ANDRÉ MARINHO MARIANETTI BRAGA

Tolerância e Direito Internacional Privado

Dissertação apresentada à Banca Examinadora de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional Privado, sob a orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: BRAGA, André Marinho Marianetti.

Título: Tolerância e Direito Internacional Privado.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional Privado, sob a orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____Assinatura: _____

Para minha Mãe, Mércia, com muito amor.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são a memória desta dissertação.

Agradeço a Deus e a toda espiritualidade por me permitir escrever esta pesquisa e vivenciar a experiência da Pós-Graduação na FDUSP. O que não mata fortalece.

Imediatamente em seguida, a família: agradeço a minha Mãe, Mércia, cujo amor é infinito e sem a qual eu já teria sucumbido, pelo menos nesta pesquisa. Foi com ela que aprendi as primeiras lições sobre a tolerância e seus limites. Agradeço igualmente a Tomaz, meu padrasto, por confiar tanto em mim: seu carinho é inesquecível. Agradeço, em vibração, a meu pai, João (em memória), que tanto já cuidou de mim e, hoje, dos céus, continua cuidando. Agradeço a toda minha família, especialmente as minhas irmãs, Daniela, Luciana e Clara, bem como aos cunhados, Pierre e Saulo, e também à querida Nair. O amor de vocês me faz seguir em frente. Agradeço a Camila, companheira com quem tenho dividido a vida e que me proporcionou um ambiente favorável para esta pesquisa. Enfim, aos demais familiares pelo seu amor: por todos, Tia Célia, sobretudo pelo seu exemplo acadêmico e de generosidade, e minha avó Zira (em memória), pelo exemplo da alta sabedoria: "quem não vive para servir não serve para viver".

Ao meu orientador, Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco, nada por adulação nem por protocolo: Professor Gustavo conduziu a minha orientação com excelência e possibilitou que o Mestrado me fosse uma experiência enriquecedora. Muito obrigado por todos os ensinamentos e pelo trato tão ético e, ao mesmo tempo, tão querido.

À Professora Associada Claudia Perrone-Moisés, que tanto tem a ensinar. Jamais esquecerei o sabor de erudição que exala da convivência com a Professora Claudia. Foi um privilégio ser seu aluno e fiquei muito feliz nas vezes em que, espontaneamente, ela me emprestou seus livros: um gesto nobilíssimo e muito generoso para compartilhar o que ela tem de mais valioso.

Ao Professor Associado Guilherme Assis de Almeida, por suas observações durante o exame de qualificação. Muito obrigado por sugerir que eu restringisse ainda mais o objeto das investigações desta pesquisa.

A todas as pessoas que conheci no ambiente da Pós-Graduação da FDUSP. Nem todos se tornaram amigos, mas todos tiveram sua importância. Por todos, agradeço a Solano de Camargo, uma das pessoas mais sagazes que conheci, muito solícito e solidário. Muito obrigado por tudo. Jamais esquecerei seus gestos de amizade e conselhos de colega mais experiente. Este sentimento se estende a todos os demais orientandos de Professor Gustavo.

Enfim, a Hugo Maciel, revisor desta dissertação, por toda a sua atenção com o trabalho, bem como à gráfica ColorArt, na pessoa de Camilla. Vocês foram imprescindíveis.

“De qualquer modo, creio que a humanidade permanecerá diversa, essa é sua única chance.”

Lévi-Strauss

RESUMO

BRAGA, André Marinho Marianetti. **Tolerância e Direito Internacional Privado**. 2020. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

A presente dissertação trata da relação entre o valor da tolerância e o Direito Internacional Privado, especificamente no que se refere às normas de conflito de leis no espaço. A fim de se alcançar uma terceira via, utiliza-se a interpretação triádica da dicotomia entre a (i) coordenação harmônica interestatal típica do pensamento de Savigny em relação à (ii) expansão axiológica sobre as fontes do Direito Internacional Privado ocorrida ao longo do século XX. Esta dissertação se divide em duas partes. A primeira parte enquadra o Direito Internacional Privado no Direito; contém dois capítulos e uma conclusão parcial. O primeiro capítulo aborda o problema da diversidade de culturas no mundo, trazendo um breve histórico do estudo do método conflitual. O segundo apresenta a constelação axiológica do Direito Internacional Privado, isto é, um rol dos principais valores informadores desta disciplina. A conclusão parcial demonstra o problema desta pesquisa: qual deve ser a concepção sobre o Direito Internacional Privado perante o cenário de pós-neutralidade das normas de conflitos? Seguindo adiante, a segunda parte da presente dissertação reflete sobre a iluminação do valor da tolerância no conflito de leis no espaço. No terceiro capítulo, recorre-se às lições de Bobbio e sua teoria a fim de suscitar uma "Filosofia do Direito Internacional Privado" e buscar respostas para o problema desta pesquisa. No quarto capítulo, abrem-se os flancos de incidência do valor da tolerância nos conflitos de leis no espaço, especificamente diante da diversidade linguística, da tradução, dos conflitos de cultura e da estética. Em relação a esta última, tratar-se-á de um paralelo oportunizado pela abertura instrumental característica ao juízo estético. Ao final, apresenta-se a conclusão acerca da terceira via da dicotomia triádica (coordenação/valores) consistente na concepção tolerante do método conflitual.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Conflito de leis. Tolerância. Diversidade cultural.

ABSTRACT

BRAGA, André Marinho Marianetti. **Tolerance and Private International Law**. 2020. 151 pp. Dissertation (Masters in Private International Law) – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation deals with the relationship between the value of tolerance and Private International Law, specifically concerning the rules of conflict of laws. In order to reach a third way, the triadic interpretation of the dichotomy between the (i) interstate harmonic coordination typical of Savigny's thought in relation to the (ii) axiological expansion of the sources of Private International Law that occurred over the twentieth century. This dissertation is divided into two parts. The first part frames Private International Law in Law; it contains two chapters and a partial conclusion. The first chapter deals with the problem of cultural diversity in the world, presenting a brief history of the study of the conflict method. The second chapter presents the axiological constellation of Private International Law, namely, a list of the main informing values of this subject. The partial conclusion indicates the problem of this research: what should be the conception of Private International Law in view of the post-neutrality scenario of conflict norms? Going forward, the second part of this dissertation reflects on the illumination of the value of tolerance in the conflict of laws. In the third chapter, we use Bobbio's lessons and his theory in order to incite a "Philosophy of Private International Law" and seek answers to the problem of this research. In the fourth chapter, open flanks of the incidence of value of tolerance in the conflict of laws are presented, specifically regarding linguistic diversity, translation, cultural conflicts and aesthetics. In relation to the latter, a parallel drawn by the instrumental openness characteristic of the aesthetic judgment shall be dealt with. In the end, one can conclude for the third way of the triadic dichotomy (coordination/values) consistent of the tolerant conception of the conflict method.

Keywords: Private International Law. Conflict of Laws. Tolerance. Cultural Diversity.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Several Circles 127
Figura 2 - Viúva Negra 128
Figura 3 - Navio de emigrantes 129
Figura 4 - Patinadores 131
Figura 5 - Rua 132
Figura 6 - Encontro 132
Figura 7 - Pogrom 134
Figura 8 - Guernica 135
Figura 9 - Eternos caminhantes 136
Figura 10 - Favela 137

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

PRIMEIRA PARTE: O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SEU ENQUADRAMENTO NO DIREITO 15

1 A DIVERSIDADE DE CULTURAS JURÍDICAS NO MUNDO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO 17
1.1 Brevíssima visita ao pensamento antropológico sobre a diversidade de culturas 17
1.2 Uma comunidade de valores 21
1.3 Cultura e Direito Internacional Privado 24
1.4 As lições de Werner Goldschmidt 25
1.5 O estrangeiro na história do Direito Internacional Privado 26
1.6 Brevíssima síntese do confronto entre cosmopolitismo e chauvinismo nas doutrinas do conflito de leis 33

2 A CONSTELAÇÃO AXIOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO 35
2.1 O problema dos valores no conflito de leis no espaço 35
2.2 O princípio da proximidade 39
2.3 O princípio da igualdade e os valores constitucionais 42
2.4 Os Direitos Fundamentais e o Direito Internacional Privado 51
2.5 Os costumes, os princípios gerais do Direito e a equidade 53
2.6 A estabilidade e a harmonia jurídicas 55
2.7 A imparcialidade instrumental: interface entre Direito Processual e Direito Internacional Privado 55
2.8 O cosmopolitismo 57
2.9 A tolerância 58
2.9.1 Tolerância em John Locke 58
2.9.2 Tolerância em Voltaire 60
2.9.3 Tolerância em John Stuart Mill 62
2.9.4 Tolerância em Bobbio 62
2.9.5 Tolerância em Paul Ricoeur 63
2.9.6 Tolerância em Michael Walzer 65
2.9.7 Tolerância ao *Casanistão* em John Rawls 67
2.9.8 O debate sobre tolerância entre Wendy Brown e Rainer Forst 68
2.10 A constelação axiológica do Direito Internacional Privado brasileiro 69
2.10.1 A prevalência dos Direitos Humanos 70
2.10.2 A autodeterminação dos povos 72
2.10.3 A não intervenção 74
2.10.4 A igualdade entre os Estados 75
2.10.5 A cooperação entre os povos para o progresso da humanidade 75
2.11 Conclusão parcial: o problema 76

SEGUNDA PARTE: A TOLERÂNCIA NO CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO 79

3 NORBERTO BOBBIO E O CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO 81
3.1 A pluralidade dos ordenamentos e suas relações espaciais no conflito de leis 81
3.2 “Da estrutura à função” e o conflito de leis no espaço 87
3.3 A estrutura e a função das normas de conflitos 96

4 OS CONFLITOS DE CULTURAS 105

4.1 A diversidade linguística 106
4.2 A tradução e o conflito de leis no espaço 116
4.3 Os conflitos de culturas no conflito de leis no espaço.....119
4.4 Estética e Direito Internacional Privado 124

CONCLUSÃO 139

REFERÊNCIAS.....141

INTRODUÇÃO

Baptista Machado ensina que a ideia moderna (ainda contemporânea, poderiam complementar) do Direito Internacional Privado teve sua "hora astral", que seria aquela em que floresceu a sua concepção inspiradora, com Savigny em 1849, com a postulação de que toda relação jurídica, de acordo com a sua natureza, possui a sua própria *sede*.[1] Do ponto de vista da epistemologia, Gustavo Ferraz de Campos Monaco procura esboçar uma Teoria da Ciência conflitual ao identificar a transição de paradigmas que amoldam a reflexão do Direito Internacional Privado. A concepção da escola estatutária italiana representou um modelo que ruiu por conta das codificações dos Direitos nacionais ao redor do continente europeu.[2]

O período de nova normalidade científica[3] surge com o advento de Savigny como paradigma da disciplina conflitual e "assenta na ideia de existência de uma comunidade de Direito entre os diversos Estados",[4] "uma comunidade de Direito entre os diferentes povos que tem relações entre si".[5] O respeito à soberania consistia no lema da coordenação da coexistência entre os Estados e seu corolário era a neutralidade das normas de conflitos.

Entretanto, toda a sucessão de desgraças durante a passagem do século XX gerou cicatrizes que marcaram, também, o paradigma savignyano a ponto de António Marques dos Santos assinalar:

> Não nos parece que, em virtude de a maioria das suas regras serem normas de conflitos de leis, se deva qualificar o Direito Internacional Privado como um Direito instrumental, à guisa dos guias dos caminhos de ferro, que indicam o itinerário a seguir, mas por aí se ficam, sem curarem de saber até onde vão os viajantes e se chegam ou não ao seu destino em boas condições ou, pelo menos, em condições razoáveis.[6]

---

[1] BAPTISTA MACHADO, João. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis**: limites das leis e conflitos de leis. Coimbra: Almedina, 1988, p. 29.
[2] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 99.
[3] Ibidem, p. 100.
[4] FERRER CORREIA, António. **Lições de Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 117.
[5] SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito romano atual**. Ijui, RS: Unijui, 2004 [1849], p. 50, § 348.
[6] E continua "não é, todavia, um simples instrumento técnico, um mero direito de remissão… não significa a nosso ver, que este ramo se desinteresse, na fase de aplicação das regras materiais, do modo como essas regras são aplicadas, isto é, do resultado prático a que se chega na decisão do conflito de interesses ou no deslindar das situações complexas e intrincadas, como são, muitas vezes, aquelas que estão em contato com vários ordenamentos jurídicos." (SANTOS, António Marques dos. **Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado**. Lisboa: Coimbra Editora, 1998, p. 165-166).

Para a proposição do problema desta dissertação pode servir um *paralelo* com a evolução ocorrida no Direito Internacional Público ao longo do século XX. No "Prefácio a Cláudia Perrone-Moisés", Celso Lafer[7] aborda a contraposição da lógica de Lótus,[8] tão apegada à soberania, em relação à lógica de Nuremberg, que possibilitou a tipificação de crimes internacionais contra a paz, os de guerra e os contra a humanidade, baseado no compartilhamento de valores pela sociedade internacional. Da contraposição destas lógicas, Celso Lafer aborda a dicotomia do Direito Internacional Público contemporâneo: (i) doutrina das soberanias e (ii) doutrina das fontes (elenco normativo do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Note-se que não cabe o termo *versus* entre os dois vetores desta dicotomia:

> Essa dicotomia, no entanto, não pode ser vista como um *aut/aut*[9] O exclusivismo da doutrina da soberania […] está aberto à crítica de ser excessivamente servil ao poder, para se tornar uma base confiável para um sistema normativo. O exclusivismo da doutrina das fontes, por outro lado, não dá apropriadamente conta de que o Direito Internacional emerge do poder concreto dos Estados e de suas políticas jurídicas.[10]

Em primeiro lugar, cabe uma consideração acerca das dicotomias. Celso Lafer[11] sempre se remete ao mestre da *ars combinatoria*, Bobbio,[12] quando este afirma que as dicotomias podem ser empregadas diádica ou triadicamente. No primeiro caso, há uma cisão taxativa de duas partes incomunicáveis, que torna absoluta a diferença. No segundo caso, os dois termos da dicotomia representam afirmação ou negação, mas são concebidos como um contínuo, e podem ou não levar a um terceiro termo, que retoma as duas partes da dicotomia

---

[7] LAFER, Celso. Prefácio a Cláudia Perrone-Moisés. In: PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal**: imunidades e anistias. Barueri, SP: Manole, 2012, p. xi-xxiv.

[8] O caso Lótus, julgado em 1927, pela Corte Permanente Internacional de Justiça, trata de uma colisão em alto mar ocorrida entre um navio francês e um navio turco. O resultado do abalroamento foi a morte de oito tripulantes turcos, enquanto os demais foram resgatados pela embarcação francesa e levados até o território turco. A decisão deste tribunal internacional ressalta que o Direito Internacional disciplina as relações de coexistência entre Estados soberanos.

[9] Ou um ou outro.

[10] LAFER, Celso. Prefácio a Cláudia Perrone-Moisés. Op. cit., p. xix-xx.

[11] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 14.

