233-253. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Convenção sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças de 1980: a problemática da transferência e da retenção ilícita de crianças em outro país sob a ótica da defesa do genitor (a) que se vê obrigado a deixar o país de residência habitual. *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*. n. 4, 2015. p. 27-40. HALL, Clifford. Cruse v. Chittum: Habitual Residence Judicially Explored. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 24. n. 1. 1975. p. 1-30. HEINE, Todd. Home State, Cross-Border Custody, and Habitual Residence Jurisdiction: Time for a Temporal Standard in International Family Law. *Annual Survey of International & Comparative Law*. v. 17. n. 1. Spring 2011. p. 9-74. JACQUES BRAUNER, Daniela Correa. A contribuição dos processos de integração - União Europeia e Mercosul - para a superação das dificuldades de aplicação da Convenção da Haia sobre aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. v. 10. n. 1. 2015. p. 265-297. LEIDENS, Leticia Virgina. A residência habitual na Convenção de Haia de 1980: um diálogo com o instituto civil domicílio. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 505-515. MCDONALD, Morgan. Home Sweet Home: Determining Habitual Residence within the Meaning of the Hague Convention. *Boston College Law Review*. v. 59. no. E. Supp. 2018. p. 427-443. MEDLIN, Tristan. Habitually Problematic: The Hague Convention and the Many Definitions of Habitual Residence in the United States. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 30. n. 1. 2017. p. 241-258. MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*. v. 8. n. 2. Brasília. jul./dez. 2011. p. 255-272.

⁶¹⁴ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶¹⁵ Conforme Gustavo Monaco, “se é o pai ou a mãe que se desloca até o Estado de residência habitual do filho, o problema, então, é o de se redobramos os cuidados para que a criança não consiga deixar o país acompanhada do genitor, configurando-se, nesse caso, o sequestro ou o rapto em sua forma de subtração”. A retenção pode ser verificada quando “a criança vai ao exterior, deixando o Estado de sua residência habitual para visitar seu ascendente” e este impede o seu retorno. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 275.

de visita e do direito de guarda no plano internacional terminam em não raros casos no sequestro internacional de menores”⁶¹⁶.

A convenção prevê, no entanto, exceções para o retorno imediato da criança (artigos 12º e 13º). O artigo 12º determina que “se o deslocamento for de menos de um ano, a autoridade judicial do lugar onde o menor morava com sua família antes de ser subtraído é exclusivamente competente para o julgamento da ação de guarda”⁶¹⁷, de modo que o retorno deve ser ordenado de modo imediato. No entanto, quando houver ultrapassado um ano e ficar comprovado que a criança já se encontra integrada no novo meio, não será preciso ordenar o seu retorno imediato. Essa permissibilidade é criticada, uma vez que se estaria reconhecendo como legítimo um ato ilícito⁶¹⁸. Percebe-se, entretanto, que o foco não se concentra na ilicitude do ato e sim na proteção da criança⁶¹⁹.

O artigo 13º define outra exceção ao retorno imediato: quando aquele que se opõe ao retorno provar que a pessoa que tinha a guarda do menor não a exercia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com este ato; ou, ainda, quando provar que “existe um risco grave de a criança, no seu

⁶¹⁶ Conforme a autora, “essa situação extrema ocorre justamente pela dificuldade de solucionar a controvérsia judicialmente quando o litígio sai do plano doméstico”. MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 329.

⁶¹⁷ Cynthia Soares Carneiro e Eliana Miki Tashiro Nakamura afirmam: “A importância da Convenção de Haia sobre Sequestro Interparental é, justamente, definir a competência principal para proferir a decisão de guarda em um conflito transnacional, competência esta que pertence à autoridade judicial ou administrativa do Estado-Parte da convenção no qual a criança tiver sua residência habitual. Se o deslocamento for de menos de um ano, a autoridade judicial do lugar onde o menor morava com sua família antes de ser subtraído é exclusivamente competente para o julgamento da ação de guarda, caso o afastamento tenha sido maior que um ano, sua competência principal permanece, e é afastada apenas para evitar novos transtornos para a criança ou o adolescente”. CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 258.

⁶¹⁸ A incidência do artigo 12º ocorre apenas em situações excepcionais, quando presente o requisito objetivo (mais de um ano entre a transferência e a data do início do processo) e o requisito subjetivo (houver prova de que a criança já está integrada no novo meio).

⁶¹⁹ Nas palavras de Gabriella Carella, “não se pode dizer, no entanto, que as disposições consideradas negam sua razão e propósito; de fato, aumentando o número de casos em que o sequestro não possui efeito, reforçam o propósito da repressão, mas também da prevenção, do fenômeno que a convenção propõe no interesse de menores em geral”. Tradução livre de: “*non si può dire, peraltro, che le disposizioni ora considerate ne tradiscano la ratio e la finalità; ed invero esse, aumentando il numero dei casi in cui alia sottrazione non è riconosciuto alcun effetto, rafforzano la finalità di repressione, ma altresì di prevenzione, del fenomeno che la convenzione si propone nell'interesse dei minori in genere*”. CARELLA, Gabriella. La Convenzione dell' Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione Internazionale di minori. *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale*. Anno XXX, n. 4, ottobre-dicembre Cedan: Padova, 1994, p. 786.

retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”⁶²⁰.

Parte da doutrina⁶²¹ critica a ampla subjetividade da norma que não define o que seria interpretado como “um grave risco de dano”. Essa subjetividade, no entanto, é o fator que permite a proteção da pessoa humana (nesse caso, a criança) durante a definição da lei aplicável indicada na norma de conexão com base no resultado material alcançado. Percebe-se que a busca por essa proteção deve ser realizada pela pessoa que aplica a norma de direito internacional privado no momento em que essa definição é realizada, e não posteriormente com a invocação da cláusula de ordem pública.

Os outros diplomas normativos incorporados pelo direito brasileiro⁶²² e que apresentam normas materiais de direito internacional privado são a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família⁶²³, e o Protocolo⁶²⁴ sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos⁶²⁵, ambos de 2013.

⁶²⁰ Outra situação em que o retorno não seria obrigatório é quando o menor que já possui idade e grau de maturidade suficiente para ter a sua opinião considerada, e se recusar a retornar. CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶²¹ Esta previsão do artigo 13º, que permite uma exceção à ordem de retorno imediato, gera “um reclamo geral na sociedade internacional a respeito do uso indiscriminado das exceções do artigo 13 por parte dos juízes dos Estados parte requeridos”, uma vez que permite ao juiz, a partir de critérios subjetivos e amplos, a possibilidade de “se recusar a devolver a criança ao Estado de sua residência habitual se se convencer que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia, de forma efetiva, o direito de guarda na época em que a criança fora transferida ou retida ilícitamente”. RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 313.

⁶²² A convenção e o protocolo foram ratificados pelo governo brasileiro em 17 de julho de 2017, e foram promulgados pelo Decreto nº 9.176 em 17 de outubro de 2017, entrando em vigor no dia 1º de novembro de 2017. BRASIL, Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

⁶²³ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶²⁴ Este protocolo substituiu a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares de 2 de outubro de 1973, e a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares Relativas a Menores de 24 de outubro de 1956 (convenções não incorporadas ao direito brasileiro).

⁶²⁵ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

O artigo 3º do protocolo definiu o elemento de conexão residência habitual⁶²⁶ do credor como regra geral sobre a lei aplicável às obrigações alimentares. Para Andrea Bonomi, a principal vantagem dessa conexão seria que ela permite determinar a existência e o montante da obrigação alimentar “tendo em conta as condições jurídicas e factuais do contexto social do país onde o credor vive e exerce a maioria das suas atividades”⁶²⁷. O artigo 4º, entretanto, apresentou conexões alternativas que deveriam ser aplicadas quando não fosse possível obter os alimentos por meio da lei do Estado de residência habitual do credor. Assim, seria aplicável a lei do foro ou a lei a lei do Estado da nacionalidade comum do credor e do devedor. A razão para a existência dessas exceções seria “a introdução de um regime mais favorável para certas categorias de credores de alimentos nos casos em que a aplicação da lei da sua residência habitual seja contrária aos seus interesses”⁶²⁸.

A ascensão de convenções internacionais contendo normas materiais (visando, na maior parte dos casos, a proteção da criança), como as Convenções da Haia mencionadas, incentivou os textos de Convenções Interamericanas celebradas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁶²⁹. Conforme Jurgen Samtleben, uma “importante distinção entre os trabalhos das Conferências Interamericanas Especializadas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e da Conferência da Haia deve-se ao fato de

⁶²⁶ Nesse sentido, Ruben Santos Belandro afirma que o elemento de conexão residência habitual foi preferido nas Convenções da Haia: “Tanto a residência habitual do credor como a do devedor de alimentos podem ser tidas em consideração. A residência habitual seria o domicílio objetivo sem a exigência do *animus manendi*, sempre difícil de determinar. No entanto, a residência exige o acréscimo da habitualidade. Com isso, pretendia-se colocar um entrave para o credor que tenta encontrar a sede mais favorável iniciando uma espécie de turismo alimentar”. BELANDRO, Ruben S. Santos. *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias*. In: ARAUJO, Nadia de; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 514.

⁶²⁷ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁶²⁸ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁶²⁹ Conforme Paulo Borba Casella, percebe-se o “conjunto das convenções interamericanas de direito internacional privado” através do “impacto de sua absorção e vigência no ordenamento jurídico pátrio, seguindo-se a sua ratificação, aprovação, promulgação e entrada em vigor. Uma vez absorvido o impacto da recepção, importa conhecê-las e aplicá-las. Em seguida, resta ver em qual grau se saberá assegurar sua adequada interpretação e aplicação, no contexto do direito brasileiro”. CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 105.

que a Haia é um organismo de âmbito universal e a CIDIP é um organismo de âmbito regional”⁶³⁰.

Destacam-se, nesse contexto, a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 1984⁶³¹, a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989⁶³² e a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores⁶³³, também de 1989. Todas foram incorporadas ao direito brasileiro⁶³⁴.

A Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989 apresenta uma importante previsão no artigo 6º sobre o direito aplicável. Determina que “a obrigação alimentar, bem como as qualidades de credor e de devedor de alimentos, serão reguladas pela ordem jurídica que, a critério da autoridade competente, for mais favorável ao credor, dentre as seguintes: a) ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do credor; b) ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor”⁶³⁵.

⁶³⁰ Jurgen Samtleben afirma: “Quando na Europa a codificação convencional do Direito Internacional Privado finalmente encontrou seu lugar nas Conferências da Haia, na América o labor continuou no quadro das Conferências pan-americanas, das quais resultou a União Panamericana, precursora da OEA”. SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47.

⁶³¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 24 de maio de 1984. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 15 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶³³ Essa convenção foi elaborada na Quarta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP IV), e possui como objeto assegurar a restituição imediata de menores que possuam residência habitual em um dos Estados-partes e que tenham sido transportados ilegalmente para outro, conforme previsão contida no artigo 1º. De modo muito semelhante à Convenção da Haia de 1980, o artigo 11º da Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores prevê que a autoridade não estará obrigada a ordenar a restituição do menor quando ficar demonstrado que os titulares haviam consentido ou dado sua anuência depois do transporte ou retenção do menor (a); ou quando ficar demonstrado que existe grave risco de que a restituição do menor possa expô-lo a perigo físico ou psíquico (b). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores de 15 de julho 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶³⁴ A Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores foi incorporada em 1994 por meio do Decreto nº 1.212. Já a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores foi incorporada ao direito brasileiro através do Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Também em 1997, o Decreto nº 2.428 incorporou a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar.

⁶³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 15 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

Essa convenção possuía menor aplicabilidade do que a Convenção sobre Prestações de Alimentos no Estrangeiro (celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas e conhecida como Convenção de Nova Iorque – CNY), uma vez que não previa uma cooperação jurídica internacional por meio de Autoridades Centrais. Entre os países que haviam ratificado os dois documentos⁶³⁶, assim, evidenciava-se uma tendência de aplicação da Convenção de Nova Iorque – ainda que utilizasse um critério de conexão que não considerava o resultado mais favorável ao credor de alimentos⁶³⁷.

A Convenção da Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família⁶³⁸ substituiu a Convenção de Nova Iorque entre aqueles Estados que ratificassem ambos os documentos⁶³⁹. Além do Brasil, no entanto, nenhum dos Estados que ratificou a Convenção Interamericana, aderiu à convenção e ao protocolo da Haia.

A norma presente na Convenção Interamericana que busca aplicar o direito mais favorável ao credor de alimentos, assim, deve ter uma aplicação coordenada com a cooperação jurídica internacional prevista na Convenção de Nova Iorque, quando a relação jurídica envolver Estados que aderiram aos dois instrumentos normativos (Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México e Uruguai).

Uma aplicação coordenada entre os dois textos, tornaria possível utilizar a cooperação por meio de Autoridades Centrais (prevista na Convenção de Nova Iorque) com a aplicação do direito mais favorável ao credor de alimentos (prevista na Convenção Interamericana). Afastaria, assim, a utilização do critério de conexão preferido pela Convenção de Nova Iorque e que não considera a situação vulnerável em que se encontra o credor da obrigação alimentar.

⁶³⁶ Destacam-se os países que ratificaram ambos os documentos: Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México e Uruguai.

⁶³⁷ O artigo VI dessa convenção prevê a utilização da lei do local do demandado: “3. Não obstante qualquer disposição da presente Convenção, a lei que regerá as ações mencionadas e qualquer questão conexa será a do Estado do demandado, inclusive em matéria de direito internacional privado”. BRASIL. Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965. Promulga a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro.

⁶³⁸ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁶³⁹ Nesse sentido, observa-se a previsão contida no artigo 49º da Convenção da Haia: “Coordenação com a Convenção de Nova Iorque de 1956. A presente Convenção substitui, nas relações entre os Estados Contratantes, a Convenção das Nações Unidas de 20 de Junho de 1956, sobre a Cobrança de Alimentos no Estrangeiro, na medida em que o seu âmbito de aplicação entre os referidos Estados coincida com o da presente Convenção”. CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>> Acesso em: 16 out. 2020.

Ainda que, em sua maioria, essas convenções internacionais utilizem a regra de conexão rígida de Savigny, é possível observar uma certa flexibilização por meio da busca em garantir o melhor interesse da criança. Ao abordar a previsão da Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, Carlos Boucault afirma que “a despeito do método conflitualista em matéria de lei aplicável, a Convenção atribuiu peso substancial a opção pela lei da residência habitual do menor, pelo fato de a adoção se aproximar sensivelmente da situação de filiação legítima, além de restarem inequívocos os interesses do menor, quanto a nova condição na família substituta estrangeira”⁶⁴⁰.

As normas mencionadas, presentes tanto em Convenções da Haia como em Convenções Interamericanas, demonstram a forte aproximação entre o direito internacional privado e as proteções de direitos humanos. Essa situação é facilmente visível quando a relação jurídica transnacional é formada por uma parte vulnerável (nos exemplos citados, a criança).

Ao mencionar as partes vulneráveis das relações jurídicas no âmbito do direito internacional privado da União Europeia, Giesela Ruhl destaca que “os legisladores europeus protegem uma variedade de partes presumivelmente mais fracas do exercício da autonomia da vontade, e geralmente o fazem de maneira *per se* e sem levar em conta se quaisquer riscos reais emanam das dimensões de escolha da lei e escolha do foro em um caso específico”⁶⁴¹.

Conforme a autora, ainda que os consumidores representem um exemplo paradigmático de parte mais fraca, a proteção conferida pelo direito internacional privado europeu não se limitou a essa categoria. O regulamento Roma I, por exemplo, englobou os passageiros, os titulares de apólices de seguro (em massa) e os trabalhadores quando celebram acordos de eleição da lei aplicável. Já as convenções internacionais proferidas

⁶⁴⁰ Para o autor, “a opção pelo elemento de conexão da residência habitual do adotado coincide com as iniciativas de proteção dos menores, resguardando seus interesses por parte dos legisladores nacionais, atentos ao risco a que estariam sujeitas crianças enviadas ao exterior para adoção, que envolve o tráfico internacional de menores”. BOUCAULT, Carlos E. A convenção interamericana sobre conflito de leis em matéria de adoção – CIDIP III – e seu reflexo no direito brasileiro. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 503-505.

⁶⁴¹ Tradução livre de: “A quick survey of the legal instruments enacted in recent years shows that European law-makers protect a variety of presumably weaker parties from the exercise of party autonomy, and they generally do so in a *per se* fashion and without regard to whether any actual risks emanate from the choice-of-law and choice-of-forum dimensions of party autonomy in a specific case”. RUHL, Giesela. The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy. *Journal of Private International Law*. v. 10. n. 3. 2014. p. 340.

no âmbito da Conferência da Haia determinaram uma proteção adicional a ser concedida aos credores de alimentos, especialmente credores menores de idade e credores que se enquadram no escopo da Convenção da Haia sobre Proteção Internacional de Adultos⁶⁴².

Ao tratar sobre a proteção dos consumidores no comércio internacional, Claudia Lima Marques afirma que “a primeira das especificidades do consumo internacional é, pois, o desequilíbrio intrínseco informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais face ao status leigo e vulnerável do parceiro-consumidor”⁶⁴³.

Nesse sentido, Erik Jayme menciona o impacto das novas tecnologias no direito internacional, ratificando que a comunicação determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam: “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”⁶⁴⁴.

Uma análise breve das convenções mencionadas permite afirmar que o direito internacional privado, atualmente, possui normas que visam a proteção da pessoa humana e não a mera indicação da lei aplicável a um fato transnacional: quebra-se a barreira de contenção que existia entre as duas disciplinas. Claudia Lima Marques afirma que o direito internacional da pós-modernidade é caracterizado pela pluralidade de métodos e de normas próprias e, ainda, pelo fim das barreiras entre o público e o privado⁶⁴⁵. Nesse

⁶⁴² Giesela Ruhl destaca que “curiosamente, todas essas partes são protegidos dos perigos da autonomia das partes per se quando exercem atividades transfronteiriças”. Tradução livre de: “*While consumers are the paradigmatic example for weaker parties under European private international law, the protection afforded by European private international law is not limited to consumers. According to Articles 5, 7 and 8 of the Rome I Regulation it also extends to passengers, (mass) insurance policy holders and employees when these parties enter into choice-of-law agreements. According to Articles 7 and 8 of the Hague Maintenance Protocol additional protection is granted to maintenance creditors, especially minor maintenance creditors and maintenance creditors who fall within the scope of the Hague Convention on the International Protection of Adults. Interestingly, all these parties are protected from the dangers of party autonomy per se when they engage in cross-border activity*”. RUHL, Giesela. *The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy*. *Journal of Private International Law*. v. 10. n. 3. 2014. p. 341-342.

⁶⁴³ A autora menciona, ainda, a existência de um direito internacional privado pós-moderno que “conseguiria equilibrar e representar ao mesmo tempo as forças contraditórias sociais e econômicas de nossa época, do individualismo pós-moderno de uma identidade cultural exacerbada, à força irresistível da aproximação e regionalização econômica, de espaços supranacionais de integração e de um livre comércio globalizado”. MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 24. 2004. p. 98 e 102.

⁶⁴⁴ JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

⁶⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves

sentido, André de Carvalho Ramos menciona que a pluralidade de métodos, assim como a pluralidade de fontes e a pluralidade de objetivos, consagram “o direito internacional da heterogeneidade”⁶⁴⁶.

Com base no raciocínio apresentado, não se observam impedimentos à submissão de casos envolvendo a aplicação dessas convenções internacionais a Corte Europeia de Direitos Humanos – quando constatada uma violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, por exemplo. Nesse sentido, Silvia Marino menciona uma possível funcionalidade do direito internacional privado para a proteção dos direitos humanos, destacando “indicações importantes na jurisprudência da Corte Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à possível instrumentalidade do direito internacional privado no que diz respeito à proteção dos direitos humanos”⁶⁴⁷.

Desse modo, é possível encontrar na Corte, decisões decretando violações à CEDH por meio da aplicação de Convenções da Haia sobre direito internacional privado, como a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980⁶⁴⁸. A aplicação dessa convenção resultou, na maior parte dos casos analisados pela Corte, em violações ao artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que prevê: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”⁶⁴⁹. A Corte Europeia ratifica “constantemente que a recusa de reconhecimento do estatuto adquirido noutra local pode

(Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 347.

⁶⁴⁶ O autor afirma, em suas palavras: “No mundo contemporâneo, interdependente e inter-relacionado, permeado por disputas englobando a proteção dos direitos dos diversos sujeitos e sua diversidade cultural, ao mesmo tempo em que as desigualdades tornam-se cada vez mais evidentes, sintetiza-se a pluralidade do DIPr em três componentes, vistos na Parte I: a pluralidade de fontes, a pluralidade de métodos e a pluralidade de objetivos, consagrando-se o direito internacional privado da heterogeneidade”. CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do direito internacional privado no século XXI: heterogeneidade e coerência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial no concurso para provimento de cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2018. p. 571.

⁶⁴⁷ Tradução livre de: “*La seconda interazione si verifica nella possibile funzionalità del diritto internazionale privato alla tutela dei diritti dell'uomo. In ambito europeo, nelle giurisprudenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea possono essere rinvenute importanti indicazioni quanto alla possibile strumentalità del diritto internazionale privato rispetto alla tutela dei diritti dell'uomo*”. MARINO, Silvia. Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 115.

⁶⁴⁸ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁴⁹ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

constituir uma ingerência ilegítima do Estado no gozo do direito à vida privada e familiar, nos termos do artigo 8º⁶⁵⁰.

Para Roberto Baratta, quando os conflitos de leis relativos à família colidem com a proteção dos direitos fundamentais garantidos pelas convenções internacionais, o foco da análise deve ser o respeito pelos direitos individuais tanto à vida privada como à familiar: “estes direitos estão atualmente consagrados, no que diz respeito aos instrumentos europeus, no art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF), bem como no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)”⁶⁵¹.

É possível encontrar, também, decisões que negaram a ocorrência das violações alegadas. Destaca-se, nesse sentido, o caso *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*⁶⁵² julgado em 2009 pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O caso trata sobre o retorno de uma criança para Israel após a mudança unilateral da mãe, considerada a genitora abduutora. A mãe possuía receio que o pai saísse de Israel com o filho, o que originou um pedido prévio de proteção: o receio existia em função do pai ter ingressado em uma seita judaica radical, ultra ortodoxa. A mãe adquiriu proteção contra violência doméstica, de modo que o pai poderia visitar o filho apenas duas vezes na semana na presença da assistente social. Nesse momento, no entanto, a mãe mudou-se para a Suíça com o filho, sem consultar ou informar o pai da criança. Essa ação gerou o pedido de retorno da criança por meio da incidência da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980⁶⁵³.

No processo perante o tribunal suíço, a mãe alegou que havia um risco grave de que o menor fosse exposto a danos físicos ou psicológicos na acepção do artigo 13º, § 1º, b, da Convenção da Haia: referindo a conduta do pai que havia a ameaçado de morte; o

⁶⁵⁰ Tradução livre de: “*La Corte europea dei diritti dell'uomo afferma costantemente che il rifiuto di riconoscere status acquisiti altrove può costituire un'illegitima ingerenza statale nel godimento del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU*”. MARINO, Silvia. Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 115.

⁶⁵¹ Tradução livre de: “*Cuando los conflictos de leyes en materia de familia colisionan con la proteccion de los derechos fundamentales tal y como los garantizan los convenios internacionales, el respeto por los derechos individuales tanto a la vida privada como a la vida familiar es el foco de análisis. Estos derechos están actualmente consagrados, en lo que a instrumentos europeos se refiere, en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Union Europea (CDF), asi como en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*”. BARATTA, Roberto. Fundamental Rights and Family Private International Law. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. v. 16. 2016. p. 104.

⁶⁵² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁵³ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> Acesso em: 13 out. 2020.

seu fanatismo religioso demonstrado publicamente; o desejo do pai de impor unilateralmente ao filho um estilo de vida e uma educação religiosa radical ultra ortodoxa; o mandado de prisão emitido contra o pai em 2005 por inadimplência nos pagamentos de alimentos; e as restrições impostas ao direito de visita⁶⁵⁴.

O Tribunal Federal Suíço ratificou que a transferência da criança para a Suíça foi ilícita, uma vez que o pai mantinha o direito de tutela (juntamente com a mãe), que, segundo a lei israelita, inclui o direito de decidir sobre a residência da criança. O pedido de retorno foi apresentado no prazo de um ano após o afastamento, de modo que conforme o artigo 12º da Convenção da Haia, o retorno imediato da criança deveria ser ordenado. A única questão que poderia ser debatida referia-se à incidência do artigo 13º da Convenção da Haia, a fim de saber se o retorno imediato da criança representaria um grave risco de dano.

Conforme o Tribunal Federal Suíço, não foram comprovados os graves riscos de dano à criança com o seu retorno à Israel, tendo em vista que este aconteceria na companhia da mãe. A incidência do artigo 13º para afastar a necessidade de retorno imediato da criança deveria ser fundamentada por circunstâncias objetivas que justifiquem tal atitude. Para o tribunal suíço, a mãe não apresentou qualquer menção à possibilidade de sofrer sanção penal ao retornar para Israel (em razão do sequestro da criança): “supondo que tal risco fosse comprovado, não se poderia esperar que ela voltasse a Israel com a criança - e isso, portanto, descartaria o retorno da criança em vista do grande dano psicológico que seria causado a ela pela separação de sua mãe”⁶⁵⁵.

Não se pode afirmar, segundo a decisão do tribunal suíço, que o retorno da mãe e do filho seria insuportável por razões econômicas, uma vez que a parte não argumentou que seria impossível ou muito difícil encontrar um novo emprego e se integrar, novamente, em Israel. Conforme trecho da decisão, “como a demandada não conseguiu estabelecer a existência de razões que justificassem objetivamente uma recusa de sua

⁶⁵⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Neulinger and Shuruk v. Switzerland. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incadat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁵⁵ Tradução livre de: “*Supposing that such a risk were proven, she could not be expected to return to Israel with the child – and that would accordingly rule out the return of the child in view of the major psychological harm that would be caused to him by the separation from his mother*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Neulinger and Shuruk v. Switzerland. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incadat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

parte em retornar a Israel, deve-se aceitar que ela poderia razoavelmente retornar a esse Estado de origem acompanhada da criança”⁶⁵⁶.

O Tribunal Federal Suíço, então, ordenou o regresso da criança para Israel, não encontrando base para um grave risco de dano, o que originou a petição da mãe e do filho à Corte Europeia de Direitos Humanos. Após a decisão de retorno da criança à Israel, a mãe peticionou alegando a violação ao artigo 8º da Convenção Europeia, uma vez que o Tribunal Federal Suíço teria desconsiderado o grave risco de danos psicológicos que a criança poderia sofrer com o retorno, desconsiderando um relatório de peritos feito em 2007 que assim afirmava.

A decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no entanto, foi controversa. Ratificou a decisão do tribunal suíço, ordenando o retorno do filho à Israel, com fundamento no melhor interesse da criança, alegando que “não há dúvida de que é do interesse superior de cada criança crescer em um ambiente que lhe permita manter contato regular com ambos os pais”⁶⁵⁷. A decisão mencionou a previsão contida nos primeiros parágrafos dos artigos 7º, 9º e 18º da Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁵⁸, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse sentido, o artigo 9º, nº 1, determina que os Estados “devem garantir que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, salvo quando tal separação seja necessária tendo em vista o melhor interesse da criança, e mediante determinação das autoridades competentes”⁶⁵⁹.

A Corte considerou, ainda, que a mãe poderia retornar à Israel, local que residiu por seis anos, desenvolvendo contatos e trabalhando para uma empresa multinacional com a qual ainda estava empregada na Suíça. Afirmou que o retorno poderia causar, de fato, certos desentendimentos, mas que estes foram consequência do ato da mãe, que

⁶⁵⁶ Tradução livre de: “*Therefore, as the respondent has failed to establish the existence of reasons that would objectively justify a refusal on her part to return to Israel, it must be accepted that she could reasonably be expected to return to that State of origin accompanied by the child*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁵⁷ Tradução livre de: “*There is no doubt that it is in the “best interest” of every child to grow up in an environment that allows him or her to maintain regular contact with both parents*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 14 out. 2020.

⁶⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 14 out. 2020.

unilateralmente saiu de Israel com a criança. A decisão declarou, então, por quatro votos a três que não houve violação do artigo 8º da Convenção.

Os três votos dissidentes foram proferidos pelo juiz Kovler, juiz Steiner e juiz Spielmann, e são de grande importância, ainda que tenham representado a minoria. Conforme o juiz Kovler, o retorno do filho à Israel causaria danos físicos e psicológicos, devendo-se considerar a previsão contida no artigo 13º da Convenção da Haia, cujo principal objetivo é proteger o interesse do menor, enquanto mantem o interesse dos pais como secundário.

Para Kovler, nesse caso, é de extrema importância notar que, assim que surgiram as dificuldades conjugais, a guarda provisória e depois a tutela foram concedidas pelas autoridades judiciais israelenses à mãe: após a intervenção dos serviços sociais israelenses, os pais foram obrigados a viver separados visando o superior interesse da criança; e o Tribunal de Família, em janeiro de 2005, proibiu o pai de entrar na creche da criança ou no apartamento da mãe portando ou possuindo uma arma. Em 2005, com o divórcio dos pais, foi ratificada a tutela a ser exercida pela mãe. Em suas palavras, não haveria “por que questionar o mérito de todas essas decisões, que atestam a existência de uma ruptura real na relação entre pai e filho”⁶⁶⁰. No mais, defendeu que nada impediria o pai de ir à Suíça para ver o filho ou de participar na sua educação pelos modernos meios de comunicação (até que a criança atingisse a idade adulta e decidisse por si mesma).

Em seu voto, destacou, ainda, a Recomendação nº 874 de 1979 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que determinou como princípio geral: “17.1 As crianças não devem mais ser consideradas propriedade dos pais, mas devem ser reconhecidas como indivíduos com seus próprios direitos e necessidades”⁶⁶¹. Encerrou, então, afirmando: “lamento que o Tribunal Federal Suíço e o nosso Tribunal tenham tomado decisões que vão contra essa recomendação”⁶⁶².

⁶⁶⁰ Afirma, ainda, que o pai não pagou os alimentos ao filho, o que originou um mandado de detenção contra ele em 20 de março de 2005. Tradução livre de: “*There is no reason to question the merits of all these decisions, which attest to the existence of a real breakdown in the relationship between father and son. In addition, we learn that the father defaulted on maintenance payments to the first applicant and an arrest warrant was thus issued against him on 20 March 2005*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Neulinger and Shuruk v. Switzerland. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁶¹ Tradução livre de: “*17.1 Children must no longer be considered as parents' property, but must be recognised as individuals with their own rights and needs*”. CONSELHO DA EUROPA. Assembleia Parlamentar. Recomendação nº 874 (1979). Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14908&lang=en>> Acesso em: 14 out. 2020.

⁶⁶² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Neulinger and Shuruk v. Switzerland. Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

Esse posicionamento foi também defendido no voto do juiz Steiner que defendeu a prevalência do interesse da criança, não sendo esta vista como uma propriedade dos seus pais; e, também, no voto do juiz Spielmann, que considerou que houve violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (não observando a ocorrência de uma remoção ilícita da criança, uma vez que a mãe detinha a sua guarda).

Entre as decisões que declararam a violação a dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, destaca-se a proferida no caso *X. v. Latvia*⁶⁶³ em 2013. O caso aborda a aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 e envolve uma criança nascida na Austrália em 2005, filha de mãe letã e pai australiano. Em 2008, a mãe, que detinha a guarda unilateral da criança, deixou a Austrália e voltou para a Letônia sem o consentimento do pai. No mesmo ano, o pai apresentou um pedido de devolução da criança à Autoridade Central da Letônia com base na referida Convenção da Haia.

Em 2008 mesmo, o Tribunal Distrital da cidade de Rīga Zemgale (Letônia) ordenou o retorno da criança, rejeitando a alegação da mãe de que o regresso à Austrália exporia a criança a danos psicológicos. Em 2009, após recurso da mãe, o Tribunal Regional de Riga (*Rīgas Apgabaltiesa*) manteve a decisão inicial, considerando que não havia provas para fundamentar suas alegações de maus-tratos e acusações criminais pendentes contra o pai.

O pai, assim, foi à Letônia para tentar ver a criança e executou, por conta própria, a ordem de devolução, a levando de volta para a Austrália. Em setembro de 2009, o Tribunal de Família da Austrália concedeu ao pai a responsabilidade parental exclusiva, concedendo permissão à mãe para visitar a criança sob a supervisão de uma assistente social. A decisão australiana proibiu a mãe de falar com a criança em letão e, até ao seu décimo primeiro aniversário, se comunicar com qualquer creche, escola ou pais de uma criança que frequentasse a mesma instituição.

A mãe, então, denunciou a violação ao artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que o processo perante os tribunais letões não tinha sido justo, argumentando que os tribunais haviam desconsiderado suas evidências sobre o melhor interesse da criança e o fato de que ela era a única responsável pela criança no momento da remoção da Austrália. Conforme a mãe, os tribunais confiaram apenas nas provas produzidas pelo pai, recusando-se a obter as provas solicitadas pela mãe.

⁶⁶³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *X. v. Latvia*. Application n° 27853/09. 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.incadat.com/en/case/1234>> Acesso em: 13 out. 2020.

Denunciou, ainda, a violação ao artigo 8º da CEDH que protege o direito ao respeito pela vida familiar.

A decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos ratificou a violação ao artigo 8º da CEDH por 9 votos a 8. Os votos contrários não questionavam os princípios gerais a serem aplicados em casos de sequestro de crianças abrangidos pela Convenção da Haia, e, sim, o cumprimento dos requisitos processuais pelos tribunais da Letônia. A decisão da Corte, nesse sentido, reiterou que as obrigações impostas pelo artigo 8º da convenção aos Estados Contratantes deveriam ser interpretadas à luz dos requisitos da Convenção da Haia de 1980, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 e das regras e princípios relevantes de direito internacional aplicáveis nas relações entre as Partes Contratantes⁶⁶⁴.

Conforme a decisão proferida pela Corte Europeia, “este enfoque envolve uma aplicação combinada e harmoniosa dos instrumentos internacionais, em particular no caso presente da Convenção e da Convenção de Haia, tendo em vista sua finalidade e seu impacto na proteção dos direitos das crianças e dos pais”⁶⁶⁵, de modo que a aplicação não deve resultar em conflito ou oposição entre os diferentes tratados. É permitido à Corte interpretar e aplicar as disposições da CEDH de forma a tornar as suas garantias práticas e eficazes. Em situações como a existente no caso *X. v. Latvia*, é necessário que prevaleça o superior interesse da criança: “o interesse superior da criança não coincide com o do pai ou da mãe, exceto na medida em que eles necessariamente têm em comum vários critérios de avaliação relacionados à personalidade individual da criança, histórico e situação específica”⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Tradução livre de: “*As regards, more specifically, the question of the relationship between the Convention and the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980, the Court reiterates that in the area of international child abduction the obligations imposed by Article 8 on the Contracting States must be interpreted in the light of the requirements of the Hague Convention and those of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 and of the relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *X. v. Latvia*. Application nº 27853/09. 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1234>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁶⁵ Tradução livre de: “*This approach involves a combined and harmonious application of the international instruments, and in particular in the instant case of the Convention and the Hague Convention, regard being had to its purpose and its impact on the protection of the rights of children and parents. Such consideration of international provisions should not result in conflict or opposition between the different treaties, provided that the Court is able to perform its task in full, namely “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties” to the Convention, by interpreting and applying the Convention’s provisions in a manner that renders its guarantees practical and effective*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *X. v. Latvia*. Application nº 27853/09. 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.incdat.com/en/case/1234>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁶⁶ Tradução livre de: “*The child’s best interests do not coincide with those of the father or the mother, except in so far as they necessarily have in common various assessment criteria related to the child’s individual personality, background and specific situation*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS

A relação entre o direito internacional privado e o direito internacional dos direitos humanos fica clara, a partir da análise desses casos. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, é necessário uma interpretação harmoniosa entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e as Convenção da Haia sobre direito internacional privado, desde que sejam observadas duas condições⁶⁶⁷: 1) os fatores suscetíveis de constituir exceção ao regresso imediato da criança devem ser verdadeiramente tidos em conta pelo tribunal requerido, de modo que o tribunal deve proferir uma decisão suficientemente fundamentada para permitir à Corte verificar se essas questões foram efetivamente examinadas; e, 2) esses fatores devem ser avaliados à luz do artigo 8.º da CEDH.

A relação existente entre o direito internacional privado e os direitos humanos fica evidente nessas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. A incidência de convenções internacionais de direito internacional privado não pode ignorar as previsões contidas em outros diplomas normativos que visam a proteção dos direitos humanos. Para Dimitri Liakopoulos, “os direitos humanos devem ser adicionados ao caso de mau funcionamento do direito internacional privado”⁶⁶⁸.

Horatia Muir Watt afirma que a preocupação tradicional com a compreensão do “estrangeiro” sempre existiu, de modo que “há uma tendência a assumir semelhanças substantivas entre os objetivos convencionais do direito internacional privado, como uma gestão do pluralismo com formas de reconhecimento mais recentes, coletivamente identitárias ou individualmente dignitárias”⁶⁶⁹.

HUMANOS. X. v. Latvia. Application n° 27853/09. 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.incadat.com/en/case/1234>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁶⁷ Tradução livre de: “*The Court considers that a harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention can be achieved provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child’s immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the said Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to verify that those questions have been effectively examined. Secondly, these factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. X. v. Latvia. Application n° 27853/09. 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.incadat.com/en/case/1234>> Acesso em: 13 out. 2020.

⁶⁶⁸ LIAKOPOULOS, Dimitris. Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 10. n. 1. 2018 p. 257-258.

⁶⁶⁹ Tradução livre de: “*moreover, traditional concern for the understanding of the foreign has always existed, at least in the discourse of the discipline, so that under cover of a common signifier, there is a tendency to assume substantive similarity between the conventional goals of private international law as management of pluralism with more recent, collectively identitarian or individually dignitarian, forms of recognition*”. WATT, Horatia Muir. Fundamental rights and recognition in private international law. *Journal Européen Des Droits de l’homme*. n. 3. 2013. p. 416-417.

Destaca-se, nesse contexto, a interferência do princípio da não discriminação na aplicação das normas de direito internacional privado. Como afirma Silvia Marino, o caso transnacional difere daquele puramente interno, uma vez que seus elementos constitutivos (fáticos) são colocados em pelo menos dois sistemas jurídicos. Essa diversidade “impede que o caso transnacional seja tratado imediatamente como uma questão interna: a discriminação é criada porque diferentes situações são tratadas da mesma forma”⁶⁷⁰.

Para Roberto Baratta, a interferência dos direitos fundamentais no conflito de leis, em matéria de direito de família, afeta “principalmente as suas disposições relativas à garantia do reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras e atos públicos”, uma vez que as pessoas constituem validamente uma situação familiar ou pessoal no estrangeiro (Estado de origem) para posteriormente requerer o seu reconhecimento e execução no Estado de que são nacionais ou têm residência habitual (Estado requerido)⁶⁷¹.

No direito internacional privado desenvolveu-se, assim, o método do reconhecimento, que “consiste na aceitação de situações jurídicas consolidadas de acordo com a lei do Estado estrangeiro, sem que sejam utilizadas as regras de conflito do Estado

⁶⁷⁰ A autora ainda afirma que é “útil fazer uma distinção entre os dois casos também do ponto de vista normativo, o que pode ser concretizado no direito internacional privado: o caso transnacional não é imediatamente comparável a um interno, mas deve-se verificar a que sistema é melhor atribuível”. Tradução livre de: “*Come noto, l'opportunità di garantire un'apertura ad altri ordinamenti è stata storicamente giustificata in modi diversi: recentemente nel dibattito sono entrate considerazioni relative (anche) al rispetto del principio di non discriminazione. Seguendo l'impostazione fornita da Kinsch, la fattispecie transnazionale si differenzia da quella puramente interna dal punto di vista fattuale, perché i suoi elementi costitutivi si collocano in almeno due ordinamenti. Questa diversità impedisce di trattare la fattispecie transnazionale immediatamente come una questione interna: si crea una discriminazione, perché situazioni diverse vengono trattate allo stesso modo. È utile quindi una distinzione fra i due casi anche dal punto di vista normativo, la quale si può concretizzare nel diritto internazionale privato: la fattispecie transnazionale non è immediatamente assimilabile a una interna, ma si deve verificare a quale ordinamento sia meglio riconducibile*”. MARINO, Silvia. Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 113-114.

⁶⁷¹ O autor afirma, ainda, que essas situações, normalmente, visam contornar as proibições ou restrições impostas pela *lex fori* (que teria impedido a aquisição do mesmo status civil ou pessoal por meio da aplicação do direito interno). Isso ocorre “quando a lei do Estado requerido não prevê o exame do mérito de um pedido perante um tribunal estrangeiro, mas se limita a verificar se a decisão estrangeira respeita alguns requisitos processuais internacionais, como, por exemplo, a competência judicial internacional do órgão judicial estrangeiro (normalmente de acordo com as regras nacionais de direito interno) e respeita a ordem pública do foro”. Tradução livre de: “*Nótese también que, teniendo en cuenta la jurisprudencia mis relevante, la interferencia de los derechos fundamentales con el DIPr de familia afecta principalmente a sus disposiciones relativas al aseguramiento del reconocimiento de resoluciones judiciales y actos públicos extranjeros. De hecho, los particulares pueden constituir validamente un status familiar o personal en el extranjero (Estado de origen) para después solicitar su reconocimiento y ejecución en el Estado del que son nacionales o habitualmente residentes (Estado requerido). Haciendo esto normalmente se persigue burlar las prohibiciones o restricciones impuestas por la lex fori, que hubieran impedido la adquisición del mismo estado civil o personal a través de la aplicación del Derecho interno, incluyendo sus normas de conflicto*”. BARATTA, Roberto. Fundamental Rights and Family Private International Law. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. v. 16. 2016. p. 104-105.

do foro”⁶⁷². Busca-se evitar a insegurança jurídica e as relações claudicantes no direito internacional privado.

Destaca-se, nesse sentido, o caso *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, julgado em 2007 pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O caso envolvia a adoção monoparental de uma criança nascida em 1993 e que foi realizada no Peru (pelo Centro da Família da província de Huamanga) em 6 de novembro de 1996 – a criança possuía três anos no momento da adoção e já havia sido declarada abandonada. A partir da decisão de adoção, a criança adquiriu o estatuto de filha da requerente, deixando de pertencer à sua família consanguínea e passando a ter o nome J.M.W.L: conforme o acordo celebrado entre “a secretaria técnica de adoções do Peru e a Associação Luxemburgo-Peru, esta última foi declarada responsável pelo acompanhamento da criança e, se necessário, pela legalização da adoção em Luxemburgo”⁶⁷³.

A mãe adotiva ingressou com um pedido, em 1997, para que o tribunal de Luxemburgo declarasse a sentença peruana executável, reconhecendo a adoção plena e garantindo o registro civil da criança no país (adquiriria a nacionalidade da mãe adotiva e teria uma licença permanente para permanecer em Luxemburgo). O tribunal de Luxemburgo passou, então, a analisar a adoção em si, determinando que a legalidade da adoção peruana não foi comprovada, tendo em vista que a mãe era uma mulher solteira que não vivia como parte de um casal: “o exame da existência de um direito de obter o reconhecimento no Luxemburgo de uma relação legal entre pais e filhos validamente estabelecida no estrangeiro pressupõe que seja estabelecida a criação válida de uma relação adotiva entre pais e filhos na acepção da lei luxemburguesa”⁶⁷⁴. Em 1999, então, o tribunal distrital indeferiu o pedido de execução com o fundamento de que a sentença

⁶⁷² Ainda para André de Carvalho Ramos, esse método exige que “o Estado no qual as situações consolidadas são apresentadas deixe de aplicar suas regras de conflito para verificar a validade dessas situações”. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 171.

⁶⁷³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*. Application n° 76240/01. 28 junho 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328>> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁶⁷⁴ Tradução livre de: “*As Ms Wagner is an unmarried woman not living as part of a couple, the questions which correspond to her family situation relate to a single-parent family. The questions envisaged by the court on 11 November 1997 are therefore relevant to the outcome of the dispute. Examination of the existence of ‘a right to secure recognition’ in Luxembourg ‘of a legal parent-child relationship validly established abroad’ assumes that the valid creation of an adoptive parent-child relationship within the meaning of Luxembourg law is established. The first preliminary question proposed by Ms Wagner is irrelevant, as the lawfulness of the Peruvian adoption has not been established*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*. Application n° 76240/01. 28 junho 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328>> Acesso em: 10 nov. 2020.

de adoção do Peru violou a lei luxemburguesa aplicável de acordo com a regra de conflito de leis prevista no artigo 370º do Código Civil nacional⁶⁷⁵.

Sem sucesso na obtenção do reconhecimento da adoção, a mãe recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos em 2005. A decisão proferida pela Corte representa um importante instrumento no direito internacional privado contemporâneo, ao considerar que a decisão de recusa da execução não considerou a realidade social da situação. Com o não reconhecimento formal e jurídico dos laços familiares criados pela adoção plena realizada no Peru, a plenitude dos efeitos desses laços foi afetada significativamente. Assim, os requerentes encontraram obstáculos no seu dia-a-dia, de modo que a criança não possuía proteção legal que permitisse a sua integração plena na família adotiva.

A decisão da Corte, então, determinou que o interesse superior da criança deveria ser primordial nesse caso, considerando que “os tribunais de Luxemburgo não poderiam razoavelmente desconsiderar o status legal validamente criado no exterior e que correspondia a uma vida familiar na acepção do artigo 8º da Convenção”. Essa violação ocorreu no momento em que as autoridades nacionais se recusaram a reconhecer essa situação, “fazendo com que as regras de conflito luxemburguesas prevalecessem sobre a realidade social e a situação das pessoas em causa para aplicar os limites que o direito luxemburguês impõe à plena adoção”⁶⁷⁶.

Para Horatia Muir Watt, não é o uso de um fator de conexão discriminatório que está em jogo aqui, ao mesmo tempo em que esses casos não representam um conflito vertical ou horizontal de direitos fundamentais. O que se percebe é “a falta de proteção - por meio da aplicação das regras do direito internacional privado - dada à relação pai-

⁶⁷⁵ A decisão fundamentou que, nos termos do artigo 370º do Código Civil, a adoção por um cidadão de nacionalidade luxemburguesa deve ser regulada pelo direito luxemburguês no que respeita aos requisitos de adoção. Passou a analisar, assim, se a decisão peruana tinha sido proferida em conformidade com a legislação luxemburguesa no que dizia respeito a essas condições: o Artigo 367º do Código Civil de Luxemburgo não permitia a adoção plena por uma pessoa solteira, de modo que a presente adoção não deveria ser reconhecida. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg. Application n° 76240/01. 28 junho 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328>> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁶⁷⁶ Tradução livre de: “*Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case (see, mutatis mutandis, Maire, cited above, § 77), the Court considers that the Luxembourg courts could not reasonably disregard the legal status validly created abroad and corresponding to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention. However, the national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg. Application n° 76240/01. 28 junho 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328>> Acesso em: 10 nov. 2020.

filho efetiva, qualquer que seja seu conteúdo, que é considerada uma violação dos direitos da Convenção”⁶⁷⁷.

O desenvolvimento do método do reconhecimento, a partir da evolução da proteção internacional de direitos humanos e da integração econômica europeia, “fundase também no (i) dever internacional de respeito aos direitos humanos dos envolvidos e (ii) na livre circulação de pessoas”⁶⁷⁸. As relações jurídicas validamente celebradas no estrangeiro não devem ser desconsideradas em razão das normas de conflito do foro não reconhecerem a validade da relação.

Nesse sentido, Johan Meeusen salienta que a abertura ao direito estrangeiro, por si só, não deve ser considerada decisiva para julgar a natureza discriminatória de uma regra de conflito: “um legislador pode desejar que, em questões de caráter internacional, seja incentivada a aplicação de sua própria lei como lei do foro; tal preferência pode não refletir a melhor abordagem em termos de conveniência, mas não pode ser condenada como discriminatória apenas por esse motivo”⁶⁷⁹.

Ao abordar a relação existente entre os direitos humanos e o direito internacional privado, Diego Fernández Arroyo destaca a característica multicultural das sociedades contemporâneas. Para o autor, a multiculturalidade corresponde a um “fenômeno que ocorre devido à influência do aumento experimentado pelos fluxos migratórios de

⁶⁷⁷ Nesse sentido, Horatia Muir Watt afirma: “embora seja claro que grande parte da hostilidade aos direitos fundamentais no direito internacional privado está ligada ao conteúdo dos direitos invocados, nenhuma questão fundamental de política pública está necessariamente envolvida na violação, que é caracterizada mesmo na ausência de uma colisão direta entre um direito e um valor conflitante protegido pelo foro nacional”. Tradução livre de: “*It is not the use of a discriminating connecting factor which is at stake here – although the inevitable issue of the relationship between discrimination and differentiation of personal status on the basis of foreign nationality or residence arose in the recent Harroudj case and will no doubt resurface in the future. Neither do these instances act out a vertical or horizontal conflict of fundamental rights – although, here again, the jury is still out on this point in the case of crossborder child abduction. And while it is clear that much of the hostility to fundamental rights in private international law is linked to the content of the rights invoked, no fundamental public policy issue is necessarily involved in the violation, which is characterized even in the absence of a direct collision between a fundamental right and a conflicting value protected by the national forum. It is the lack of protection – through the operation of private international law rules - given to the effective parent-child relationship whatever its content that is considered to violate Convention rights in Wagner*”. WATT, Horatia Muir. Fundamental rights and recognition in private international law. *Journal Européen Des Droits de l’homme*. n. 3. 2013. p. 420-421.

⁶⁷⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 171.

⁶⁷⁹ Tradução livre de: “*Il est vrai, néanmoins, que l’ouverture vers le droit étranger ne devrait pas être considérée comme décisive pour juger le caractère discriminatoire d’une règle de conflit. Un législateur peut désirer que, dans les affaires de caractère international, l’application de sa propre loi en tant que loi du for soit favorisée ; une telle préférence ne témoignera peut-être pas de la meilleure approche en termes d’opportunité, mais ne peut être condamnée comme discriminatoire pour cette seule raison*”. MEEUSEN, Johan. Le droit international privé et le principe de non-discrimination. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 353. 2012. p. 43-44.

diferentes partes do mundo, e à forma e qualidade com que as comunidades de imigrantes se instalam nos países de acolhimento”⁶⁸⁰.

O direito internacional privado contemporâneo não deve ignorar a forte interferência dos direitos humanos nas normas de conexão que visam determinar o direito aplicável a uma situação jurídica multiconectada. Uma sociedade multicultural exige um direito internacional privado que, cada vez mais, preocupe-se com o respeito às diferenças⁶⁸¹. A multiculturalidade, no entanto, ratifica a complexidade das relações jurídicas pessoais que se desenvolvem em âmbito internacional. O direito internacional privado humanizado precisa desenvolver premissas e técnicas que busquem um equilíbrio entre os direitos postos em colisão. Nas palavras de Erik Jayme, deveríamos nos perguntar “qual é e qual deveria ser a reação do direito internacional privado face à globalização, sobretudo no que concerne à proteção do indivíduo”⁶⁸².

⁶⁸⁰ Tradução livre de: “No podemos dar por terminado este tema sin hacer referencia al tema de la sociedad multicultural (fenómeno que se produce al influjo del incremento experimentado por las corrientes migratorias provenientes de distintas partes del mundo, y a la forma y cualidad con las que las comunidades inmigradas se instalan en los países de acogida) que viene ocupando muchísimas de las páginas dedicadas al DIPr, especialmente en Europa, aunque tal 'localización' europea es sólo aparente (Europa no es ni con mucho la única sociedad multicultural)”. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.

⁶⁸¹ Nesse sentido, ver: FALCAO, David. Human Rights and Actual Reality: Globalization and Multiculturalism. *Brazilian Journal of International Law*. v. 11. n. 2. 2014. p. 403-411. GARCIA, Fernando Mayorga. Multiculturalismo: Del Estado Colonial al Estado Moderno. *Revista Temas Socio-Juridicos*. 46. 2004. p. 13-40. GREENE, Linda S. Multiculturalism as Metaphor. *DePaul Law Review*. v. 41. n. 4. Summer 1992. p. 1173-1190. RAZ, Joseph. Multiculturalism. *Ratio Juris*. v. 11. n. 3. September 1998. p. 193-205. SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio. Integration or Multiculturalism. *Persona y Derecho*. 49. 2003. p. 163-184. STOPLER, Gila. Contextualizing Multiculturalism: A Three Dimensional Examination of Multiculturalism Claims. *Law & Ethics of Human Rights*. 1. 2007. p. 309-353. THOMPSON, Simon. Multiculturalism without Multiple Cultures. *Social & Legal Studies*. v. 17. n. 4. December 2008. p. 543-548. TRIGEAUD, Jean-Marc. Multiculturalisme et "droits premiers". *Persona y Derecho*. 48. 2003. p. 47-62. XANTHAKI, Alexandra. Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards. *Human Rights Quarterly*. v. 32. n. 1. 2009-2010. p. 21-48.

⁶⁸² JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

CAPÍTULO 4. OS NOVOS PARADIGMAS DO PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE: A LIVRE INTERPRETAÇÃO OU A CONSTRUÇÃO DE UM TESTE DE PROXIMIDADE?

As características que moldam a vida humana interferem diretamente no direito internacional privado, ampliando a incidência de relações jurídicas plurilocalizadas e multiculturais. A proteção da pessoa humana é um anseio universal. A simples indicação da lei aplicável independentemente do resultado material obtido é uma realidade que não se sustenta mais no direito internacional privado do século XXI.

O quarto capítulo, dessa forma, irá elencar e defender os novos paradigmas do princípio da proximidade por meio de uma aplicação moldada à proteção da pessoa. Assim como os demais capítulos, será subdividido em duas seções. A primeira seção definirá os novos paradigmas do princípio da proximidade, realizando uma análise do direito internacional privado brasileiro especificamente.

É preciso pensar em um princípio da proximidade que transcenda ao método conflitual clássico no direito internacional privado. Não há dúvidas de que a proximidade é a característica que mais influencia a escolha do direito aplicável em relações jurídicas plurilocalizadas: por que, então, a incidência do princípio da proximidade não deveria ser adaptada à realidade existente atualmente?

A segunda seção do capítulo, então, questionará a presença das duas técnicas de aplicação do princípio da proximidade em uma eventual atualização do direito internacional privado brasileiro. É viável a inserção normativa de um teste de proximidade ou é preferível a sua previsão ampla que garanta uma maior liberdade de interpretação?

Esses são alguns dos questionamentos que essa parte final da tese pretende debater. Não há garantias, no entanto, de que as reflexões aqui apresentadas encontrarão respostas concretas. A tendência é que a análise crítica encontre novos questionamentos, antes que seja possível identificar uma resposta considerada satisfatória ou, ao menos, suficiente.

4.1. Os novos paradigmas do princípio da proximidade no direito internacional privado brasileiro: por uma interpretação à luz da proteção da pessoa humana

O direito internacional privado é reformulado no século XXI, de modo que os seus principais institutos, tal como o princípio da proximidade, também devem ser repensados. O objetivo, nesse momento da pesquisa, é a averiguação dos novos paradigmas que permeiam a incidência do princípio da proximidade: o foco deixa de ser a simples indicação da lei mais próxima e passa a ser a aplicação do direito que possua vínculos mais estreitos.

Erik Jayme afirmava, já em 1995, que: “o direito internacional privado atual é caracterizado pela crescente importância dos direitos humanos na solução do conflito de leis”⁶⁸³. Conforme Marc-Philippe Weller, o direito internacional privado contemporâneo é desafiado por duas linhas de forças, ambas baseadas na pessoa. De um lado, percebe-se “a pessoa como indivíduo” e, de outro, “a pessoa como membro de um grupo e cidadão”⁶⁸⁴.

Essa parte final da pesquisa, assim, almeja apresentar os novos paradigmas do princípio da proximidade, rompendo com a sua interpretação baseada no método conflitual clássico, visando alcançar um equilíbrio entre o direito internacional privado e a proteção da pessoa por meio de uma determinação do direito aplicável às relações pessoais. O foco volta-se, assim, ao direito internacional privado brasileiro. Parte-se do pressuposto de que existem direitos humanos básicos que devem ser respeitados, uma vez que o direito internacional privado não é uma disciplina que se encontra acima das disposições universais de proteção ao indivíduo. Essa preocupação deve permear a indicação do direito aplicável a um caso que possua elementos plurilocalizados. A incidência do princípio da proximidade não deve ignorar a realidade existente atualmente.

Destacam-se, assim, os novos paradigmas do princípio da proximidade: 1) a busca pelo direito aplicável por meio do princípio da proximidade deve ser guiada por uma interpretação à luz da proteção da pessoa; 2) a previsão do princípio da proximidade deve ser ampla e subjetiva, de modo que a flexibilidade permita uma coordenação entre a norma de direito internacional privado e a proteção dos direitos humanos; 3) a determinação do direito aplicável às relações pessoais baseada no princípio da proximidade deve considerar a vontade da pessoa e a sua liberdade de escolha.

⁶⁸³ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995. p. 49.

⁶⁸⁴ WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 385.

Os novos paradigmas, defendidos nessa tese, baseiam-se em uma premissa principal: um dos princípios mais importantes do direito internacional privado não deve ignorar a interferência dos direitos humanos na determinação do ordenamento jurídico incidente em uma relação multiconectada.

Uma aproximação à realidade brasileira, permite uma reflexão sobre o futuro do direito internacional privado no país e a eventual presença do princípio da proximidade. A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) apresenta normas ultrapassadas e que mantem o método conflitual clássico, com regras de conexão rígidas. No Brasil, desde 1942, o elemento de conexão utilizado no estado pessoal é o domicílio⁶⁸⁵: o artigo 7º da LINDB adotou o critério⁶⁸⁶ defendido por Savigny e por Teixeira de Freitas, determinando que “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”⁶⁸⁷.

A sequência do artigo 7º determina o direito aplicável a situações da vida pessoal relacionadas ao casamento, tanto quanto à validade como ao regime de bens. Não há menção, no entanto, a questões de filiação, como guarda, alimentos ou adoção. Nesse sentido, Karine Maria Famer Rocha afirma que “da simples leitura deste texto legal, denota-se a grande preocupação do legislador nacional em estabelecer regras acerca do casamento, em consonância com o Direito de Família da época, não se fazendo qualquer menção acerca da filiação”⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ O artigo 70º do Código Civil brasileiro determina o conceito de domicílio, definindo que o domicílio da pessoa natural “é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. O artigo 71º define que caso a pessoa possua diversas residências e viva nestas de modo alternado, qualquer delas poderá ser considerada seu domicílio. O artigo 72º determina que também será domicílio da pessoa natural, o local onde essa exerce as relações decorrentes de sua profissão. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 out. 2020.

⁶⁸⁶ Conforme Ricardo Ramalho Almeida, “devido às diversas conceituações de domicílio, vigentes nos diferentes ordenamentos jurídicos, e às consequentes diferenças de disciplina da aquisição, mudança e perda do domicílio, existe a possibilidade de conflitos de leis na qualificação do domicílio. Haverá conflito positivo quando mais de uma lei nacional considerar uma pessoa como domiciliada em seu território; já o conflito negativo ocorrerá quando nenhuma lei nacional atribuir um domicílio ao indivíduo, que será, então, adômida”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 215. Sobre o tema, ver: LEDERMAN, William Ralph. Classification in Private International Law. *Canadian Bar Review*. v. 29. n. 2. February 1951. p. 168-184.

⁶⁸⁷ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁶⁸⁸ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 207.

O artigo 7º prevê, também, no § 8º, normas de conexão subsidiárias⁶⁸⁹ a serem aplicadas quando a pessoa não possuir domicílio: “quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre”⁶⁹⁰. Assim, não sendo possível determinar o local do seu domicílio, será aplicável o direito do local em que a pessoa resida ou, ainda, o local em que ela se encontre.

A sucessão por morte ou por ausência é prevista no artigo 10º da LINDB que determina que será regulada pela lei do país em que o defunto ou desaparecido era domiciliado⁶⁹¹, independente da natureza e da situação dos bens. No mesmo sentido, o § 2º prevê que será a lei do domicílio do herdeiro ou legatário que regulará a capacidade para suceder.

Percebe-se, nesse contexto, que as normas de conexão existentes no direito brasileiro endossam o método conflitual clássico. As tentativas fracassadas de atualização, como visto, mantinham vivo o método indireto, rígido, com uma única solução possível, independentemente do resultado material encontrado. O direito internacional privado brasileiro ignora, também, a autonomia da pessoa na escolha do direito aplicável as suas relações pessoais.

É possível encontrar no direito internacional privado da União Europeia, por exemplo, a utilização da autonomia da vontade⁶⁹² em matéria de estado pessoal, fornecendo liberdade às pessoas para escolha do direito aplicável em matéria de divórcio

⁶⁸⁹ Assim como a nacionalidade atua como elemento de conexão subsidiário ao domicílio no direito internacional privado da União Europeia, a residência aparece na norma brasileira como segunda opção, sendo utilizada quando o domicílio não for possível de ser determinado. Ver mais em: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶⁹⁰ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁶⁹¹ Fernando Pedro Meinero ao destacar a alteração de 1942 que inseriu o critério domiciliar, menciona: “A mudança não é de importância menor. O abandono do critério da nacionalidade para regular o estatuto da pessoa serviria para evitar os inúmeros conflitos que se apresentavam à realidade de um país de imigração, e que muita discussão provocou desde a metade do séc. XIX”. MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86.