[12] Bobbio explica as dicotomias diádicas e triádicas: "Da mesma dicotomia pode-se fazer um uso diádico e um uso triádico: o primeiro [diádico], quando os dois momentos da dicotomia são absolutizados e o processo histórico é concebido como passagem, que ocorreu ou está destinada a ocorrer uma única vez, do primeiro ao segundo, ou então como repetição constante e monótona do processo idêntico (ao progresso sucede à decadência, à decadência sucede o progresso, e assim por diante); o segundo [triádico], quando os momentos continuam a ser apenas dois (um é o momento positivo, o outro, o negativo; um, a afirmação, o outro, a negação), mas o processo histórico é concebido como contínuo, e não recorrente, e há sempre um terceiro termo que é a retomada, em um novo plano, do primeiro, não a sua simples reprodução". (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 129-130).

em um novo plano. As dicotomias podem ser formadas por termos fortes e fracos — como "guerra" e "paz" —, de modo que um dos termos é fraco (paz) quando sua definição se baseia no forte: ausência de guerra.

Assim, pode-se passar para a segunda etapa do raciocínio, para transpor a lógica das dicotomias triádicas ao "*aggiornamento*" do paradigma savignyano do Direito Internacional Privado, cuja dicotomia promove a dialética *entre a (i) coordenação harmônica típica do pensamento de Savigny em relação à (ii) expansão axiológica sobre as fontes do Direito Internacional Privado ocorrida ao longo do século XX*. Igualmente ao que ocorre com a dicotomia do Direito Internacional Público, a dualidade das forças no Direito Internacional Privado também não tem lugar por uma lógica *aut/aut*, já que é triádica. A presente dissertação cuidará deste problema para fornecer subsídios diante daquele antagonismo.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[13] atrai o círculo[14] da moralidade para o método conflitual quando se refere ao problema da responsabilidade de julgar em Hannah Arendt. Em síntese, esta filósofa para para pensar sobre o processo que resulta em uma decisão, partindo da conduta dos nacionais alemães no decorrer do Terceiro Reich, para suscitar a responsabilidade moral dos envolvidos. Esta formulação de Arendt abre flanco para aproximar o problema da moralidade no momento do querer, do pensar e do julgar nas diversas situações da vida, inclusive no momento em que o agente público da jurisdição é chamado a se manifestar diante de um fato plurilocalizado que demanda apreciação conflitual no seio de um processo judicial.

O valor da tolerância é um dogma ao longo dos muitos séculos de existência do Direito Internacional Privado, e inclusive atravessa os seus paradigmas. Quando não vale ou não produz seus efeitos, quer dizer claramente que o tom político dos tempos é tacanho.

De modo mais linear, a dicotomia tolerância/intolerância aparenta ser diádica, na medida em que ambas representem o antônimo negativo uma da outra. Porém, a reflexão sobre os conceitos de tolerância revelam que esta dicotomia seja triádica, ao passo que o termo fraco "tolerância" pode se desdobrar numa terceira expressão, a tolerância positiva,

---

[13] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 219-222.

[14] O termo "círculo" foi escolhido em referência à Teoria do Mínimo Ético acerca da distinção entre Moral e Direito: "Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações — de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes — a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral". (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2002, capítulo 5, p. 45).

que não admite o intolerável, como adverte Popper sobre o problema do paradoxo da tolerância: “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância”.[15]

Enfim, nesta dissertação, o problema se delimita na operação racional do uso triádico da dicotomia entre as ideias: da (i) coordenação harmônica típica do pensamento de Savigny e da (ii) expansão axiológica sobre as fontes do Direito Internacional Privado ocorrida ao longo do século XX. Este problema, aqui, se concentra, no *conflito de leis no espaço*, tido como um dos quatro objetos do Direito Internacional Privado. *Não serão analisados* os demais objetos da disciplina, a saber: condição jurídica do estrangeiro, nacionalidade e conflito de jurisdições. Ao longo do texto, e apenas no contexto desta dissertação, sem esquecer dos outros três objetos de estudo da disciplina, a locução “Direito dos Conflitos” será utilizada como sinônima de “Direito Internacional Privado”, expressão que também será utilizada para mencionar a Teoria do Conflito de Leis no Espaço. Igualmente, os termos “norma de conflitos” ou “regra de conflitos” querem dizer a mesma coisa, isto é, a norma que aponta para o Direito aplicável à situação plurilocalizada (que contém elemento de estraneidade) de acordo com o elemento de conexão (domicílio, nacionalidade ou residência habitual, por exemplo).

O texto está dividido em duas partes, sendo a primeira dedicada ao enquadramento do conflito de leis no espaço no Direito, contendo dois capítulos: o primeiro se refere à diversidade das culturas no mundo, do ponto de vista antropológico, bem como à relação do Direito Internacional Privado com o tema das culturas e com o valor da tolerância. Na segunda parte, cujo objetivo é analisar em que termos ocorre a relação do valor da tolerância com o conflito de leis no espaço, têm-se o terceiro capítulo, que busca fundamentos nas teorias de Bobbio, sobretudo no texto “Da estrutura à função”, além de analisar os conflitos de cultura no Direito dos Conflitos.

---

[15] Popper sobre o paradoxo da tolerância: “Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e com eles, da tolerância — Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devamos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o direito de suprimi-las, se necessário, mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós nos termos dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação.” (POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974, v. 1, p. 289).

PRIMEIRA PARTE: O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SEU ENQUADRAMENTO NO DIREITO

1 A DIVERSIDADE DE CULTURAS JURÍDICAS NO MUNDO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Para evitar os reveses dos quais alerta o brocardo *contra principia negantem non est disputandum*, isto é, não se pode discutir com quem parte de outro princípio, é oportuno estabelecer, tão logo quanto possível, os pressupostos do olhar desta dissertação sobre o Direito Internacional Privado. O método conflitual requer uma situação plurilocalizada na qual concorrem Direitos positivos diversos pertencentes a culturas diferentes. Por isso, o conhecimento antropológico servirá para caracterizar as culturas no contexto de sua diversidade na vida internacional.

Em seguida, será abordada uma possível formulação jurídica acerca da coexistência dessas diversas culturas no mundo, especificamente em relação ao Direito Internacional Privado como Direito da tolerância. Encerra-se este capítulo com uma breve evolução da proteção ao estrangeiro, bem como com uma igualmente breve síntese da correlação entre cosmopolitismo e chauvinismo nas doutrinas do conflito de leis.

1.1 Brevíssima visita ao pensamento antropológico sobre a diversidade de culturas

As lições de Lévi-Strauss[16] apontam para a existência de diferentes culturas humanas que se apresentam em sociedades justapostas no espaço. Mais especificamente, o autor constata o conflito entre forças operando em sentidos contrários: enquanto umas são tendentes à manutenção, e até ao aprofundamento dos particularismos, as outras atuam na direção da convergência e da afinidade. Exemplificativamente, temos idiomas com a mesma raiz que tendem a se diferenciar uns dos outros, como é o caso das línguas russa, francesa e inglesa; ao passo que outros idiomas de distintas origens evoluem para caracteres comuns, como ocorre com o russo, que se afastou de outros idiomas eslavos para se aproximar foneticamente das línguas fino-úgricas[17] e turcas faladas em regiões vizinhas da Rússia.

Apenas excepcionalmente a diversidade entre as culturas humanas pode se explicar pelo afastamento geográfico, pelas características do meio e pela ignorância de um grupo acerca do resto da humanidade. Assim, a regra é que (i) as sociedades humanas não estejam isoladas; e (ii) as diversidades culturais decorram da proximidade entre sociedades, que

---

[16] LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: **Antropologia estrutural** II. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 328-366, p. 331-332.
[17] Grupo de idiomas falados na Finlândia, Hungria e Estônia.

desejam ser diferentes, ser elas mesmas. Muitos costumes surgem do anseio de se diferenciar de uma sociedade vizinha, de modo que a diversidade entre as culturas humanas nasce muito mais das relações entre elas do que do seu isolamento.[18]

Sob o ponto de vista de Lévi-Strauss,[19] as grandes declarações de direitos do homem (*sic*) apresentam um aspecto ambivalente entre força e fraqueza: raramente, tais documentos consideram a concretude do contexto de tradição e cultura no qual o homem (*sic*) realiza a sua natureza. Faz sentido notar que este antropólogo concatena a decepcionante ideia de igualdade natural entre os seres humanos como uma decorrência ética problemática em relação ao etnocentrismo: a recusa de humanidade a grupos culturais mais diferentes, tidos como bárbaros ou selvagens. Vale citar a explicação de Lévi-Strauss sobre como a recusa de humanidade gera palavras como "bárbaro", cuja etimologia remete "à confusão e à inarticulação do canto dos pássaros, opostas ao valor significante da linguagem humana; e "selvagem", que quer dizer da selva, evoca também um gênero de vida animal, por oposição à cultura humana".[20] Nestas situações, o diferente, o estrangeiro, é privado de humanidade, hostilizado ou, ainda, visto como um fantasma ou uma aparição.

Trata-se do paradoxo do relativismo cultural: "é na medida mesmo em que se pretende estabelecer uma discriminação entre as culturas e os costumes, que nos identificamos mais completamente com os que se pretende negar",[21] em outras palavras, a busca pelas diferenças pode desvendar semelhanças. No caso do etnocentrismo como paradoxo relativista, a recusa de humanidade aos ditos "bárbaros" é recíproca: "o bárbaro é inicialmente o homem que acredita na barbárie".[22] Outras formas possíveis do paradoxo do relativismo cultural ocorrem seja quando povos não-ocidentais preferem ser considerados provisoriamente atrasados a definitivamente diferentes, a fim de se beneficiar da industrialização,[23] seja diante do fato de que, no contexto da descoberta (*sic*) da América, enquanto os espanhóis questionavam se os indígenas tinham ou não alma, estes últimos imergiam brancos prisioneiros para averiguar se seus cadáveres eram divinos ou se entravam em putrefação.[24]

---

[18] LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça… Op. cit., p. 332-333.
[19] Ibidem, p. 334-335.
[20] Ibidem, p. 333-334.
[21] Ibidem, p. 335.
[22] Ibidem, p. 335.
[23] LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural** II. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 61.
[24] LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça… Op. cit., p. 334.

O paradoxo do relativismo cultural decorre do limite estrutural deste mesmo relativismo cultural. Lévi-Strauss[25] explica que as estruturas do objeto da Antropologia social são sistemas coesos aparentemente diferentes, mas que apresentam propriedades similares. Em alguma medida aplica-se a observação de Goethe: "todas as formas são semelhantes, e nenhuma é igual às outras, de tal modo que sua harmonização conduz a uma lei escondida".[26]

Em razão de concentrar, em certo momento, suas pesquisas sobre as regras do casamento, que, por mais diferentes que fossem, indicam diversificadamente "trocas de mulheres entre grupos humanos",[27] Lévi-Strauss[28] ilustra uma invariante universal da Antropologia social com a forma moral da proibição do incesto. Mesmo nas sociedades primitivas, muito antes de se comprovar os efeitos prejudiciais das uniões consanguíneas, as relações entre homem e mulher sem consanguinidade inauguraram os primeiros laços de aliança passíveis de serem compreendidos como laços sociais. Neste sentido, a forma moral da proibição do incesto se constitui como o fundamento da sociedade humana, no sentido de ser o seu alicerce.[29] Não que essa regra moral não seja matizada no contexto de cada cultura, nem que ela seja sempre obedecida piamente em todas as culturas:

> Algumas sociedades — o antigo Egipto, o Peru pré-colombiano, diversos reinos africanos, polinésios e do Sueste asiático — definiam o incesto de maneira menos rígida e permitiam-no (ou mesmo prescreviam-no), sob certas formas, à família reinante (no antigo Egipto talvez fosse mais alargado), mas não sem lhe fixar limites: com a meia-irmã, ficando excluída a irmã germana, ou então, em caso de casamento com a irmã germana, era a mais velha, ficando excluída a mais nova.[30]

No entanto, Lévi-Strauss[31] aborda a proibição do incesto como um fenômeno de correlação universal presente nos mitos e lendas das culturas humanas, mesmo que afastadas geográfica e historicamente.

A respeito de traços universais como religião, casamento com proibição do incesto, sepultamento dos mortos, calendário, dança, arte decorativa, cozinha etc., Lévi-Strauss

---

[25] LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia**… Op. cit., p. 26.
[26] Ibidem, p. 26.
[27] LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar distanciado**. Lisboa: Edições 70, 1983, p. 64.
[28] LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia**… Op. cit., p. 26 et seq.
[29] LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar**… Op. cit., p. 88.
[30] Ibidem, p. 87.
[31] LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia**… Op. cit., p. 26 et seq.

defende que se trata, por si sós, de "categorias vagas e sem significação".[32] Melhor que conhecer tais invariantes é entender o motivo das variedades culturais:

> por que razão essas crenças, essas regras, diferem de uma sociedade para outra, por que razão elas são por vezes contraditórias. O cuidar dos mortos, por receio ou respeito, é universal; mas tanto se manifesta em práticas destinadas a afastá-los definitivamente da comunidade dos vivos por serem perigosos, como, muito pelo contrário, em ações destinadas a apoderar-se deles, a implicá-los a todo o momento no mundo dos vivos.[33]

Em verdade, ao contrário de garimpar consensos, Lévi-Strauss procura detectar diferenças ou a sistematização das diferenças. Para dizer com Philippe Descola,[34] a Antropologia de Lévi-Strauss busca "maneiras sistemáticas de variar". A Antropologia estruturalista se interessa menos pelas semelhanças e mais pela sistemática das diferenças. Precisamente em relação à busca pelos universais, Philippe Descola aponta que ciências como a Psicologia e a Linguística estão mais próximas a este fim.

Diante de Lévi-Strauss, Beatriz Perrone-Moisés suscita o problema do "excesso de comunicação" entre as culturas, que poderia causar uma "homogeneização paralisante", bem como a importância da preservação da diversidade das culturas. Lévi-Strauss lhe responde que as culturas "saberão refazer as diferenças" e "a humanidade permanecerá diversa, essa é a sua única chance". Beatriz Perrone-Moisés observa que "a falta de comunicação é tão fatal para as culturas quanto o seu excesso".[35]

A respeito do problema do "excesso de comunicação" entre as culturas, Lévi-Strauss[36] explica o paradoxo presente no contato entre as diversas culturas: "é a diferença nas culturas que torna seu encontro fecundo". No entanto, as progressivas aproximações podem anular as peculiaridades identitárias de cada cultura e tornar os contatos cada vez menos benéficos ao desenvolvimento das culturas: é o risco da uniformização.

Voltando ao exemplo do paradoxo do relativismo cultural no comportamento dos espanhóis e indígenas americanos em seus primeiros contatos, estudos antropológicos

---

[32] LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar**… Op. cit., p. 63.
[33] Ibidem, p. 63.
[34] KIRSCH, Marc. Claude Lévi-Strauss por Philippe Descola. **Estudos Avançados**, v. 23, n. 67, p. 183-192, 2009, p.5.
[35] PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Claude Lévi-Strauss: a diversidade humana. **Folha de São Paulo**: Caderno Mais, 27 jun. 1999, p. 7.
[36] LÉVI-STRAUSS, Claude; ERIBON, Didier. **De perto e de longe**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 192.

brasileiros mais recentes[37] têm refletido acerca da diferença no foco, de um lado, sobre o problema da humanidade humana da filosofia europeia ("os índios têm alma?"), e, de outro lado, o foco sobre o conceito de corpo da perspectiva dos índios americanos ("os cadáveres europeus entram em decomposição?"). Trata-se da Antropologia decolonial, uma teoria-prática de descolonização do pensamento que busca abordar o *outro* com o máximo de possibilidades de ver o outro.