⁶⁹² Conforme Nádia de Araujo, “em um mundo cada vez mais globalizado e no qual as fronteiras estão cada dia mais tênues, permitir que os indivíduos planejem a suas relações pessoais e patrimoniais segundo sua vontade é uma forma de respeitar seu direito à vida e à liberdade, especialmente na esfera patrimonial, em questões ligada ao direito de família”. ARAUJO, Nádia de. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefans; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. (Org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras*. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014. p. 440. Nesse sentido, ver: STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 29-52. JAYME, Erik. Party Autonomy in International Family and Succession Law: new tendencies. *Yearbook of Private International Law*. Germany: European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2009.

e separação judicial⁶⁹³, sucessões⁶⁹⁴, regimes matrimoniais⁶⁹⁵ e efeitos patrimoniais das parcerias registradas⁶⁹⁶.

Ao analisar essas previsões, Helena Mota afirma que a autonomia da vontade ganhou espaço até mesmo em matéria de estatuto pessoal, já sendo considerada a regra⁶⁹⁷. A utilização da autonomia da vontade em matéria de relações pessoais e familiares revoluciona, conforme Aline Beltrame de Moura, a teoria do direito privado necessário de Pasquale Stanislao Mancini⁶⁹⁸, que negava qualquer liberdade em matéria de estatuto pessoal no direito internacional privado.

⁶⁹³ Destaca-se ainda o regulamento que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, de nº 1259 de dezembro de 2010. O capítulo II deste regulamento denomina-se “regras uniformes sobre a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial”, e prevê no artigo 5º a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável. Este artigo 5º define que as partes poderão escolher a lei aplicável desde que se trate de uma das leis ali elencadas: a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento de celebração do acordo de escolha, a lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges desde que um deles ainda resida aí no momento de celebração do acordo, a lei da nacionalidade de um dos cônjuges ou a lei do foro. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁶⁹⁴ O regulamento nº 650 de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, define como regra geral, no artigo 21º, o critério da residência habitual para determinação da lei aplicável à sucessão do falecido. O artigo 22º define, porém, que “uma pessoa pode escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito”, sendo permitida a escolha desde que esta recaia na lei da nacionalidade da pessoa. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁶⁹⁵ O regulamento nº 1103 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, define no artigo 22º a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável, desde que a escolha recaia em uma das opções ali elencadas. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁶⁹⁶ O Regulamento nº 1104 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas, com um texto legal praticamente idêntico ao regulamento nº 1103, permite a escolha da lei aplicável pelas partes. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁶⁹⁷ MOTA, Helena. A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012. *Revista eletrônica de direito*. n. 1. Porto: 2014. p. 09.

⁶⁹⁸ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 14.

As normas de direito internacional privado no Brasil não permitem a escolha do direito aplicável nem mesmo em matéria de comércio internacional⁶⁹⁹. Por essa razão, as previsões brasileiras são vistas no estrangeiro como ultrapassadas, não acompanhando a tendência legislativa dos principais parceiros comerciais do país⁷⁰⁰ (Estados Unidos da América e União Europeia) que adotam com primazia a autonomia da vontade⁷⁰¹.

Destaca-se, também, que, nas normas internas do direito internacional privado brasileiro, não há qualquer menção expressa ao princípio da proximidade: encontram-se, apenas, normas rígidas que preveem uma única solução possível ao caso. Com o fracasso das tentativas de atualização da LINDB, a incorporação de diferentes convenções internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro adquiriu uma importância ainda maior na realidade nacional: essas convenções inseriram critérios flexíveis e modernos ao ultrapassado direito internacional privado brasileiro.

Como exemplo, observa-se a Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de outros Membros da Família⁷⁰² e o Protocolo

⁶⁹⁹ A autonomia da vontade era admitida na Introdução ao Código Civil de 1916 – situação que foi alterada com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil em 1942 (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O artigo 13º da Introdução ao Código Civil de 1916 definia que a lei do lugar onde fosse contraída a obrigação regularia a sua substância e os seus efeitos, “salvo estipulação em contrário”. A previsão desta última expressão resultava na possibilidade de que as partes escolhessem a lei aplicável às obrigações, que não a lei do local onde estas fossem contraídas, de modo que seria, assim, admitida a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro. Em 1942, no entanto, esta expressão foi retirada da previsão normativa, atualmente contida no artigo 9º, que apenas prevê que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. A retirada da expressão do texto normativo fez muitos doutrinadores se questionarem se estaria, assim, vedada a autonomia da vontade no direito brasileiro – controvérsias que nem a legislação, e nem a jurisprudência conseguiram solucionar sem deixar dúvidas. BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 20 out. 2020. BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 20 out. 2020. Ver mais em: ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 297.

⁷⁰⁰ Nádia de Araújo ao tratar sobre uma possível reforma da LINDB afirma que se adiciona, neste momento, os motivos “de cunho econômico, porque a adoção da autonomia da vontade significaria um ganho de eficiência nada desprezível para as partes contratantes aqui estabelecidas e atuantes no comércio internacional”. ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 298-299.

⁷⁰¹ Como afirma Gisela Ruhl: “Nos Estados Unidos, assim como na Europa, a autonomia da vontade foi o ponto focal de um debate feroz no início do século XX”. Tradução livre de: “*In the United States, just like in Europe, party autonomy was the focal point of a fierce debate at the beginning of the 20th century*”. RUHL, Gisela. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper nº 4. Toronto: 2007. p. 06.

⁷⁰² O preâmbulo da convenção de 2007 determina que os Estados signatários desejam melhorar a cooperação em relação à cobrança internacional de alimentos, conscientes “da necessidade de dispor de

sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, ambos celebrados em 2007, e já mencionados acima. As previsões normativas desses dois documentos reúnem as tendências modernas do direito internacional privado (princípio da proximidade, autonomia da vontade, e o critério de conexão residência habitual)⁷⁰³. A convenção e o protocolo foram ratificados pelo governo brasileiro em 17 de julho de 2017 e promulgados pelo Decreto nº 9.176 em 17 de outubro de 2017⁷⁰⁴.

A ratificação desses documentos tornou possível afirmar que o princípio da proximidade está presente no direito internacional privado brasileiro, ainda que limitado à incidência de certos diplomas normativos. O artigo 5º do protocolo, assim, ao prever uma regra especial relativa aos cônjuges e ex-cônjuges determina que a regra geral⁷⁰⁵ do artigo 3º não será aplicada “caso uma das Partes se oponha e a lei de outro Estado, nomeadamente o Estado da sua última residência habitual comum, apresente uma conexão mais estreita com o casamento”⁷⁰⁶. Caso em que a lei desse outro Estado será aplicável.

Andrea Bonomi exemplificou essa situação no relatório explicativo do protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares: “se a última residência habitual comum fica situada no Estado A onde os cônjuges acabaram de se estabelecer após viverem vários anos no Estado B, e se o credor regressa, após a

procedimentos que produzam resultados e sejam acessíveis, céleres, eficazes, pouco onerosos, adequados e equitativos”. CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁷⁰³ JAEGER JUNIOR, Augusto; JORGE, Mariana Sebalhos. A Convenção e o Protocolo da Haia de 2007 sobre obrigações alimentares: a residência habitual e a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho; ARAUJO, Nadia de (Org.). *A Conferência da Haia de direito internacional privado e seus impactos na sociedade - 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 277.

⁷⁰⁴ BRASIL, Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 out. 2020.

⁷⁰⁵ O artigo 3º determina que “as obrigações alimentares são reguladas pela lei do Estado da residência habitual do credor”, prevendo ainda que “em caso de mudança da residência habitual do credor, a lei do Estado da nova residência habitual é aplicável a partir do momento em que a mudança tenha ocorrido”. CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁷⁰⁶ CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

separação, a este último Estado”⁷⁰⁷, a lei deste corresponderia melhor às expectativas das partes. Isto porque seria aplicável a lei do Estado de uma antiga residência habitual comum e que é, ainda, a atual residência habitual do credor. É possível observar outras situações que representariam uma conexão mais próxima nessa relação. Para Bonomi, cabe ao tribunal verificar se o casamento possui uma conexão mais estreita com um ordenamento diferente daquele da residência habitual do credor, tal como o da “residência habitual ou domicílio dos cônjuges durante o casamento, a sua nacionalidade, o local de realização do casamento e o da separação ou do divórcio”⁷⁰⁸.

Assim como o princípio da proximidade, o protocolo insere a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro em matéria de obrigações alimentares. O artigo 8º prevê a possibilidade de designação da lei aplicável, determinando que o credor e o devedor de alimentos podem designar a lei a uma obrigação alimentar desde que corresponda a uma das leis ali elencadas: “a) A lei do Estado do qual uma das Partes seja nacional aquando da designação; b) A lei do Estado da residência habitual de uma das Partes aquando da designação; c) A lei designada pelas Partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo; d) A lei designada pelas Partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo”⁷⁰⁹.

Essa liberdade de escolha do direito aplicável não se estende, no entanto, “às obrigações alimentares relativas a uma pessoa com menos de 18 anos ou a um adulto que, devido a uma diminuição ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não esteja em

⁷⁰⁷ Andrea Bonomi afirma que, ao procurar um equilíbrio entre a preocupação com a proteção do credor e a aplicação da lei de um Estado com o qual o casamento possuísse conexões mais próximas, acreditou-se, inicialmente, na utilização da última residência habitual dos cônjuges, uma vez que consistiria em uma conexão mais pertinente do que a residência habitual do único credor de alimentos. BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 05 nov. 2020. p. 23.

⁷⁰⁸ Andrea Bonomi ressalta, no entanto, “que a expressão ‘residência habitual comum’ não implica que os cônjuges tenham vivido juntos, mas basta que tenham residido ao mesmo tempo num único Estado durante o casamento”, ou seja, a residência habitual comum dos cônjuges não corresponde à casa comum em que estes vivem, e sim à residência ser em um Estado comum. Destaca que esses critérios são meramente exemplificativos e que o artigo 5º sugere o critério da última residência habitual comum dos cônjuges por entender que em muitos casos essa lei terá conexões muito significativas com o casamento. BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 05 nov. 2020. p. 24-25.

⁷⁰⁹ CONFERÊNCIA DA HAIASOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

condições de proteger os seus interesses”⁷¹⁰. Para Andrea Bonomi, a inserção da autonomia da vontade das partes representa uma das principais novidades introduzidas pelo protocolo, e “corresponde a uma forte tendência no plano internacional para reconhecer a liberdade de escolha da lei aplicável, mesmo em áreas onde tradicionalmente estava excluída”⁷¹¹.

Percebe-se, assim, que com a alteração do sentido de família⁷¹², a partir de uma visão que abandona o posicionamento patriarcal, a autonomia passa a alcançar “também a possibilidade de escolha de diferentes arranjos familiares” com o “reconhecimento de que o Direito não pode fechar os olhos à realidade múltipla que o circunda”. Essas modificações foram consequências da própria transformação da sociedade, destacando-se “o papel transformador do princípio da liberdade em sua faceta autonomia privada”⁷¹³.

Ao tratar sobre a liberdade das partes, o Protocolo da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos determina, ainda, que a lei designada pelas partes não será aplicada quando acarretar consequências “manifestamente injustas ou pouco razoáveis para qualquer das partes”, a menos que as partes estejam “plenamente informadas e conscientes das consequências da sua escolha”⁷¹⁴. Evidencia, nesse sentido, uma preocupação prévia com o resultado material encontrado.

A incorporação dessa convenção e do protocolo ao ordenamento jurídico brasileiro atualiza a disciplina no país, inserindo certa flexibilidade às normas nacionais já ultrapassadas do direito internacional privado brasileiro. A inserção do princípio da proximidade em uma futura atualização normativa do direito brasileiro será defendida, ainda que pareça algo distante (sem previsão de acontecer em um futuro próximo).

Assim, o objetivo, nesse momento, é a defesa da incidência principiológica da proximidade na prática do direito internacional privado brasileiro: a busca por uma

⁷¹⁰ CONFERÊNCIA DA HAI A SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

⁷¹¹ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 05 nov. 2020. p. 27.

⁷¹² No direito brasileiro, evidencia-se o fenômeno através do advento do Código Civil de 2002. BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 out. 2020.

⁷¹³ STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 33-34.

⁷¹⁴ CONFERÊNCIA DA HAI A SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

aplicação de regras de conexão que busque o vínculo mais estreito, o direito mais próximo. E, ainda, que essa aplicação seja baseada em uma interpretação do princípio da proximidade à luz da proteção da pessoa humana. O desafio é maior, sem dúvida, em matérias não englobadas por qualquer convenção internacional, em que a aplicação da norma de conexão depende puramente da legislação nacional interna.

Ao olhar para a jurisprudência brasileira, no entanto, já é possível encontrar decisões que utilizam a proximidade como argumento para a busca da solução mais favorável à parte, apesar das deficiências do direito internacional privado no país: “encontram-se decisões em matéria trabalhista e de comércio internacional de mercadorias”⁷¹⁵. As decisões existentes utilizam o princípio da proximidade como uma ferramenta corretiva de direitos violados e, em todos os casos, afasta a norma estrangeira para a utilização do direito do foro.

Observa-se, assim, a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) proferida em outubro de 2010, no Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034⁷¹⁶, em que se discutia o direito aplicável ao caso: “em tal decisão o princípio da proximidade foi

⁷¹⁵ MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba: 2018, p. 330.

⁷¹⁶ Observa-se, assim, a ementa da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho: “RECURSO DE REVISTA – CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO – CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO. A discussão sobre o mecanismo de solução do conflito de leis no espaço ganha relevo no ponto de desenvolvimento do capitalismo brasileiro, em que as empresas nacionais ou transnacionais, cada vez mais, expandem seus negócios além das fronteiras, fazendo com que empregados brasileiros tenham seus contratos de trabalho executados, parcial ou totalmente, em outros países. Essa tendência crescente leva à reflexão se os modelos tradicionais de solução atendem a essa realidade complexa e em contínua mutação. Tradicionalmente, os modelos clássicos de solução de conflito de leis no espaço têm seguido dois enfoques: i) norma do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, pela qual as obrigações são qualificadas e regidas pela lei do país em que se constitui o contrato; ii) norma do art. 198 do Código Bustamante e consagrado na Súmula nº 207 do TST, que adota o princípio da territorialidade e estabelece a ‘lex loci executionis’, na qual se pressupõe que o contrato de trabalho seja pactuado para a prestação dos serviços em país diverso do país onde efetuada a contratação, adotando-se as regras integrais daquele em detrimento das deste. Mais recentemente, por construção jurisprudencial, tem sido, ainda, aplicada a norma do art. 3º da Lei nº 7.064/82, inicialmente prevista para os trabalhadores do ramo de engenharia civil, que relativiza a regra do art. 198 do Código de Bustamante, determinando a observação da lei brasileira, quando mais favorável do que a legislação territorial no conjunto de normas em relação à matéria. Aponta-se, ainda, como novo mecanismo de solução de conflitos o método unilateral, segundo o qual não se busca de maneira objetiva a lei aplicável, mas sim a norma aplicável que melhor solucione o litígio a partir de fatores relevantes, consagrado no direito americano no ‘Restatement Second of Conflict of Law’, também concebido como princípio da proximidade ou da relação mais significativa. Verifica-se que a situação do autor, contratado no Brasil, tendo aqui prestado serviços e, posterior e sucessivamente, sido transferido a outros países, mas com manutenção do contrato de trabalho no Brasil, inclusive com depósitos na conta vinculado do FGTS, o que indiscutivelmente concede a expectativa de retorno, confirmada pela conclusão do contrato de trabalho em território brasileiro, aponta uma dessas situações em que, pela unicidade contratual, não há elemento de conexão capaz de abranger a complexidade da contingência, fugindo aos enfoques clássicos de solução. Nessa medida, a decisão da Corte Regional em que se adotou a regra do art. 3º da Lei nº 7.064/82 não contraria a Súmula nº 207 do TST. Recurso de revista não conhecido”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034. 06 de outubro de 2010.

utilizado para justificar a aplicação da lei brasileira na relação laboral de um trabalhador que fora contratado no Brasil e posteriormente transferido sucessivamente a diversos países estrangeiros (Inglaterra, Holanda e Chile)”⁷¹⁷.

A decisão questionou, assim, a adequação da solução do conflito de leis no espaço, ao considerar que “as empresas nacionais ou transnacionais, cada vez mais, expandem seus negócios além das fronteiras, fazendo com que empregados brasileiros tenham seus contratos de trabalho executados, parcial ou totalmente, em outros países”⁷¹⁸. O caso analisou, nesse sentido, qual lei deveria ser aplicada. A empregadora alegava a incidência da Súmula 207 do TST que previa o princípio da *lex loci executionis* para os conflitos de leis trabalhistas no espaço, que assim determinava: “a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”⁷¹⁹.

A decisão destacou a tendência de que cada vez mais empregados brasileiros tenham seus contratos de trabalho executados em outros países, uma vez que o Brasil constitui um polo de desenvolvimento econômico, científico e tecnológico no hemisfério sul. Diante desse cenário e das normas de conexão existentes no país, questionou “se os modelos tradicionais de solução atendem a essa realidade complexa e em contínua mutação”⁷²⁰.

Nessa decisão, e entre a jurisprudência do TST de modo geral, é possível encontrar a menção expressa à utilização do princípio da proximidade como uma forma de garantir a aplicação da lei mais favorável à relação trabalhista, principalmente em situações em que o empregado brasileiro é enviado para executar os serviços em países

⁷¹⁷ MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba: 2018, p. 331.

⁷¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 06 de outubro de 2010.

⁷¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 207. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-207> Acesso em: 07 nov. 2020.

⁷²⁰ Conforme a decisão, a lei aplicável em relações trabalhistas tem seguido o “método bilateral típico de solução de conflito de leis no espaço, sob dois principais enfoques: (i) norma do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, pela qual as obrigações são qualificadas e regidas pela lei do país em que se constitui o contrato; (ii) norma do art. 198 do Código de Bustamante e consagrado na Súmula nº 207 do TST, que adota o princípio da territorialidade e estabelece a *lex loci executionis*, na qual se pressupõe que o contrato de trabalho seja pactuado para a prestação dos serviços em país diverso do país onde efetuada a contratação, adotando-se integralmente as regras daquele em detrimento deste”. Tem sido aplicada, também, a norma do art. 3º da Lei nº 7.064/82, “inicialmente prevista para os trabalhadores do ramo de engenharia civil, que relativiza a regra do art. 198 do Código de Bustamante, determinando a observação da lei brasileira, quando mais favorável do que a legislação territorial no conjunto de normas em relação à matéria”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 06 de outubro de 2010.

estrangeiros. O voto do Ministro Vieira de Mello Filho menciona a existência de um novo mecanismo de solução de conflitos em substituição ao modelo bilateral, “segundo o qual não se busca de maneira objetiva a lei aplicável, mas sim a norma aplicável que tenha o resultado mais justo e de melhor solução à lide a partir de fatores relevantes, consagrado no direito americano no *Restatement Second of Conflict of Law*, também concebido como princípio da proximidade ou da relação mais significativa”⁷²¹.

A decisão do Ministro ainda ratifica que a hipótese defendida na decisão “estaria contemplada pela regra prevista pelo Professor Haroldo Valladão no anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, no seu art. 62”⁷²². Esse artigo determinava: “às relações de trabalho iniciadas, exercidas ou concluídas em território brasileiro aplicam-se as leis brasileiras referentes a direitos, vantagens e garantias, mínimos, do empregado”⁷²³. Essa decisão, então, determinou a utilização do artigo 3º da Lei nº 7.064 de 1982, ordenando a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho quando for mais favorável do que a legislação territorial⁷²⁴. Essa lei restringia-se às relações trabalhistas envolvendo empresas prestadoras de serviços de engenharia. Desde 2009, no entanto, com o advento da Lei nº 11.962, a redação do art. 1º da Lei nº 7.064 estendeu o

⁷²¹ A decisão apresenta, ainda, a previsão do § 6 do *Restatement Second on the Conflicts of Law* de 1971 que estipula os princípios para escolha da lei aplicável e que consagrou o princípio da proximidade e a busca pelos vínculos mais estreitos ou pela relação mais significativa. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 06 de outubro de 2010.

⁷²² Importa salientar que o anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas atualizaria as normas de conexão e o direito internacional privado brasileiro. O anteprojeto, no entanto, não foi aprovado, tendo sido arquivado. Ainda assim, é possível observar a sua menção em decisões do Tribunal Superior do Trabalho, como justificativa para afastar a regra de conexão que seria tradicionalmente aplicável, atuando como uma espécie de *soft law*. A decisão, assim, reconheceu: “para felicidade dos críticos ou desespero dos entusiastas, certo é que o projeto do Professor Valladão não entrou em vigor, motivo pelo qual a regra prevista é de todo inaplicável. Entretanto, certo é que pelas particularidades destacadas, as regras clássicas utilizadas são igualmente inaplicáveis ao caso em análise, motivo pelo qual não se denota na decisão recorrida contrariedade à Súmula nº 207 do TST ou violação ao art. 198 do Código de Bustamante”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 06 de outubro de 2010.

⁷²³ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁷²⁴ Observa-se a previsão integral do dispositivo: “Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços: I - os direitos previstos nesta Lei; II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”. BRASIL. Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7064.htm> Acesso em: 10 nov. 2020.

diploma a todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior⁷²⁵.

A análise dessa decisão permite observar a influência do projeto elaborado por Valladão, ainda que não aprovado. O texto é utilizado, no entanto, como uma *soft law*. O entendimento adotado nessa decisão pode ser observado, também, em outras decisões nacionais.

Nesse sentido, destaca-se a decisão proferida pelo TST em 2011, nos Embargos em Recurso de Revista nº 219000-93.2000.5.01.0019⁷²⁶, envolvendo a contratação de um empregado pela *Braspetro Oil Service Company*, empresa subsidiária da Petrobrás constituída nas Ilhas Cayman, para prestar serviços nas águas territoriais da Angola. No caso, as reclamadas alegavam a aplicação da legislação do país da prestação dos serviços, por meio do artigo 14º da Lei nº 7.064/82⁷²⁷ e da Súmula nº 207 do TST.

Conforme a decisão, prevaleceu, no direito internacional privado brasileiro, a tese de que deveria ser aplicado o disposto no Código de Bustamante (*lex loci executionis*) por se tratar de norma especial, afastando a lei do local em que a obrigação se constituiu (prevista no artigo 9º da LINDB). No entanto, paulatinamente, “o princípio da territorialidade consagrado pelo Código de Bustamante passou a ser substituído, na doutrina e na legislação alienígena, pelo princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador”⁷²⁸.

⁷²⁵ O artigo 1º passou a ter a seguinte redação: “Art. 1º Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior”. BRASIL. Lei nº 11.962, de 3 de julho de 2009. Altera o art. 1º da Lei no 7.064, de 6 de dezembro de 1982, estendendo as regras desse diploma legal a todas as empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestar serviço no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111962.htm> Acesso em: 12 nov. 2020.

⁷²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-219000-93.2000.5.01.0019. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 22 de setembro de 2011.

⁷²⁷ O artigo 14º determina: “Art. 14 - Sem prejuízo da aplicação das leis do país da prestação dos serviços, no que respeita a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador os direitos a ele conferidos neste Capítulo”. BRASIL. Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7064.htm> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁷²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-219000-93.2000.5.01.0019. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 22 de setembro de 2011.

O Código de Direito Internacional Privado de 1928, conhecido como Código de Bustamante⁷²⁹, foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 18.871⁷³⁰. O artigo 198º, assim, determinava que a legislação sobre acidentes de trabalho e proteção social do trabalhador seriam territoriais⁷³¹.

O voto da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi questionou qual seria a normatização aplicável ao empregado entre a legislação brasileira e a legislação angolana⁷³². Ratificou, expressamente, que “é necessário encontrar uma coerência sistêmica que leve em consideração tanto os princípios mais fundamentais aplicáveis ao caso quanto à história institucional, refletida tanto na jurisprudência quanto na legislação”, o que justificaria a aplicação da legislação mais favorável ao trabalhador (que, nesse caso, seria a brasileira). Essa situação é possível “em razão dos estreitos vínculos do empregador com o ordenamento jurídico nacional”⁷³³.

⁷²⁹ O Código de Bustamante foi assinado por quinze Estados americanos: Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela. Ver mais em: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 32. A dificuldade que esse Código enfrentou restou agravada por prever o elemento de conexão domicílio em um momento em que a legislação brasileira ainda adotava o elemento de conexão nacionalidade. Essa “posição do Estado brasileiro, isolada no contexto latino-americano, de se manter fiel à nacionalidade como elemento de conexão” dificultava “algumas das importantes iniciativas de uniformização das regras de conflito no contexto continental”, entre as quais destaca-se o Código de Bustamante. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil*. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 24.

⁷³⁰ BRASIL. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷³¹ O artigo previa expresamente: “Artículo 198. También es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador”. BRASIL. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷³² A Ministra utiliza argumentos hermenêuticos a fim de afastar a regra de conexão tradicional por entender que a utilização de uma outra lei (nesse caso, a brasileira) seria mais favorável ao empregado, parte vulnerável na relação jurídica trabalhista em questão. Afirma, então: “a interpretação das normas jurídicas deve atender ao postulado da integridade do direito. É necessário que o intérprete busque, na atividade hermenêutica, a coerência entre a história institucional, firmada na jurisprudência e na legislação, e os princípios constitucionais. Assim, o julgador deve, no exame do caso concreto, buscar a interpretação que melhor se acomode tanto à história institucional quanto aos princípios aplicáveis à hipótese”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-219000-93.2000.5.01.0019. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 22 de setembro de 2011.

⁷³³ Assim, afirma: “por se tratar de empresa subsidiária da maior empresa estatal brasileira, que tem suas atividades estritamente vinculadas ao país, entendo aplicável a legislação mais favorável ao trabalhador – no caso, a brasileira –, em razão dos estreitos vínculos do empregador com o ordenamento jurídico nacional”. Conforme seu voto, a circunstância de a Reclamada Braspetro Oil Service Company – Brasoil ter sido formalmente instituída nas Ilhas Cayman “não constitui óbice à aplicação da legislação pátria. Com efeito, a empresa é subsidiária da maior empresa estatal brasileira e tem suas atividades, portanto, estritamente vinculadas ao país, revelando vínculo estreito com o ordenamento jurídico nacional”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-219000-93.2000.5.01.0019. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 22 de setembro de 2011.

Importa salientar que a Súmula 207 do TST foi cancelada⁷³⁴ em 2012 e não é mais aplicável no direito internacional privado brasileiro. É possível encontrar, nesse sentido, outras decisões⁷³⁵ proferidas pelo tribunal e que utilizam a fundamentação do princípio da proximidade para proteger o trabalhador, parte vulnerável na relação jurídica trabalhista. Essas decisões utilizam o artigo 3º da Lei nº 7.064, afastando a norma de conexão que tradicionalmente seria aplicável, para incidir em uma norma mais favorável ao empregado – desde que constatados os vínculos dessa lei com a relação jurídica em questão, conforme o princípio da proximidade.

Uma decisão mais recente do TST foi proferida em maio de 2019 pelo Ministro Douglas Alencar Rodrigues, no Recurso Ordinário nº 52600-82.2009.5.10.0000⁷³⁶. O caso referia-se a um contrato de trabalho em que a prestação do serviço se dava em embarcação privada italiana que perpassava em águas brasileiras e internacionais. A pré-contratação do trabalho, no entanto, ocorreu no Brasil, com empregada brasileira que prestava serviços parcialmente no Brasil, de modo que o conjunto de circunstâncias levava à consideração de que a causa estaria fortemente conectada com o direito nacional.

A reclamada alegava, assim como nos demais casos, que deveria ser aplicada a lei do local da prestação dos serviços, nesse caso a lei da Inglaterra, conforme artigo 198º do Código Bustamante⁷³⁷. A decisão mencionou expressamente a existência do princípio

⁷³⁴ A Súmula nº 207 do TST foi cancelada pela Resolução nº 181/2012 do Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Resol/Res_181_12.html> Acesso em: 11 nov. 2020.

⁷³⁵ Observa-se a decisão proferida no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-103840-50.2007.5.03.0138: “Não obstante, e tendo em vista a tentativa da reclamada de estabelecer dissenso pretoriano, infere-se que este Tribunal Superior, antes mesmo do cancelamento da Súmula nº 207, já vinha adotando iterativo e notório posicionamento no sentido de que o princípio da territorialidade, versado no verbete sumular cancelado, admite exceção, na hipótese de empregado contratado no Brasil e posteriormente transferido para prestar serviços no exterior – caso concreto, e no qual se aplica, ao invés daquele postulado, o princípio da norma mais favorável, nos termos do artigo 3º, II, da Lei nº 7.064, de 06/12/82, que – observe-se – não se restringe a engenheiros ou a empregados de empresas de engenharia”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-103840-50.2007.5.03.0138. Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa. 19 de setembro de 2012. Destaca-se, também, a decisão proferida no Recurso de Revista nº 220740-38.1996.5.02.0039 pelo Ministro Vieira de Mello Filho: “verifica-se que o autor, venezuelano, foi destacado no grupo venezuelano, para realizar atividades no Brasil como gerente geral, estando vinculado a empresa constituída sobre a legislação brasileira, com contraprestação e benefícios oferecidos no Brasil. Restringindo-se a lide à discussão sobre a natureza da relação jurídica havida no período das atividades realizadas no Brasil, não resta dúvida de que o aplicável o direito brasileiro”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº TST-RR-220740-38.1996.5.02.0039. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 29 de agosto de 2012.

⁷³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº TST-RO-52600-82.2009.5.10.0000. Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues. 14 de maio de 2019.

⁷³⁷ Afirma-se: “A Autora aponta ofensa ao artigo 198 do Código de Bustamante (Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana, promulgada no Brasil por meio do Decreto-lei 18.871/1929), sob o fundamento de que a legislação a ser aplicada no julgamento da ação primitiva seria a estrangeira, uma vez que a prestação dos serviços ocorreu na Inglaterra”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso

da proximidade no direito internacional privado: “segundo o princípio do centro de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, *most significant relationship*, as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito”. O princípio da proximidade seria assim uma válvula de escape que permite “ao aplicador do direito uma maior liberdade para decidir o direito cabível no caso concreto”⁷³⁸.

O desenvolvimento do princípio da proximidade no direito internacional privado brasileiro trabalhista reflete a interferência dos valores na determinação do direito aplicável, ainda que as situações existentes tenham invocado apenas a prevalência do direito do foro (legislação brasileira). Rompe, no entanto, com as normas clássicas e tradicionais da disciplina no país. O que se percebe, após a análise dessas decisões, é que a defesa pela incidência das normas estrangeiras era realizada pelo empregador e causava redução dos direitos do empregado – direitos que eram garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. A prevalência da lei do foro, nesses casos, baseava-se no resultado material encontrado com decisões mais favoráveis à parte vulnerável (o empregado).