Enquanto a Antropologia multiculturalista europeia descreve a experiência humana desde "o ponto de vista do nativo", a Antropologia decolonial promove a autodescrição desde "o ponto de vista do inimigo". Para ilustrar, no canibalismo simbólico do povo indígena Araweté, a devoração dos inimigos pelas divindades representa uma "subjetivação e autodeterminação recíproca, pelo que o eu se afirma desde o outro. Devorada, a alteridade é 'como ponto de vista sobre o eu'".[38]

1.2 Uma comunidade de valores

Em relação aos costumes jurídicos ao redor do globo terrestre, os apontamentos de Mireille Delmas-Marty[39] são importantes para abordar a diversidade de culturas no mundo. Em seu texto, a autora parisiense manifesta pensamento analítico sobre a hipótese da mundialização do Direito, ao discutir sobre a possibilidade, a razoabilidade e a reflexão ética sobre o *desejo* de uma concepção universal do Direito.

É adotado como pórtico inaugural dessa obra a ideia de uma ilusão mundial[40] para a qual o universalismo estaria fadado. Interessante notar que, seja por honestidade intelectual, seja por artifício retórico, a autora demonstra ter sido iludida pela utopia do universalismo a partir da ideia dos direitos humanos. Conta episódio em que, enquanto proferia conferência no Irã sobre um Direito comum para a humanidade, foi posta em dificuldade diante do questionamento de um mulá sobre a definição de felicidade. Trata-se da narrativa de certa desilusão mundial a partir de pontos problemáticos do que se designa como "sonho de um Direito único".

---

[37] ASSY, Bethânia; ROLO, Rafael. A concretização inventiva de si a partir da perspectiva do outro: notas a uma antropofilosofia decolonial em Viveiros de Castro. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 4, p. 2.367-2.398, 2019, p. 5.
[38] ASSY, Bethânia; ROLO, Rafael. Op. cit., p. 11.
[39] DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
[40] Ibidem, p. 1.

Para citar os problemas desta utopia, coloca-se o advento das codificações no século XIX como primeiro obstáculo para um Direito mundial. Sobre as codificações, João Grandino Rodas e Gustavo Ferraz de Campos Monaco se referem à alternância de dois paradigmas ao longo da história do Direito, "ora de um único sistema de regulação social ditado pelo poder central, ora de sistemas plurais, pulverizados e particularizados".[41] Vale aqui chamar atenção para uma possível intertextualidade com Werner Goldschmidt, quando atesta que, no século, XIX o Direito Internacional Privado experimenta ressurgimento, no propício ambiente para o conflito de leis no espaço com a consolidação dos Estados.[42]

Questiona-se acerca da possibilidade de um Direito mundial em um planeta repleto de desigualdades econômicas e de particularidades nacionais e regionais. O problema se agrava quando se examina a razoabilidade do universalismo confrontado com a realidade de desordem normativa que não é passível de ser pensada como um conjunto ordenado segundo uma razão jurídica. Enfim, ganha sentido a desconfiança diante da mundialização do Direito como algo eticamente desejável, na medida em que o atual desempenho das instituições internacionais não tutela devidamente o respeito aos valores democráticos[43] — ideia que também foi vigorosamente defendida por Dolinger,[44] quando aborda a ineficácia das Nações Unidas.

No contexto de aparente desordem normativa,[45] Delmas-Marty[46] propõe o conceito de "pluralismo ordenado", para romper com as lógicas de unificação e hierarquia, e conciliar

---

[41] 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. 35.
[42] GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado**: Derecho de la tolerancia. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. xxii.
[43] DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios**… Op. cit., p. 5-6.
[44] DOLINGER, Jacob. **The Case for Closing the UN**. Jerusalem: Gefen, 2016, p. 201 et seq.
[45] DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios**… Op. cit., p. 72.
[46] "A expressão 'pluralismo ordenado' sugere duas ideias aparentemente antagônicas: a palavra 'pluralismo' refere-se à dispersão, ao movimento livre, enquanto o termo 'ordenado' convida, pelo contrário, a pensar em termos de estruturação e até restrição. A aposta é audaciosa em querer 'ordenar' o pluralismo: a ordem das palavras parece indicar, e a etimologia sugere, que seria uma questão de alinhar o pluralismo […] Mas não se trata exatamente de uma questão de alinhar os vários elementos que o compõem: trata-se aqui de respeitar o pluralismo, enquanto permite sua expressão harmoniosa; em outras palavras, trata-se de compor um mosaico, o que não se poderia fazer dispondo seus vários elementos aleatoriamente, mas combinando-os de tal maneira que um desenho geral emerge, o mais harmonioso possível." Tradução livre de: "*L'expression 'pluralisme ordonné' suggère deux idées apparemment antagonistes : le mot 'pluralisme' renvoie à la dispersion, au libre mouvement, alors que le terme 'ordonné' invite au contraire à penser en termes de structuration, voire de contrainte. Le pari est audacieux de vouloir 'ordonner' le pluralisme : le mot ordre semble indiquer, et l'étymologie y invite, qu'il serait question de faire rentrer le pluralisme dans le rang … Mais il ne s'agit précisément pas d'aligner les divers éléments qui le composent : il est question ici de respecter le pluralisme, tout en permettant son expression harmonieuse ; en d'autres termes, il s'agit de composer une mosaïque, ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard, mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un dessin d'ensemble, le plus harmonieux possible.*" (DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle

a universalidade dos direitos humanos com a diversidade de culturas no mundo, na medida de certos graus de compatibilização. Baseia-se na implicação recíproca entre o uno e o múltiplo, sendo a margem nacional de apreciação o mecanismo chave que aproxima as práticas nacionais à norma internacional. Apenas para uma breve referência, a margem nacional de apreciação é uma criação jurisprudencial do sistema europeu de direitos humanos, decorrente da subsidiariedade do direito comunitário que, a priori, confia ao Estado a proteção dos direitos humanos.

Acerca das reflexões em torno de uma comunidade de valores, Delmas-Marty[47] propõe que tais valores sejam identificados por dois critérios: os interditos fundadores e os direitos fundamentais, ambos em constante construção. Sobre os interditos fundadores, trata-se de proibições comuns que chocam a consciência humana e revelam um traço unificador não pelo que se prefere, mas pelo que se repele. Pode-se fazer uma menção intertextual dos interditos fundadores com a forma moral da proibição do incesto como fundamento das relações sociais. Na prática, os interditos fundadores ou proibições comuns são a base do conceito de crimes contra a humanidade.

Já sobre os direitos fundamentais, têm-se uma noção menos nítida, mas que constitui um processo dinâmico e evolutivo que propicia a internacionalização de direitos. Os interditos fundadores e os direitos fundamentais são faces da mesma moeda: a consequência da proibição de uma conduta é a geração de um direito, neste caso, um direito da humanidade.

O problema da diversidade de culturas jurídicas também se relaciona com as dificuldades de coesão enfrentadas pelos foros multilaterais, notadamente as organizações internacionais de cunho regional ou comunitário. Antes de sequer se cogitar acerca do *Brexit* — a alcunha da saída do Reino Unido da União Europeia —, já se discutia sobre o direito de abandonar a União Europeia. Interessante notar que, apenas seis anos antes do referendo do *Brexit*, discutir o direito de recesso era de interesse estritamente acadêmico, a ponto de se mencionar certa interdependência cultural, econômica e social entre os Estados da União Europeia.[48]

---

d'un droit commun pluraliste. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 52, n. 4, , p. 753-780, out./dez. 2000, p. 764-765).

[47] DELMAS-MARTY, Mireille. Vers une communauté de valeurs? Les droits fondamentaux. Paris: Seuil, 2011.

[48] PATRÃO, Afonso. O direito de abandonar a União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar a União? In: ANDRADE, Manuel da Costa; SOUSA, Susana Aires de; ANTUNES, Maria João (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, v. 4, n. 101, p. 755-794, 2010.

A propósito da *Dignidade da Diferença*, aos olhos de Dolinger,[49] Jonathan Sacks pontifica que

> o universalismo é uma resposta inadequada ao tribalismo e não menos perigosa. Leva à crença — superficialmente compelente, mas realmente falsa — de que só há uma verdade sobre os fenômenos essenciais da condição humana, e que esta verdade é válida para todas as pessoas em todos os tempos. Se eu estou certo, você está errado.

1.3 Cultura e Direito Internacional Privado

Ribeiro e Almeida se referem à "cinemática jurídica" do Direito Internacional Privado como resultado dos movimentos dos sujeitos num ambiente onde "a diversidade de leis nacionais é um inevitável correlato da diversificação de culturas e do exercício da soberania".[50] Com o foco voltado para o Direito Internacional Privado, Erik Jayme[51] constata a existência de uma sociedade (alemã) multicultural pela questão dos fluxos migratórios — que aproximam, sem necessariamente integrar, indivíduos de etnias absolutamente distintas. Trata-se de um cenário de plurietnicidade que reclama a proteção de minorias.

Especificamente sobre o conflito de leis, têm-se o compromisso entre o método clássico de determinação do Direito aplicável com uma certa materialização das regras de conflito a fim de se chegar num determinado resultado material/substancial. É o caso da teoria dos dois níveis do Direito Internacional Privado alemão, segundo a qual, no concurso de leis, a legislação preterida pela regra de conflitos torna-se um fato, um parâmetro para a interpretação do Direito aplicável num cenário multicultural.

Acerca da relação entre Cultura e Direito Internacional Privado, Gustavo Ferraz de Campos Monaco[52] concatena a Antropologia ao conflito de leis, precisamente em relação à Etnografia e à Etnologia. Nota-se ligeira aproximação entre o conhecimento de um ordenamento jurídico estrangeiro e uma análise etnográfica. Faz-se Etnografia diante de sociedades de culturas diferentes dos costumes do pesquisador da mesma maneira que o aplicador do Direito estrangeiro se debruça sobre um sistema jurídico que lhe é estranho —

---

[49] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: do princípio da proximidade ao futuro da humanidade. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-153.
[50] RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno Rodrigues. A cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 18, n. 20, p. 1-139, 2011.
[51] JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos do Direito Internacional Privado. In: **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 93-103. [Seleção de textos da obra de Erik Jayme, v. 1, n. 1, mar. 2003].
[52] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 45 et seq.

ainda que lhe falte aprofundamento de convivência cultural para a consolidação de um legítimo estudo etnográfico.

Por outro lado, a relação entre Direito Internacional Privado e Etnologia é mais estreita, uma vez que a Etnologia considera a escala regional de cultura, a qual pode ser vinculada com as famílias jurídicas ou grandes sistemas jurídicos estudados pelo Direito Comparado.[53] É justamente pela observância dos grandes sistemas jurídicos que o aplicador do Direito estrangeiro avalia eventual ofensa aos valores do seu foro. No Direito dos Conflitos, faz-se Etnologia jurídica quando se supera o nacionalismo e o etnocentrismo a fim de se analisarem os valores informadores das normas estrangeiras.

1.4 As lições de Werner Goldschmidt

Werner Goldschmidt foi quem consagrou o Direito Internacional Privado como Direito da tolerância, ao refletir, em 1976, a partir do prólogo da terceira edição de sua célebre obra,[54] sobre o problema da tolerância no Direito Internacional Privado. O autor escapou do nazismo alemão, do fascismo espanhol e se refugiou na Argentina, onde formou uma geração de jusinternacionalistas.

Conforme Goldschmidt, a intolerância e o chauvinismo acompanham a humanidade durante a sua longa e dolorosa história. A intolerância é capaz de eliminar a tolerância, e, no conflito entre ambas, a intolerância tem prevalecido por intervalos mais longos. No entanto, tal como o triunfo da tolerância nunca é definitivo, jamais será irrevogável a sua derrota. No texto “Direito e amor”, Jacob Dolinger[55] exalta a lição de Goldschmidt ao enfatizar que a aceitação da extraterritorialidade do Direito estrangeiro constitui uma manifestação de tolerância.

Deve-se notar, conforme Celso Lafer, que:

> uma das características do Direito Internacional Privado é o diálogo entre, de um lado, a abordagem técnica das suas regras de conexão — que ligam uma relação jurídica possuidora de um elemento internacional a um determinado sistema legal — e, de outro, princípios de caráter mais geral

[53] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos** [I grandi sistemi giuridici]. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[54] GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho**… Op. cit., p. xx.
[55] DOLINGER, Jacob. Direito e amor. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-17, p. 15.

> como o da ordem pública, da fraude à lei, norteados por valores inspirados em critérios éticos que modulam as soluções oferecidas pelas regras.[56]

Lafer se refere diretamente a Goldschmidt como o autor que vai além da abordagem técnica, pensa sobre os princípios e se dedica a temas da Filosofia do Direito, especificamente com o método trialista do Direito, que tem afinidades com o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. A concepção trialista de Goldschmidt analisa o fenômeno jurídico à luz do que denomina de dimensões: (i) normológica, no horizonte da lógica deôntica, de indicação do conteúdo das normas; (ii) sociológica, na esteira da Sociologia Jurídica, com foco nos usos e costumes e também na jurisprudência; e (iii) dikelógica, como dimensão da Filosofia Moral, de cariz crítico das normas, uma ciência da justiça, que foi especialmente aprofundada no livro "La ciencia de la justicia (dikelogía)" (Aguilar, Madrid, 1958), obra que constitui uma "Teoria impura do Direito" ou verdadeiro "anti-Kelsen", conforme palavras do próprio Goldschmidt.[57]

Goldschmidt sustenta que a tolerância positiva é a categoria dikelógica mais alta e, por isso, a mais difícil de se realizar. O problema da tolerância no Direito Internacional Privado transcende os limites desta disciplina jurídica, sendo um verdadeiro farol que ilumina o Direito e a Vida. Acerca das tentativas e diretrizes políticas de relegar o Direito Internacional Privado como disciplina optativa nas Universidades, Goldschmidt assinala, com pesar, que, assim, estariam proclamando como optativo o próprio valor da tolerância.

1.5 O estrangeiro na história do Direito Internacional Privado

A evolução do Direito Internacional Privado relaciona-se ao desenvolvimento da condição jurídica do estrangeiro ao longo dos tempos.[58] A regulamentação da vida jurídica do estrangeiro é um dos objetos do Direito Internacional Privado. Na remota Antiguidade, não se reconhecia direitos aos estrangeiros, de modo que sua trajetória na história do Direito é de muitas dificuldades e de exclusão.