Ao sair da esfera trabalhista, observa-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)⁷³⁹ proferida em 2016, que invocou o princípio da proximidade, afastando a aplicação da lei dos Estados Unidos da América. O caso envolvia a contratação de uma mudança que sairia dos Estados Unidos da América para a cidade de São Paulo, no Brasil: o contrato foi firmado no Estado norte-americano entre o autor e a empresa ré.

Ordinário nº TST-RO-52600-82.2009.5.10.0000. Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues. 14 de maio de 2019.

⁷³⁸ A decisão apresenta uma previsão do Código Civil do Estado da Louisiana, em seu artigo 3515, que dispõe sobre critérios mais flexíveis para solução de conflito de leis no espaço: “Determinação do direito aplicável. Regra geral e residual: salvo disposição em contrário deste livro (sobre os conflitos de direito), o caso em que a questão tem conexão com outros Estados será regida pela lei do Estado cujas políticas seriam mais seriamente prejudicadas se a sua lei não fosse aplicada. Esse Estado é determinado pela avaliação da força e pertinência das políticas de todos os Estados envolvidos, à luz da relação de cada Estado com as partes, o litígio, as políticas e as necessidades dos sistemas interestaduais e internacionais, incluindo as políticas de defesa das justificadas expectativas das partes e de minimização das conseqüências adversas que podem se seguir ao submeter a parte à lei de mais de um Estado. (Tradução livre)”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº TST-RO-52600-82.2009.5.10.0000. Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues. 14 de maio de 2019.

⁷³⁹ Foi a apelação cível nº 70070973771, com voto proferido pelo Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack em 27 de outubro de 2016. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070973771. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. 27 de outubro de 2016.

A decisão do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack utilizou o princípio da proximidade para afastar a incidência da lei do local da celebração (elemento de conexão previsto no artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): “no caso em apreço, o ordenamento jurídico mais próximo da relação jurídica entre as partes é o brasileiro, não o norte-americano”. Forneceu, então, três motivos que justificariam essa proximidade. O primeiro foi o Brasil ter sido o local da maior parte da execução do contrato, local em que foram sentidos os principais efeitos. Segundo porque “à exceção da empresa Confiança Moving Inc., as demais pessoas jurídicas envolvidas na realização da mudança – Confiança Mudança e Transportes Ltda. e Senatrans Transportes Rodoviários Ltda. – possuem domicílio no Brasil”. E, em terceiro, porque o autor e a sua família acabaram fixando domicílio no Brasil após a mudança, local em que vivenciaram os prejuízos da má prestação do serviço contratado em solo estrangeiro. Assim, afirmou que “o local de sede da relação jurídica ora em tela é, pois, o Brasil, não os Estados Unidos, ainda que o contrato lá tenha sido firmado”⁷⁴⁰.

Nesse caso, assim como naqueles julgados pelo TST, a decisão destacou a vulnerabilidade da parte envolvida por configurar a relação em questão como uma relação de consumo: ao determinar a utilização da lei brasileira, o desembargador invocou as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro por entender que o autor e as rés se qualificam como consumidor e fornecedoras, respectivamente⁷⁴¹.

Essas decisões afastam a aplicação das normas do direito internacional privado brasileiro que gerariam resultados injustos para as partes vulneráveis. No que se refere à atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), é preciso destacar que está em tramitação no país atualmente, o Projeto de Lei nº 3514⁷⁴²,

⁷⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070973771. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. 27 de outubro de 2016.

⁷⁴¹ A decisão determinou: “pelas razões expostas, interpreto o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro à luz do princípio da proximidade e, com isso, refuto a aplicação do Direito norte-americano ao deslinde do mérito, valendo-me do Direito brasileiro para solucioná-lo. E, assim, prossigo no julgamento sobretudo com base no Código de Defesa do Consumidor, já que o autor e as rés se qualificam, nessa ordem, como consumidor e como fornecedoras, à luz da definição dos agentes econômicos dada pelo art. 2º, ‘caput’, e pelo art. 3º, ‘caput’, respectivamente, do CDC”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070973771. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. 27 de outubro de 2016.

⁷⁴² Este Projeto de Lei: “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 07 dez. 2018.

apresentado pelo Senador José Sarney, que, *a priori*, visava apenas atualizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC). No momento, porém, este projeto conta com uma atualização do artigo 9º da LINDB, destinado a “aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais”, observando-se a inserção da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro⁷⁴³.

Conforme o texto em tramitação, observa-se que o artigo 9º, *caput*, manteria a sua redação atual: “as obrigações, salvo os casos específicos previstos em lei, reger-se-ão pela lei do país em que se constituírem”. As inovações seriam inseridas através da inclusão do artigo 9º-A, 9º-B e 9º-C à LINDB. O artigo 9º-A seria específico para as obrigações contratuais celebradas entre profissionais, o artigo 9º-B destinado às relações internacionais de consumo e o artigo 9º-C para as obrigações extracontratuais.

O artigo 9º-A determina que “o contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes rege-se pela lei escolhida pelas partes, sendo que o acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso”⁷⁴⁴. Conforme Nádia de Araújo, a redação do novo artigo 9º estaria relacionada aos princípios da Haia que possuem como “missão primordial promover a autonomia das partes, assegurando que a lei escolhida por elas seja utilizada quando surge um litígio em relação ao contrato internacional em questão”⁷⁴⁵.

O § 1º do artigo 9º-A estipula que não é necessário haver uma conexão entre a lei escolhida e as partes ou a transação. O § 3º define que na ausência ou invalidade da escolha, o contrato será regido pela lei do lugar de sua celebração, que, em contratos celebrados a distância, corresponderá ao local da residência do proponente. A previsão do artigo 9º-A encerraria o emblemático debate existente no Brasil sobre a possibilidade de escolha de lei aplicável pelas partes nas obrigações contratuais celebradas entre

⁷⁴³ A autonomia da vontade não possui previsão, atualmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – principal legislação de direito internacional privado no país. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 10 nov. 2020.

⁷⁴⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 07 dez. 2018.

⁷⁴⁵ ARAÚJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 251.

profissionais. Entre as propostas de atualização existentes não há, no entanto, qualquer menção a uma autonomia da vontade em matérias de estado pessoal.

Essa atualização insere ainda uma previsão específica para os contratos consumeristas, uma vez que se está diante de uma parte vulnerável e que carece de uma proteção especial. Assim, insere o artigo 9º-B que prevê que o contrato internacional de consumo⁷⁴⁶ reger-se-á pela lei do lugar de celebração ou, se executado no Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável⁷⁴⁷ ao consumidor. Representa uma importante atualização, uma vez que rompe com a visão tradicional do conflito de leis ao exigir que o intérprete execute uma análise do resultado material a fim de determinar se deve ser aplicada a lei brasileira ou a lei do lugar da celebração do contrato.

Em matéria de obrigações extracontratuais, o Projeto de Lei insere o artigo 9º-C determinando que nestas obrigações será aplicável a lei do lugar onde os efeitos se fizerem sentir, caso nenhuma das partes envolvidas possua domicílio ou sede no país em que ocorrer o acidente. O parágrafo único do dispositivo insere duas disposições especiais a serem aplicadas quando se tratar de responsabilidade civil por acidente de trânsito. Determina que “quando o acidente envolver ou atingir unicamente pessoas domiciliadas em outro país, o magistrado poderá, excepcionalmente, considerar aplicável a lei daquele país, respeitadas as regras de circulação e segurança em vigor no lugar e no momento do acidente”. Prevê ainda que “quando do acidente resultarem danos a coisas alheias aos veículos acidentados, aplicar-se-á a lei do país em que ocorreu o fato”⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ O artigo 9º-B determina ainda que o contrato internacional de consumo será aquele “entendido como aquele realizado entre um consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor”. BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 07 dez. 2018.

⁷⁴⁷ Ao abordar a aplicação da lei mais favorável no direito internacional privado, Haroldo Valladão menciona que se trata de “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”, concluindo-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”. VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no DIP. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 76, 1981. p. 53.

⁷⁴⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em:

Assim, observa-se que esse Projeto de Lei pretende atualizar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que tange às obrigações contratuais e extracontratuais, inserindo dispositivos mais modernos que preveem a possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes, a possibilidade de aplicação da lei brasileira aos contratos de consumo quando mais favorável aos consumidores e uma previsão específica às obrigações extracontratuais.

A atualização da LINDB quanto às obrigações extracontratuais, no entanto, não rompe com a visão tradicional da norma de conflito, tal como ocorre na emblemática decisão do caso *Babcock v. Jackson*. A proposta brasileira mantém a utilização do método indireto multilateral rígido ao determinar uma solução para toda e qualquer obrigação extracontratual, de modo que o intérprete ignore a análise do resultado material. Percebe-se que “o método conflitual clássico é tido como um ‘método rígido’ justamente porque ele indica o direito aplicável – sem se preocupar – em geral – com o resultado de tal aplicação”⁷⁴⁹.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro adota, tradicionalmente, este método indireto rígido, “que impõe ao juiz a aplicação da norma material indicada pelo critério de conexão, sem que este possa valorar a sua aplicação e analisar se a solução é a mais adequada ao fato transnacional”⁷⁵⁰. Dessa forma, era previsível que uma atualização normativa do artigo 9º manteria raciocínio semelhante. Assim, ainda que a decisão do caso *Babcock v. Jackson* tenha, já em 1963, utilizado o princípio da proximidade a partir da incidência da lei que possuísse uma relação mais significativa com o fato transnacional (*most significant relationship*), com a utilização de uma norma de conflito baseada no método indireto flexível fechado, essa realidade parece distante de ser inserida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que se refere às obrigações.

O que esperar, então, de uma inclusão do princípio da proximidade nas normas de direito internacional privado brasileiro em matérias do estado pessoal? O prognóstico não é positivo. A dificuldade brasileira de se desvencilhar do método conflitual clássico é visível: nem nas tentativas de atualização da LINDB foi possível observar uma

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 07 dez. 2018.

⁷⁴⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 154.

⁷⁵⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 155.

tendência de abandono da regra de conexão rígida. Essas tentativas já inseriram, no entanto, o princípio da proximidade e a busca pela conexão mais estreita.

O anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, elaborado por Haroldo Valladão⁷⁵¹ em 1964, que visava reformar as normas do direito internacional privado brasileiro, “deixou de lado os critérios simplistas e superados, de lei nacional ou de lei de domicílio”, optando por critérios que apesar de menos lógicos, seriam “mais justos, equitativos, práticos e efetivos”, como, por exemplo, a “lei da residência habitual”⁷⁵².

Em 1995, outra tentativa de atualização⁷⁵³ do direito internacional privado brasileiro concretizou-se por meio do Projeto de Lei nº 4.905⁷⁵⁴. Como disposto na exposição de motivos, essas previsões normativas estariam em conformidade com “a moderna orientação consubstanciada em diversas Convenções da Haia e da CIDIP”⁷⁵⁵.

O artigo 8º determinava, então, que a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família seriam regidos pela lei do domicílio. A norma previa que o critério a ser utilizado na ausência de domicílio seria a lei da residência habitual e, posteriormente,

⁷⁵¹ O Governo Federal encarregou, através dos Decretos nº 51.005 de 1961 e nº 1.490 de 1962, o Professor Haroldo Valladão da preparação de um Anteprojeto para atualização da Lei de Introdução ao Código Civil, que foi entregue em janeiro de 1964. O Decreto nº 1.490 de 1962 previa no artigo 1º a autorização para o Ministro da Justiça e Negócios Interiores contratar profissionais para a elaboração de determinados Códigos de Leis, dentre os quais se destaca aquele referente à Lei de Introdução ao Código Civil e aos das Obrigações. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁷⁵² Apesar de não ter obtido sucesso, esta proposta, datada de 1964, já previa a inclusão do critério da residência habitual no direito internacional privado brasileiro. Conforme o autor, já nesta época se observava a prevalência deste critério diante da nacionalidade e do domicílio, critérios que este considerava simplistas e superados. Este anteprojeto foi aprovado pela comissão revisora em 1970, mas não prosperou. VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 124.

⁷⁵³ Reconhecendo-se a urgência de substituição da Lei de Introdução ao Código Civil, considerada já inadequada, o Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins nomeou uma comissão para elaborar novo anteprojeto que a substituiria, através da Portaria nº 510, de julho de 1994. A comissão foi formada pelos juristas Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁷⁵⁴ Este Projeto de Lei nº 4.905 foi resultado de um trabalho da Comissão, composta por Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho, instituída pela Portaria Ministerial nº 510, de 22 de julho de 1995. BRASIL. Projeto de Lei nº 4.905. Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225255>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁷⁵⁵ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

a lei da residência atual⁷⁵⁶. O § 5º do artigo 8º determinava que se os cônjuges possuísem domicílios ou residências diferentes deveria ser aplicada a lei que com os mesmos tivesse vínculos mais estreitos aos efeitos pessoais do casamento⁷⁵⁷. Essa previsão buscava a incidência do sistema jurídico que possuísse “vínculos mais estreitos com a específica questão de direitos pessoais dos cônjuges a ser resolvida”⁷⁵⁸. Seguindo raciocínio semelhante, o § 6º determinava que o menor seria dependente do domicílio dos seus pais (e não apenas do seu pai), de modo que quando os pais possuísem domicílios diferentes, seria aplicável a lei mais benéfica ao menor.

O princípio da proximidade interpretado à luz da proteção da pessoa humana (tal como a presente tese propõe) rompe com o método conflitual do direito internacional privado, ao mesmo tempo em que mantém um vínculo com as ideias defendidas pelos pensadores clássicos. Ainda que essa interpretação já possa ser encontrada em algumas decisões da jurisprudência brasileira, está distante de ser inserida nas normas do direito internacional privado brasileiro ou de se tornar a regra e não a exceção.

Para Symeon Symeonides, a concepção clássica do processo de escolha do direito como “um exercício blindado de valor neutro é ou errado ou ultrapassado”. Durante os últimos 50 anos, passou-se de uma era em que a justiça material era oficialmente não mencionável para uma época em que se tornou uma meta importante e, em alguns casos, igualitária, para a justiça de conflitos. Em suas palavras, o dilema existente hoje “não é (e nunca deveria ter sido) uma escolha entre conflitos, justiça e

⁷⁵⁶ Conforme a Comissão de juristas que elaborou o Projeto, manteve-se o domicílio como regra de conexão principal, e também a residência como regra de conexão subsidiária, sendo esta, no entanto, diferente da previsão contida na LICC, uma vez que “é dividida em residência habitual e residência atual”. Ainda que previsto como um elemento de conexão subsidiário, – aplica-se apenas quando inexistir o domicílio – já foi possível observar a presença da residência habitual em uma proposta de atualização da norma de direito internacional privado brasileiro do ano de 1995, em conformidade com “a moderna orientação consubstanciada em diversas Convenções da Haia e da CIDIP”. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁷⁵⁷ Essa regra é consequência da abolição da figura masculina como chefe de família no direito civil brasileiro, não se estendendo mais o seu domicílio ao outro cônjuge. Seguindo raciocínio semelhante, o § 6º do artigo 8º determinava que a criança fosse dependente do domicílio dos seus pais, e não apenas do seu pai. Em casos de pais com diferentes domicílios, a lei aplicável seria aquela que fosse mais benéfica ao vulnerável. BRASIL. Projeto de Lei nº 4.905. Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225255>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁷⁵⁸ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

justiça material”, e sim uma questão de “quando, como e quanto o desiderato da justiça material deve moderar a busca por conflitos de justiça”⁷⁵⁹.

Fernando Meinero afirma, nesse sentido, que “em essência, a ideia de proximidade é inerente às normas de conflito tal como foram pensadas por Savigny”, de modo que “ele buscava a sede da relação jurídica, isto é, o local mais próximo a essa relação em razão da natureza desta”⁷⁶⁰. Para Gabriel Valente dos Reis, a doutrina de Savigny apresentava a proximidade em nível abstrato, analisando a proximidade entre o tipo de relação jurídica e o ordenamento jurídico que deveria regê-la, enquanto o princípio da proximidade iria além, propondo que os fatos jurídicos fossem regidos pelo ordenamento que lhes estivesse mais próximo, a partir da análise do conflito específico a ser dirimido⁷⁶¹.

Ao salientar que a proximidade está implícita no método conflitual clássico, neutro, que não se preocupa com o resultado material, Fernando Meinero defende que a sua aplicação “deve também munir-se de ferramentas ao intérprete para corrigir esse rumo quando os fatos não se revelam próximos ao elemento de conexão pensado pelo legislador”⁷⁶². O que refletiria a função corretiva do princípio da proximidade.

A aplicação do princípio da proximidade proposta aqui, no entanto, almeja uma interpretação baseada na proteção da pessoa que ocorra desde o momento da determinação do direito aplicável, e não como uma função puramente corretiva. O principal desafio será evitar o *lex forismo*⁷⁶³, a tendência de recair sempre na utilização da lei do foro.

⁷⁵⁹ Tradução livre de: “Thus, the classical conception of the choice-of-law process (statutory or judicial) as a blindfolded, value-neutral exercise is either wrong or outdated. During the last 50 years, we have moved from an era in which material justice was officially unmentionable to an era in which it has become an important and, in some instances, co-equal goal to conflicts justice. Today, the dilemma is no longer (and perhaps it never should have been) an “either/or” choice between conflicts justice and material justice. Rather, it is a question of when, how, and how much the desideratum of material justice should temper the search for conflicts justice”. SYMEONIDES, Symeon C. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 384. 2015. p. 254-255.

⁷⁶⁰ MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba: 2018, p. 334.

⁷⁶¹ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 295-296.

⁷⁶² MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba: 2018, p. 335.

⁷⁶³ Fernando Meinero cita essa tendência ao tratar sobre o princípio da proximidade: “é claro que a opção por aplicar o direito do foro carrega sempre a suspeita do denominado lexforismo, não pode determinar-se até ponto essa circunstância pesou na decisão”. MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do Princípio da Proximidade no Direito Internacional Privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica*. v. 02. n. 51. Curitiba: 2018, p. 331.

Robert Lefflar afirma, nesse sentido, que a preferência pelo direito do foro relaciona-se com “o sentimento natural de um juiz de que a lei de seu próprio estado é melhor do que a de outros estados”⁷⁶⁴. Para Horatia Muir Watt, o *lex forismo* expressa, na melhor das hipóteses, uma indiferença e uma vontade de ignorar os elementos estranhos à realidade social ou econômica da comunidade local. Na pior das hipóteses, “e mais comumente, uma reação distintamente defensiva, expressiva de desconfiança na lei estrangeira ou em tribunais estrangeiros, o que leva a um reforço das fronteiras locais”⁷⁶⁵.

As decisões dos tribunais brasileiros, mencionadas acima, utilizaram o princípio da proximidade para afastar a aplicação do direito estrangeiro, recaindo na utilização do direito do foro. É possível uma reflexão crítica do posicionamento adotado: caso o direito estrangeiro fosse mais favorável à parte vulnerável presente nesses casos, o princípio da proximidade teria sido invocado a fim de afastar a aplicação do direito brasileiro? A falta de precedentes nesse sentido pode ser uma das indicações de que o princípio da proximidade só é mencionado quando se pretende prevalecer o direito do foro.

A definição dos novos paradigmas do princípio da proximidade à luz do direito internacional privado brasileiro pretende responder uma das questões que guiaram a presente tese: o direito internacional privado brasileiro possui regras de conflito materializadas a partir da influência dos direitos humanos que utilizam o princípio da proximidade?

Ainda que a resposta a essa questão seja positiva (há normas de conexão materializadas no direito internacional privado brasileiro por meio de instrumentos internacionais incorporados ao ordenamento nacional), não é possível afirmar que essa função protetiva seja exercida amplamente pelo princípio da proximidade. Verdade é que

⁷⁶⁴ Para o autor é evidente que às vezes a lei local não é melhor, afirmando que a maioria dos juízes é perfeitamente capaz de perceber isso: “a inclinação de qualquer tribunal razoável será preferir regras de direito que façam sentido socioeconômico para o momento em questão, sejam elas próprias ou de outro estado”. Tradução livre de: “A judge's natural feeling that his own state's law is better than that of other states to some extent explains forum preference. Of course the local law is sometimes not better, and most judges are perfectly capable of realizing this. The inclination of any reasonable court will be to prefer rules of law which make good socio-economic sense for the time when the court speaks, whether they be its own or another state's rules”. LEFLAR, Robert A. *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*. *California Law Review*. v. 54. n. 4. 1966. p. 1588.

⁷⁶⁵ Tradução livre de: “The most closed or conservative stance in private international law, *lex forism* is the easiest to identify. It is taken here as a systematic preference for local law. Such an attitude concerns not only foreign law as such, but also jurisdiction and foreign judgements. It expresses at best, indifference and a will to ignore towards foreign elements within the social or economic fabric of the local community, which are not considered as calling for any specific treatment, or, at worst and more usually, a distinctly defensive reaction, expressive of distrust of foreign law or foreign courts, which leads to a shoring up of local frontiers”. WATT, Horatia Muir. *Foreign Life-Forms and Law's Ethics of Difference (A View from Private International Law)*. *Journal of Comparative Law*. v. 12. n. 2. 2017. p. 172.

a previsão do princípio da proximidade no direito brasileiro é escassa e as poucas normas que o preveem não fazem qualquer menção à proteção da pessoa. A incidência prática desse princípio na jurisprudência brasileira, no entanto, permite observar uma utilização voltada a garantir o melhor resultado ou o resultado mais justo à parte vulnerável (com fundamentações baseadas em instrumentos que não possuem força vinculante, de *soft law* e de direito comparado).

A dinâmica da vida moderna exige que as soluções apresentadas pelo direito internacional privado se adequem à realidade existente, afastando a disciplina da ingênua visão de que a utilização de um único elemento de conexão predeterminado deve solucionar toda e qualquer situação transnacional. O direito internacional privado não representa uma disciplina de sobredireito, meramente indicativa da lei aplicável. Não é possível afirmar que as escolhas realizadas pelo Brasil em 1916 e em 1942 eram apolíticas.

Com base nos novos paradigmas do princípio da proximidade, aqui defendidos, a última etapa dessa pesquisa buscará analisar a viabilidade da previsão de um teste de proximidade, por meio da elaboração de premissas que, quando aplicadas ao caso concreto, determinarão a escala de proximidade do fato com o direito. Parte-se do pressuposto de que as relações jurídicas possuem mais de uma sede. A essência do teste de proximidade deverá refletir a busca pela incidência do ordenamento jurídico do local que possuir uma conexão mais próxima com a relação jurídica, que corresponderá a uma dessas sedes.

A não utilização de critérios rígidos e predeterminados ameaça a segurança jurídica, considerada essencial para as relações jurídicas transnacionais em um mundo globalizado. Amplia, também, a discricionariedade dos operadores do direito que irão executar o teste de proximidade. Um dos objetivos, e talvez o maior desafio da incidência do princípio da proximidade no direito internacional privado em si, é evitar o *lex forismo*, ou seja, a incidência exclusiva e em massa da lei do foro.

André de Carvalho Ramos destaca, em sua obra, que o objeto central do direito internacional privado é a coordenação de normas aplicáveis a fatos plurilocalizados, voltado à gestão da diversidade: “essa gestão da diversidade que caracteriza o Direito Internacional Privado na atualidade não é neutra e nem pode dispensar o estudo de valores e resultados a serem atingidos”⁷⁶⁶. A globalização promoveu um direito internacional

⁷⁶⁶ Em suas palavras, o autor afirma: “o objetivo central do Direito Internacional Privado é coordenar a aplicação de normas incidentes sobre fatos que ultrapassam, por qualquer motivo, as fronteiras de um

privado baseado na tolerância e no respeito às diferenças, no reconhecimento da proteção internacional dos direitos humanos, com base em valores como dignidade, liberdade e igualdade.

Para Henri Batiffol, as normas substantivas representam a proposição mais simples de modificação do método do direito internacional privado, rompendo com o método do conflito de leis⁷⁶⁷. Andreas Bucher, ao mencionar a dimensão social do direito internacional privado, destaca as soluções disponíveis para a determinação do direito aplicável: por meio da regra de conflito bilateral ou por meio da regra de conexão substantiva. Essa regra de conexão substantiva “designa, por meio de diversos critérios de conexão chamados alternativos, diferentes ordens jurídicas, fazendo com que a escolha da lei aplicável dependa de um elemento do direito material”⁷⁶⁸. Como exemplo, cita o direito aplicável ao testamento quando é preferida a lei escolhida por uma das partes, e, ainda, aqueles casos em que se busca um resultado material mais favorável.

É necessário, assim, investigar se existem diretrizes gerais para a construção de um sistema de direito internacional privado baseado nos direitos fundamentais, definindo como devem ser estruturados os critérios de conexão: “o objetivo é garantir sua proteção de forma preventiva, sem a necessidade de invocar os direitos humanos como remédio”⁷⁶⁹.

Estado e que envolvam a vida social do indivíduo. Busca-se, assim, proteger o indivíduo nos fluxos transfronteiriços, evitando que a xenofobia e o chauvinismo jurídicos violem a igualdade e a justiça material”. CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 28.

⁷⁶⁷ Tradução livre de: “*Nous abordons la proposition la plus simple et la plus directe pour modifier profondément la méthode du droit international privé, celle des règles dites matérielles. Vous vous rappelez le point de départ de la thèse: la méthode classiquement considérée comme exclusive dans notre branche du droit, savoir celle des conflits de lois, ne peut résoudre les problèmes en jeu par la désignation de la loi de l'un des Etats avec lesquels la situation considérée présente des points de rattachement*”. BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 139. 1973. p. 107.

⁷⁶⁸ Tradução livre de: “*Une variante significative de la règle bilatérale de conflit consiste en la règle de rattachement à caractère substantiel. Celle-ci désigne, au moyen de plusieurs critères de rattachement, dits alternatifs, différents ordres juridiques, faisant dépendre le choix du droit applicable d'un élément de droit substantiel, lié soit à la volonté (la loi préférable étant choisie par une partie), soit à un résultat matériel plus favorable (la forme du contrat étant régie par la loi du contrat ou par celle du lieu de sa conclusion, comme le veut la règle « locus regit actum », par exemple)*”. BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Cours general. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 341. 2010. p. 28.

⁷⁶⁹ Afirma, ainda, que há uma referência cada vez mais frequente aos direitos fundamentais (ou a um conjunto específico de direitos) nos considerandos dos regulamentos da União Europeia sobre cooperação judiciária civil, o que evidencia uma importante escolha política. Tradução livre de: “*È necessario indagare se esistano linee direttrici generali per la costruzione di un sistema di diritto internazionale privato improntato ai diritti fondamentali, e come debbano essere strutturati criteri di collegamento che vi rispondano in quanto tali, indipendentemente dal contenuto della legge individuata. L'obiettivo è di garantirne la tutela in via preventiva, senza che sia necessario invocare i diritti dell'uomo come correttivo. L'esistenza di una soluzione positiva al problema è scontata. Formalmente è riscontrabile un sempre più*

frequente richiamo dei diritti (o di una serie determinata di diritti) fondamentali nei considerando dei recenti regolamenti dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria civile, ma ciò evidenzia un'importante scelta politica, e non è garanzia della loro effettiva realizzazione". MARINO, Silvia. Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 118.

4.2. A construção de um teste de proximidade ou a livre interpretação do princípio da proximidade?

O direito internacional privado, muito apegado as suas raízes históricas, precisa encontrar o equilíbrio com as exigências da sociedade atual: a utilização de critérios rígidos, predeterminados e que desconsideram o resultado material encontrado não condiz com os anseios da sociedade internacional nesse momento. Não há espaço para um direito internacional privado apolítico. Assim, o objetivo, nessa parte da pesquisa, é a propositura de normas de direito internacional privado baseadas no princípio da proximidade: ou por meio de um teste de proximidade que, ao ser aplicado, vise a determinação do direito aplicável às relações jurídicas pessoais, não excluindo o conteúdo material das normas disponíveis; ou pela simples previsão da proximidade com ampla liberdade ao operador.

A crítica ao método clássico do conflito de leis já não é novidade no direito internacional privado, assim como o reconhecimento da pluralidade dos métodos existentes na determinação do direito aplicável. Nesse sentido, Claudia Lima Marques ratifica que a pluralidade de métodos e o fim das barreiras entre o público e o privado caracterizam o direito internacional da pós-modernidade⁷⁷⁰. Afirma-se que “o principal marco para a aproximação entre o direito internacional público e o direito internacional privado é o resgate do ser humano como destinatário final das relações jurídicas plurilocalizadas”⁷⁷¹.

Silvia Marino destaca o abandono de qualquer pretensão de neutralidade do direito internacional privado, afirmando que “alguns debates recentes confirmam como este assunto está relacionado com a proteção dos direitos humanos”⁷⁷². A influência entre as duas disciplinas é considerada “bidirecional”⁷⁷³: ao mesmo tempo em que um sistema

⁷⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 347.

⁷⁷¹ ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A relação entre a globalização e o direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Coord.). *Direito Internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Brasília: Associação Brasileira de Direito Internacional (ABDI), 2011, p. 892.

⁷⁷² Tradução livre de: “*Abbandonata ogni pretesa di neutralità del diritto internazionale privato, alcuni recenti dibattiti confermano come questa materia sia collegata con la tutela dei diritti dell'uomo*”. MARINO, Silvia. *Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 113.

⁷⁷³ Para Silvia Marino, os dois tipos de interação são separados mas estão interconectados. Essas questões foram aprofundadas pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente europeia, na interpretação e aplicação das normas existentes. Tradução livre de: “*Come già messo in rilievo dalla dottrina, le possibili influenze sono bidirezionali. Preliminarmente, l'opportunità di un sistema di diritto internazionale privato può essere rinvenuta nella tutela dei diritti dell'uomo. Successivamente, norme di conflitto adeguate*

de direito internacional privado pode ser encontrado na proteção dos direitos humanos, as normas de conflito de leis também podem garantir direitos fundamentais.

A pluralidade de métodos reflete a inserção dos valores no tradicional conflito de leis. A ascensão de critérios flexíveis evidencia uma busca pela proteção *a priori* de direitos, ao fornecer ao tomador de decisão maior liberdade no momento de decidir o direito aplicável, evitando que essa proteção ocorra somente *a posteriori* com a invocação da ordem pública. Para André de Carvalho Ramos, ascende no direito internacional privado o método indireto flexível, que poderá ser fechado ou aberto, e que “consiste no uso das regras de conexão com a adição de valores e resultados materiais a serem perseguidos pelo intérprete”⁷⁷⁴.

É necessário distinguir o método indireto flexível fechado que utiliza “vetores de preferência” e o método indireto flexível aberto que concede liberdade ao julgador para que este decida o melhor resultado. A utilização do método indireto flexível aberto permite que o tomador de decisão escolha entre as normas possíveis, aquela que produzir o melhor resultado (*better law approach*)⁷⁷⁵. Já o método indireto flexível fechado irá abarcar as normas de direito internacional privado que utilizam critérios alternativos, cumulativos ou subsidiários, e, ainda, as previsões do princípio da proximidade.

Observa-se, assim, que o princípio da proximidade estaria inserido no método indireto flexível fechado: “consiste na determinação da norma material mais adequada para a regência do fato transnacional ou ainda da jurisdição para solucionar litígios, a partir da detecção de vínculos mais próximos ou estreitos com a situação analisada”⁷⁷⁶. Para André de Carvalho Ramos, a utilização do princípio da proximidade evita tanto a escolha da lei a partir de critérios de conexão predeterminados quanto a liberdade concedida ao intérprete para a consecução da justiça material no caso concreto.

possono garantire i diritti fondamentali sia in quanto tali, sia in considerazione del contenuto della legge richiamata. I due tipi di interazione sono separati, ma pur sempre interconnessi. Le questioni sono state approfondite dalla dottrina, e dalla giurisprudenza, soprattutto europea, nell'interpretazione e nell'applicazione delle vigenti norme”. MARINO, Silvia. Brevi considerazioni sulle interazioni fra Diritto Internazionale Privato e Diritti Umani. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 7. n. 1. 2015. p. 113.

⁷⁷⁴ CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 159.

⁷⁷⁵ André de Carvalho Ramos afirma: “Essa busca pela ‘melhor lei’ consagra o método indireto flexível aberto, que consiste no teste de todas as possíveis regras aplicáveis, para que se chegue à ‘melhor solução materialmente possível’ em um fato com elementos de estraneidade. Não há uma predeterminação de preferências, mas, ao contrário, busca-se a justiça no caso concreto (por isso o método é tido como flexível aberto)”. CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 164.

⁷⁷⁶ CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 160-161.

Pretende-se, nesse momento, analisar a presença das duas técnicas de aplicação do princípio da proximidade em uma eventual atualização do direito internacional privado brasileiro, questionando a viabilidade da inserção normativa de um teste de proximidade ou da simples previsão de incidência do direito com vínculos mais estreitos ao caso. A inserção normativa do princípio da proximidade que será proposta, assim, não fugirá do método indireto flexível, mas buscará uma aplicação do princípio da proximidade mista: tanto fechado com a determinação de conexões prévias, como aberta para garantir a eficácia da aplicação do direito mais próximo à luz da proteção do indivíduo.

A primeira parte da construção do teste de proximidade, nesse sentido, deve delimitar os centros da relação jurídica plurilocalizada. Para Friedrich Carl von Savigny⁷⁷⁷, cada relação jurídica possuiria um único centro ou sede. A utilização do princípio da proximidade não contraria totalmente essa premissa, mas a modifica: pretende-se ratificar, nesse momento, que as relações jurídicas possuem mais de um centro ou sede, sendo necessária a delimitação destas para a eficácia da determinação do vínculo mais estreito.

Observa-se, para alcançar o objetivo proposto, o âmbito de aplicação material do artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): começo e fim da personalidade; nome; capacidade civil; direitos de família; casamento; regime de bens; divórcio; filiação. Outra matéria incluída no estado pessoal está prevista no artigo 10º da LINDB: a sucessão internacional. A presente tese restringirá as propostas às seguintes questões do estado pessoal: capacidade civil; casamento; divórcio; e sucessão.

Analisar a viabilidade da aplicação de um teste de proximidade visa conciliar as normas do direito internacional privado às tendências atuais, diante do evidente dinamismo da vida humana em um mundo globalizado. Parte do pressuposto de que é necessário refutar a ilusão de que a previsão de um único critério de conexão rígido seria capaz de determinar a aplicação do direito mais próximo à vida de uma pessoa, independentemente das peculiaridades do caso concreto.

O objetivo, então, é demonstrar que existe uma pluralidade de sedes das relações jurídicas transnacionais: o reconhecimento dessa realidade apresenta aspectos positivos na determinação do direito aplicável ao estado pessoal, na busca pelo direito mais próximo à relação jurídica analisada. É preciso compreender que a existência dessa pluralidade de sedes não é algo necessariamente ruim, tendo em vista que afasta a ilusão

⁷⁷⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema do Direito Romano Atual. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

de que, em um mundo dinâmico e globalizado, exista apenas um único resultado possível na solução do ordenamento jurídico aplicável a uma relação jurídica plurilocalizada. Essa flexibilidade da busca pela conexão mais próxima, pelos vínculos mais estreitos, visa conciliar a disciplina do direito internacional privado a uma realidade globalizada, com intensos fluxos transfronteiriços de bens e de pessoas.

O primeiro passo para a construção de um eventual teste de proximidade exige uma análise da qualificação no direito internacional privado, que corresponde a uma tarefa anterior à determinação do direito aplicável. É preciso qualificar a relação jurídica plurilocalizada: “a conceituação e a classificação dos seus componentes fáticos e jurídicos são de cardinal importância para a boa e justa aplicação das normas jurídicas”⁷⁷⁸.

Étienne Bartin buscou analisar, em 1930, a relação existente entre a teoria das qualificações e o caráter das regras de conflito de leis, mais precisamente, o caráter nacional das regras do conflito de leis, por meio do direito francês. Destaca, assim, a existência de regras gerais e simples para a solução dos conflitos de leis (tanto nacionais como internacionais)⁷⁷⁹: a incidência do direito da nacionalidade ou do domicílio para reger o estado e a capacidade das pessoas, a lei do local onde o ato jurídico é realizado para reger a sua forma, o direito do local em que o bem está situado para reger a transferência de propriedade.

Para Bartin, recorreu-se a este processo de estabelecimento de normas muito gerais, cada uma delas feita para todo um conjunto de instituições e normas de direito interno, “porque era impossível, porque parecia impossível, formular tantas regras de conflito especiais e distintas quantas instituições jurídicas especiais e distintas do privado interno”⁷⁸⁰. Um processo analítico e discursivo, que levaria à multiplicidade e especificidade das regras de conflito, não conseguiria chegar no fim.

⁷⁷⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328. Nesse sentido, ver: BRITO, Evamar. Existe o Problema das Qualificações no Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 6. 1966. p. 147-156.

⁷⁷⁹ Tradução livre de: “*Depuis qu'il y a des conflits de lois, je ne dis même pas depuis qu'il y a des conflits internationaux de lois, je dis depuis qu'il y a des conflits de lois en général, on s'est proposé, dans les divers Etats, dans les diverses doctrines qui s'y sont développées, d'en demander la solution à quelques règles très générales, très simples, dont mes auditeurs connaissent bien l'expression devenue banale aujourd'hui : celles-ci par exemple : l'état et la capacité des personnes relèvent de leur loi personnelle, loi nationale pour les uns, loi du domicile pour les autres; les formes des actes juridiques dépendent de la loi du lieu où ils sont faits; les règles relatives à la transmission de la propriété sont celles de la loi du pays où sont situés les biens, etc., etc*”. BARTIN, Étienne. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 31. 1930. p. 566.

⁷⁸⁰ Tradução livre de: “*On a fait cela, on a eu recours à ce procédé, parce qu'il était impossible, parce qu'il paraissait impossible, de formuler autant de règles de conflit spéciales et distinctes qu'il y a d'institutions spéciales et distinctes de droit privé interne : avec ce procédé analytique et discursif, qui aboutirait à la*

Jacob Dolinger, assim, afirma que a qualificação é essencial no direito internacional privado, uma vez que procura a ligação do fato ou ato jurídico com algum sistema jurídico. Para isto, é preciso, em um primeiro momento, qualificar a questão submetida à apreciação: “dependendo de sua classificação, saber-se-á se a mesma constitui uma situação inerente ao estatuto pessoal do agente de direito, se se trata de uma situação de natureza contratual intrínseca, se versa sobre uma questão de forma, se estamos diante de um problema sucessório, e assim por diante”⁷⁸¹.

Se fosse possível concordar doutrinariamente sobre as normas gerais e amplas mencionadas por Bartin, as regras seriam as mesmas para todos os países, de modo que se estaria diante do “método universal de constituição do direito internacional privado”⁷⁸²: existiria “um direito internacional privado geral, igual para todas as legislações internas e para todos os Estados, porque os domina a todos, para determinar a parte legítima da aplicação de cada um deles no território de cada um deles”⁷⁸³.

A busca pela classificação, a qualificação, pode se referir a um acontecimento jurídico (ato ou fato), a uma regra de direito interno ou até mesmo a própria regra de conexão. O problema mais comum nessas situações é quando ocorre o conflito de qualificações, tendo em vista que “nem sempre a qualificação dada a um destes elementos coincidirá nos sistemas jurídicos eventualmente aplicáveis a *quaestio juris*”⁷⁸⁴. Étienne

multiplicité et à la spécificité des règles de conflit, on n'en finirait pas”. BARTIN, Étienne. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 31. 1930. p. 566.

⁷⁸¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328.

⁷⁸² Essa expressão foi utilizada pelo holandês Daniel Josephus Jitta, em 1890, ao apresentar uma visão particularista do direito internacional privado, defendendo que o Estado deveria aplicar a cada relação jurídica, considerada em todos os seus aspectos, a lei que corresponda à finalidade social dessa relação no âmbito do direito universal. Nas palavras do autor, “o princípio do método universal do direito internacional privado não pode ser absolutamente diferente daquele do método individual”: deve conduzir ao mesmo objetivo (o Estado de Direito nas relações internacionais dos indivíduos), diferindo pelo seu ponto de partida e pelo caminho que abre para o direito positivo. Jitta afirma, em sua obra, que “o método universal deve gerar, para todos os Estados, uma convicção jurídica comum, e formular os resultados dessa convicção em normas destinadas a ter aplicação universal”. O intérprete deste método deve, nesse sentido, analisar a natureza de cada relação jurídica e especializar as regras de forma a permitir que a vida jurídica da humanidade se desenvolva. JITTA, Daniël Josephus. *La méthode du droit international privé*. La Haye: Belinfante Frères, 1890. p. 233.

⁷⁸³ Tradução livre de: “*Il y a un droit international privé général, le même pour toutes les législations internes et pour tous les Etats, parce qu'il les domine toutes et tous, pour déterminer la part légitime d'application de chacune d'elles sur le territoire de chacun d'eux. C'est ce qu'on appelé la méthode universelle de constitution du droit international privé: l'expression est du grand jurisconsulte néerlandais Jitta, dont il est si naturellement juste que je salue ici la mémoire*”. BARTIN, Étienne. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 31. 1930. p. 567.

⁷⁸⁴ Assim, quando isto acontecer, se estará diante de um “conflito de qualificações, o que representa mais uma dificuldade que pode surgir no encaminhamento de uma solução a um problema de conflito de leis”. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328-329.

Bartin afirma, nesse sentido, que o valor universal das proposições gerais é apenas uma ilusão, pois “não se pode desconsiderar, para estabelecê-las, as particularidades das instituições de direito interno de cada país”⁷⁸⁵.

A teoria das qualificações constitui o obstáculo decisivo para o sucesso do método universal, uma vez que contraria a interpretação internacional do direito internacional privado “pelas consequências a que conduz, pelas suas repercussões em todas as teorias fundamentais do direito internacional privado”⁷⁸⁶. Nas palavras de Gabriel Valente dos Reis, ainda que se unifiquem todas as regras de conexão, “basta que dois países qualifiquem a mesma questão diferentemente para que permaneça o conflito”. Para o autor, essa impossibilidade não é definitiva, mas “repousa no sistema das regras de conexão rígidas, sistema esse reducionista e incapaz de fazer face à complexidade contemporânea”⁷⁸⁷.

A teoria das qualificações assim, representa a visão particularista do direito internacional privado, aproximando as normas (ainda que de origem internacional) à uma aplicação e interpretação nacional, baseada no direito do foro. Jacob Dolinger questiona, assim, qual qualificação deveria ser obedecida pelo juiz: “a qualificação do sistema do foro ou a qualificação do sistema jurídico aplicável à espécie indicada pela regra de conexão”⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ Para o autor, essas propostas gerais variam de fato em sua aplicação prática com cada legislação e em cada país. Afirma que “não se pode falar de um método universal de constituição do direito internacional privado mais do que se pode falar, no direito interno, de uma legislação universal”. Tradução livre de: “*Ces propositions générales en effet varient, quant à leur application pratique, avec chaque législation et dans chaque pays. On ne peut pas plus parler de méthode universelle de constitution du droit international privé qu'on ne peut parler, en droit interne, de législation universelle*”. BARTIN, Étienne. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 31. 1930. p. 567.

⁷⁸⁶ Para Étienne Martin, a teoria das qualificações “condena os internacionalistas, em todas essas teorias fundamentais, bem como nos detalhes do conflito de leis, ao método nacional e particularista que eu oponho ao método universal”. Tradução livre de: “*Ceci posé, la théorie des qualifications, comme je la comprends, constitue l'obstacle décisif au succès de la méthode universelle. Elle me paraît radicalement contraire à la conception internationale du droit international privé, non seulement par elle-même, mais plus encore par les conséquences auxquelles elle conduit, par sa répercussion sur toutes les théories fondamentales du droit international privé. Elle condamne les internationalistes, sur toutes ces théories fondamentales aussi bien que dans le détail du conflit des lois, à la méthode nationale et particulariste que j'ai opposée à la méthode universelle*”. BARTIN, Étienne. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 31. 1930. p. 568.

⁷⁸⁷ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 309.

⁷⁸⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 329.

Os exemplos clássicos do conflito de qualificações, mencionados por Bartin, são três⁷⁸⁹: 1) o caso Bartholo ou a sucessão do maltês; 2) o testamento hológrafo do holandês; e 3) o casamento do grego ortodoxo.

O caso Bartholo (*Anton v. Bartolo*) de 1891 envolvia a sucessão de um maltês e o conflito de qualificação referia-se ao direito da viúva aos bens do falecido. O casal era originário da ilha de Malta, local do seu primeiro domicílio conjugal. Migraram, posteriormente, para a Argélia, local em que o marido faleceu. Pelo direito de Malta, “o cônjuge sobrevivente, pobre, tinha direito a um quarto do patrimônio deixado pelo falecido”⁷⁹⁰, enquanto na Argélia a viúva não teria direito a qualquer parte da herança. No caso, o conflito de qualificações questionava se o direito da viúva decorria do regime de bens ou do direito sucessório: de acordo com a lei argelina seria uma questão sucessória, enquanto pela lei maltesa seria uma questão de regime de bens⁷⁹¹. Caso a questão fosse qualificada “como sucessória, nada receberia a viúva, na conformidade da lei argelina, mas se qualificasse como regime de bens, ela receberia o quarto da lei maltesa”⁷⁹².

O segundo caso tratado por Bartin foi o do testamento hológrafo do holandês sobre a aplicação do artigo 992º do Código holandês por tribunais estrangeiros: essa previsão proibia aos holandeses fazer o testamento hológrafo. No caso, questiona-se o reconhecimento de um testamento assinado por um holandês na França. Observa-se o conflito de qualificações “porque o direito francês considera a questão como de forma (aplicando a lei local e reconhecendo validade ao ato da última vontade) e o direito holandês considera-o como matéria de capacidade (aplicando a lei nacional e anulando o testamento)”⁷⁹³.

O conflito de qualificações fica visível no caso. Se for considerada a regra do estatuto pessoal, reconhecendo se tratar de uma disposição relativa à capacidade, o

⁷⁸⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 330-331.

⁷⁹⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 330.

⁷⁹¹ Ao abordar esse caso, Gabriel Valente dos Reis menciona o conflito de qualificação existente, uma vez que conforme o direito da Argélia, a sucessão de imóveis seria regulada pela lei da situação do bem, enquanto o regime matrimonial seria regulado pelo domicílio conjugal: “Assim, se a questão tivesse natureza sucessória, valeria a lei francesa, que nada atribuía a viúva, ao passo que se a natureza fosse de regime de bens, valeria o Código Rohan, vigente em Malta, que conferia um quarto da herança à viúva”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 308.

⁷⁹² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 330.

⁷⁹³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 331.

testamento será nulo, entendendo-se que a norma holandesa sobre a incapacidade de celebrar um testamento hológrafo acompanha o holandês na França; no entanto, se a proibição for considerada como uma regra sobre a forma dos atos jurídicos, o testamento será válido (dependeria da lei do local da realização do ato jurídico – lei francesa).

Gabriel Valente dos Reis, ao mencionar esses dois casos, afirma que “as regras de conexão rígidas são reducionistas, visto que através delas aplicamos a lei nacional de um país a um caso internacional, isto é, o nacionalizamos”⁷⁹⁴.

O terceiro caso abordado por Bartin referiu-se ao casamento civil de um grego ortodoxo com uma francesa na França, desconsiderando a lei do seu país que exigia uma celebração religiosa. O caso, assim como os demais, representou um conflito de qualificações: se a exigência de celebração religiosa for considerada como uma questão de fundo, aplica-se a lei nacional (grega) e o casamento não possui validade; no entanto, se a exigência de celebração religiosa for considerada como uma condição de forma, “a solução dependerá da *lex loci celebrationis*, e a lei francesa será a competente, sendo considerado válido o casamento”⁷⁹⁵.

O conflito de qualificações é tema importante ao direito internacional privado, tendo em vista a importância da classificação das relações jurídicas internacionalmente conectadas⁷⁹⁶. Demonstra que uma eventual unificação entre todas as regras de conexão não representaria o fim dos conflitos na disciplina.

A título exemplificativo, observa-se a incidência do elemento de conexão domicílio, tal como proposto por Savigny. Para o autor, a previsão do critério domiciliar em uma norma universal resultaria em uma harmonia de decisões, pouco importando o Estado que a proferiu. Essa realidade, entretanto, ignorou a diferente qualificação das relações jurídicas: ainda que o Brasil e a Inglaterra utilizassem o elemento de conexão domicílio, a lei aplicada pelo Brasil a uma relação jurídica plurilocalizada, eventualmente, não seria a mesma aplicada pela Inglaterra a este mesmo caso, tendo em vista que o conceito de “domicílio” entre os dois países não é o mesmo⁷⁹⁷. Essa diferenciação resulta

⁷⁹⁴ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 309.

⁷⁹⁵ No caso, o conflito de qualificações formava-se porque o direito grego considerava a regra como condição de fundo do casamento, enquanto o direito francês o classificava como simples condição de forma. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 331.

⁷⁹⁶ MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 93.

⁷⁹⁷ A diferença conceitual de “domicílio” existente entre países de civil law de países de common law, dificultou que a simples previsão deste elemento de conexão resultasse em uma harmonização do direito internacional privado entre os Estados. O elemento de conexão residência habitual surge, assim, com o propósito de fazer aquilo que o elemento de conexão domicílio não conseguiu: harmonizar as normas de

no “conflito de qualificações”⁷⁹⁸ e impossibilita a harmonia de decisões tal como pensava Savigny.

Três⁷⁹⁹ teorias se destacaram como propostas para solucionar o conflito das qualificações: 1) qualificação pela *lex fori*; 2) qualificação pela *lex causae*; e, 3) qualificação conforme critérios autônomos e universais. Conforme a primeira teoria, a qualificação deveria obedecer à lei do foro⁸⁰⁰. Para Gabriel Valente dos Reis, o juiz deve aplicar o direito estrangeiro na sua totalidade da mesma forma que faria o juiz do Estado estrangeiro: “a qualificação deve corresponder a que tal juiz estrangeiro faria na hipótese de deparar-se com o caso em exame (ou seja, sua qualificação de direito interno) e não basear-se numa classificação unilateral estabelecida pelo foro”⁸⁰¹.

conflitos. Nesse sentido, uma das principais preocupações que permeiam a incidência da residência habitual trata sobre a sua conceituação e à busca para que não recaia em um grave conflito de qualificações, como o que ocorreu com o domicílio. Pippa Rogerson destaca a dificuldade na conceituação de domicílio em países de common law e a opção de utilizar a residência habitual considerando os elementos que formam esta: “é da própria natureza da common law ter que decidir sobre casos que são extremos mesmo com uma regra que é geralmente muito clara”. Tradução livre de: “*For it is in the very nature of the common law to have to decide cases which are the borderlines even with a rule which is generally very clear*”. ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 100.

⁷⁹⁸ Fernando Pedro Meinero afirma: “Mas se as qualificações se constroem para categorias estabelecidas por normas de fonte interna, existirá sempre a possibilidade de que, seguindo o exemplo citado, o domicílio seja qualificado pelas normas de outro país de forma diversa. Essa simples diferença pode resultar no que se conhece como conflito de qualificações, questão que permeia todo o DIPr”. MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 94/95.

⁷⁹⁹ Gabriel Valente dos Reis destaca a existência de diferentes variações dessas teorias, mencionando, por exemplo, a teoria de Chesire que defendeu “uma qualificação pela *lex fori*, porém com critério internacional, cumprindo ao juiz levar em consideração as regras e instituições aceitas pelos ordenamentos estrangeiros”. Destaca, ainda, a proposta do canadense Falconbridge por meio de uma via intermediária, “pela qual se adotariam qualificações provisórias segundo a *lex fori*, passando a considerar-se as possíveis leis aplicáveis em seus respectivos contextos, respeitando a esfera de competência de cada uma delas”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 313.

⁸⁰⁰ A qualificação pela *lex fori* predomina entre os autores franceses. Jacob Dolinger destaca, nesse sentido, os argumentos utilizados por aqueles que a defendem: “1) sempre que o Juiz francês tem que decidir sobre a lei aplicável para a solução de uma questão ligada a mais de um sistema jurídico, é ao seu Direito Internacional Privado que deverá recorrer. São as normas conflituais internas que hão de orientá-lo na escolha da lei aplicável. Se preliminarmente a esta escolha da lei aplicável se torna necessário classificar a questão jurídica, nada mais lógico do que ater-se ao seu próprio sistema. Realmente, não seria cientificamente lógico que, enquanto a segunda etapa de um processo segue uma determinada lei, a etapa anterior, que lhe é preliminar e prejudicial, seja solucionada por outro sistema jurídico. 2) Como admitir a qualificação da questão pela *lex causae* – a lei estrangeira aplicável – se ainda não sabemos se ela será realmente a lei escolhida, tudo dependendo da qualificação que se der ao caso, eis que, se qualificada for a questão de determinada forma, aplicável realmente será a lei do foro. Como, então, aplicar a lei estrangeira para qualificar, se ainda não se sabe se ela será realmente a lei aplicável?”. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 332.

⁸⁰¹ A fim de demonstrar a irracionalidade da utilização dessa teoria, Gabriel Valente dos Reis apresenta um exemplo hipotético: “imaginemos que o juiz brasileiro qualifique determinada questão como atinente à matéria de sucessões, remetendo-a à lei do país em que era domiciliado o falecido, nos termos do art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil. O país em que era domiciliado o falecido, porém, trata da exata questão específica a ser dirimida em uma disposição expressa sobre regime de bens. O que ocorreu nesse exemplo

A segunda teoria baseia-se na qualificação pela lei aplicável (*lex causae*)⁸⁰², solicitando ao direito estrangeiro eventualmente aplicável a qualificação da relação jurídica em debate. Observa-se, no entanto, uma incongruência entre a sua incidência e a utilização de critérios de conexão rígidos: questiona-se como seria possível qualificar pela lei aplicável se a qualificação é um passo prévio à própria determinação da lei aplicável⁸⁰³.

A terceira teoria, baseada em uma qualificação autônoma e comparatista⁸⁰⁴, foi muito criticada por ser considerada “irrealista, utópica, na medida em que o problema da qualificação só se dá quando há diversidade de qualificações em dois sistemas jurídicos, sendo irreal que o juiz possa encontrar um denominador em comum entre as mesmas”⁸⁰⁵.

A importância da qualificação reflete a dificuldade encontrada nos conflitos de leis. A determinação do direito aplicável não pode ignorar a classificação dos institutos jurídicos, tendo em vista que essa classificação poderá alterar totalmente o resultado material encontrado⁸⁰⁶.

foi que, ao qualificar pela lei brasileira (*lex fori*), o juiz acabou contrariando a própria lei brasileira, pois teve de aplicar uma regra concernente ao regime de bens, e não às sucessões”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 310.

⁸⁰² A teoria foi formulada pelo francês Despagnet, seguida pelo italiano Pacchioni e pelo alemão Wolff. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 333.

⁸⁰³ Gabriel Valente dos Reis apresenta esse questionamento, afirmando, ainda, que “se o foro qualifica de um modo para que se chegue à lei estrangeira aplicável e, uma vez alcançando-a, atribuímos qualificação diferente, estamos desrespeitando o Direito Internacional Privado do próprio foro”. Para o autor, quando a própria lei aplicável qualificar a questão de modo diferente, a não utilização dessa qualificação acarretará uma das seguintes consequências: “(i) a impossibilidade de solucionar o caso concreto; ou (ii) contrariar-se-á fundamentalmente o sistema jurídico aplicável. Isso porque se a lei aplicável trata de um problema específico nas disposições relativas ao regime de bens e o intérprete insistir em procurar a solução no âmbito das regras atinentes às sucessões, ou não encontrará solução alguma (o que é vedado, pois a lei tem que cobrir todas as situações), ou aplicará solução diversa daquela que o ordenamento em questão efetivamente propõe”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 311.

⁸⁰⁴ Essa teoria entende “que o juiz não deve ficar preso à qualificação de determinadas leis, seja do foro, seja da causa, mas, utilizando-se do método comparativo, ir em busca de conceitos autônomos, diferentes dos conceitos internos e dotados de caráter universal”. A adoção desse método por juizes de diferentes países, eliminaria os conflitos de qualificações existentes. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 334.

⁸⁰⁵ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 312.

⁸⁰⁶ Nesse sentido, André de Carvalho Ramos afirma: “Na medida em que o direito material especializou-se para atender novas demandas sociais oriundas da mudança do paradigma do estado liberal para o estado social, houve também uma busca de categorias normativas restritas e direcionadas às novas necessidades, o que, consequentemente, permitiu o uso de regras de conexão distintas para cada uma dessas novas categorias”. CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do direito internacional privado no século XXI: heterogeneidade e coerência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial no concurso para provimento de cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2018. p. 77-78.

Percebe-se que não há como formular um teste de proximidade para determinação do direito aplicável, sem uma análise prévia da classificação das relações jurídicas que serão englobadas pelo teste. Gabriel Valente dos Reis, nesse sentido, analisa a relação existente entre o princípio da proximidade e a teoria das qualificações. Para o autor, o princípio da proximidade trata-se de um “princípio metodológico que estabelece que os fatos internacionais devem ser regidos pela lei do sistema jurídico que lhes seja mais próximo, impondo ao juiz um dever de ponderação caso a caso”⁸⁰⁷.

O direito internacional privado busca a determinação do direito aplicável quando há uma relação jurídica multiconectada – uma relação jurídica que possui conexão com ordenamentos jurídicos de diferentes países. O princípio da proximidade exige que o juiz analise todas essas conexões a fim de determinar qual direito possui o vínculo mais estreito. A primeira etapa para a formulação do teste de proximidade, assim, deve ser a delimitação das conexões das relações jurídicas em questão.

A presente tese não mantém a presunção de que um teste de proximidade seja inserido em uma eventual atualização normativa do direito internacional privado brasileiro. Acredita ser viável, no entanto, a utilização do teste como um guia para a busca do direito mais próximo: ainda que sem força vinculante, um eventual teste de proximidade auxiliaria o tomador de decisão na definição do direito mais próximo à relação jurídica do caso concreto analisado (atuaria como uma *soft law*, como uma indicação doutrinária e principiológica).

O objetivo, então, é compreender as conexões referentes aos principais eventos da vida humana – do nascimento ao óbito – que, em um mundo globalizado, está cada vez mais internacionalizada. Há um único vínculo que deve prevalecer? Deve ser estabelecido um único elo previamente, ignorando completamente os demais vínculos pessoais existentes e os resultados encontrados por cada uma dessas conexões? A segurança jurídica é tão importante a ponto de ignorar a busca pela proteção da pessoa, afastando normas flexíveis do direito internacional privado?

Para Gabriel Valente dos Reis, todas as normas de direito internacional privado devem ser sopesadas quando da ponderação imposta pelo princípio da proximidade: “a solução metodológica aqui proposta confere coerência ao sistema, pois, de um lado, leva em conta todos os sistemas jurídicos potencialmente envolvidos, inclusive no que

⁸⁰⁷ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 317.

concerne às regras de conexão; e, de outro, afirma a eficácia vinculativa do princípio da proximidade”⁸⁰⁸.

Para o autor, uma solução possível seria o desmembramento da qualificação que passaria de uma qualificação unitária para um método bipartido. A primeira etapa deveria identificar as potenciais qualificações, “relativas a todos os sistemas jurídicos com os quais o caso concreto possa estar ligado por alguma circunstância”, enquanto a segunda etapa representaria uma qualificação final, “a ser feita de acordo com a lei efetivamente aplicável”⁸⁰⁹. A utilização desse método respeitaria a interferência do princípio da proximidade, ao permitir a consideração de todos os sistemas jurídicos potencialmente aplicáveis na primeira etapa.

A primeira etapa do método proposto pelo autor assemelha-se ao primeiro passo do teste de proximidade aqui defendido, uma vez que é realizado “o exame de todos os elementos a serem sopesados no caso concreto (elementos geográficos, culturais, linguísticos, econômicos, interesses que as diferentes normas protegem, justas expectativas das partes, direitos humanos, etc)”⁸¹⁰. A proposta, nesse momento, é justamente a identificação das principais conexões relacionadas ao estado pessoal (capacidade civil da criança até a vida adulta), à validade e reconhecimento do casamento, aos efeitos do divórcio e a permissibilidade de casar novamente, e à sucessão da pessoa.

Para facilitar a delimitação das sedes das relações jurídicas que serão propostas nesse estudo, será utilizado um exemplo prático hipotético, em que se acompanhará os principais acontecimentos da vida de Mia⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Ainda segundo o autor, a proximidade atua como verdadeiro “elemento legitimador da norma de conflito, afirmando a razoabilidade no plano internacional, através da técnica ponderativa. Ao mesmo tempo, é atribuído à regra de conexão do foro um peso presumivelmente maior, em deferência relativa ao sistema jurídico do juiz competente”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 317-318.

⁸⁰⁹ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 321-322.

⁸¹⁰ Para o autor, o objetivo da utilização do método bipartido é definir, a partir das circunstâncias, qual lei possui o vínculo mais forte com os fatos, de modo que “uma vez definida essa lei, será a sua qualificação que deverá ser utilizada para que se chegue à solução final. Com efeito, as leis são feitas para que sejam aplicadas conforme as definições do sistema jurídico ao qual pertencem, e não seria razoável que fosse diferente. Essa qualificação *lex causa* e permite que se afirme, nas situações internacionais, a efetiva vontade da lei aplicável”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 322.