Na Índia, as Leis de Manu consideravam que os estrangeiros não constituíssem uma casta, vivendo, portanto, fora da sociedade. No Egito, pelas necessidades comerciais e pela concepção da animalidade do trabalho braçal, impôs-se tal atividade aos estrangeiros, e era

---

[56] LAFER, Celso. Prefácio. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. vii-xii, p. vii.
[57] GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho**… Op. cit., p. xv-xxviii.
[58] OCTAVIO, Rodrigo. **Direito Internacional Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 28-71.

motivo de orgulho o fato de que, na construção de certas obras faraônicas, não tivesse sido utilizada mão de obra nacional. Na China, por outro lado, valores confucianos indicavam certa tolerância aos estrangeiros.

Entretanto, foi o povo hebreu que deu as primeiras manifestações do sentimento de hospitalidade ao estrangeiro, com o *proselitismo de justiça*, quando o estrangeiro adotava a religião hebraica e se equiparava aos hebreus, e com o *proselitismo de domicílio*, aos estrangeiros aos quais, embora não aderissem aos costumes sagrados, se admitia o direito de residência. Ressalte-se, na cultura jurídica dos hebreus, a fusão dos conceitos de naturalização e conversão às crenças deste povo.

Dolinger[59] recorda que o estrangeiro sempre sofreu discriminação ao longo da História. A Bíblia prega o amor ao vizinho judeu, mas também dispõe de 36 comandos para amar o estrangeiro: "E não oprimireis o estrangeiro, pois sabeis o que vai no coração do estrangeiro — vós que fostes estrangeiros na terra do Egito." (Êxodo 23.9)

O propósito é de que as dignidades moral e espiritual vão além dos limites territoriais de qualquer nação. São da propriedade do outro, o estrangeiro, o alienígena, aquele distinto de nossa etnia ou nacionalidade. "Quando um estrangeiro vive consigo em sua terra, não o maltrate. Ele deverá ser tratado como um nato. Ame-o como a si mesmo, pois foste estrangeiro na terra do Egito. Eu sou o Senhor, seu Deus." (Levítico 19.33-34).

Mesmo diante de circunstâncias de hostilidade ao estrangeiro, a noção de hospitalidade foi aprimorada pela cultura clássica greco-romana. Na Grécia, o abrandamento das relações com os não nacionais ocorreu com adventos de gradativa e nem sempre exitosa proteção, como o direito de cidade, a instituição malversada dos sicofantas e a representação ante tribunais dos proxenas, precursores dos cônsules. No entanto, a tutela dos estrangeiros se baseava nas leis locais, não se admitindo que invocassem suas próprias leis, pois não se concebia que uma lei produzisse efeitos além das fronteiras territoriais da autoridade que a editara.

O sentimento de hospitalidade se origina nas relações privadas, mas aos poucos foi adquirindo contornos políticos[60] no contexto da convivência nos clãs. Diante dos riscos e incertezas característicos do mundo homérico, a hospitalidade é um valor essencial, um porto seguro para forasteiros, viajantes e conquistadores. Trata-se de uma postura de acolhimento

---

[59] DOLINGER, Jacob. A intolerância: uma perspectiva judaica. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 359-370, p. 363.
[60] TÉNÉKIDÈS, Georges. Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cites. **Recueil des Cours**, 1956, v. 469, p. 535.

perante o estrangeiro, seja pelo receio da proteção que Zeus estendia às comunidades obedientes ao código de honra da *timé*, seja por manifestação autônoma de respeito ao outro, de onde nascem outros valores, como a amizade, o respeito e a justiça. No entanto, o estrangeiro absoluto, aquele proveniente de fora do mundo helênico, era reduzido à condição de objeto de direito.[61]

Os romanos instituíram a figura do *pretor peregrinus* para dirimir as contendas dos estrangeiros entre si e dos estrangeiros com cidadãos romanos. Como era vedada a aplicação da lei dos estrangeiros, e o *jus civile* era restrito aos cidadãos romanos, os estrangeiros eram regulados pelo *jus gentium*. Enquanto o *jus civile* era um Direito especial que sujeitava exclusivamente os cidadãos romanos, o *jus gentium* representou os princípios essenciais da vida, regras naturais obrigatórias, anteriores e superiores ao Direito positivo.

Note-se a discordância entre alguns autores sobre o conceito do *jus gentium*. De um lado, autores como Dolinger[62] entendem que o *jus gentium* represente um primórdio do Direito Internacional Privado, visto que, como Direito uniforme, o *jus gentium* seja um dos métodos utilizados para a solução do conflito de leis. Por outro lado, autores como Rodrigo Octavio[63] concebem que o *jus gentium* consista no que foi posteriormente chamado de Direito Natural e não corresponda nem ao Direito Internacional Público nem ao Privado, apesar de terem funções e objetivos próximos. Excetua-se da aplicação do *jus gentium* apenas os povos bárbaros.

Em Roma, a gradativa proteção aos estrangeiros repercutiu em sua denominação, que passou a se referir como hostis ou bárbaros apenas àqueles com os quais se guerreava, com o benevolente termo *peregrinus* reservado para os demais não nacionais. O Imperador Caracalla (Marco Aurélio) editou sua Constituição em 212 d.C. que concedia o direito de cidadão romano a todos os habitantes do Império que já gozassem do direito de cidade, embora haja historiadores que atribuem a tal feito o interesse de proventos ao erário.[64]

Com as invasões bárbaras e o esfacelamento do Império Romano, os valores germânicos da liberdade e independência, somados à incerteza das extensões dos domínios

---

[61] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Cultura e Direito Internacional Privado: o lugar da hospitalidade, da tolerância e do pluralismo. In: : CALHEIROS, Clara; MONTE, Mário Ferreira; PEREIRA, Maria Assunção; GONÇALVES, Anabela. (org.). **Direito na lusofonia**: Direito e novas tecnologias. Braga: Escola de Direito da Universidade do Porto, 2018, p. 127-135; FREITAS, Monica Silva de. A hospitalidade em Homero. Ítaca, n. 27, p. 33-42, 2014. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/view/2414/2063. Acesso em: 07 ago. 2019.
[62] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 27.
[63] OCTAVIO, Rodrigo. Op. cit., p. 40.
[64] Ibidem, p. 35.

territoriais, resultaram na prevalência do princípio da personalidade das leis. Nesse sentido, os povos conquistados puderam continuar regendo-se por suas próprias leis.

Concebia-se, pois, o império de várias leis em um só território, o que fez surgir o princípio do individualismo em face da lei; por conseguinte, os estrangeiros, então povos dominados, passaram a um estado de inferioridade civil, o que representou um retrocesso aos avanços alcançados durante o Império Romano.

O advento do feudalismo provocou a vinculação do homem com a terra e a consequente delimitação espacial dos feudos. Assim, prevaleceu sobre o princípio da personalidade das leis o princípio da absoluta territorialidade legal. Não é mais a origem do indivíduo que determina a lei que o disciplina, mas, sim, o território em que o indivíduo se encontra. Esse regime de absoluta territorialidade da lei representou a negação do Direito Internacional Privado, não havendo a possibilidade de aplicação de outra lei que não a territorial. Além disso, não se reconhecia a igualdade civil ao estrangeiro, o qual se passou a denominar genericamente "*aubain*". O instituto do albinágio, que restringia em muito os direitos de propriedade do estrangeiro, foi muito comum na atual França, mas jamais existiu no Direito português, por exemplo.

É de se ressaltar que, se em um primeiro momento o cenário feudal de absoluta territorialidade legal representou a negação do Direito Internacional Privado, *num segundo momento provocou o surgimento desta mesma disciplina jurídica*, pois o cenário de diferentes domínios espaciais sob o império de diferentes leis é propício ao conflito das leis no espaço.

O renascimento comercial e urbano na península itálica fez (re)surgir as cidades. Elas se regiam genericamente pelo Direito romano ou germânico e, especialmente, pelos seus estatutos. A intensificação da interação política e comercial entre povos de diferentes municípios tornava o estrangeiro elemento essencial desta dinâmica. A incidência dos estatutos se restringia aos limites dos municípios e não disciplinava relações de ordem pessoal de indivíduos subordinados a estatutos de outros municípios. Reconhece-se, portanto, o princípio da extraterritorial das leis locais e se ressalta o papel dos juízes na tradução desta nova lógica em suas decisões.

O advento do princípio da extraterritorialidade das leis locais gerou a necessidade de se pesquisar sobre quais leis deveriam ser aplicadas além das fronteiras territoriais dos municípios. Sendo os estatutos o objeto desse estudo, convencionou-se chamar de Teoria dos Estatutos o que Joseph Story denominou séculos mais tarde (em 1834) de Direito Internacional Privado.

Com a tendência de unificação legislativa dos Estados nacionais, os estatutos de cada município passaram a ser conglobados em um só diploma legal, e a edição do Código Civil de Napoleão, em 1804, ilustra esse contexto, tendo representado novo paradigma do Direito codificado e dogma civilizador.

O Código de Napoleão reúne num só corpo a multiplicidade de inúmeros estatutos, consagrando o Direito dos estrangeiros, com a condição restritiva, porém, da reciprocidade diplomática, e ressalvada a territorialidade de disposições consideradas de ordem pública, ali definidas como leis de polícia e de segurança. Mais especificamente, distinguiu-se entre os estrangeiros de passagem e os domiciliados.

Especificamente sobre o Código Civil francês, João Grandino Rodas e Gustavo Ferraz de Campos Monaco esclarecem que este diploma sofre uma mutação constante, lá denominada de codificação *a droit constant*, cuja finalidade é evitar que os vários microssistemas se tornem desordenados, contraditórios e ambíguos. Trata-se da agregação temática da legislação esparsa que é instituída como nova legislação e pode alterar o sistema, assemelhando-se, portanto, mais à codificação que à compilação.[65]

Em relação aos estrangeiros de passagem, protegia-se os direitos reciprocamente consagrados, em tratados, aos cidadãos franceses, e, em relação aos estrangeiros domiciliados, garantia-se todos os direitos civis enquanto na França residissem. Ressalte-se que a condição da reciprocidade diplomática é questionável, pois poucos tratados foram assinados nesse sentido.

Assim, a jurisprudência se posicionou de modo a restringir a tutela dos direitos civis aos cidadãos franceses e a garantir os direitos naturais a todos os estrangeiros, notando-se claramente a influência do *jus gentium* romano.

Ante o impacto do Código Civil de Napoleão na evolução da condição jurídica do estrangeiro, Rodrigo Octavio[66] cita Gabriel Tarde, para quem o termo "evolução" transmite uma *fluidez irreal* do processo e não consegue retratar todas as dificuldades enfrentadas.

No Brasil, a Carta Régia de D. João VI, de 1808, decretou a abertura dos portos, incentivando fortemente a imigração. Foi autorizada a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil com a finalidade de incrementar a lavoura e a população de origem europeia, que se encontrava ainda em número reduzido. No mesmo sentido, as constituições imperial (1824) e republicana (1891) brasileiras continuaram com marcada liberalidade em relação aos estrangeiros.

---

[65] RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Op. cit., p. 70.
[66] OCTAVIO, Rodrigo. Op. cit.

Especificamente no contexto da Constituição do Império, Gustavo Ferraz de Campos Monaco[67] aborda a necessidade da formação de um povo brasileiro. Buscou-se formar o povo brasileiro com a atribuição compulsória da nacionalidade brasileira para os portugueses residentes no Brasil. Assim, depreende-se a constatação do fenômeno da sucessão de Estados, ao passo que o Império brasileiro sucede ao Reino de Portugal em relação à nacionalidade de seus súditos residentes em sua ex-colônia.

No que se refere ao critério de determinação do Direito aplicável ao estatuto pessoal, o Império brasileiro, seguindo as ordenações portuguesas aqui recepcionadas, adotava a nacionalidade do chefe da família. Por outro lado, as ex-colônias espanholas se aproximavam da tradição da *common law* e obedeciam ao critério do domicílio da família.

Após a Proclamação da República e promulgação da Constituição de 1891, a naturalização compulsória era viabilizada com a abertura do prazo de seis meses para que os estrangeiros, que já se encontravam no país em 1889, manifestassem "o ânimo de conservar a nacionalidade de origem". Quer dizer, não mais se cuidava de uma sucessão de Estados, uma vez que não mais apenas os portugueses eram abrangidos pela naturalização compulsória, mas, sim, todos os estrangeiros.[68]

Em descrição detalhada, Gustavo Ferraz de Campos Monaco observa que a nacionalidade foi mantida como elemento de conexão pelo art. 25 da nova Consolidação das Leis Civis, de Carlos de Carvalho, de 1899, bem como pelos projetos de Código Civil — com exceção do Esboço de Teixeira de Freitas, que adotava como critério o domicílio. A Introdução do Código Civil de 1916 estipulava o fator domicílio apenas de modo subsidiário, em caso de apatridia ou polipatridia do interessado, sendo que, nesta última, se fosse brasileira uma das nacionalidades, esta teria prevalência.

O contexto nacionalista da década de 1930 influenciou as Constituições brasileiras de 1934 e 1937 de modo a acentuar o sentimento nativista e restringir aos brasileiros natos muitos direitos, até mesmo de ordem privada e profissional. Foi quando Getúlio Vargas e seu Ministro da Justiça Vicente Rao entregaram Olga Benário aos nazistas,[69] uma extradição disfarçada de expulsão. Assim, o princípio da igualdade civil entre brasileiro e estrangeiro foi profundamente afetado. Exemplificativamente, foi determinada a nacionalização

---

[67] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito Internacional Privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; FULCHIRON, Hugues. **Famílias internacionais**: seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 3-28.
[68] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito Internacional Privado da família… Op. cit.
[69] CARNEIRO, M. L. T. Rompendo o silêncio: a historiografia sobre o antissemitismo no Brasil. **Cadernos de História**. Belo Horizonte, v. 13, n. 18, p. 79-97, 2012.

progressiva de bancos de depósito, seguros e minas (art. 117 da Constituição de 1934), e a imigração foi limitada em sistema de quotas.

Entre as duas Guerras Mundiais, muitas levas imigratórias se destinaram ao Brasil. Enquanto umas foram incrementadas, outras ondas imigratórias foram inauguradas em território nacional, ao passo que inúmeras eram as famílias estrangeiras, com domicílio no Brasil, que permaneciam regidas por suas leis nacionais.

A subordinação[70] do estatuto pessoal das famílias estrangeiras aos seus ordenamentos de origem — conforme determina o fator de conexão *nacionalidade* — constituía um obstáculo para a integração do estrangeiro no Brasil, de modo que era induzido a isolamento das colônias de imigrantes. Outra questão relevante para o Direito Internacional Privado trazida à tona por Gustavo Ferraz de Campos Monaco: muitos dos imigrantes estrangeiros no Brasil se comunicavam em línguas de raízes distintas do latim. Assim, para a aplicação dos Direitos estrangeiros, os magistrados brasileiros frequentemente se deparavam com o problema da tradução de caracteres distintos do alfabeto latino, como os ideogramas orientais, as letras de raiz arábica ou o alfabeto cirílico.