⁸¹¹ Personagem fictício criado, especificamente, para a presente tese.

Mia nasceu em Paramaribo, capital do Suriname⁸¹², no dia 10 de janeiro de 1971, mantendo a nacionalidade holandesa de seus pais⁸¹³. Antes de completar um ano de idade, ainda bebê, seus pais se mudaram para a cidade de São Paulo (Brasil) por motivos profissionais. Mia residiu em São Paulo até os 22 anos de idade, momento em que decidiu viajar pelo mundo e conhecer diferentes culturas. Assim, em março de 1993, iniciou sua jornada pela Europa trabalhando em empregos temporários, e conhecendo países como França, Itália, Espanha, Portugal, Alemanha. A experiência apresentou à Mia diferentes culturas, permitindo que aprendesse novos idiomas e a incentivando a buscar novos desafios. Durante esse período na Europa conheceu Alícia, francesa, iniciando um relacionamento amoroso. As duas passaram a morar juntas a partir de 1994 na Holanda⁸¹⁴ (a nacionalidade holandesa de Mia permitiu o seu estabelecimento definitivo no país).

No dia 1º de abril de 2001, a Holanda⁸¹⁵ legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, permitindo que Mia e Alícia celebrassem oficialmente a sua união civil.

⁸¹² O Suriname é um país na costa nordeste da América do Sul que tem a cidade de Paramaribo como capital. O país adquiriu sua independência da Holanda somente em 25 de novembro de 1975: “Em 1814, a presença holandesa ficou reduzida ao Suriname, com a conformação das fronteiras a leste para a Guiana Francesa e a leste para a Guiana Inglesa. Paramaribo possuía então 1200 casas, duas igrejas protestantes e cerca 1200 habitantes brancos”. CAVLAK, Iuri. *A Holanda e a América do Sul: A Formação do Suriname. Revista Intellector*. Ano XI. v. XII. n. 23. 2015. p. 60.

⁸¹³ Paulo Fagundes Visentini destaca a concessão da nacionalidade holandesa feita a grande parte da população da Guiana Holandesa (hoje Suriname) em 1964: “O vizinho Suriname, então Guiana Holandesa, tem, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento nacionalista ativo pois, da mesma forma que a Inglaterra, a Holanda saíra do conflito bastante enfraquecida. O *National Party Kombination* (NPK), de base predominantemente crioula, era uma frente de quatro partidos de esquerda que defendia uma plataforma independentista desde 1945. O rival Vatan Hifkanie, partido liderado por Jaggernauth Lachmon e dominado por comerciantes e empresários indianos, desejava, por outro lado, adiar a independência. Em 1954, no contexto das negociações com a Indonésia, é concedida autonomia dentro do Reino Tripartido da Holanda, com a concessão de cidadania holandesa a grande parte da população”. VISENTINI, Paulo Fagundes. *Guiana e Suriname: uma outra América do Sul. Revista Conjuntura Austral*. v. 1. n. 1. 2010. p. 31-32.

⁸¹⁴ Ao estudar as relações entre imigrantes surinameses na Holanda com os locais, Thiago de Niemeyer Matheus Loureiro destaca a difícil adaptação à cultura holandesa: “A ‘sociedade holandesa’, é preciso destacar, é no geral tida como mais ‘complexa’ do que a surinamesa. Isto não é somente positivo, na medida em que ‘complexidade’ envolve a dificuldade em se adaptar a certos códigos, materiais ou culturais, que fazem a vida no país mais ‘difícil’. ‘Complexidade’ e ‘dificuldade’ têm sentidos parecidos, e exemplos de situações ‘complexas’, de acordo com meus interlocutores, são as questões familiares – como doença de um parente próximo ou brigas por heranças ou partilhas de bens – problemas que envolvem dívidas e dinheiro de maneira geral, aborrecimentos no ambiente de trabalho etc. Pode-se afirmar que para essas pessoas a ‘sociedade holandesa’, enquanto ‘metáfora de pluralidade’, é um artefato com o qual se lida com bastante dificuldade”. LOUREIRO, Thiago de Niemeyer Matheus. *O lado íntimo da “crise”: relações entre imigrantes surinameses na Holanda e seus parentes recém-chegados. Mana*. v. 24. n.2. 2018. p.122.

⁸¹⁵ A Dinamarca foi o primeiro país a permitir casamentos entre pessoas do mesmo sexo, em 1989. Em 2001, a Holanda promulgou uma lei que permitiu que casais do mesmo sexo se registrassem como parceiros e reivindicassem pensões, seguridade social e heranças. A legislação holandesa foi reconhecida por criar uma igualdade total: casais homoafetivos poderão se casar, adotar crianças holandesas, e se divorciar por meio do sistema judiciário. Com a alteração legislativa, o principal artigo na lei do casamento passou a ter a seguinte redação: “Um casamento pode ser celebrado entre duas pessoas de sexo diferente (*Een huwelijk kan Worden aangegaan porta twee personen van verschillend de van gelijk geslacht*)”. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2000/09/13/world/dutch-legislators-approve-full-marriage-rights-for-gays.html?scp=2&sq=Norway+Gay+Marriages&st=nyt>> Acesso em: 15 nov. 2020.

Assim, após sete anos morando juntas, celebraram um casamento civil no dia 20 de outubro de 2001 em Amsterdã. Em 2003, Mia recebeu uma promoção na empresa em que trabalhava condicionada à sua mudança para Milão: o casal mudou-se para a Itália. O casamento chegou ao fim em 2008, cinco anos após a mudança, momento em que a Alícia retornou para a França (país da sua nacionalidade e local em que sua família residia). Em 2009, Alícia ingressou com o pedido de divórcio na França. Em julho de 2019, durante uma viagem ao Brasil, Mia sofreu um acidente de carro e faleceu.

O exemplo hipotético criado pretende facilitar a visualização das sedes das principais relações pessoais que marcam a vida humana. Do nascimento à morte, o objetivo será delimitar algumas conexões existentes entre um ordenamento jurídico e a capacidade civil da criança até a vida adulta (estado pessoal), a validade e o reconhecimento de um casamento, os requisitos do divórcio e os efeitos de uma sucessão internacional. A tabela abaixo sintetiza o exemplo hipotético apresentado.

MIA	
Nascimento:	10 de janeiro de 1971, em Paramaribo (capital do Suriname).
Nacionalidade:	Holandesa.
Primeira residência habitual (até 1993):	São Paulo (Brasil).
Segunda residência habitual (até 2003):	Amsterdã (Holanda).
Casamento:	Com Alícia (francesa), celebrado dia 20 de outubro de 2001 em Amsterdã.
Terceira residência habitual (até 2019):	Milão (Itália).
Divórcio:	O casamento de Mia e Alícia chegou ao fim em 2008, momento em que Alícia retornou para a França. Em 2009, a francesa ingressou com o pedido de divórcio na França.
Falecimento:	Em 2019 em um acidente de carro, durante uma viagem ao Brasil para visitar a família.

A primeira questão refere-se, assim, à capacidade civil da pessoa em matéria comumente denominada de “estatuto pessoal” no direito internacional privado: o estado

pessoal ou individual consiste no “conjunto de atributos referentes à individualidade jurídica da pessoa física, que acarreta direitos e deveres jurídicos”⁸¹⁶. A dicotomia clássica existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio dividiu países e doutrinadores por anos. A verdade é que existem diferentes razões que justificam a escolha entre um ou outro fator de conexão. Para Johan Meeusen, não se pode excluir a utilização de um critério de conexão, como a nacionalidade, por entender que o critério é, por si só, discriminatório⁸¹⁷.

Mia nasceu no Suriname, adquirindo a nacionalidade holandesa⁸¹⁸ dos seus pais, e ainda bebê passou a residir na cidade de São Paulo, no Brasil. Apesar da nacionalidade holandesa, Mia teve todo seu crescimento em solo brasileiro, não possuindo qualquer contato com o país de sua nacionalidade de origem. A sua capacidade civil, assim, ao ser regulada pelo direito internacional privado brasileiro seria determinada pela lei do local do seu domicílio (conforme previsão do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil então vigente), aplicando-se a lei brasileira. O elemento de conexão contemporâneo que tem se apresentado como o mais adequado para reger o estado pessoal, no entanto, é o da residência habitual⁸¹⁹. Esse critério de conexão visa a aplicação do direito do centro de interesses da vida da pessoa⁸²⁰, exigindo um tempo mínimo de residência para que a habitualidade esteja configurada.

Observa-se, a partir desse cenário, as principais conexões que interferem no caso: a capacidade civil de Mia deve ser regulada pela lei do local em que ela se encontre,

⁸¹⁶ Utiliza-se, também, a expressão “estatuto pessoal”, oriunda das Escolas Estatutárias. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 351.

⁸¹⁷ A autora destaca que diferentes motivos podem justificar a incidência de um determinado elemento de conexão: a escolha da nacionalidade pode inspirar-se, por exemplo, “em uma combinação de razões, incluindo proximidade, continuidade e estabilidade do Estado”. MEEUSEN, Johan. *Le droit international privé et le principe de non-discrimination. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 353. 2012. p. 44-46.

⁸¹⁸ VISENTINI, Paulo Fagundes. Guiana e Suriname: uma outra América do Sul. *Revista Conjuntura Austral*. v. 1. n. 1. 2010. p. 32.

⁸¹⁹ Ao analisar a presença do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado da União Europeia, Javier Carrascosa González afirma que “a ideia básica é garantir a integração social da pessoa no Estado-membro que possua uma relação mais próxima à sua vida familiar e social”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo. Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. n. 19. España: 2015. p. 20.

⁸²⁰ A definição de residência habitual enquanto elemento de conexão no direito internacional privado envolve um elemento constitutivo subjetivo e um elemento constitutivo objetivo: “o elemento subjetivo estaria relacionado à intenção de se fixar em um determinado país a partir da livre escolha da pessoa comprovada através da sua mudança, de fato”. Já o elemento objetivo “corresponderia à residência da pessoa de fato em um determinado país, ainda que não tenha ido a este país com a intenção de ali se fixar, de modo que se a pessoa residir no local por um período significativo, este poderá ser considerado a sua residência habitual”. JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 33

independentemente de outras conexões? O fundamento utilizado pelos defensores do elemento de conexão nacionalidade segue uma defesa a esse raciocínio: a pessoa ao se locomover entre diferentes países apresenta-se como cidadão de uma respectiva nação, carregando consigo as características e os direitos do Estado do qual é nacional. A ineficácia da nacionalidade como vínculo mais próximo à pessoa, no entanto, pode ser facilmente visualizada no caso em questão, uma vez que a nacionalidade de Mia não representa a sua conexão mais estreita a um ordenamento jurídico.

Roberto Baratta destaca, nesse sentido, que se o não reconhecimento de um estado civil legalmente adquirido no exterior afeta uma faceta importante da identidade individual, considera-se que os direitos fundamentais protegidos internacionalmente prevalecem sobre as políticas normativas nacionais. Assim, os Estados não poderiam desafiar sua própria ordem pública como um obstáculo a esse reconhecimento, uma vez que “o respeito ao direito à privacidade exige que os indivíduos possam definir sua identidade como pessoa humana, o que inclui a relação de filiação, bem como o nome e o sobrenome”⁸²¹.

Quais seriam, assim, as possíveis conexões a determinar a capacidade civil de Mia? Entre as possibilidades, destaca-se a lei do Estado de sua nacionalidade, a lei do local do seu domicílio, a lei do local da sua residência habitual, que refletem os três principais elementos de conexão do estado pessoal no direito internacional privado. A escolha prévia por uma única conexão conseguiria garantir a proximidade do fato com o direito aplicável?

A partir dessa breve exposição, alguns questionamentos surgem quanto ao direito aplicável à capacidade civil no direito internacional privado: 1) A ineficácia de elementos de conexão tradicionais, como a nacionalidade e o domicílio, justifica a exclusão desses critérios como opções de vínculos mais próximos à pessoa? 2) A residência habitual, reconhecida como o elemento de conexão mais adequado ao mundo globalizado, deve ser o único critério apto a determinar o direito aplicável à capacidade

⁸²¹ Tradução livre de: “*Si el no reconocimiento de un estado civil legalmente adquirido en el extranjero afecta a una importante faceta de la identidad individual, los derechos fundamentales tal y como se protegen internacionalmente se considera que prevalecen sobre las políticas normativas nacionales. Como resultado, los Estados no pueden oponer su propio orden public como un obstáculo al reconocimiento. El respeto al derecho a la vida privada requiere que los individuos puedan definir su identidad como seres humanos individuales, lo cual incluye la relación de filiación, así como el nombre y apellidos*”. BARATTA, Roberto. *Fundamental Rights and Family Private International Law. Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. v. 16. 2016. p. 110.

civil da pessoa? 3) Ou a incidência do princípio da proximidade deve permanecer de modo amplo por meio de uma análise caso a caso pelo tomador de decisão?

Cada Estado realiza a escolha do seu elemento de conexão preferido, sendo pouco viável a previsão simultânea dos dois critérios dicotômicos (nacionalidade e domicílio). A escolha por um ou outro é, normalmente, justificada com base no princípio da proximidade – o legislador defende a prevalência de determinado critério por entender que este representa o vínculo mais significativo entre a pessoa e um ordenamento jurídico. A utilização de um teste de proximidade nessas situações visaria garantir a ampla liberdade à pessoa (e ao juiz que eventualmente ditará o seu vínculo mais próximo), para que essa possa “carregar consigo” o ordenamento jurídico que for mais próximo à sua realidade cotidiana e às suas expectativas jurídicas e culturais. O teste de proximidade pretenderia apresentar as possíveis conexões, de modo que a utilização de um ou outro critério dependeria da análise do caso concreto.

Percebe-se que a justificativa que fundamenta a incidência da residência habitual se confunde, por vezes, àquelas do princípio da proximidade: esse critério de conexão tem sido utilizado “a fim de que se possa aplicar ao caso que possua elementos internacionais, uma lei que melhor corresponda à realidade diária da pessoa, de modo que para reger as relações pessoais se aplique a lei do local em que a pessoa possui uma conexão mais estreita”⁸²². Defende-se aqui, no entanto, que a interpretação utilizada para a determinação do local da residência habitual da pessoa considere aspectos subjetivos (como as expectativas jurídicas e culturais do indivíduo envolvido).

Os Estados europeus continentais com grande tradição no direito internacional privado que tradicionalmente adotavam o critério da nacionalidade, “trocaram-no recentemente pela regra da residência habitual”, o que indicaria “uma tendência da comunidade internacional contemporânea no sentido do abandono da nacionalidade”⁸²³.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, ao abordar a incidência da residência habitual na lei aplicável às sucessões internacionais, destaca a existência de um critério objetivo que

⁸²² A definição desse critério de conexão incorpora, assim, elementos subjetivos que flexibilizam a escolha do direito aplicável: para cada relação jurídica busca-se a aplicação da lei que possua uma melhor correspondência. JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 24.

⁸²³ VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 317.

reflete diretamente o princípio da proximidade⁸²⁴. O direito que rege a pessoa física passou da nacionalidade para o domicílio, para então se fixar na residência habitual (por meio da moderna evolução da regra). Jacob Dolinger questiona se essa evolução estaria “refletindo o reconhecimento de que se deve governar a pessoa pela lei de seu meio social, de seu ambiente, que modernamente deixou de ser a de sua nacionalidade, nem mais é a de seu domicílio, para fixar-se na da sua residência habitual”⁸²⁵.

Assim, uma norma de conflito voltada a determinar o direito aplicável ao estado pessoal poderia prever a utilização do principal critério de conexão do direito internacional privado contemporâneo (residência habitual), juntamente com a previsão do princípio da proximidade como uma ferramenta corretiva à luz da proteção da pessoa humana.

Estado pessoal.

O estado pessoal será regulado pelo direito do Estado da residência habitual, considerando as expectativas jurídicas e culturais da pessoa. Caso o direito de outro local possua conexões mais estreitas à vida da pessoa, este prevalecerá.

O estado pessoal das crianças e dos adolescentes será regulado com base no resultado material mais favorável entre o direito do Estado da sua residência habitual ou da residência habitual dos seus pais ou responsáveis. Caso o direito de outro local possua conexões mais estreitas à vida da criança e do adolescente, esta prevalecerá desde que mais favorável.

A determinação do direito aplicável à capacidade civil da pessoa merece alguns cuidados no que se refere à indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis⁸²⁶. Quando a

⁸²⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 79-116.

⁸²⁵ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2004. p. 143. Ainda neste sentido, Tatyana Scheila Friedrich menciona: “O Princípio da proximidade, por sua vez, consolidou-se a partir do entendimento de que a lei aplicável deve ser aquela mais próxima das partes, com mais forte ligação (*most significant relationship*)”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 33.

⁸²⁶ É preciso uma atenção diferenciada, também, ao direito aplicável à capacidade civil das mulheres, principalmente em situações em que se discute a incidência de vínculos envolvendo Estados que, por características culturais e religiosas, discriminam e inferiorizam a mulher enquanto pessoa: afastar a norma que seria aplicável não seria uma função posterior da cláusula de ordem pública, e sim uma questão a ser analisada previamente na aplicação do princípio da proximidade (interpretado à luz da proteção da pessoa). Conforme Solano de Camargo, “a evolução do instituto do pátrio poder mostra que essa relação — mais de poder do que de dever — tem sido bastante alterada nos últimos tempos, a partir do reconhecimento da criança e do adolescente como mercedores de uma tutela especial, não só vista no âmbito doméstico, mas também pela sociedade”. CAMARGO, Solano de. O direito da criança de ser ouvida — aspectos internacionais. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias*

questão envolver crianças e adultos incapazes, por exemplo, sugere-se uma interpretação do princípio da proximidade baseada na busca pelo direito mais favorável entre aqueles conectados e mais próximos. Por essa razão, a segunda parte da norma proposta conteria uma previsão especial destinada à determinação da capacidade civil das crianças e dos adolescentes.

Uma norma como essa proposta acima forneceria maior liberdade ao operador na busca do direito mais próximo à relação jurídica, principalmente em situações em que o critério de conexão da residência habitual não alcance o seu propósito. Caberia, então, ao tomador de decisão executar essa tarefa. Um teste de proximidade poderia, eventualmente, guiar essa busca. O foco estaria, assim, nos aspectos fáticos que conectam a vida da pessoa a um ou outro ordenamento jurídico, em que as respostas a cada uma dessas conexões representariam as opções disponíveis de “vínculo mais estreito”.

Estado pessoal. Conexões que indicam o direito mais próximo à pessoa:

- a) local escolhido pela pessoa para fixar moradia;
- b) local que atende às expectativas jurídicas e culturais da pessoa;
- b) local em que a pessoa reside habitualmente;
- c) local em que a pessoa exerce sua atividade profissional;
- d) local em que a pessoa permanece na maior parte da semana/mês.

O exemplo hipotético criado permite um estudo, ainda, sobre uma temática mais complexa no direito internacional privado, envolvendo o casamento e o divórcio. Em março de 1993, com 22 anos, Mía muda-se para a Europa, beneficiando-se da nacionalidade holandesa, conhecendo diferentes países, aprendendo outros idiomas e mantendo contato com diferenças culturais marcantes. Conheceu a francesa Alícia com quem iniciou um relacionamento amoroso e passou a morar junto em 1994 em Amsterdã: o casamento civil entre as duas foi formalizado dia 20 de outubro de 2001, após a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo feita pela Holanda em abril do mesmo

internacionais: seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 243. Nesse sentido, ver: RUHL, Giesela. The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy. *Journal of Private International Law*. v. 10. n. 3. 2014. p. 335-358. SALAH MOHAMED MAHMOUD, Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 315. 2005. p. 141-264. MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o Direito Internacional Privado de proteção do consumidor no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. n. 01. 2004. p. 65-96.

ano⁸²⁷. É possível, assim, questionar o direito aplicável ao reconhecimento do casamento celebrado em solo holandês e aos seus efeitos.

O predomínio do elemento de conexão nacionalidade no continente europeu não pode ser ignorada. A nacionalidade⁸²⁸ ainda prevalece, atualmente, em legislações nacionais de direito internacional privado de países europeus, ainda que a disciplina seja cada vez mais uma matéria de competência da União Europeia⁸²⁹.

Questionamentos sobre o caso, então, surgem: 1) A nacionalidade francesa⁸³⁰ de Alícia deve influenciar o direito aplicável, afastando o reconhecimento do casamento celebrado com Mia (ainda que Alícia resida habitualmente em Amsterdã)? 2) Ou deve ser aplicado o direito holandês, reconhecendo o casamento, por ser o local em que o casal reside habitualmente – e, por conseguinte, o local mais próximo à realidade cotidiana da relação jurídica em debate e que configura o resultado mais justo às expectativas das partes envolvidas?

⁸²⁷ A legislação holandesa foi reconhecida por criar uma igualdade total: casais homoafetivos poderiam se casar, adotar crianças holandesas e se divorciar por meio do sistema judiciário. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2000/09/13/world/dutch-legislators-approve-full-marriage-rights-for-gays.html?scp=2&sq=Norway+Gay+Marriages&st=nyt>> Acesso em: 15 nov. 2020.

⁸²⁸ Após a aquisição da competência para legislar o direito internacional privado, a União Europeia firmou o entendimento de que a preferência pelo elemento de conexão nacionalidade não coadunaria com as premissas da integração regional – como exemplo, a previsão do artigo 18º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que proíbe a discriminação em razão da nacionalidade. Conforme Aline Beltrame de Moura: “Nacionalidade, domicílio e residência habitual são três das opções de políticas legislativas geralmente utilizadas pelos sistemas internacional-privatistas estatais a fim de individualar a lei aplicável ao estatuto pessoal do sujeito. Conforme será analisado, no âmbito europeu, a questão tem adquirido maior relevância nos últimos anos em razão da intensificação do processo de comunitarização do Direito Internacional Privado”. MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. 1074.

⁸²⁹ A União Europeia, desde 1997, possui a competência para legislar sobre direito internacional privado a fim de unificar, entre os seus Estados-membros, as normas no conflito de leis: fenômeno conhecido como a “europeização” do direito internacional privado. Essa competência “unional”, aliada ao desenvolvimento de institutos e princípios, tais como a cidadania da União e a não discriminação em razão da nacionalidade, proporcionou uma gradual flexibilização de conceitos fundamentais da doutrina clássica de direito internacional privado. Conforme mencionam Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior: “Na União Europeia, o direito internacional privado está sendo progressivamente submetido a um processo de europeização, cujo resultado final é a não aplicação das legislações autônomas internas dos Estados-membros da União Europeia em determinadas matérias e frente a determinados Estados”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 330.

⁸³⁰ As legislações francesas e o posicionamento jurisprudencial postergaram o reconhecimento dos direitos às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Uma decisão da Suprema Corte da França (*Cour de Cassation*) ratificou, em 1997, que nenhum direito poderia surgir para o casal homoafetivo por simples coabitação. Em 1999, o parlamento francês aprovou uma lei que, usando um modelo contratual, previa alguns direitos e deveres semelhantes ao casamento (*Pacte Civil de Solidarité - PACS*). Apenas em 2013, uma alteração legislativa introduziu o casamento entre pessoas do mesmo sexo na lei francesa (*Mariage Pour Tous*). WINKLER, Matteo M. Same-Sex Marriage and Italian Exceptionalism. *ICL Journal*. v. 12. n. 4. 2018. p. 450.

Ao analisar o direito aplicável em matéria de casamento é preciso considerar que o foco da relação jurídica não deve ser uma única pessoa. Não se deve considerar a realidade apenas de Mia ou apenas de Alícia: é preciso que o direito aplicável seja compatível à realidade do casal e represente, assim, o vínculo mais próximo às duas pessoas. Por essa razão, acostumou-se a procurar por vínculos comuns às partes.

Destacam-se, a título exemplificativo, as previsões contidas no Regulamento nº 1103 de 2016 da União Europeia que implementou “a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais”⁸³¹. O artigo 22º, assim, inseriu a autonomia da vontade permitindo que as partes escolhessem o direito aplicável aos regimes matrimoniais, mas limitando a escolha a um dos direitos ali definidos: “a) A lei do Estado da residência habitual dos cônjuges ou futuros cônjuges, ou de um deles, no momento em que for concluído o acordo, ou b) A lei de um Estado da nacionalidade de qualquer dos cônjuges ou futuros cônjuges no momento da conclusão do acordo”⁸³².

Na falta de escolha pelas partes, no entanto, o rol de conexões possíveis é reformulado. O artigo 26º prevê, nesse sentido, que, na ausência de acordo,

“[...] a lei aplicável ao regime matrimonial é a lei do Estado:

- a) Da primeira residência habitual comum dos cônjuges depois da celebração do casamento; ou, na falta desta,
- b) Da nacionalidade comum dos cônjuges no momento da celebração do casamento; ou, na falta desta,

⁸³¹ O artigo 1º desse regulamento determina a sua aplicação aos regimes matrimoniais, excluindo do seu âmbito de aplicação questões referentes à capacidade civil dos cônjuges; à existência, validade ou reconhecimento de um casamento; às obrigações de alimentos; à sucessão por morte do cônjuge; à segurança social. Percebe-se que estão excluídas do âmbito de aplicação do presente regulamento matérias que já possuem previsões em regulamentos próprios. O artigo 3º define, assim, a conceituação de “regime matrimonial” como “o conjunto de normas relativas às relações patrimoniais dos cônjuges e às suas relações com terceiros, em resultado do casamento ou da sua dissolução;”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸³² Destaca-se, sobre essa permissibilidade, o considerando nº 45 do presente regulamento: “A fim de facilitar a gestão dos respetivos bens pelos cônjuges, o presente regulamento deverá dar-lhes a faculdade de escolher a lei aplicável ao seu regime matrimonial, independentemente da natureza ou da localização dos bens, entre as leis que tenham um vínculo estreito com os cônjuges devido à residência habitual ou nacionalidade de cada um deles. Esta escolha pode ser efetuada em qualquer momento, antes do casamento, no momento da celebração do casamento mas também ao longo da vida conjugal”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 13 nov. 2020.

c) Com o qual os cônjuges tenham em conjunto uma ligação mais estreita no momento da celebração do casamento, atendendo a todas as circunstâncias”⁸³³.

O considerando nº 49 do regulamento determina que, ao aplicar esse último critério (ligação mais estreita no momento de celebração do casamento), “todas as circunstâncias do caso deverão ser tidas em conta, precisando-se que são os vínculos existentes no momento da celebração do casamento que devem ser tidos em consideração”⁸³⁴.

Essas previsões evidenciam que o foco da instituição jurídica “casamento” não deve ser somente uma das partes, tal como prevalecia em grande parte dos ordenamentos jurídicos, que elencavam o marido como o “chefe de família”⁸³⁵ e definidor do domicílio ou da nacionalidade da esposa⁸³⁶. O reconhecimento da igualdade entre as partes ratificou a ascensão de normas de conexão preocupadas com as duas pessoas envolvidas nessa relação jurídica. Observam-se, então, normas de conexão que passam a mencionar a

⁸³³ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸³⁴ Em previsão semelhante, o considerando nº 43 determina: “Para que os cidadãos possam beneficiar, com toda a segurança jurídica, das vantagens oferecidas pelo mercado interno, o presente regulamento deverá permitir que os cônjuges conheçam antecipadamente a lei aplicável ao seu regime matrimonial. Por conseguinte, deverão ser introduzidas normas harmonizadas de conflitos de leis para evitar resultados contraditórios. A regra principal deverá assegurar que o regime matrimonial seja regido por uma lei previsível, com a qual apresente uma conexão estreita”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸³⁵ Destaca-se, nesse sentido, o § 7º do artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que define que o domicílio do chefe da família se estende ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, assim como o do tutor ou curador se estende aos incapazes que estiverem sob sua guarda. Para André de Carvalho Ramos, “faltou atualização da LINDB sob a luz da gramática dos direitos humanos. Na ausência de alteração expressa da lei, resta sua interpretação conforme aos direitos humanos, para considerar que o domicílio do ‘chefe da família’ é, na verdade, o domicílio escolhido por ambos os cônjuges”. CARVALHO RAMOS, André de; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 170. Conforme Leila Cavallieri, “as novas famílias distanciaram-se da percepção de única formação nuclear e se transformaram em monoparentais, recompostas, unipessoais, extensas, mosaicos”. CAVALLIERI, Leila Arruda. *O direito internacional e a criança: adoção transnacional e nacionalidade do adotando*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 57. A Constituição Federal (CF) de 1988 determinou a igualdade entre as partes no casamento, no artigo 226º, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 dez. 2020.

⁸³⁶ Oscar Tenório, em 1976, menciona: “Ao aplicar o art. 8º da revogada Introdução ao Código Civil (1916), coerente seria que prevalecesse a lei do pai, pois a sociedade familiar tem um chefe e a lei deste deve merecer aplicação todas as vezes que ocorrer divergência de legislações e surgir a necessidade de aplicação de uma lei coordenadora”. TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. v. 2. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 143.

nacionalidade comum das partes; ou o local do primeiro domicílio conjugal; ou, ainda, o local da residência habitual do casal. Fato é que a busca pelo direito mais próximo não pode ignorar a relação de igualdade existente entre os cônjuges. A flexibilidade da norma de conexão precisa respeitar essa igualdade, assim como o resultado material que essa norma encontrará.

Uma norma de conflito sobre casamento, assim, poderia seguir a tendência adotada pela União Europeia de permitir a liberdade de escolha pelas partes (ainda que uma liberdade limitada às conexões que possuam vínculos com a relação jurídica em questão). A norma aqui proposta como regra geral, no entanto, não manteria a possibilidade de aplicação do direito da nacionalidade comum das partes – em razão do caráter discriminatório, considerado intrínseco a esse critério de conexão.

Casamento. Validade e reconhecimento.

Os cônjuges podem escolher o direito aplicável ao casamento, desde que seja comprovado o vínculo entre a relação jurídica e o ordenamento escolhido.

Na falta de escolha pelas partes, a validade e os efeitos do casamento serão regulados pelo direito da residência habitual comum das partes. Caso o direito de outro local possua conexões mais estreitas à relação matrimonial, esta prevalecerá.

Dois aspectos da proposta merecem destaque. O primeiro refere-se à possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes. Para Renata Steiner, “se a concepção de autonomia privada na escolha da lei aplicável visa delegar às partes a escolha da ordem jurídica que melhor se adegue aos seus interesses, parece natural supor que ela também haveria de ser tutelada no âmbito mais privado do indivíduo, ou seja, sua família”⁸³⁷.