Enfim, em 1942, na mesma oportunidade em que se editou uma Lei de Introdução ao Código Civil, com a finalidade política simpática ao totalitarismo de elaborar leis retroativas, conforme nos conta Gustavo Ferraz de Campos Monaco:

> os Ministros Hannemahn Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho Azevedo, valendo-se dos magistérios de grandes nomes do Direito Internacional Privado nacional como Rodrigo Octavio e Eduardo Espínola, modificaram a conexão para as questões pessoais, fazendo incidir, a partir da edição do Decreto-lei n. 4.567, de 1942, a lei do domicílio para reger a personalidade, a capacidade, o nome e os direitos de família.[71]

Seguindo o fluxo da história, a Constituição brasileira de 1946, ao retomar uma linha mais democrática, extinguiu o regime de quotas imigratórias e restabeleceu a liberdade de ingresso em território nacional, situação que foi mantida com a Constituição de 1967 e sua emenda, de 1969. Já em 1980, foi instituída a Lei n. 6.815, o “Estatuto do Estrangeiro”, que regia os institutos da admissão e entrada do estrangeiro em território nacional.

Até que em 24 de maio de 2017, foi promulgada a Lei n. 13.445, a Lei de Migração, que atualmente serve como diploma para a tutela da condição jurídica do estrangeiro no Brasil. Em seu art. 3º, a Lei de Migração elenca os princípios sobre os quais é erigida, entre

---

[70] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito Internacional Privado da família… Op. cit.
[71] Ibidem, p.26.

os quais vale destacar a universalidade dos Direitos Humanos,[72] o repúdio à xenofobia e ao racismo, a não criminalização da migração, a acolhida humanitária, o direito à reunião familiar, entre outros. Já muito antes, em 1988, a nossa Constituição assegurou a livre circulação em território nacional, além de serem garantidos ao estrangeiro, mesmo que de passagem, direitos e garantias fundamentais.

1.6 Brevíssima síntese do confronto entre cosmopolitismo e chauvinismo nas doutrinas do conflito de leis

O espírito essencial do Direito Internacional Privado consiste no cosmopolitismo. Não se deve desprezar a pluralidade de culturas no mundo. Pelo contrário, busca-se contemplar unidade no contexto de diversidade, de modo que se relacione o amor à própria cultura com o respeito positivo para as demais tradições e costumes. No entanto, ao longo da História há períodos em que o cosmopolitismo perde espaço para o chauvinismo.

Na escola estatutária italiana, durante a Alta Idade Média, os problemas de conflito de leis surgiam no seio do Sacro Império Romano-Germânico. Ali, o cosmopolitismo baseava as regras que regiam os direitos pessoais ao admitir a possibilidade de aplicação do Direito estrangeiro, ao passo que o chauvinismo influenciava na disciplina dos direitos reais. Verificou-se um equilíbrio[73] entre cosmopolitismo e chauvinismo por parte dos glosadores e pós-glosadores, tendo destaque entres estes últimos Bártolo de Sassoferrato, um dos primeiros estudiosos do conflito de leis.

Merece referência a "questão inglesa",[74] isto é, a situação de sucessão do inglês que deixa bens na Inglaterra e na Itália, sendo que a lei inglesa privilegiava o filho primogênito. Neste caso, Bártolo de Sassoferrato opina sobre a redação das leis no sentido de que, em se havendo referência ao bem, dever-se-ia aplicar a lei do lugar do bem, ao passo que, em caso de referência à pessoa do primogênito, a lei da nacionalidade do falecido deveria incidir.

Na escola estatutária francesa, Bertrand D'Argentré defendia a estrita territorialidade das leis, assim como a estrita territorialidade dos costumes, a fim de conservar a autonomia jurídica de sua região, a Bretanha, em face do Estado francês em surgimento. Inevitavelmente, venceu a França, que fez prevalecer a territorialidade da lei do Estado

---

[72] Questão controversa cuja reflexão já se explicitou no início deste capítulo sobre os desafios para um Direito comum.
[73] GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofia del Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1947, p. 155.
[74] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 32.

nacional. Nesse sentido, o chauvinismo é a inspiração, relativamente justificada, porém, pela formação e consolidação do Estado nacional. Outro representante da escola estatutária francesa foi Charles Dumoulin, para quem o Direito aplicável poderia ser determinado pela vontade das partes, de modo que, nem que seja indiretamente, o cosmopolitismo tenha sido contemplado com a possibilidade de incidência da lei estrangeira.

Com a escola estatutária holandesa, o chauvinismo jurídico atinge a sua última expressão entre os estatutários.[75] Esta escola tem lugar no século XVII, principalmente nas regiões de Flandres e Holanda. Suas raízes inspiradoras se relacionam ao anseio de independência política decorrente de uma ocupação estrangeira, de modo que suas ideias coincidam com as de D'Argentré. Influenciado pelo pensamento de Grotius acerca da soberania, o representante da escola estatutária holandesa Ulrich Huber defende que deve prevalecer o princípio da territorialidade das leis dentro das fronteiras de cada Estado, sendo ressalvada a *comitas gentium*, a cortesia internacional, que possibilita apenas excepcionalmente a extraterritorialidade das normas.

Enfim, é com Friedrich Carl Von Savigny, em 1849, que ocorre o denominado giro copernicano na disciplina do conflito de leis no espaço, com a publicação do 8º volume do seu *Sistema do Direito Romano Atual*. Em vez de tomar como ponto de partida a lei e questionar até onde vai a sua incidência, Savigny adota como referencial a existência de uma sede para cada relação jurídica identificada com as categorias do Direito Privado. Deste modo, a sede estaria para as relações jurídicas assim como os domicílios para as pessoas, o lugar da situação para a coisa, o lugar da celebração para o ato, o lugar da obrigação, e assim por diante.[76]

Savigny discorda do conceito holandês da *comitas gentium* e defende que existe uma comunidade de Direito entre os diferentes povos, sendo uma das obrigações decorrentes dessa comunidade a aplicação *neutra* do Direito estrangeiro em respeito à igualde das ordens jurídicas, o que faz consagrar o cosmopolitismo — não que Savigny não identifique limites para sua ideia, como a existência de leis rigorosamente obrigatórias, que impedem a incidência do Direito estrangeiro, bem como a ocorrência de instituições que não são reconhecidas por outros Estados.

---

[75] GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema**… Op. cit., p. 156.
[76] FERRER CORREIA, António. Op. cit., p. 117.

2 A CONSTELAÇÃO AXIOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Internacional Privado é influenciado por diversos valores ao longo de sua história. Este capítulo apresenta um elenco não exaustivo, mas que procura demonstrar a diversidade de tais valores no âmbito do método conflitual. A interpretação triádica da dicotomia "harmonia coordenada/expansão axiológica" resolve outra dicotomia problemática do Direito Internacional Privado: justiça conflitual (localizadora)/justiça material (substancial). Nas próximas páginas, serão encontrados os valores conciliadores destas ambivalências.

2.1 O problema dos valores no conflito de leis no espaço

Os valores são bipolares na medida em que sempre é dicotômica a relação de um valor com seu respectivo desvalor, "ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro".[77] Uma segunda característica dos valores é a implicabilidade: os valores também se implicam reciprocamente, ao passo que a realização de um valor influi, ao menos indiretamente, no impacto dos outros valores. Em sentido dialético, é possível extrair o significado de um valor consoante o sentido do seu outro antagônico.[78]

Miguel Reale atrela também aos valores as características objetivas de realizabilidade e de inexauribilidade:

> o valor não se reduz ao real, nem pode coincidir inteiramente, definitivamente, com ele: um valor que se realizasse integralmente converter-se-ia em "dado", perderia a sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota.[79]

Em relação à inexauribilidade, Celso Lafer complementa que se trata de um "significado vetorial de um dever-ser, que se projeta para o futuro".[80] "Há, com efeito,

---

[77] REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2007. Ver o ponto 73 em "Características do valor".
[78] LAFER, Celso. Prefácio a Gustavo Monaco. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de constitucionalidade da lei estrangeira**. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 13-19.
[79] REALE, Miguel. **Introdução**… Op. cit. Ver o ponto 77 em "Teoria histórico-cultural dos valores".
[80] LAFER, Celso. A Constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º. In: LAFER, Celso. **A internacionalização do Direitos Humanos**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 11-29, p. 20.

valores em si mesmos como estrelas dotadas de luz própria, ao passo que há valores planetários, significantes em razão de sua referência ou derivação."[81] Nesse mesmo sentido, Gustavo Ferraz de Campos Monaco se refere à *luz* do valor da proximidade, que ilumina o reinício do método de determinação do Direito aplicável quando da previsão de uma cláusula de exceção.[82]

Miguel Reale opera uma ordenação dos valores do mundo da cultura e os categoriza em "constelações axiológicas"[83] matizadas conforme o seu conteúdo e convergentes no valor primordial da pessoa humana. Mais como uma exemplificação do que como uma classificação, têm-se cinco constelações axiológicas conjugadas entre os valores (i) verdade, (ii) beleza, (iii) utilidade, (iv) sagrado e (v) bem. A constelação axiológica do "bem" se remete à Ética e, por conseguinte, ao problema da Justiça e do Direito.

Os valores da proximidade, da equidade, da igualdade, a proteção da pessoa humana, a autodeterminação dos povos, a cooperação, e todos os outros valores informadores da disciplina, funcionam como uma subconstelação axiológica do valor "bem" no sentido de subcategoria de *bem social jurídico internacional-privatístico*. Os valores que iluminam o Direito Internacional Privado podem ser ordenados de modo subordinado ao valor "bem". Agrupar esses valores em formato de constelação é apenas uma metáfora *naïf*.

Com a expansão axiológica do Direito ao longo do século XX, escancarou-se o que sempre informou o Direito Internacional Privado desde seu nascimento. A este respeito, Raphael Carvalho de Vasconcelos enfatiza que o Direito Internacional Privado vem tradicionalmente, há séculos, buscando fornecer proteção ao estrangeiro. Deste modo, o método conflitual antecedeu, em muitos séculos, as constituições, o próprio constitucionalismo e o Direito Internacional Público na tutela da pessoa humana em situações plurilocalizadas:

> O método conflitual muitas vezes protegeu direitos fundamentais no Brasil antes mesmo do reconhecimento de princípios que os fundamentassem. Mais que isso, antecedeu o fenômeno do constitucionalismo e em sua história pode ser reconhecido até mesmo o debate em torno de perspectivas universais e multiculturais, típicas do discurso atual dos direitos humanos.[84]

---

[81] REALE, Miguel. **Introdução**… Op. cit. Ver o ponto 92 em "Classificação dos valores".
[82] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 32.
[83] REALE, Miguel. **Introdução**… Op. cit. Ver o ponto 93 em "Classificação dos valores".
[84] VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Direito Internacional Privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista**. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014, p. 291.

E continua:

> A antecedência do direito internacional privado às constituições exclui a própria necessidade de cartas de direito como condição para seu funcionamento como promotor da proteção do homem. O indivíduo e sua defesa se encontram nas origens do sobredireito privado e qualquer estudo contemporâneo que sustente sua "constitucionalização" não pode ignorar tal característica.[85]

Entretanto, a partir de 1849, com Savigny,[86] passou-se a vincular a igualdade formal das ordens jurídicas nacionais ao dever de neutralidade em relação aos valores na interpretação da regra de conflitos. Isto para se conformar o equilíbrio na comunidade de Direito entre os diferentes povos. Assim, ao longo do século XX, justamente tal neutralidade ou assepsia foi bastante criticada, de modo que as regras de conflitos tradicionalmente concebidas eram vistas como muito rígidas, abstratas e opostas à justiça do caso concreto. Consoante os cânones clássicos, a aplicação do Direito estrangeiro consistiria num "salto no escuro", um *blindfold test*, de modo que o juiz estaria de olhos vendados. Dolinger[87] se refere às regras de conexão tradicionais como uma "armadura pesada, apertada, uma camisa de força um tanto inconfortável, da qual é valido se desvencilhar um pouco".

Moura Ramos[88] relata acerca da ideia de afastamento do Direito Internacional Privado em relação à realidade e a consequente forma um tanto exótica com que esta disciplina se colocava, apesar de tudo, como uma ciência social. Em "Direito Internacional Privado e Constituição", o autor português traz referências metafóricas irônicas[89] acerca do problema da neutralidade ou assepsia do método conflitual clássico: assim, para Dolle, "finalmente, nós (os internacional-privatistas) tornamo-nos tão sublimes que já não nos compreendemos mais a nós mesmos"; de acordo com Thaller, o Direito Internacional Privado é uma "*science à broussailles*"; Juenger se refere a uma "máquina complicada cujo resultado nada tem a ver com o custo de produção"; Herrero Rubio aponta para uma "confusão de conceitos, de problemas artificiais originados pela afeição da doutrina a construções pessoais, tão barrocas e alambicadas como carecentes de bases, que ao exigir demais à jurisprudência não prestam qualquer serviço à ciência que pretendem servir";

---

[85] VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 291.
[86] WELLER, Marc-Phillipe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do Direito Internacional Privado do nosso tempo. Tradução Rui Pereira Dias. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 94, t. 1, p. 361-402, 2018, p. 363.
[87] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado… Op. cit., p. 147.
[88] MOURA RAMOS, Rui Manuel. **Direito Internacional Privado e Constituição**: introdução a uma análise de suas relações. Coimbra: Coimbra, 1980, p. 32.
[89] Ibidem, p. 32.

William L. Plosser observa que o reino do conflito de leis é um pântano sinistro em movimento, povoado por professores instruídos e excêntricos que especulam sobre assuntos misteriosos em um jargão estranho e incompreensível. O juiz ou o praticante médio fica completamente perdido quando mergulha nele e fica confuso. Por último, uma metáfora de mau gosto, por Max Gutzwiller, segundo a qual a teoria do Direito Internacional Privado é um "combate de negros à noite, num túnel".

Nos Estados Unidos, entende-se que o pensamento de Savigny seja contrário à justiça no caso concreto e a incidência da lei estrangeira represente um teste às cegas pelo magistrado, de modo que, em vez de regras de conflitos, o Direito aplicável devesse ser determinado por critérios-guia, os *approaches*, que são orientados por valores materiais, como o *better law approach*, ou o *governmental interests*, os interesses estatais.[90] Entretanto, em verdade o Direito Internacional Privado estadunidense é dotado de elevado grau de paroquialismo lexforista, ao passo que restringe o conflito de leis no contexto de concurso de leis entre os próprios estados internos deste país.[91]

Dolinger[92] e Moura Ramos[93] suscitam uma crítica contra a impermeabilização do Direito Internacional Privado em relação aos valores, mas sem perder de vista o diálogo entre as culturas peculiar da disciplina. Em se tratando de uma ciência social, não se podia conceber a *alergia* do método conflitual em relação aos valores, nem se podia admitir sua insensibilidade aos valores jurídicos fundamentais. Gustavo Ferraz de Campos Monaco[94] explica que é neste momento que se postula a permeabilidade aos valores sociais e públicos na disciplina, bem como a consolidação de princípios que conciliam justiça e método conflitual.

---

[90] WELLER, Marc-Phillipe. Op. cit., p. 368.
[91] DOLINGER, Jacob. A decadência do Direito Internacional Privado norte-americano. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155-203, p. 196.
[92] Ibidem.
[93] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit.
[94] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Atribuição da guarda e suas consequências em Direito Internacional Privado**. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 83.