Ainda que seja permissível a escolha do direito aplicável, é preciso a previsão do direito incidente na sua ausência. Nesse sentido, mantem-se a utilização do critério de conexão residência habitual comum das partes (que busca a incidência do vínculo mais próximo), com a garantia de que outra conexão poderá, eventualmente, prevalecer. Um teste de proximidade a ser aplicado caso a caso, no entanto, poderia ter algumas conexões como guia na busca pelo vínculo mais estreito.

⁸³⁷ STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 48.

Casamento. Conexões que indicam o direito mais próximo à relação matrimonial:

- a) local escolhido pelas partes;
- b) local da primeira residência habitual comum das partes;
- c) local de uma residência habitual comum das partes;
- d) local de residência habitual de uma das partes;
- e) local da nacionalidade comum das partes;
- f) local da celebração do casamento.

Retomando o exemplo hipotético criado, é possível analisar o conflito de direitos envolvendo o divórcio. Mia e Alícia mudaram-se para Milão em 2003 devido a uma promoção profissional da holandesa, local em que estabeleceram a sua nova residência habitual. Em 2008, cinco anos após a mudança, o casamento chegou ao fim, com Alícia mudando-se para a França. O pedido de divórcio foi feito por Alícia apenas em 2009, um ano após o término do relacionamento.

Como decidir, assim, o direito aplicável ao divórcio de Mia e Alícia? Um casamento celebrado na Holanda, que teve Amsterdã como o local da primeira residência habitual do casal, mas que teve seu fim na Itália, reconhecida como o local da última residência habitual comum das partes, que possuem nacionalidades diferentes (holandesa e francesa, respectivamente). Ainda que a Itália corresponda ao local da última residência habitual comum do casal, seria possível argumentar que Alícia já não residia mais no país há doze meses (o Estado italiano não representaria mais o local da sua residência habitual).

Os questionamentos⁸³⁸, novamente, surgem: 1) O direito italiano deve ser aplicado por ser o local da última residência habitual do casal, ainda que exija um período mínimo de separação judicial, ou que, eventualmente, nem reconheça⁸³⁹ o casamento

⁸³⁸ Outros questionamentos sobre esse assunto poderiam ser feitos, ao analisar o segundo casamento de Mia, agora com Matteo. O novo relacionamento de Mia com o italiano Matteo resultou no nascimento de seus dois filhos, Bella (em 2008) e Lorenzo (em 2009). As respostas aos questionamentos anteriores interferem diretamente à validade do segundo casamento de Mia, agora com o italiano Matteo. O divórcio anterior ao ser executado pelo direito holandês, permite que Mia case-se novamente, agora na Itália – ainda que não tenha sido respeitado o tempo mínimo de separação judicial exigido pelo direito italiano? Ou o não reconhecimento do casamento homoafetivo existente entre Mia e Zahar pelo direito italiano, “libera” Mia para casar com Matteo?

⁸³⁹ Matteo Winkler investiga os fatores que levaram a Itália a ser o último país da Europa Ocidental a introduzir uma lei que reconhecesse e protegesse casais homossexuais. Apenas em 2016, o parlamento italiano aprovou um estatuto sobre parcerias registradas entre pessoas do mesmo sexo. Para o autor, o atraso da Itália se deve, pelo menos em parte, “ao reforço da heteronormatividade do casamento operada pelo Tribunal Constitucional da Itália (*Corte Costituzionale*)”. Outros componentes sociais e políticos também contribuíram para o atraso, como o conservadorismo existente entre os políticos, a longa influência da Igreja Católica e as mudanças imprevisíveis de governos. Tradução livre de: “*This article argues that Italy’s delay is due, at least partly, to the reinforcement of the heteronormativity of marriage operated by Italy’s Constitutional Court (Corte Costituzionale). While certainly other social and political components existed that contributed to such a delay, like the conservatism of the political establishment, the long influence of*

homoafetivo existente entre Mia e Alícia? 2) Ou pode ser aplicável o direito holandês por ter sido o local da primeira residência habitual do casal e, também, local da celebração do casamento, por representar um desfecho mais justo e adequado à realidade das partes envolvidas?

A liberdade das partes na escolha do direito aplicável deve ser novamente defendida aqui. Nesse sentido, destacam-se as previsões contidas no Regulamento nº 1259 de 2010 da União Europeia que cria “uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial”⁸⁴⁰, conhecido como Roma III. O artigo 5º, assim, determina que as partes podem escolher o direito aplicável ao seu divórcio e a sua separação judicial desde que se trate de uma das alternativas ali elencadas⁸⁴¹. Para Aline Beltrame de Moura, “este regulamento, inspirado no princípio do *favor divortii*, procura responder as necessidades dos cidadãos em termos de segurança jurídica, previsibilidade e flexibilidade, de tutela do cônjuge mais vulnerável na ação de divórcio e de prevenção do *forum shopping*”⁸⁴². A proposta de uma norma voltada a determinação do direito aplicável ao divórcio, assim, seguiria essa tendência.

Divórcio.

As partes poderão escolher o direito aplicável ao divórcio, desde que comprovado o vínculo entre a relação jurídica e o ordenamento escolhido.

the Catholic Church and the unpredictable changes in governments and parliament majorities in the last fifteen years, what is claimed here is that the Constitutional Court nonetheless played an important role in the endurance of heteronormativity of marriage”. WINKLER, Matteo M. Same-Sex Marriage and Italian Exceptionalism. *ICL Journal*. v. 12. n. 4. 2018. p. 432-433.

⁸⁴⁰ Esse regulamento utilizou o modelo de “cooperação reforçada”. Para Augusto Jaeger Junior, “esse mecanismo é concebido como uma última opção quando o Conselho tenha estabelecido que os objetivos de uma pensada cooperação não possam ser atingidos dentro de um razoável período de tempo pela União Europeia em seu conjunto”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 418. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸⁴¹ O artigo 5º assim dispõe: “1. Os cônjuges podem acordar em designar a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial desde que se trate de uma das seguintes leis: a) a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo de escolha de lei; ou b) a lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges, desde que um deles ainda aí resida no momento da celebração do acordo; ou c) a lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo; ou d) a lei do foro”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸⁴² MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 20.

Na falta de escolha pelas partes, será aplicável o direito do local da última residência habitual comum, desde que atenda às expectativas jurídicas e culturais das partes. Caso o direito de outro local possua uma conexão mais significativa, esta prevalecerá.

A incidência de uma previsão ampla do princípio da proximidade, tal como a proposta, facilitaria a busca pelo vínculo mais estreito – principalmente em matéria de divórcio, em que a relação jurídica que originou o debate já deixou de existir. Como no caso hipotético criado, seria possível afastar a utilização do direito aplicável (última residência habitual comum – a Itália) para a aplicação do direito com vínculos mais estreitos à relação jurídica (nesse caso, o direito holandês – local da primeira residência habitual comum e local da celebração do casamento). À essas conexões, soma-se o fato de que a utilização do direito holandês reflete o resultado mais justo ao caso em questão⁸⁴³.

Um eventual teste de proximidade poderia elencar as principais conexões que interferem em um divórcio internacional. É preciso ter em mente que o divórcio, assim como o casamento, envolve duas pessoas distintas e que se encontram em momentos diferentes da vida (situações em que as brigas são mais comuns que o consenso).

Divórcio. Conexões que indicam o direito mais próximo à relação jurídica:

- a) local escolhido pelas partes;
- b) local que atende às expectativas jurídicas e culturais das partes;
- c) local da última residência habitual comum das partes;
- d) local de uma residência habitual comum das partes;
- e) local de residência habitual das partes;
- f) local da nacionalidade comum das partes;
- g) local da dissolução do casamento.

⁸⁴³ A busca por um resultado justo, no entanto, é tarefa ainda mais difícil quando não há vulnerabilidade evidente entre as partes envolvidas no fato transnacional. Como buscar a proteção da pessoa humana quando se está diante de uma relação entre partes iguais? Quais fatores devem influenciar na determinação de um resultado justo? É possível conciliar a busca do resultado mais justo à busca do princípio pro persona. André de Carvalho Ramos, ao mencionar a internacionalização da matéria, alerta que “em face da multiplicação de precedentes internacionais de direitos humanos, que se referem a temas do objeto do Direito Internacional Privado, fornece-se uma alternativa pro homine de conformação da disciplina”. O princípio pro persona, no entanto, é insuficiente em casos que envolvam tensão entre direitos de titulares distintos. A busca pelo resultado mais justo, nesses casos, é um dos maiores desafios do direito internacional privado na atualidade: “é necessário se obter coerência e consistência na interpretação que é dada a esses direitos, em um cenário de expansão e conflitos latentes entre direitos de titularidades distintas. Esse cenário de conflitos é típico de um Direito Internacional Privado da atualidade, no qual indivíduos distintos clamam pela gramática dos direitos humanos no (i) uso ou no (ii) rechaço do direito estrangeiro para reger suas pretensões”. CARVALHO RAMOS, André de. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos Direitos Humanos. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. v. 15. n. 2. 2020. p. 127-131.

O último aspecto da vida humana que o presente trabalho almeja analisar relaciona-se à sucessão internacional. Mia, de nacionalidade holandesa, residente habitualmente na Itália, acabou falecendo em julho de 2019 enquanto passava férias com a família no Brasil. As possíveis conexões da sucessão internacional são facilmente elencadas no caso em análise: i) a nacionalidade da falecida (direito holandês); ii) o local da residência habitual da falecida no momento da sua morte (direito italiano); iii) o local da morte (direito brasileiro); iv) ou, ainda, a prevalência da vontade expressa da falecida, decretada por meio de um testamento particular.

A norma proposta aqui segue, também, a influência do direito internacional privado da União Europeia. Em matéria sucessória, destaca-se o regulamento nº 650 de 2012, “relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu”⁸⁴⁴. O seu artigo 21º estabelece que deve ser aplicada “a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito” ao conjunto da sucessão, ressaltando que pode ser utilizada a lei de outro Estado desde que o falecido no momento do óbito possuísse uma relação mais estreita com este⁸⁴⁵. A liberdade de escolha do direito aplicável é encontrada, também, nesse regulamento, uma vez que o falecido é “a pessoa mais indicada para decidir qual das leis, dentre as da nacionalidade, do domicílio e da residência habitual, é efetivamente aquela que se encontra mais próxima, mais conectada, à sua realidade específica”⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸⁴⁵ O artigo 21º prevê, expressamente: “Regra geral. 1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito. 2. Caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do nº 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸⁴⁶ A própria liberdade do *de cuius* em alterar no “plano fático seu domicílio ou residência habitual” já concede um certo grau de liberdade que “é inerente aos sistemas que adotam tais elementos de conexão”. Percebe-se que a nacionalidade não foi totalmente afastada em matéria sucessória, sendo permitido a sua incidência a partir da *professio juris* do de cuius. VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 319-320.

Um teste de proximidade poderia decidir o direito mais próximo à sucessão internacional com base nas seguintes conexões:

Sucessão internacional. Conexões que indicam o direito mais próximo à relação jurídica:

- a) local escolhido pela pessoa em instrumento particular;
- b) local da última residência habitual da pessoa antes da morte;
- c) local da nacionalidade da pessoa;
- d) local da ocorrência da morte.

Ainda que pareça fácil a delimitação das possíveis conexões, a escolha definitiva por uma ou outra é uma das tarefas mais complexas do direito internacional privado atualmente. Isso porque se entende que a determinação do direito aplicável não deve ser feita por meio da incidência de um critério de conexão rígido e cego ao resultado material encontrado tal como propôs o método conflitual clássico. A utilização de um único critério predeterminado, tal como ocorre em grande parte dos ordenamentos jurídicos de direito internacional privado, facilita a determinação do direito aplicável. Essa facilidade, no entanto, compromete a busca pelo resultado material justo, refletindo um direito internacional privado que se distancia da proteção do indivíduo.

O presente estudo propôs normas de direito internacional privado baseadas na incidência do princípio da proximidade, defendendo uma interpretação à luz da proteção da pessoa por meio de uma busca do direito aplicável ao caso concreto. Ainda que a inclusão de um teste de proximidade em uma legislação internacional privatista não pareça viável, o teste poderia ser utilizado na prática como um guia para a definição do vínculo mais próximo – conciliando o resultado material encontrado com a busca pela proteção da pessoa (a preocupação com o resultado material acompanharia a aplicação do teste, afastando a utilização de um único critério de conexão predeterminado).

A parte final da pesquisa procurou responder, assim, ao seguinte problema de pesquisa: A execução de um teste de proximidade é capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos com a relação jurídica plurilocalizada, evitando o *lex forismo* e buscando uma interpretação baseada na proteção do indivíduo?

É possível, sim, que a previsão do princípio da proximidade em uma norma de direito internacional privado seja capaz de buscar a conexão mais adequada à relação jurídica, por meio de uma análise prévia dos resultados materiais disponíveis. A inserção de um eventual teste de proximidade em um texto normativo, no entanto, representa uma realidade pouco viável ao se pensar no direito internacional privado brasileiro. O teste

limitaria, ainda, a determinação do direito aplicável a um rol taxativo previamente determinado. Propõe-se, então, que um eventual teste de proximidade guie uma interpretação do princípio da proximidade à luz da proteção da pessoa, no momento em for delimitado o direito aplicável no caso concreto.

O risco à prevalência do direito do foro, em razão da discricionariedade concedida àquele que profere a decisão, não deve barrar a inserção de uma norma aberta, que simplesmente ordene a utilização do direito que possuir uma conexão mais estreita à relação jurídica, no direito internacional privado brasileiro.

O princípio da proximidade precisa ter a sua interpretação adaptada às premissas atuais do direito internacional privado. É necessário que a preocupação com a pessoa e com os direitos envolvidos interfiram a determinação do direito mais próximo. Não se fala, aqui, da mera busca pelo vínculo mais próximo entre um Estado e uma pessoa. Defende-se, no entanto, que o direito internacional privado como um todo, e em especial o brasileiro, busque o vínculo entre o direito mais próximo à pessoa e à relação jurídica em análise.

CONCLUSÃO

A busca pelo direito mais próximo ao caso consiste na premissa básica do direito internacional privado. A defesa de um ou outro critério utilizado para a determinação do direito ou da jurisdição aplicável fundamentou-se, ao longo do tempo, na defesa daquela que seria considerada a conexão mais próxima ou mais significativa. A mobilidade internacional, intensificada pela globalização e pelas inovações tecnológicas, provocou efeitos em cascata no direito internacional privado: ampliou a circulação de pessoas entre diferentes países e, ao mesmo tempo, intensificou os conflitos culturais. Observou-se, então, a formação de sociedades multiculturais.

A multiculturalidade influenciou diretamente o direito internacional privado e a definição do direito aplicável à pessoa e suas principais relações humanas. A nacionalidade, critério de conexão amplamente utilizado em um mundo não globalizado, apresentou resultados materiais discriminatórios à medida que aumentavam as sociedades multiculturais. O direito internacional privado, que parecia ser uma disciplina objetiva e meramente localizadora da lei e da jurisdição aplicável, passou a ser um conjunto de instrumentos aptos a garantir a proteção da pessoa humana independentemente do local geográfico em que esta se encontre.

O direito internacional privado do século XXI é influenciado pelos direitos humanos na busca pelo respeito à identidade cultural de uma pessoa e precisa conviver com limítrofes tênues entre o direito a ser protegido e o respeito ao outro, ao diferente. A interferência da gramática dos direitos vai de encontro à norma de conexão clássica (norma conflitual).

Nesse sentido, a presente tese destinou-se a estudar a pessoa no direito internacional privado, analisando a inserção do princípio da proximidade na definição do direito aplicável e questionando a viabilidade de construção de um teste de proximidade para determinação do direito material aplicável ao estado pessoal, a partir dos novos paradigmas do princípio da proximidade no século XXI. Buscou-se responder os seguintes problemas de pesquisa: É possível pensar em uma solução ao conflito de leis em matéria de estado pessoal, independentemente de critérios de conexão predeterminados, por meio do princípio da proximidade? O direito internacional privado brasileiro possui regras de conflito materializadas (a partir da influência dos direitos humanos) que utilizam o princípio da proximidade? A execução de um teste de proximidade é capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos

com a relação jurídica plurilocalizada, evitando o *lex forismo* e buscando uma interpretação baseada na proteção do indivíduo?

A fim de tentar solucionar as questões propostas, a tese foi dividida em duas partes. A primeira parte englobou dois capítulos. O primeiro capítulo apresentou uma análise da pessoa e da busca pela conexão mais próxima no direito internacional privado, a partir das características do método conflitual clássico e dos principais critérios de conexão (nacionalidade, domicílio e residência habitual). O objetivo do primeiro capítulo foi demonstrar a ineficácia da norma de conexão clássica na garantia dos direitos humanos, uma vez que sobrecarrega o instituto da ordem pública (buscou-se uma desconstrução da ideia de que uma única conexão previamente estabelecida fosse capaz de ditar adequadamente o direito mais próximo).

O segundo capítulo, então, analisou o surgimento do princípio da proximidade no direito internacional privado, destacando os seus desdobramentos conceituais e alguns métodos criados para a definição do vínculo mais próximo. O princípio da proximidade foi tratado como uma alternativa à utilização ineficaz dos critérios de conexão predeterminados que preveem uma única solução à relação jurídica multiconectada. O estudo da Revolução Americana foi fundamental para a compreensão do direito internacional privado existente atualmente, moldando tendências que ainda são predominantes em diferentes legislações internas e convenções internacionais.

A primeira parte da tese buscou responder ao primeiro problema de pesquisa apresentado: é possível pensar em uma solução ao conflito de leis em matéria de estado pessoal, independentemente de critérios de conexão predeterminados, por meio do princípio da proximidade?

O desenvolvimento teórico exposto permite responder afirmativamente à questão, sendo possível, sim, a adoção de uma solução ao conflito de leis por meio do princípio da proximidade que independa de critérios de conexão predeterminados. A busca pela justiça representa uma das justificativas que permeiam a utilização do princípio da proximidade no conflito de leis: a solução deixa de depender de um fator de conexão abstrato e previamente determinado. Esse princípio poderia ser inserido em uma norma ampla que simplesmente determinasse a aplicação do “direito mais próximo ou com os vínculos mais estreitos”, ou, ainda, pelo estabelecimento de premissas que guiarão a determinação da conexão mais significativa (como o teste de proximidade mencionado no segundo capítulo).

A segunda parte da pesquisa, então, destinou-se à análise dos impactos dos novos paradigmas do princípio da proximidade nas normas de direito internacional privado, tendo por base a consideração da pessoa inserida em uma sociedade multicultural. Essa parte, assim como a primeira, englobou outros dois capítulos da tese. O terceiro capítulo abordou a interferência do multiculturalismo no direito internacional privado por meio da interferência direta dos direitos humanos na aplicação do direito estrangeiro, buscando uma coordenação entre os instrumentos de direito internacional privado e os instrumentos que estabelecem garantias e proteções aos indivíduos.

O quarto capítulo analisou o impacto desses novos paradigmas do princípio da proximidade em normas de conflito próprias do direito internacional privado. Delimitou, em um primeiro momento, quais seriam esses novos paradigmas do princípio da proximidade por meio de uma interpretação baseada na proteção da pessoa e um foco à realidade brasileira. Em um segundo momento, analisou a viabilidade de execução de um teste de proximidade e a eventual preferência por uma normatização ampla que forneça maior liberdade ao operador.

A segunda parte da pesquisa procurou responder aos demais problemas de pesquisa apresentados: O direito internacional privado brasileiro possui regras de conflito materializadas (a partir da influência dos direitos humanos) que utilizam o princípio da proximidade? A execução de um teste de proximidade é capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos com a relação jurídica plurilocalizada, evitando o *lex forismo* e buscando uma interpretação baseada na proteção do indivíduo?

Ao analisar o desatualizado direito internacional privado brasileiro, é possível observar, sim, algumas regras de conflito substancializadas e que utilizam o princípio da proximidade. Esse cenário é possível em razão da incorporação de convenções internacionais contemporâneas, como Convenções da Haia e Convenções Interamericanas. A utilização do princípio da proximidade como um instrumento à garantia dos direitos humanos pôde ser observada, também, em algumas decisões proferidas pela jurisprudência brasileira (ainda que todas essas decisões tenham utilizado o princípio da proximidade para afastar a aplicação do direito estrangeiro a favor do direito do foro).

A necessidade de uma atualização normativa do direito internacional privado brasileiro, no entanto, é inquestionável. Defende-se aqui, assim, que uma atualização deve seguir as tendências modernas da disciplina, utilizando os dois principais critérios de conexão da atualidade: a residência habitual e o princípio da proximidade. A possibilidade

de escolha do direito aplicável foi, também, evidenciada. A proposta apresentada aqui não presumiu a inserção de um teste de proximidade em uma eventual atualização normativa do direito internacional privado brasileiro. É viável, no entanto, que um teste possa ser utilizado como um guia para a busca do direito mais próximo: ainda que sem força vinculante, auxiliaria o tomador de decisão na definição do direito mais próximo ao caso concreto (atuaria como uma *soft law*, como uma indicação doutrinária e principiológica).

Verdade é que o direito internacional privado brasileiro tem sido atualizado pela incorporação de diferentes convenções internacionais. Esses instrumentos normativos, no entanto, colidem com previsões internas como a existente no § 7º do artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que define que o domicílio do chefe da família se estende ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, assim como o do tutor ou curador se estende aos incapazes que estiverem sob sua guarda.

Esse cenário ratifica a necessidade de uma atualização que não ignore a busca pelo direito mais próximo e que reforce a importância da coordenação entre o direito internacional privado e a proteção da pessoa em relações jurídicas plurilocalizadas. Ainda que o princípio da proximidade tenha surgido como um instrumento associado ao direito internacional privado clássico, a sua interpretação deve ser reformulada a fim de acompanhar as tendências contemporâneas da disciplina.

Entende-se, assim, que a execução de um teste de proximidade pode ser capaz de indicar o direito material que mantém vínculos mais estreitos com a relação jurídica plurilocalizada, desde que mantenha uma interpretação baseada na proteção do indivíduo. Pode ser mencionado o risco de recair constantemente na aplicação do direito do foro. Prefere-se argumentar, no entanto, que a utilização do princípio da proximidade como instrumento de substancialização do direito internacional privado faz com que não seja sobrecarregada a cláusula de ordem pública. Essa, sim, era invocada como único instrumento capaz de corrigir eventual injustiça causada pela regra de conexão e resultava, sempre, na prevalência do direito do foro. Ainda que a interferência dos direitos humanos no direito internacional privado represente um risco de aplicação excessiva do direito do foro, o risco desse *lex forismo* não deve representar um entrave à busca da proteção do indivíduo.

O “outro” representa o tema central do direito internacional privado, que foi construído com um estrangeiro muito semelhante ao nacional. A globalização, no entanto, acelerou o encontro entre pessoas de diferentes culturas, tornando o multiculturalismo

uma das características mais difundidas das sociedades contemporâneas. Essa realidade intensificou o debate existente entre a proteção dos direitos humanos e a incidência do direito internacional privado em diferentes países. Não é possível pensar, hoje, em um direito internacional privado neutro. Os instrumentos do direito internacional privado, tal como o princípio da proximidade, precisam ter as suas interpretações atualizadas à realidade atual.

Defende-se, assim, que os novos paradigmas do princípio da proximidade devem ser considerados no momento da sua aplicação e interpretação: 1) a busca pelo direito aplicável por meio do princípio da proximidade deve ser guiada por uma interpretação à luz da proteção da pessoa; 2) a previsão do princípio da proximidade deve ser ampla e subjetiva, de modo que a flexibilidade permita uma coordenação entre a norma de direito internacional privado e a proteção dos direitos humanos; 3) a determinação do direito aplicável às relações pessoais baseada no princípio da proximidade deve considerar a vontade da pessoa e a sua liberdade de escolha.

É preciso pensar em um princípio da proximidade que transcenda ao método conflitual clássico no direito internacional privado, adaptando-se à realidade existente atualmente. Afasta-se a busca do vínculo mais próximo entre um Estado e um indivíduo. O foco passa a ser a busca pelo direito mais próximo à pessoa.

REFERÊNCIAS

AGBEDE, I. O. Conflict of Tort Laws: New Bases for Solution. *Nigerian Law Journal*. 11. 1977-1980. p. 75-90.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Incorporação do tratado pelo ordenamento jurídico interno. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coord.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 255-265.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 212-220.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ANCHIETA, Natascha Silva. Civil law e common law: aspectos históricos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIII. Rio de Janeiro. 2014. p. 658-684.

ARA, Ignacio. El impacto jurídico de la diversidad cultural. *Persona y Derecho*. 49. 2003. p. 263-330.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

_____. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefans; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. (Org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras*. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014. p. 423-440.

_____. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 289-309.

ARAUJO, Nádía de; GAMA JUNIOR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros princípios da Haia e as perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 34. 2012. p. 11 – 41.

ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares de. Constitucionalismo x Democracia: O Multiculturalismo e as Comunidades Tradicionais. *Brazilian Journal of International Law*. v. 7. n. 1. January/June 2010. p. 55-76.

ARENSTEIN, Robert D. How to Prosecute an International Child Abduction Case under the Hague Convention. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 30. n. 1. 2017. p. 1-26.

AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*. Paris: Economica, 2008.

_____. Le droit international privé en quête d'universalité: Cours général (2001). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 305. 2003. p. 9-487.

BARATTA, Roberto. La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 348. 2011. p. 253-499.

BARRIE, George N. An Accurate Reflections of the Most Significant Relationship Test in the Private International Law of Delict. *Journal of South African Law*. v. 1994. n. 4. 1994. p. 851-853.

BARRIOS, Haydée. Del domicilio. *Publicaciones jurídicas venezolanas*. n. 117. 2000. p. 41-66.

BASEDOW, Jürgen. Global life, local law? About the globalization of law and policy-making. In: *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*. Montevideo: Fundación de Cultura. p. 817-833.

BATY, Th. Interconnection of Nationality and Domicile. *Illinois Law Review*. 13. 1918-1919. p. 363-374.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEAUMONT, Paul; TRIMMINGS, Katarina; WALKER, Lara; HOLLIDAY, Jayne. Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 64, 2015. p. 39-64.

BELANDRO, Ruben S. Santos. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 514-536.

BELLINI, V. Evidence in Comparative Private International Law. *University of Western Australia Annual Law Review*. v. 2. n. 2. December 1952. p. 330-349.

BENTWICH, Norman. Recent developments of the principle of domicile in English law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. v. 87. 1955. p. 121-189.

BERNARDI, Vanessa de Oliveira. Competência internacional: as soluções propostas pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIII. Rio de Janeiro. 2014. p. 858-879.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

_____. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002.

BLOM, Joost; EDINGER, Elizabeth. The Chimera of the Real and Substantial Connection Test. *U.B.C. Law Review*. v. 38. n. 2. 2005. p. 373-422.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4.ed. Brasília: Unb, 1994.

BOGDAN, Michael. Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 348. p. 9-252.

BOND, James E. Multiculturalism: America's Enduring Challenge. *Seattle Journal for Social Justice*. v. 1. n. 1. Spring/Summer 2002. p. 59-72.

BONI, Andrea de; FERRERO, Marco. Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*. Anno V. n. 4. Milano: Franco Angeli, 2004.

BONOMI, Andrea. Globalização e Direito Internacional Privado. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186.

BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado*. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 05 nov. 2020.

BOOKMAN, Pamela K. The Unsung Virtues of Global Forum Shopping. *Notre Dame Law Review*. v. 92, issue 2. 2016. p. 579-636.

BORRÁS, Alegría. Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 317. 2005. p. 313-536.

BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 186-212.

BOSQUE, Raúl Lardiés. Entre la movilidad residencial y la migración. Factores y razones para el cambio de residencia desde un entorno urbano entre la población mayor. *Estudios Geográficos*. v. LXXI. 268. Enero-junio 2010. p. 177-201.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Direitos adquiridos no direito internacional privado*. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 1996.

_____. A convenção interamericana sobre conflito de leis em matéria de adoção – CIDIP III – e seu reflexo no direito brasileiro. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 499-513.

BOZIN-ODHIAMBO, Danielle. Re-examining habitual residence as the sole connecting factor in Hague Convention child abduction cases. *Family Law Review*. v. 3. n. 1. Austrália: 2012. p. 4-17.

BRITO, Evamar. Existe o Problema das Qualificações no Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 6. 1966. p. 147-156.

BROEKMAN, Jan M. Multiculturalism. *Persona y Derecho*. 48. 2003. p. 15-26.

BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé: cours general. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 330. 2009. p. 9-526.

_____. La famille en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 283. 2000. p. 9-186.

BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*. v. 25. n. 4. Summer 2004. p. 963-980.

CALITZ, Karin. The Close Connection Test for Vicarious Liability. *Stellenbosch Law Review*. v. 18. n. 3. 2007. p. 451-468.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 79-116.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 1. n. 1. Marzo 2009. p. 36-71.

CAMARGO, Solano de. O direito da criança de ser ouvida – aspectos internacionais. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 243-263.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. Volume II. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

CARELLA, Gabriella. La Convenzione dell' Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione Internazionale di minori. *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale*. Anno XXX, n. 4, ottobre-dicembre. Cedan: Padova, 1994.

CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 254-269.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Contratos internacionais: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. n. 19. España: 2015. p. 15-35.

_____. La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 4. n. 1. Marzo 2012. p. 52-85.

_____. Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo. *Revista Española de Derecho Internacional*. v. 68/2. 2016. Madrid. p. 157-182.

_____. Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 8. n. 1. Marzo 2016. p. 47-75.

CARREIRA, Carlos Eduardo de Castro e Silva. O princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro: do *locus* obrigacional a novo axioma das relações privadas familiares transnacionais na pós-modernidade. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 651-662.

CARRIGAN, Ana. Chiapas: The First Post-Modern Revolution. *Fletcher Forum of World Affairs*. v. 19. n. 1. Winter/Spring 1995. p. 71-98.

CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre Proteção das Crianças e Cooperação em matéria de Adoção Internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 213-242.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos Direitos Humanos. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. v. 15. n. 2. 2020. p. 107-137.

_____. Estatuto pessoal no direito internacional privado: evolução e perspectivas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*. v. 110. jan./dez. 2015. p. 451-470.

_____. Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 01-07.

_____. Direito internacional privado e a ambição universalista. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 14-33.

_____. *A construção do direito internacional privado no século XXI: heterogeneidade e coerência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial no concurso para provimento de cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2018.

CARVALHO RAMOS, André de; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-105.

CASSIN, René. La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. v. 34. 1930. p. 659-809.

CASTEL, Jean-Gabriel. The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law. *McGill Law Journal*. v. 52. n. 3. Autumn 2007. p. 555-574.

CASTRO, Amilcar de. A Natureza da Norma de Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 1950. p. 69-85.

_____. O Objeto do Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 1954. p. 79-97.

_____. Da Capacidade em Direito Internacional Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 1952. p. 48-59.

CAVALLIERI, Leila Arruda. *O direito internacional e a criança: adoção transnacional e nacionalidade do adotando*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

_____. A elitização da adoção internacional por força da obrigatoriedade do estágio de convivência. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. III. Anais do 12º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 443-451.