2.2 O princípio da proximidade

Gabriel Valente dos Reis[95] contextualiza o princípio da proximidade no âmbito da flexibilização das regras de conflito. Se, por um lado, Paul Lagarde[96] renova as discussões acerca do princípio da proximidade, como aperfeiçoamento da conexão da norma conflitual, por outro, Dolinger[97] faz compreender que o princípio da proximidade (i) esteja ínsito ao momento de nascimento do Direito Internacional Privado, (ii) possua mais de oitocentos anos e (iii) seja "a pedra angular da ciência do conflito das leis". Consequentemente, toda regra de conflitos seria informada pelo princípio da proximidade:

> procurando o mapa da mina, deparei-me com uma interessante análise feita em 1929 pelo historiador do DIP, Max Gutzwiller, sobre a famosa proclamação de Aldricus no final do século XII. Indagando qual a lei que deve ser aplicada pelo juiz às relações jurídicas entre pessoas que vivem em diversas províncias, e que litigam entre si, respondeu o jurista medieval: *debit enim iudicare secundum quod melius et visum fuerit*, ou seja, deve julgar de acordo com a lei que seja melhor e mais útil […] Assim, comenta Gutzwiller, Aldricus não mandou prevalecer a lei do juiz competente, nem a regra que visa diretamente o litígio em questão, mas o Direito que se recomenda, em termos gerais, por sua conexão a mais íntima com o caso concreto a ser julgado (*le Droit qui généralement se recommande par sa connexion la plus intime avec le cas concret à juger*). "Conexão a mais íntima" é o que está nas leis e nas convenções modernas, que falam no direito mais vinculado, mais conectado, mais próximo.[98] [sublinhado no original]

O princípio da proximidade indica a superação da rigidez dos elementos de conexão (sobretudo nacionalidade e domicílio) em favor da estreiteza no vínculo da relação jurídica com a sua respectiva sede. O encargo de se estabelecera conexão transfere-se do Poder Legislativo à jurisdição,[99] ao passo que interesses sociológicos e as circunstâncias do mundo concreto exerçam influência no Direito dos Conflitos.[100] Dolinger[101] se refere a um

---

[95] REIS, Gabriel Valente dos. **Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 76.
[96] LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le Droit International Privé contemporain. **Recueil des Cours**. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, v. 196, p. 29-126, 1986.
[97] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado… Op. cit., p. 150.
[98] Ibidem, p. 150.
[99] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 211.
[100] "Atesta a presença de preocupações mais concretas ou sociológicas na escolha de conexões". Tradução livre de: "*Il témoigne de la présence de préoccupations plus concrètes ou sociologiques dans le choix des rattachements*". (BUREAU, Dominique; MUIR-WATT, Horatia. Droit International Privé. Paris: PUF, 2014, t. 1, p. 606, apud MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 211).
[101] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado… Op. cit., p. 151.

enfraquecimento gradual das regras de conexões fixas, mecânicas e cegas. Assim, para solucionar este problema, leis nacionais de Direito Internacional Privado instituíram as chamadas cláusulas de exceção: quando o Direito apontado pela regra de conflitos apresentar um vínculo fraco com o fato da vida a ser subsumido e disciplinado, deve incidir o Direito que mais apresentar ligação e proximidade com tal situação fática. Essa regra foi denominada de "cláusula de exceção", pois afasta a regra de conexão.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[102] menciona a não incidência do Direito indicado pela regra de conflitos como uma exceção que pode ocorrer em duas situações. A primeira consiste na defesa dos valores ou da soberania do Estado do foro. A segunda hipótese é uma autorização para afastar o Direito apontado pela regra de conexão e, sucessivamente, fazer incidir o Direito (nacional ou estrangeiro) cuja vinculação seja mais estreita com a situação fática, o que faz reiniciar o método de determinação do Direito aplicável, nesse segundo momento influenciado pelo princípio da proximidade.

Ainda conforme Gustavo Ferraz de Campos Monaco,[103, 104] esta cláusula de exceção, concebida pelo legislador nacional ou convencional, ou pela jurisprudência, é capaz de permitir ao aplicador do Direito uma atribuição geral e abstrata, ou uma atribuição específica. Um exemplo de atribuição geral e abstrata é o art. 15, 1,[105] da Lei suíça de Direito Internacional Privado, que não restringe o âmbito de incidência desta regra a determinado instituto jurídico; enquanto um exemplo de atribuição específica é o art. 9º, § 5º,[106] do Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão composta pelos Professores João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho, cujo escopo se restringe apenas aos casamentos — e uniões estáveis — plurilocalizados.

Dolinger[107] suscita o seguinte questionamento, porém sem ter avançado em possível resposta[108]:

---

[102] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 31-32.
[103] Ibidem, p. 31-32.
[104] Gustavo Ferraz de Campos Monaco distingue, ainda, as cláusulas de exceção em relação às exceções à aplicação da lei estrangeira: enquanto as primeiras necessitam de previsão pela lei ou jurisprudência, as últimas não requerem positivação, pois decorrem dos grandes princípios como a ordem pública. (Ibidem, p. 32).
[105] "O Direito designado por esta lei não é excepcionalmente aplicável se, à luz de todas as circunstâncias, for óbvio que a causa tem apenas uma conexão muito frouxa com esse Direito e que está em um relacionamento muito mais próximo com outro Direito." Tradução livre de: "*Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un liem très lânche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.*"
[106] "Se os cônjuges tiverem domicílios ou residências diversos, será aplicada aos efeitos pessoais do casamento a lei que com os mesmos tiver vínculos mais estreitos."
[107] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado… Op. cit., p. 148.
[108] Pode-se arriscar dizer *jocosamente* que não respondeu, pois a resposta lhe parecia óbvia. As linhas imediatamente seguintes apresentam uma resposta a este questionamento.

> Pode-se invocar a cláusula de exceção para comparar o conteúdo das normas de direito indicado pela regra de conexão e pelo direito que fica mais próximo à questão sob julgamento? Ou seja, poderá o magistrado helvético comparar a justiça que resultará da aplicação de um e do outro direito, para, com base nesta comparação, escolher a lei que irá aplicar? Ou seja, procurar a melhor justiça material? A doutrina suíça debate este problema, não há consenso. Não é este o momento para entrarmos nesta divergência.

O autor suíço Frank Vischer[109] defende que a possibilidade de escolha da melhor lei tem inspiração na abordagem estadunidense do *better law approach* e não encontra aceitação na Europa continental. Conforme este autor, a Lei suíça de Direito Internacional Privado abandona a concepção tradicional de neutralidade da regra de conflitos ao trazer disposições sobre as normas de aplicação imediata, ordem pública e sobre a preservação da validade dos atos jurídicos constituídos no exterior. Por outro lado, a cláusula de exceção do art. 15 desta referida lei abre espaço para a consideração da expectativa das partes em relação ao Direito aplicável na relação jurídica em que elas estão inseridas. Bernard Dutoit[110] entende que a cláusula de exceção do art. 15 da Lei suíça de Direito Internacional Privado não pode ser interpretada como um dispositivo para a correção do resultado material obtido pela aplicação da regra de conflito de leis.

Outra reflexão que se pode realizar acerca do questionamento de Dolinger sobre a procura da justiça material, no momento de determinação do Direito aplicável, diz respeito à própria noção de justiça. Para dizer com Lafer,[111] a dificuldade de se entrever o conteúdo do justo remonta às versões da justiça pela mitologia grega, para a qual se tinha "Temis, a lei, que estipula direitos e prerrogativas, suas filhas Diké, a equidade e Irene a paz, e Nêmisis, a filha da noite que pune os crimes e persegue a desmedida dos excessos". Neste mesmo texto, Lafer distingue igualdade e igualitarismo: enquanto o último tem a ver com a supressão de todas as diferenças e identidades, a igualdade requer subsídios dos diferentes contextos em que pode ser aplicada para apontar o critério de sua valência: "cabe aplicar o critério da necessidade para a concessão da bolsa-família; o do mérito para o da concessão,

---

[109] VISCHER, Frank. Loi Fédérale de droit international privé. Introduction générale. In: DESSEMONTET, François. **Le nouveau Droit International Privé suisse**. Lausanne: CEDIDAC, 1988, p. 14-15.
[110] DUTOIT, Bernard. **Droit International Privé suisse**: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987. Bâle; Francfort-sur-le-Main: Helbing und Lichtenhahn, 1997, p. 40-41.
[111] LAFER, Celso. Variações sobre a Justiça. In: LAFER, Celso. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 175-179.

pela FAPESP, do financiamento de projetos de pesquisa; o da capacidade contributiva para nortear a tributação".[112]

Esta distinção entre igualdade e igualitarismo importa para o Direito Internacional Privado, pois, no contexto de diversidade de culturas no mundo, é muito arriscado incorrer em etnocentrismo ou chauvinismo, sobretudo porque "não se impõe ao magistrado do foro um '*sacrificium intellectus*', [ou seja] este não pode ser obrigado a 'imitar servilmente' o Direito estrangeiro"[113].

2.3 O princípio da igualdade e os valores constitucionais

No contexto desta discussão sobre o cotejo entre valores jurídicos fundamentais e o conflito de leis, vale fazer referência ao "caso espanhol"[114] julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 4 de maio de 1971. Neste caso, um homem solteiro, de nacionalidade espanhola, almejava contrair núpcias com uma mulher divorciada de nacionalidade alemã. Enquanto, de um lado, a Espanha de então ainda proibia o divórcio, do outro, a regra de conflitos da Alemanha indicava como Direito aplicável à capacidade matrimonial a lei de nacionalidade do nubente. Como a autoridade espanhola denegou o certificado de capacidade matrimonial, pois, na sua ótica, a mulher alemã continuava casada, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que tanto as regras de conflito quanto o Direito aplicável deveriam atender os ditames da Lei Fundamental de Bonn. Especificamente, o Direito aplicável espanhol ofenderia a liberdade constitucional de contrair matrimônio.

Moura Ramos[115] descreve a evolução da concepção de neutralidade das normas de conflitos, típica do século XIX, para chegar ao seu cotejo com as normas constitucionais no século XX. Apenas para sintetizar o raciocínio desse doutrinador português, discute-se acerca de uma eventual mensurabilidade das regras de conflitos pelos preceitos constitucionais. Trata-se de um contrassenso, de acordo com o pensamento da doutrina dominante do Direito Internacional Privado de então. Aponta-se para o caráter tradicionalmente neutro das regras de conflitos, concebendo-as como meras prescrições de ordem, simples critérios que traçariam o âmbito de aplicabilidade das soberanias estatais. A

---

[112] LAFER, Celso. Variações… Op. cit., p. 178.
[113] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de constitucionalidade da lei estrangeira**. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 117-118.
[114] JAYME, Erik. La costituzione tedesca e il Diritto Internazionale Privato. **Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale**. Padova, v. 8, n. 1, p. 76-81, 1972, p. 76-81.
[115] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit., p. 194.

regra de conflitos seria assim desprovida de um conteúdo próprio que pudesse ferir a Constituição, na medida em que as suas disposições se apresentariam com a mesma natureza, por exemplo, das leis de trânsito que mandam circular pela direita e não pela esquerda, formulando assim comandos que seriam indiferentes numa perspectiva valorativa.

Nesta construção, as regras de conflitos parecem estar aquém do limite diferencial que poderia provocar a sensibilização dos preceitos constitucionais. Seria, no fundo, a sua condição de infranorma, como normas que não regulam condutas, apenas se preocupando com a articulação dos vários ordenamentos jurídicos, que não lhes permitiria atentar contra a Constituição. No máximo, poder-se-ia cogitar que as normas para as quais remete a regra de conflitos é que, por serem regras materiais, podem vir a contrariar os preceitos da Constituição, sendo em relação a tais normas materiais que se devem pôr questões de inconstitucionalidade. Mas a regra de conflitos em si não seria atingida pelo resultado da apreciação da compatibilidade à Constituição das normas por elas designadas. Entretanto, é de se notar que, no caso de a norma, estrangeira ou nacional, designada pela regra de conflitos se revelar inconstitucional, este vício viria a repercutir, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto, sobre a própria regra conflitual.

Paralelamente a esta visão que concebe as regras de conflitos como infranormas, ou normas menores do ordenamento jurídico, indiferentes à Constituição, desenvolveu-se outra visão que também contemplava a neutralidade das normas do Direito Internacional Privado, mas pelo caminho oposto. Assim, sustenta-se que as regras de conflitos têm natureza quase que de supernormas, situadas fora do quadro onde as normas de um ordenamento se encontram sujeitas à Constituição, numa posição análoga das chamadas normas paraconstitucionais. Por outro lado, a doutrina italiana desenvolveu ainda uma terceira visão acerca da insuscetibilidade constitucional das regras de conflitos, que derivava do Direito Internacional Privado italiano. Citava-se a circunstância de as regras de conflitos italianas serem elaboradas de forma bilateral e sem que o sistema favorecesse a *lex fori*. O grau de abstração do Direito Internacional Privado, que aparecia quase como uma declaração de princípios, lhes permitiria ter assento no diploma constitucional e, portanto, ser imune ao controle de constitucionalidade, ante a inaplicabilidade deste em relação às normas constitucionais.

Moura Ramos[116] elabora uma referência germanista à igualdade: o princípio da *Gleichberechtigung*, como facilitador da subordinação das regras de conflitos aos valores

[116] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit., p. 198.

constitucionais. As Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial retomaram o princípio da igualdade, que se irradiou sobre os demais ramos jurídicos. O Direito de Família, até então construído à base da predominância reconhecida ao marido, sofreu profunda revolução. Se, de um lado, no Direito interno substancial havia nítido predomínio do marido, de outro lado, no plano das regras de conflitos, era comum ser adotada a conexão da nacionalidade (ou residência) do marido como critério decisivo para resolução dos problemas postos pelas relações conjugais de esposos de estatuto pessoal diferente. Daí que nos primeiros anos da década de 1950 se tivesse suscitado a questão de saber se a igualdade não deveria também ser extensiva à formulação das regras de conflitos, assim obrigando a enfraquecer a tradicional conexão da lei pessoal do marido.

O problema começou inicialmente a ser considerado à luz da ideia de que a igualdade jurídica da mulher exigia uma reforma do Direito Internacional Privado, que o dotasse de regras que evitassem confrontos com a Constituição. Assim, a questão da constitucionalidade das regras de conflitos aparece levantada apenas na escolha do elemento de conexão, chegando a afirmar-se que a igualdade constituía o único princípio constitucional relevante para a conformação daquelas regras.

Moura Ramos[117] atribui a Gunther Beitzke a afirmação da vocação constitucional das regras de conflitos. Este autor alemão aborda a questão pelo lado do próprio Direito Internacional Privado, de modo que suas normas não são nunca completamente neutras, pois (i) estão orientadas para a proteção de certos interesses, (ii) são influenciadas pelas valorações constitucionais, notadamente pelos Direitos Fundamentais, e (iii) visam à correta solução jurídico-material de conflito plurilocalizado, sendo imperioso ver nas regras de conflitos a concretização de uma ideia de justiça. Assim, urge eliminar os critérios de conexão incompatíveis com a Constituição.

Por outro lado, exsurge a questão sobre o conteúdo do princípio da igualdade, se uma igualdade material, isto é, que no fim das contas a lei aplicável não faça qualquer discriminação, ou se uma igualdade conflitual, no sentido de que também a regra de conflito não possa ser desigual.[118] Refere-se à não coincidência necessária da igualdade material com a igualdade conflitual. Pode-se dar o caso de uma situação em que o emprego da lei pessoal do marido (que viola o princípio da igualdade conflitual) conduza à aplicação de uma ordem jurídica que trate os cônjuges sem qualquer discriminação. Por outro lado, pode ocorrer que a conexão do domicílio comum dos cônjuges (que respeita a igualdade conflitual) suscite a

[117] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit., p. 203.
[118] Ibidem, p. 204 et seq.

aplicação de uma lei que fira a igualdade material dos cônjuges. Assim, para solucionar esta situação, Moura Ramos identifica a finalidade da igualdade como a proibição de um tratamento diferente para situações idênticas e entende pela inconstitucionalidade da conexão que fere a igualdade conflitual, e, ademais, refere-se a um recurso à ordem pública internacional, que corrigiria a falta de igualdade material.

Assim, não se vê qualquer razão válida para pretender excluir do jogo do controle de constitucionalidade as regras de conflitos.[119] A escolha dos elementos de conexão não pode ser feita ao arrepio[120] da Constituição e, principalmente, dos Direitos Fundamentais. Trata-se apenas de afastar incompatibilidades grosseiras das regras de conflito em relação aos valores constitucionais. Ressalte-se o aspecto regulador das relações internacionais exercido pelo Direito Internacional Privado, um campo de diálogo entre os ordenamentos jurídicos.

Para fornecer um exemplo da questão da constitucionalidade da regra de conflitos em relação aos deveres de igualdade e da não discriminação, Gustavo Ferraz de Campos Monaco[121] aponta para o problema do § 7º do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja redação peca do ponto de vista da Constituição quando se refere à regra: "o domicílio do chefe de família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados". É possível aventar duas possibilidades: (i) a de não recepção desta norma pela Constituição ou (ii) a de que o magistrado a interprete como domicílio dos chefes de família, no caso em que genitores e filhos menores tenham domicílio em diferentes Estados.[122]

Por outro lado, e para além da regra de conflitos, o Direito estrangeiro por ela indicado deve, também, ser confrontado com valores constitucionais. Conforme Gustavo

---

[119] Giorgio Badiali levanta a discussão da constitucionalidade da regra de conflitos do Estado da lei da causa, que pode importar quando o Estado do foro admitir o reenvio. Para este autor italiano, o intérprete do foro deve se comportar como teria se comportado o intérprete da lei da causa: a solução do problema depende da concepção do Estado da lei da causa acerca da possibilidade de controle da constitucionalidade da regra de conflitos, salvo se os valores constitucionais do Estado da causa contrariarem a ordem pública do Estado do foro. (BADIALI, Giorgio. Il ruolo del giudice nel controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano, v. 89, n. 3, p. 611-643, 2006, p. 637-643).

[120] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit., p. 209.

[121] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 32.

[122] Surge um problema quando os chefes de família têm domicílios em diferentes Estados. Não se pode presumir (*a priori* e sem previsão legal) a aplicação da lei mais favorável à criança para evitar casuísmos, desigualdades e etnocentrismos. Para que a lei mais favorável à criança seja aplicada aprioristicamente, é necessário o comando de uma cláusula de exceção: "O disposto na Lei Introdutória quanto à preferência do pai não mais se aplica […] O Projeto do Senado consagra parcialmente a ideia de Valladão ao dispor, no art. 8º, parágrafo único: 'As crianças, os adolescentes e os incapazes são regidos pela lei do domicílio de seus pais ou responsáveis; tendo os pais ou responsáveis domicílios diversos, regerá a lei que resulte no melhor interesse da criança, do adolescente ou do incapaz'." (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 356).

Ferraz de Campos Monaco,[123] independentemente do modelo procedimental de coerência do ordenamento estrangeiro (controle difuso ou concentrado de constitucionalidade), é devida a verificação de compatibilidade da lei estrangeira em relação a valores constitucionais. Isto porque o conflito de leis constrói um "espaço de diálogo entre as várias ordens jurídicas existentes" e não mais é concebido como um "*ghetto* inacessível à influência das ideias-força que comandam a sociedade a que ele se dirige".[124]

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[125] conceitua o controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira como a verificação da adequação do Direito estrangeiro em relação à Constituição do Estado do foro, o qual se diferencia do controle extrínseco de constitucionalidade, cujo parâmetro de mensurabilidade é a Constituição do Estado da lei da causa. Pode-se afirmar acerca da qualificação do controle de constitucionalidade da lei estrangeira que consiste em aspecto procedimental, regulado pelo Direito vigente no foro, para o controle intrínseco, e pelo Direito em vigor no Estado da causa, para o controle extrínseco.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[126] insere a ideia de controle de constitucionalidade da lei estrangeira no contexto de ocorrência do método conflitual na situação em que o agente público se depara com uma lide referente a fato plurilocalizado. É construído, portanto, um cenário metodológico dotado de três etapas: os momentos pré-conflitual, conflitual e pós-conflitual. Cada um incumbido de um objetivo no âmbito de determinação do Direito aplicável.

Assim sendo, quando a regra de conflitos determinar a aplicação do Direito estrangeiro, (i) inicia-se a etapa pré-conflitual para se verificar, aprioristicamente, eventual incidência de normas de aplicação imediata para tal ou qual situação fática; em seguida, têm-se o momento conflitual, (ii) com a filtragem parcial ou total da lei estrangeira pelo princípio da ordem pública; para só, então, (iii), *a posteriori*, ocorrer a etapa pós-conflitual, com a realização do controle de constitucionalidade da lei estrangeira, seja com o parâmetro da Constituição do Estado da lei da causa, seja com o parâmetro da Constituição do foro.

---

[123] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Normas de aplicação imediata, ordem pública e controle de constitucionalidade da lei estrangeira: limites e parâmetros. In: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; PEREIRA, Maria Assunção do Vale; GONÇALVES, Anabela. (org.). **Direito na lusofonia**: diálogos constitucionais no espaço lusófono. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, v. 1, p. 209-216, p. 209-216; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit.
[124] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit., p. 102.
[125] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Normas… Op. cit., p. 210.
[126] Ibidem, p. 210.

No momento pré-conflitual, as normas de aplicação imediata se estruturam como uma excepcional (no sentido de exceção à regra geral) norma de conflitos unilateral geradora de uma conexão específica que impede, de plano, a ocorrência do método conflitual, em justa homenagem a interesses próprios do Estado do foro. Não há que se falar em manifestação chauvinista, uma vez que, excepcionalmente, ao Estado é legal e legítimo esta manobra: até mesmo Savigny,[127] em sua ótica multilateralista, já concebia como possível, em casos excepcionais, a existência de leis rigorosamente obrigatórias de cada Estado, no contexto da comunidade jurídica de nações.

Neste mesmo sentido, Gustavo Ferraz de Campos Monaco[128] alerta para o risco do nacionalismo com a seguinte observação: a regalia da conexão especial possibilitada pelas normas de aplicação imediata não deve ser concedida sem critérios, de modo que mesmo as normas de proteção a hipossuficientes não se enquadrem como normas de aplicação imediata, visto que as normas protetivas são inspiradas pelo princípio da lei mais favorável e incidem durante o caminho do método conflitual. Se fosse o caso de se enquadrar normas protetivas como normas de aplicação imediata, poder-se-ia questionar acerca da qualidade da proteção no caso em que o Direito estrangeiro apresentasse uma solução ainda mais afinada com a justiça material. Uma manifestação legítima de norma de aplicação imediata é caso do Direito uniformizado, resultado "de esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional".[129]

No momento conflitual, já existe a clara indicação do Direito aplicável pela regra de conflitos e, assim, já é possível comparar os efeitos das leis concorrentes para a resolução da lide. Distintamente das normas de aplicação imediata, que sequer autorizam a cogitação sobre o Direito aplicável, o princípio da ordem pública se vincula mais estreitamente com a justiça material[130] ao propiciar o questionamento sobre a compatibilidade do Direito apontado pela regra de conflitos com os valores caros ao Estado do foro. As normas de teor material da Constituição do Estado do foro são os principais referenciais destes valores, porém, existem outras fontes que conformam o conteúdo do princípio da ordem pública, como as leis penais do Estado do foro. Gustavo Ferraz de Campos Monaco[131] atribui para o conceito de tolerância o papel de aprofundamento e limitação do princípio da ordem pública

---

[127] SAVIGNY, Friedrich Carl von. Op. cit., p. 54-55.
[128] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 70.
[129] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 290.
[130] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Normas… Op. cit., p. 214.
[131] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 79 et seq.

no momento de sua incidência como termômetro de ofensa aos valores do foro pela aplicação da lei estrangeira. Apenas se, e somente se, houver a constatação de um sentido intolerável aos valores do foro, é que se deverá afastar a incidência do Direito estrangeiro aplicável.

A conceituação de um sentido intolerável se desenvolve pelas teorias da tolerância, e é um aspecto a ser abordado nas próximas páginas. No âmbito do Direito dos Conflitos, a conformação do princípio da ordem pública, iluminado pelo valor da tolerância, propicia duas técnicas: (i) o condicionamento do princípio da ordem pública pelo princípio da proximidade; e (ii) o princípio do mínimo dano. Em relação ao primeiro, antes de afastar sumariamente o Direito estrangeiro aparentemente intolerável, o agente público do Estado do foro é obrigado a mensurar a intensidade da conexão do caso concreto com a ordem pública do Estado do foro, bem como a gravidade do efeito produzido pela aplicação do Direito estrangeiro.[132] Já o princípio do mínimo dano[133] decorre da aplicação integral do Direito estrangeiro pelo Estado do foro. Assim, quando o instituto do Direito estrangeiro, indicado pela norma de conflitos, ofender a ordem pública do Estado do foro, o agente público jurisdicional deve excluir tal instituto intolerável, com precisão cirúrgica, e buscar outro instituto jurídico naquela mesma lei estrangeira. O princípio do mínimo dano possui um limite e é assim descrito:

> Por vezes, sua exclusão faz desmoronar toda a coerência do sistema jurídico estrangeiro. Ou, para continuar na metáfora médica, a cirurgia que se proceda afeta um órgão vital daquele sistema, fazendo-o entrar em colapso decorrente da perda de sentido daquilo que se manteve vivo, hígido. Nesses casos, saída outra não haverá que não seja aquela de determinar o afastamento integral da ordem jurídica que fora indicada como sendo a *lex causae* daquela situação trazida ao foro.[134]

Enfim, o momento pós-conflitual configura o cenário oportuno para a verificação da compatibilidade entre o Direito estrangeiro e os valores constitucionais, precisamente referido como “controle de constitucionalidade da lei estrangeira”. Os modelos de controle intrínseco e extrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira coexistem. No que se refere ao controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira, não mais têm-se o parâmetro da conexão especial das normas de aplicação imediata, nem a amplitude e o alcance por vezes impreciso do princípio da ordem pública. O referencial do controle intrínseco de

---

[132] Trata-se da aplicação da ordem pública condicionada pela proximidade. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 461).
[133] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 76-77; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 131-132.
[134] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 131-132.

constitucionalidade da lei estrangeira são as normas materialmente constitucionais.[135] Em relação às normas formalmente constitucionais, elas são excluídas do conteúdo do princípio da ordem pública, visto que é arriscada a ocorrência de interpretações chauvinistas, que podem possibilitar leviandades passíveis de serem cometidas por "aplicadores que são, ao fim e ao cabo, donos e senhores de sua conformação para o caso concreto".[136] Por outro lado, as normas apenas formalmente constitucionais também não podem servir de parâmetro ao controle intrínseco de constitucionalidade, pois, em verdade, possuem a natureza verdadeira de lei ordinária.[137]

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[138] explica que, diante de uma lide plurilocalizada, o magistrado deve suscitar a incidência de alguma norma de aplicação imediata ou ofensa ao princípio da ordem pública já no momento do despacho saneador para evitar "surpresas desagradáveis". Por outro lado, é no momento de prolação da sentença que deve ocorrer o controle intrínseco de constitucionalidade, quando já é possível "uma análise mais profunda das consequências que a aplicação da norma estrangeira".[139] E, enfim, caso o Estado do foro adote o controle concentrado de constitucionalidade,

> em mãos de um órgão especial e específico, não importa proceder ao controle intrínseco de constitucionalidade, na medida em que essa não se configure como uma preocupação corriqueira para os magistrados desse sistema. Ademais, o próprio sistema não se sente violado pela atuação de uma norma ordinária inconstitucional.[140]

No que se refere ao controle extrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira, colhe-se seu fundamento na imagem segundo a qual o magistrado do Estado do foro deve agir como se estivesse sentado em um tribunal do Estado da lei da causa, conforme a recepção de todo o ordenamento estrangeiro, inclusive as suas normas de Direito Público.[141] Gustavo Ferraz de Campos Monaco[142] delineou quatro cenários possíveis para a prática dos controles intrínseco e extrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira, no esquema *lex fori-lex causae*:

---

[135] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 85-103.
[136] Ibidem, p. 86.
[137] Ibidem, p. 99.
[138] Ibidem, p. 86-87.
[139] Ibidem, p. 86-87.
[140] Ibidem, p. 124.
[141] Ibidem, p. 117-119.
[142] Ibidem, p. 133-136.

I. Estado do foro cujo modelo procedimental de coerência é o controle difuso de constitucionalidade perante uma lei estrangeira proveniente de sistema de controle difuso de constitucionalidade. É possível realizar-se os controles intrínseco e extrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira, pois, nesta situação, a qualquer magistrado compete a averiguação de coerência entre lei e Constituição.

II. Estado do foro cujo modelo procedimental de coerência é o controle difuso de constitucionalidade perante uma lei estrangeira proveniente de sistema de controle concentrado de constitucionalidade. Deve-se realizar o controle intrínseco de constitucionalidade, visto que, nos sistemas de controle difuso, existe dever de coerência entre lei e Constituição. Já em relação ao controle extrínseco, neste caso, a lei da causa não requer o cotejo de seu sentido perante a Constituição. No entanto, com recurso à Teoria Geral do Direito, poder-se-ia realizar um controle de coerência, no sentido de que norma superior deve prevalecer em caso de antinomia com norma de inferior patamar hierárquico.

III. Estado do foro cujo modelo procedimental de coerência é o controle concentrado de constitucionalidade perante uma lei estrangeira proveniente de sistema de controle difuso de constitucionalidade. É possível o controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira pelo órgão especial por meio de reenvio prejudicial manejado pelo magistrado da causa, se previsto. É igualmente possível o controle extrínseco da lei estrangeira, neste caso, pois no ordenamento da causa existe o dever de cotejo entre lei e Constituição.