_____. Evolução do conceito de adoção internacional na doutrina e no direito brasileiros. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 219-232.

_____. A adoção internacional realizada no Brasil e o subsídio de leis estrangeiras que possam contribuir para a consecução da medida. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. VIII. Anais do 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 60-75.

_____. A aquisição de nacionalidade pelo adotando na adoção internacional: o contributo ao direito internacional pela interdisciplinaridade, através de outros ramos do direito. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 404-420.

CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 475-493.

_____. *The Choice-of-law Process*. Michigan: University of Michigan Press, 1965.

CAVLAK, Iuri. A Holanda e a América do Sul: A Formação do Suriname. *Revista Intellector*. Ano XI. v. XII. n. 23. 2015. p. 53-64.

CHAPPELL, R. Harvey. Lex Loci Delicti and Babcock v. Jackson. *William and Mary Law Review*. v. 7. n. 2. 1966. p. 249-258.

CHESHIRE, Geoffrey C. Nationality and Domicile in Swedish Private International Law. *International Law Quarterly*. v. 4. n. 1. January 1951. p. 39-59.

CHIBA, Masaji. Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. *Ratio Juris*. v. 11. n. 3. September 1998. p. 228-245.

CHRISTANDL, Gregor; QUINZÁ REDONDO, Pablo. Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico Español. *Revista para el Análisis del Derecho*. n. 3. 2013. p. 1-27.

CORREIA, A. Ferrer. A Codificação do Direito Internacional Privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 53. 1977. p. 1-50.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Direito Internacional Privado e Ordem Pública. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 48-59.

COSTA, José Augusto Fontoura. Convenção interamericana sobre restituição internacional de menores. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 537-563.

COSTA, José Augusto Fontoura; LOPES, Rachel de Oliveira. Análise das Convenções sobre Restituição Internacional de Crianças Indevidamente Transportadas ou Retidas à

Luz da Teoria dos Regimes Internacionais. *Seqüência*. n. 72. Florianópolis. 2016. p. 125-144.

COUSINS, Mel. The Habitual Residence Condition in Irish Social Welfare Law. *Irish Journal of European Law*. 13. 2006. p. 187-206.

CRAWFORD, James. Multilateral Rights and Obligations in International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 319. 2006. p. 325-482.

CROZIER, Blanche. Domicile in Marriage Law. *Boston University Law Review*. v. 17. n. 2. April 1937. p. 293-327.

CUTLER, Winn. Texas Conflicts Law: The Struggle to Grasp the Most Significant Relationship Test. *Baylor Law Review*. v. 65. n. 1. Winter 2013. p. 355-377.

CZEPELAK, Marcin. Would We Like to Have a European Code of Private International Law? *European Review of Private Law*. v. 18. Issue 4. 2010. p. 705-728.

DAL RI JUNIOR, Arno. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí. 2ª ed. 2003.

DAL RI JUNIOR, Arno; POZZATTI JUNIOR, Ademar. A Construção da Cooperação Jurisdicional nos Pressupostos Teóricos da Obra de Pasquale Stanislao Mancini (1851-1872). *Seqüência*. n. 65. Florianópolis. 2012. p. 273-304.

DALLA, Humberto; HILL, Flávia Pereira. A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. a. 11. v. 18. n. 2. Rio de Janeiro. 2017. p. 261-296.

DAUDET, Yves. Actualités de la codification du droit international. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 303. 2003. p. 9-118.

DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5. n. 2. Madrid: 2013. p. 5-139.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *O MERCOSUL e a nacionalidade: estudo à luz do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIRIX, Eric. Multiculturalism in Private Law in Europe. *Journal of South African Law*. v. 2015. n. 2. 2015. p. 221-238.

DIZ, Jamile Mata; DINIZ, Rodrigo Vaslin. Desenvolvimento e aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos no direito internacional privado: por uma rediscussão do método de solução do conflito de leis. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p. 100-115.

DOGAUCHI, Masato. Four-step analysis of private international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 315. 2005. p. 9-140.

DOLINGER, Jacob. Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 181-211.

_____. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. 2004. p 239-246.

_____. Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 237-267.

_____. Da “Dignidade da Diferença” ao Moderno Direito Internacional Privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 131-143.

FALCAO, David. Human Rights and Actual Reality: Globalization and Multiculturalism. *Brazilian Journal of International Law*. v. 11. n. 2. 2014. p. 403-411.

FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen. *Cheshire, North & Fawcett: private international law*. v. 14. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FELLOWS, James A. The Tax Home Closer Connection Reprieve for Residency Status under the Substantial Presence Test: A View of Proposed Regulations. *Taxes - The Tax Magazine*. v. 66. n. 3. March 1988. p. 228-232.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. As novas tendências do direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. n. 1. Porto Alegre: 2004. p. 305-313.

_____. El derecho internacional privado en el diván: tribulaciones de un ser complejo. In: LABRANO, Roberto Ruiz Díaz (Org.). *Derecho internacional privado y derecho de la integración - Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013. p. 17-35.

_____. El Derecho Internacional Privado en el inicio del siglo XXI. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 89-109.

FERNÁNDEZ FLORES, José Luis. El estatuto personal y su problemática. *Anuario Español de Derecho Internacional*. v. I. Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra. 1974. p. 49-72.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Artículo 9, apartado 10 del Código Civil: ley aplicable a los individuos que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada. In: ALBALADEJO, Manuel (Coord.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. t. I. v. 2. Madrid: Edersa, 1995. p. 429-479.

_____. Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal. In: PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. (Coord.). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 1349-1372.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 22-47.

FURTADO, Rogério Dourado. A necessidade de uma soberania compartilhada para a constituição de mercados de bloco. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coord.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 315-318.

GALLAGHER, Erin. A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence. *New York University Journal of International Law and Politics*. v. 47. n. 2. Winter 2015. p. 463-500.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Convenção da Haia de 1980 e as noções conceituais de guarda e visita. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 233-253.

GANNAGÉ, Léna. Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 357. 2013. p. 223-490.

GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 264-282.

GARCIA, Fernando Mayorga. Multiculturalismo: Del Estado Colonial al Estado Moderno. *Revista Temas Socio-Juridicos*. 46. 2004. p. 13-40.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). Cours general. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 312. 2005. p. 9-488.

GOLDSTEIN, Gérald. La cohabitation hors mariage en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 320. 2007. p. 9-389.

_____. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. *Department of Justice Canada*. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rhro_qc/index.html> Acesso em: 26 mar. 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980: a problemática da transferência e da retenção ilícita de crianças em outro país sob a ótica da defesa do genitor (a) que se vê obrigado a deixar o país de residência habitual. *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*. n. 4, 2015. p. 27-40.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 287. 2000. p. 9-426.

GRAVESON, Ronald Harry. *Conflict of laws: private international law*. Indiana: Sweet & Maxwell, 1974.

GREENE, Linda S. Multiculturalism as Metaphor. *DePaul Law Review*. v. 41. n. 4. Summer 1992. p. 1173-1190.

GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014.

HALL, Clifford. *Cruse v. Chittum: Habitual Residence Judicially Explored*. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 24. n. 1. 1975. p. 1-30.

HARDER, Sirko. Convergence and Divergence in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 7. n. 3. December 2011. p. 649-664.

HARDING, Maebh. The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law. *Journal of Private International Law*. v. 7. n. 1. April 2011. p. 203-230.

HARTLEY, Trevor C. The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 319. 2006. p. 9-324.

HEINE, Todd. Home State, Cross-Border Custody, and Habitual Residence Jurisdiction: Time for a Temporal Standard in International Family Law. *Annual Survey of International & Comparative Law*. v. 17. n. 1. Spring 2011. p. 9-74.

HILL, David. The Continuing Refinement of Habitual Residence: R, Petitioner. *Edinburgh Law Review*. v. 20. n. 1. 2016. p. 82-86.

HOFMANN, Rainer. Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law. *Tel Aviv University Studies in Law*. v. 12. 1994. p. 145-156.

HOLLEY, Caroline. Habitual Residence: Perspectives from the United Kingdom. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 30. n. 1. 2017. p. 233-240.

HUNG, Katherine V. There's No Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder v. Evans-Feder. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 26. n. 2. 1997. p. 487-504.

HUSSERL, Gerhart. Public Policy and Ordre Public. *Virginia Law Review*. v. 25. n. 1. 1938-1939. p. 37-67.

IYER, Anjali. Domicile and Habitual Residence. *Singapore Law Review*. 6. 1985. p. 115-129.

JACQUES BRAUNER, Daniela Correa. A contribuição dos processos de integração - União Europeia e Mercosul - para a superação das dificuldades de aplicação da Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. v. 10. n. 1. 2015. p. 265-297.

JACQUET, Jean-Michel. La fonction supranationale de la règle de conflit de lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 292. 2001. p. 147-248.

JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um Renascimento do Reenvio. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 55-68.

_____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.

JANIS, Mark Weston. *International Law*. New York: Aspen Publishers, 2008.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 251. 1995.

_____. Party Autonomy in International Family and Succession Law: new tendencies. *Yearbook of Private International Law*. Germany: European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2009.

_____. Direito internacional privado e integração: as convenções europeias. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica*

interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1998. p. 106-116.

_____. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3-20.

_____. O Risco da Diversidade Linguística e o Direito Internacional Privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 54. 1978. p. 1-24.

_____. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. v. 1. n. 1. 2003. p. 147-153.

_____. A Recente Evolução do Direito da Filiação no Alemanha: Considerações Comparativas. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 79. 2003. p. 217-224.

_____. Pós-Modernismo e Direito da Família. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 78. 2002. p. 209-222.

_____. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. n. 82. Caracas: 1991. p. 216-270.

JORGE, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

JUGASTRU, Calina. Habitual Residence in the Context of European Matrimonial Regime. Regulation EU 2016/1103. *Revista Universul Juridic*. v. 2018. n. 9. September 2018. p. 6-17.

KAUFMANN, John. The Substantial Equivalence Test. *Journal of Taxation of Financial Products*. v. 13. n. 3. 2016. p. 27-44.

KELLY, Michelle Morgan. Taking Liberties: The Third Circuit Defines Habitual Residence under the Hague Convention on International Child Abduction. *Villanova Law Review*. v. 41. n. 4. 1996. p. 1069-1086.

KIESTRA, Louwrens Rienk. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer: 2014.

KINSCH, Patrick. Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 318. 2005. p. 9-331.

KLOR, Adriana Dreyzin de. La aplicación del Derecho Internacional Privado en Argentina implementación del nuevo Código Civil y Comercial. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. 18. 2018. p. 569-584.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 196. 1986. p. 09-238.

LAGRANGE, Evelyne. L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 356. 2012. p. 239-552.

LAMONT, Ruth. Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law. *Journal of Private International Law*. v. 3. n. 2. October 2007. p. 261-282.

LEDERMAN, William Ralph. Classification in Private International Law. *Canadian Bar Review*. v. 29. n. 2. February 1951. p. 168-184.

LEIDENS, Leticia Virginia. A residência habitual na Convenção de Haia de 1980: um diálogo com o instituto civil domicílio. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 505-515.

LEQUETTE, Yves. Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé (2015). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 387. 2017. p. 9-644.

_____. Le droit international privé et les droits fondamentaux. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). *Libertés et droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2012, p. 115-141.

LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 322. 2007. p. 9-242.

LOUREIRO, Thiago de Niemeyer Matheus. O lado íntimo da “crise”: relações entre imigrantes surinameses na Holanda e seus parentes recém-chegados. *Mana*. v. 24. n.2. 2018. p.109-131.

MACCLEAN, David. De conflictu legum: perspectives on private international law at the turn of the century. General course on private international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 282. 2000. p. 41-227.

MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 327-350.

MAGALHÃES, José Carlos. O mundo do século XXI. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 08-21.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003.

MANKO, Rafal. Habitual residence as connecting factor in EU civil justice measures. *Library Briefing*: Library of the European Parliament, 2013.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, v. 2, n. 4, 2004.

_____. Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MARQUES, C. Lima (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011. p. 363-389.

_____. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 319-350.

_____. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 24. 2004. p. 89-137.

MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o Direito Internacional Privado de proteção do consumidor no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. n. 01. 2004. p. 65-96.

MARQUES, Claudia Lima; ZANCHET, Marília (Coord.). Proposta de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil PPGD/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. 2004. p. 115-168.

MCDONALD, Morgan. Home Sweet Home: Determining Habitual Residence within the Meaning of the Hague Convention. *Boston College Law Review*. v. 59. no. E. Supp. 2018. p. 427-443.

MCGLYNN, Clare. The Europeanisation of Family Law. *Child and Family Law Quarterly*. v. 13. n. 1. 2001. p. 35-50.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. A liberdade das partes como critério de determinação do direito aplicável às obrigações contratuais de acordo com o Regulamento Roma I. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 159-179.

MEDLIN, Tristan. Habitually Problematic: The Hague Convention and the Many Definitions of Habitual Residence in the United States. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 30. n. 1. 2017. p. 241-258.

MEEUSEN, Johan. Le droit international privé et le principe de non-discrimination. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 353. 2012. p. 9-184.

MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. O desenvolvimento do princípio da proximidade no direito internacional privado e sua presença no Brasil. *Revista Jurídica Unicuritiba*. v. 02, n. 51, Curitiba, 2018. p. 314-340.

MENEZES, Wagner. Cooperação jurídica internacional e seus paradoxos. In: MENEZES, Wagner; CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 17-52.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*. v. 8. n. 2. Brasília. jul./dez. 2011. p. 255-272.

MICHAELS, Ralf. The new European Choice-of-Law Revolution. *Tulane law review*. 2008, v. 82, n. 05.

MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. v. 4. n. 2. 2008. p. 201-236.

MOHR, Kevin E. Successive Representation Conflicts and the Substantial Relationship Test in California. *Western State University Law Review*. v. 35. n. 2. Spring 2008. p. 305-380.

MONESTIER, Tanya J. (Still) a Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Fordham International Law Journal*. v. 36. n. 2. February 2013. p. 396-464.

_____. A Real and Substantial Mess: The Law of Jurisdiction in Canada. *Queen's Law Journal*. v. 33. n. 1. Fall 2007. p. 179-216.

MOTA, Helena. A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012. *Revista eletrônica de direito*. n. 1. Porto: 2014. p. 01-22.

MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

_____. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. v. 7. n. 2. Itajaí: 2012. p. 1058-1084.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interação originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 3-61.

_____. As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia. *Boletim de Ciências Económicas*. v. 57. n. 3. 2014. p. 2855-2902.

_____. O Direito internacional privado da família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 367-427.

MURPHY, Ewell E. Jr. The Vocabulary of International Law in a Post-Modern World. *Texas International Law Journal*. v. 23. n. 2. Spring 1988. p. 233-250.

MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. v. 11. n. 3. 1981. p. 591-616.

MUÑOZ, Dolores Adam. La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho Internacional Privado Español. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 8. n. 2. Octubre 2016. p. 34-54.

NADELMANN, Kurt H. Habitual Residence and Nationality As Tests at the Hague: The 1968 Convention on Recognition of Divorces. *Texas Law Review*. v. 47. n. 5. May 1969. p. 766-778.

_____. Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality Versus Domicile. *American Journal of Comparative Law*. v. 17. n. 3. 1969. p. 418-451.

NESOM, J. Douglas. Intention of the Parties - The Requirement of Substantial Connection. *Louisiana Law Review*. v. 10. n. 3. 1949-1950. p. 346-356.

NUSSBAUM, Arthur. Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws. *Yale Law Journal*. v. 49 n. 6. 1940. p. 1027-1058.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual: autonomia, internacionalidade, uniformidade e a almejada convergência internacional dos julgados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law: selected problems. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 210. 1988. p. 9-223.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PEREZ MARIN, Lucas Andres. Propuesta de un concepto Europeo de Residencia Habitual en Derecho de Familia Internacional. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. 18. 2018. p. 467-492.

PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 276. 1999. p. 9-296.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyphographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITEL, Stephen G. A. Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*. v. 60. n. 1. 2010. p. 177-185.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1935.

PRADO, Regina de Paula Santos. Conceito de família e domicílio. *Revista brasileira de estatística*. v. 43. n. 170. Rio de Janeiro: 1982. p. 275-299.

RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do Caos*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

RAMOS, Mariana dos Anjos. O paradigma da soberania e a cooperação jurídica internacional. In: MENEZES, Wagner; CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 115-133.

RAZ, Joseph. Multiculturalism. *Ratio Juris*. v. 11. n. 3. September 1998. p. 193-205.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REED, Gretchen Sohn. Domicile and Nationality in Comparative Conflict of Laws. *University of Pittsburgh Law Review*. v. 23. n. 4. 1962. p. 979-992.

REESE, Willis. Chief Judge Fuld and Choice of Law. *Columbia Law Review*. v. 71. n. 4. 1971. p. 548-566.

RICHMAN, William; RILEY, David. The first Restatement of Conflict of Laws on the twenty-fifth anniversary of its successor: contemporary practice in traditional courts. *Maryland Law Review*. v. 56. Issue 4. 1997. p. 1196-1231.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 2. n. 1. 2010. p. 186-202.

_____. Le statut personnel des Marocains à l'égard de l'ordre juridique Espagnol: observations générales et propositions de lege ferenda. *Paix et Sécurité Internationales*. n. 4. janvier-décembre 2016. p. 117-136.

ROGERSON, Pippa. *Collier's conflict of laws*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 86-107.

ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A relação entre a globalização e o direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Coord.). *Direito Internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Brasília: Associação Brasileira de Direito Internacional (ABDI), 2011, p. 887-897.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 393. 2018. p. 311-467.

RUHL, Giesela. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper n° 4. Toronto: 2007.

_____. The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy. *Journal of Private International Law*. v. 10. n. 3. 2014. p. 335-358.

SALAH MOHAMED MAHMOUD, Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 315. 2005. p. 141-264.

SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 25-45.

SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio. Integration or Multiculturalism. *Persona y Derecho*. 49. 2003. p. 163-184.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

SCALERSKY, Fernanda Sirotsky. A internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 116-143.

SCHIRATZKI, Johanna L. Friends at Odds - Construing Habitual Residence for Children in Sweden and the United States. *International Journal of Law, Policy and the Family*. v. 15. n. 3. December 2001. p. 297-326.

SCHUZ, Rhona. Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court. *Child and Family Law Quarterly*. v. 26. n. 3. 2014. p. 342-362.

_____. Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention - Theory and Practice. *Child and Family Law Quarterly*. v. 13. n. 1. 2001. p. 1-24.

_____. Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context. *Journal of Transnational Law & Policy*. v. 11. n. 1. Fall 2001. p. 101-162.

SCHWARTZ, Stephen E. The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt the Delvoe Standard for Habitual Residence under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Cardozo Women's Law Journal*. v. 10. n. 3. 2004. p. 691-722.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILBERMAN, Linda J. Cooperative efforts in private international law on behalf of children: the Hague Children's Conventions. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 323. 2006. p. 261-477.

SILVERSTEIN, Carl J. Former-Client Conflicts: The Substantial Relationship Test and the Presumption of Divulgence. *Journal of the Legal Profession*. 12. 1987. p. 219-232.

SIQUEIROS, José Luis. El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 148-169.

SOLIMINE, Michael E. *The Impact of Babcock v. Jackson: An Empirical Note*. Albany Law Review. vol. 56. n. 4. 1993. p. 773-794.

SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 351-376.

SPIRO, Erwin. The Evolution of the Closest (Most Significant) Connection in the Conflict of Laws. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*. v. 53. n. 1. 1990. p. 74-83.

STAHLI, Jorge. Integración y globalización: relaciones peligrosas. In: ALTERINI, Atilio; NICOLAU, Noemi (Directores). *El derecho privado ante la internacionalidade, la integración y la globalización: homenaje al profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 229-242.

STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2944>> Acesso em: 03 nov. 2020.

STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 29-52.

STONE, Peter. The Concept of Habitual Residence in Private International Law. *Anglo-American Law Review*. v. 29. n. 3. July-September 2000. p. 342-367.

_____. Some Recent Cases on Habitual Residence and Child Custody. *Tolley's Journal of Child Law*. v. 5. n. 4. 1993. p. 192-194.

_____. The Habitual Residence of a Child. *Tolley's Journal of Child Law*. v. 4. n. 4. 1992. p. 170-176.

STOPLER, Gila. Contextualizing Multiculturalism: A Three Dimensional Examination of Multiculturalism Claims. *Law & Ethics of Human Rights*. 1. 2007. p. 309-353.

STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 1986.

STRUYCKEN, A. V. M. Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 311. 2004. p. 9-551.

SYMEONIDES, Symeon C. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 384. 2015. p. 9-385.

_____. Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey. *American Journal of Comparative Law*. vol. 65. n. 1. Spring 2017. p. 1-82.

_____. The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 298. 2002. p. 9-448.

TALAVERA, Pedro. Nationalism, Identity and Pluriculturalism. *Persona y Derecho*. 49. 2003. p. 445-506.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. v. 2. 11^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

THOMPSON, Simon. Multiculturalism without Multiple Cultures. *Social & Legal Studies*. v. 17. n. 4. December 2008. p. 543-548.

TIBÚRCIO, Carmen. Uma análise comparativa entre as convenções da CIDIP e as convenções da Haia – o direito uniformizado comparado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 46-76.

TOTH, A. G. The Individual and European Law. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 24. n. 4. 1975. p. 659-706.

TOZO, Ricardo Rodrigo Marino. Os tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coord.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 301-314.

TRIGEAUD, Jean-Marc. Multiculturalisme et "droits premiers". *Persona y Derecho*. 48. 2003. p. 47-62.

VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

_____. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 310-327.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

_____. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 121-131.

_____. Conséquences de la difference de nationalité ou du domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 105. 1962. p. 69-171.

_____. O princípio da lei mais favorável no DIP. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 76, 1981. p. 53-61.

VAN LOON, J. H. A. The Global Horizon of Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 380. 2016. p. 9-108.

_____. The Hague Conference on Private International Law. *Hague Justice Journal*. v. 2. n. 2. 2007. p. 3-12.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Premissas fundamentais do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 34-54.

_____. O Direito Internacional Privado e a proteção do ser humano: a falácia da novidade. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 270-288.

_____. Ordem pública: o Direito Internacional Privado e a Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. n. 18. 2010. p. 1-20.

VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coord.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 168-177.

VISCHER, Frank. Drafting national legislation on conflict of laws: The Swiss experience. *Law & Contemporary Problems*. v. 41. n. 2. Durham: 1977. p. 131-146.

VIVATVARAPHOL, Tai. Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases under the Hague Convention. *Fordham Law Review*. v. 77. n. 6. May 2009. p. 3325-3370.

VERA, Elisa Pérez. Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 261. 1996. p. 243-425.

VERWILGHEN, Michel. Conflits de nationalités: plurinationalité et apatridie. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 277. 1999. p. 9-484.

VISENTINI, Paulo Fagundes. Guiana e Suriname: uma outra América do Sul. *Revista Conjuntura Austral*. v. 1. n. 1. 2010. p. 27-40.

VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé a la recherche de la justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 328. 2007. p. 175-486.

XANTHAKI, Alexandra. Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards. *Human Rights Quarterly*. v. 32. n. 1. 2009-2010. p. 21-48.

WATT, Horatia Muir. Discours sur les méthodes du droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. v. 389. 2018. p. 9-410.

_____. Fundamental rights and recognition in private international law. *Journal Européen des Droits de l'homme*. n. 3. 2013. p. 1-36.

_____. Foreign Life-Forms and Law's Ethics of Difference (A View from Private International Law). *Journal of Comparative Law*. v. 12. n. 2. 2017. p. 161-186.

WEBER, Greg. Yaiguaje v. Chevron: The Real and Substantial Connection Test and the Constitutional Limits of Enforcing Courts' Jurisdiction. *Advocates' Quarterly*. v. 43. n. 1. July 2014. p. 1-12.

WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 361-402.

WESTLAKE, John. *A Treatise on Private International Law, with principal reference to its practice in England: being in lieu of a second edition of the work published in 1858*. Londres: William Maxwell & son, 1880.

WILKINSON, W. E. Divorce in Private International Law. *International Law Notes*. v. 3. n. 26. July 1918. p. 82-88.

WILLIAMS, Jeremy. Jurisdiction in Divorce - Comity - Retroactive Effect to Section 40, Matrimonial Causes Act, 1965 C. 72 - Indyka v. Indyka. *Alberta Law Review*. v. 5. n. 2. 1967. p. 328-330.

WINKLER, Matteo M. Same-Sex Marriage and Italian Exceptionalism. *ICL Journal*. v. 12. n. 4. 2018. p. 450.

YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2020.

ZHANG, Mo. Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws. *Maine Law Review*. v. 70. n. 2. 2018. p. 161-198.

ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile? *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 169-204.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 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: 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7064.htm> Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 dez. 2020.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

BRASIL, Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideú, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL, Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.428 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, concluída em Montevideú, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2428.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm> Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.832 de 1 de junho de 2001. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3832.htm> Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL Decreto nº 3.856, de 3 de julho de 2001. Promulga o Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes do Mercosul, concluído em São Luiz, República Argentina, em 25 de junho de 1996, e a respectiva Errata, feita em Assunção, em 19 de junho de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/decreto/2001/D3856.htm> Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.962, de 3 de julho de 2009. Altera o art. 1º da Lei no 7.064, de 6 de dezembro de 1982, estendendo as regras desse diploma legal a todas as empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestar serviço no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11962.htm> Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>> Acesso em: 07 dez. 2018.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm>
Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm> Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.905. Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225255>> Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 207. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-207> Acesso em: 07 nov. 2020.

CANADÁ. Civil Code of Québec. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/pdf/cs/CCQ-1991.pdf>> Acesso em: 06 set. 2020.

CANADÁ. Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act. Disponível em: <https://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/03028_01> Acesso em: 09 set. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos à Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 15 de abril de 1958. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=38>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, de 05 de outubro de 1961. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> Acesso em: 13 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 29 de maio de 1993. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento, na Aplicação e na Cooperação Respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças, de 19 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 16 out. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Celebrada em Roma, no dia quatro de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Assembleia Parlamentar. Recomendação nº 874 (1979). Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14908&lang=en>> Acesso em: 14 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 08 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 14 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-45.htm>> Acesso em: 29 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>> Acesso em: 18 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em: 08 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 24 de maio de 1984. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 15 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores de 15 de julho 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>> Acesso em: 16 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=PT>> Acesso em : 18 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 19 de junho de 1980. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41980A0934>> Acesso em: 16 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 10 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32007R0864>> Acesso em: 10 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 13 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 13 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 10 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 10 nov. 2020.

JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). *Spanier-Beschluss*. 1971. 1 BvR 636/68. Disponível em: <<https://openjur.de/u/179388.html>> Acesso em: 01 out. 2020.

AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Bonython v. Commonwealth of Australia*. 1951. A.C. 201 (P.C.) at 219.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034*. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 06 de outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 186000-18.2004.5.01.0034*. 06 de outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº TST-ER-219000-93.2000.5.01.0019*. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 22 de setembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº TST-RR-220740-38.1996.5.02.0039*. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. 29 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70070973771*. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. 27 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-103840-50.2007.5.03.0138*. Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa. 19 de setembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário nº TST-RO-52600-82.2009.5.10.0000*. Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues. 14 de maio de 2019.

CANADÁ. Court of Appeal. *Indyka v. Indyka*. [1966] 3 W.L.R. 603. (1966) 3 All E.R. 583.

CANADÁ. Supreme Court Judgments. *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*. 1990. 3 SCR 1077. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/700/index.do>> Acesso em: 04 set. 2020.

CANADÁ. Court of Appeal for Ontario. *Muscutt v. Courcelles*. 2002. 213 D.L.R. (4th) 577, 162 O.A.C. 122 (C.A.). Disponível em: <<https://www.ontariocourts.ca/decisions/2002/may/muscuttC35934.htm>> Acesso em: 04 set. 2020.

CANADÁ. Court of Appeal for Ontario. *Van Breda v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

CANADÁ. Court of Appeal for Ontario. *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.* 2010. 98 O.R. (3d) 721. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2010/2010onca84/2010onca84.pdf>> Acesso em: 08 set. 2020.

CANADÁ. Supreme Court Judgments. *Club Resorts Ltd. v. Van Breda.* 2012. 1 SCR 572. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>> Acesso em: 08 set. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Zvoristeanu v. France.* Application nº 47128/99. 7 de novembro de 2000. Disponível em: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/47128-99-zvoristeanu-v-francja-decyzja-europejskiego-520616477>> Acesso em: 16 out. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Pellegrini v. Italy.* 30882/96. 2001. ECHR 480. 20 de julho de 2001. Disponível em: <<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/480.html>> Acesso em: 13 out. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg.* Application nº 76240/01. 28 junho 2007. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-81328>> Acesso em: 10 nov. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland.* Application nº 41615/07. 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.incatat.com/en/case/1001>> Acesso em: 13 out. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ammdjadi v. Germany.* Application nº 51625/08. 9 de março de 2010. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/51625.08-en-20100309/view/>> Acesso em: 14 out. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *X. v. Latvia.* Application nº 27853/09. 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.incatat.com/en/case/1234>> Acesso em: 13 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Auten v. Auten.* 308 N.Y. 155 (N.Y. 1954). Disponível em: <<https://casetext.com/case/auten-v-auten-2>> Acesso em: 10 set. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Kilberg v. Northeast Airlines.* 9 N.Y.2d 34 (N.Y. 1961). Disponível em: <<https://casetext.com/case/kilberg-v-northeast-airlines-1>> Acesso em: 10 set. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Babcock v. Jackson.* 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963). Disponível em: <https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm> Acesso em: 07 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Neumeier v. Kuehner.* 31 N.Y.2d 121 (N.Y. 1972). Disponível em: <<https://casetext.com/case/neumeier-v-kuehner>>

1?q=Neumeier%20v.%20Kuehner&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case&resultsNav=false

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Tooker v. Lopez*. 249 N.E.2d 394 (N.Y. 1969). Disponível em: <https://casetext.com/case/tooker-v-lopez-1#p584>

INGLATERRA. *Johnson v. Coventry Churchill International Ltd.* 1992. 3 All. ER 14.

INGLATERRA. English Court of King's Bench. *Somerset v. Stewart*. 1772. 98 ER 499. Disponível em: <http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1772/57.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.

INGLATERRA. House of Lords. *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways*. 2002. UKHL 19. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm> Acesso em: 30 set. 2020.

INGLATERRA. *Vervaeke v. Smith*. 1983. 1AC. Disponível em: <http://www.uniset.ca/naty/css/1981Fam77.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção). Comissão das Comunidades Europeias contra Reino de Espanha. *Processo C-70/03*. 9 de setembro de 2004. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/ Acesso em: 18 set. 2020.