IV. Estado do foro cujo modelo procedimental de coerência é o controle concentrado de constitucionalidade perante uma lei estrangeira proveniente de sistema de controle concentrado de constitucionalidade. É possível o controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira pelo órgão especial por meio de reenvio prejudicial manejado pelo magistrado da causa, se previsto. No entanto, não é possível a realização do controle extrínseco de constitucionalidade, pois são inexistentes os meios de operá-lo no ordenamento do foro, além de são ser requerido pelo ordenamento da causa o cotejo de suas leis com a sua Constituição.

2.4 Os Direitos Fundamentais e o Direito Internacional Privado

Hugues Fulchiron[143] reflete acerca do problema do conflito entre as lógicas dos Direitos Fundamentais e do Direito Internacional Privado. A vocação universalista dos Direitos Fundamentais nem sempre parece acomodar o relativismo do Direito Internacional Privado no âmbito de coordenação de sistemas jurídicos, seus princípios de respeito ao Direito estrangeiro, a aceitação de instituições por vezes exóticas aos olhos do Estado do foro, que por vezes podem desrespeitar os Direitos Humanos.

A questão da vida familiar e, mais especificamente, a igualdade no exercício dos direitos da família estão no centro desta reflexão. Por um lado, a própria noção de vida familiar é uma das mais difíceis de entender. Por outro lado, a diversidade de direitos da família coexistentes no mundo revela a diversidade de concepções da família, a diversidade da construção de relações entre homens e mulheres e, além disso, há a diversidade de sociedades, culturas e religiões.

O Direito Internacional Privado é uma disciplina afeita a esse pluralismo cultural, que admite, na medida do possível, o diverso. No entanto, o fortalecimento da Teoria dos Direitos Fundamentais pode interferir no equilíbrio frágil, porém harmonioso que o Direito Internacional Privado procura proporcionar para a convivência pacífica dos Estados e de seus povos. Por sua vocação ao universal, os Direitos Fundamentais devem permitir transcender precisamente o particularismo dos diferentes sistemas jurídicos pelo reconhecimento, se não de um *jus commune*, pelo menos de um *corpus principium* comum a todas as nações. Na realidade, a trama é mais complexa e a questão da igualdade no exercício dos Direitos Fundamentais é, a esse respeito, particularmente significativa.

Mais especificamente, o impacto de um princípio como a igualdade entre homens e mulheres aparece em um duplo nível. Em primeiro lugar, e como já foi visto, pode-se suscitar a conformidade deste princípio com as regras de conflito. Assim, a regra francesa de conflitos sobre filiação determina a aplicação da lei nacional da mãe no momento do nascimento da criança. Hugues Fulchiron[144] questiona se essa regra estaria de acordo com o princípio da igualdade entre homem e mulher: não haveria uma discriminação em detrimento

---

[143] FULCHIRON, Hugues. Droit Fondamentaux et règles de Droit International Privé: conflit de droits, conflit de logiques? In: SUDRE, Frédéric. **Le droit au respect de vie familiale au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme**. Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 353-386.
[144] FULCHIRON, Hugues. Op. cit., p. 355.

do pai? E, ainda, é possível acrescentar: esta regra não seria carregada pelo sexismo que vincula o filho à mãe e isenta o pai das responsabilidades?

Ainda mais delicada é a questão do impacto dos Direitos Fundamentais na própria regulamentação de situações de Direito Internacional Privado. O dinamismo peculiar aos Direitos Fundamentais leva, em primeiro lugar, a questionar as condições de sua intervenção. Os Direitos Fundamentais, devido à sua natureza e origem, devem ser garantidos a todos. Restaria prescindível a necessidade de questionar a lei que pode ser aplicada? Uma vez que o sistema do foro reconhece o Direito em questão, o juiz, se ele tiver jurisdição, deve implementá-lo e garantir que seja respeitado? Em verdade, a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, como se normas de aplicação imediata fossem, é atécnica, pois ausente a conexão específica das normas de aplicação imediata, chauvinista, por tender ao nacionalismo lexforista, e etnocêntrica ao pressupor a superioridade da noção de justiça da cultura do Estado do foro.

Como observa Pierre Mayer,[145] devido à natureza imprecisa de sua redação (mesmo levando em conta os esclarecimentos fornecidos pelas Cortes de Direitos Humanos) e pelo fato de que constituem apenas um mínimo, não é provável que, em regra, os Direitos Humanos forneçam uma solução para o problema do Direito substantivo levantado. Por outro lado, diferente do enquadramento atécnico, chauvinista e etnocêntrico dos Direitos Fundamentais como normas de aplicação imediata, a intervenção dos Direitos Fundamentais deve ser operada no âmbito do método indireto de resolução de conflitos de leis, *por meio da exceção à ordem pública*[146] *ou pelo controle de constitucionalidade da lei estrangeira*.

Hugues Fulchiron[147] ressalta que muitas vezes a hostilidade em relação ao Direito estrangeiro, sob pretexto de violação dos Direitos Fundamentais, ocorre por dois motivos: (i) o desconhecimento do Direito estrangeiro; e (ii) uma concepção idealizada do próprio Direito do Estado do foro. No caso do repúdio, como modalidade de dissolução matrimonial em alguns países de cultura muçulmana, uma análise mais aprofundada deste instituto permite compreender a distinção entre o repúdio e os efeitos do repúdio, de modo que ambos não sejam simultâneos, ao passo que é possível que o repúdio não surta seus efeitos.

---

[145] MAYER, Pierre. La convention européene des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangérs. **Revue Critique Droit International Prive**. 1991, apud FULCHIRON, Hugues. Op. cit., p. 356.

[146] "A interpretação dos direitos fundamentais ocorrerá, portanto, no âmbito do método indireto de resolução de conflitos de leis, com exceção da ordem pública." Tradução livre de: "*L'intervention des droits fondamentaux s'effectuera donc dans le cadre de la méthode indirecte de règlement des conflits de lois, à travers l'exception d'ordre public*". (FULCHIRON, Hugues. Op. cit., p. 356).

[147] Ibidem, p. 372 et seq.

Por outro lado, no que toca à idealização do próprio Direito do Estado do foro, o Direito francês, bem como o Direito de muitos países ocidentais ou herdeiros desta tradição, admite a dissolução unilateral do matrimônio. A diferença é que, em alguns países muçulmanos, apenas o marido tem esse direito. Como observa Jean Deprez,[148] o que é chocante no repúdio, e pode justificar uma reação da ordem pública, não é que o marido possa pôr um fim discricionário ao casamento, mas, sim, o fato de que esse direito também não é concedido à mulher. Quer dizer, trata-se, em verdade, não do problema do divórcio, mas, sim, da proteção dos direitos da mulher.

Conforme Hugues Fulchiron,[149] o aspecto passível de ser filtrado pelas ordens públicas de matriz ocidental diz respeito aos efeitos do repúdio, mais do que o seu pronunciamento. Assim, em vez de condenar o repúdio de maneira geral e absoluta, não seria apropriado coibir precisamente eventuais consequências inadmissíveis: o abandono, sem recursos, de mulheres e filhos menores? A adoção desta solução pode conciliar a coordenação dos diversos e soberanos sistemas culturais com a justiça material tutelada pelos Direitos Fundamentais.

Embora o Direito Internacional Privado deva se adaptar ao desenvolvimento atual dos Direitos Fundamentais, também é importante que os Direitos Fundamentais levem em consideração os requisitos particulares do Direito Internacional Privado.

2.5 Os costumes, os princípios gerais do Direito e a equidade

Os costumes são normas criadas (não promulgadas) e dependentes dos requisitos: (i) objetivo, que é a prática reiterada de um comportamento; e (ii) subjetivo, que é a convicção da obrigatoriedade deste comportamento. Os costumes podem resolver materialmente o problema das lacunas no conflito de leis no espaço, desde que seja afastado o conteúdo material dos costumes do Estado do foro, salvo se, à luz do princípio da proximidade, for aplicável a lei do Estado do foro.[150]

Por outro lado, os princípios gerais do Direito:

> são, assim, a um só tempo, o instrumental que dá liga às normas de diversas origens aplicáveis *in casu* e a solução em que se torna possível proceder — tal qual na osmose físico-química — à transposição e à substituição,

[148] DÉPREZ, Jean. Droit International Privé et conflits de civilisations: aspects méthodologiques. **Recueil des Cours**. Dordrecht; Boston; Lancaster, v. 211, p. 9-372, 1988, p. 9-372.
[149] FULCHIRON, Hugues. Op. cit., p. 377 et seq.
[150] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 244-245.

> além de garantirem a colmatagem das lacunas e dos espaços ajurídicos eventualmente existentes em uma das *leges causae* garantindo que a equivalência teleológico-funcional entre elas se caracterize, se expresse e seja demarcada pelo intérprete.[151]

Enfim, nas lições de Miguel Reale, a noção aristotélica de equidade se remete à figura da "régua de Lesbos":

> A régua de Lesbos era a régua especial de que se serviam os operários para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajustar-se às irregularidades do objeto. A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a "régua de Lesbos" flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis de experiência humana. Essa noção de equidade, segundo a ideia aristotélica, implica uma compreensão melhor da ideia de igualdade.[152]

O juízo de equidade, portanto, se amolda à especificidade do caso concreto ao considerar suas circunstâncias. Em relação Direito Internacional Privado, precisamente à colmatação de lacuna quando da aplicação da lei estrangeira, admite-se uma equidade tolerante e não chauvinista, desde que antes

> faça-se necessário o recurso aos princípios da proximidade ou da subsidiariedade, combinados com a ideia de se buscar uma aplicação destas leis que privilegie a equivalência funcional e a incidência de princípios gerais do Direito de conteúdo tipicamente material, universais ou não.[153]

Já no que se refere a eventual lacuna no sistema da regra de conflitos da lei da causa, Gustavo Ferraz de Campos Monaco[154] admite a possibilidade do juízo de equidade, desde que importe menos o resultado material e mais a justiça conflitual "dentro do espírito de conexões do sistema".[155]

---

[151] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 246-247.
[152] REALE, Miguel. **Lições**… Op. cit., p. 98.
[153] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 252.
[154] Ibidem, p. 253.
[155] BAPTISTA MACHADO, João. **Lições de Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 153.

2.6 A estabilidade e a harmonia jurídicas

Na disciplina do Direito Internacional Privado, são valores essenciais a certeza e a estabilidade jurídicas.[156] As relações plurilocalizadas, das quais o método conflitual deve cuidar, geralmente são acometidas por instabilidade justamente por manterem contato com mais de um ordenamento estatal. O Direito dos Conflitos tem o propósito de sanar as incertezas sobre a disciplina legal dessas relações plurilocalizadas a fim de afastar a frustração de legítimas expectativas das partes. Ademais, além da determinação certa do Direito aplicável, cabe à norma de conflitos assegurar o reconhecimento universal da competência da lei indicada. Trata-se de um dos principais fins do método conflitual, a harmonia jurídica internacional como consequência da "continuidade e uniformidade da valoração das situações plurilocalizadas".[157]

Na prática, é preferível que os Estados adotem os elementos de conexão mais recorrentes nos outros ordenamentos: trata-se do princípio do mínimo de conflitos ou da harmonia das decisões. Igualmente neste mesmo sentido, deve-se evitar a incidência de uma lei particular para cada questão parcial da relação jurídica, ao dar-se prioridade para detecção da lei aplicável à questão jurídica em seu todo. Enfim, deve:

> toda a norma de conflitos — seja ela temporal, material ou interlocal —: *garantir a continuidade e a unidade das valorações dentro dos ordenamentos jurídicos e entre os ordenamentos jurídicos*. Ora é precisamente estes interesses, estes valores que se ordenam mais a uma justiça "formal" do que a uma justiça "material", que a tradicional teoria dos direitos adquiridos visa proteger.[158]

2.7 A imparcialidade instrumental: interface entre Direito Processual e Direito Internacional Privado

Se, de um lado, "o processo é uma técnica para a solução imperativa de conflitos",[159] de outro lado, o Direito Internacional Privado é o Direito dos Conflitos dos casos plurilocalizados. Gustavo Ferraz de Campos Monaco constrói um pressuposto de

---

[156] FERRER CORREIA, António. Op. cit., p. 31.
[157] Ibidem, p. 33.
[158] BROGGINI. Diritto Internazionale Privato. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, v. 12, p. 1.036 et seq., apud BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 49.
[159] DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

equiparação entre o método conflitual e a ideia de procedimento a partir da identidade do recurso pelas partes durante o processo às instâncias superiores:

> Assim como nas causas eminentemente internas, em que as partes, após a decisão, recorrem aos órgãos superiores [da estrutura institucional existente] com a intenção de verem reformadas as conclusões da sentença, também se espera que situação semelhante ocorra nos casos de Direito Internacional Privado, ou seja, que se recorra do conteúdo da decisão, mas nunca da lei que fundamentou referido conteúdo. Nesse sentido, defende-se que o método do Direito Internacional Privado que descortina a lei aplicável para fundamentar a decisão, se não se confunde com o procedimento, a ele se avizinha. Ou seja, bem observados o método do Direito Internacional e o procedimento judicial, não deve restar outro fundamento de recurso que não a não concordância com o resultado mesmo do provimento judicial. Em casos assim, as partes aderem ao procedimento seguido, consideram-no bem observado, e aceitam-no. Em casos com elementos estrangeiros, o que se busca é que as partes adiram ao método seguido, considerem-no bem observado e aceitem-no. Daí a defesa de que, nesse aspecto, método e procedimento se equiparem.[160]

Embora sejam abertos à influência dos valores, tanto o Direito Processual quanto o Direito Internacional Privado costumam ser taxados pelo excesso de tecnicismo, culto das formas e algum desapego em relação à justiça material. Porém, estas duas disciplinas são essenciais para organizar a vida social, notadamente o Direito Internacional Privado em relação aos cada vez mais cotidianos casos plurilocalizados. Ambas disciplinas asseguram a colaboração entre sujeitos de direito e a função jurisdicional do Estado, cada uma com suas técnicas e expedientes, para pacificar as relações sociais.[161]

Uma característica do Direito Processual que justifica a aproximação, *a priori*, do Direito Internacional Privado com a justiça conflitual (localizadora) em detrimento da justiça material (resultado) é a sua imparcialidade instrumental. Instrumental porque existe a separação de esferas entre direito material, normas de conduta, que não são criadas pelo juiz, ou agente público decisório, e direito processual, que é o instrumental ao dispor do agente da jurisdição que "limita-se a revelar a norma concretamente destinada a reger os casos em julgamento, sem criá-la, porque ela já preexistia".[162]

Em relação à imparcialidade, trata-se do afastamento da postura interessada por parte do agente jurisdicional, que é obrigado a resguardar impessoalidade ao dever abstrair anseios para as suas próprias vantagens ou conveniências. "Mas imparcialidade não se confunde

---

[160] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 44.
[161] Ibidem, p. 44.
[162] DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 21.

com neutralidade nem importa um suposto dever de ser ética ou axiologicamente neutro."[163] No contexto de diversidade de culturas peculiar ao Direito Internacional Privado, a imparcialidade do agente jurisdicional repercute postura de tolerância às diversas famílias de tradições jurídicas que se espraiam pelo mundo.

2.8 O cosmopolitismo

Consoante o aprofundado estudo de Gabriel Valente dos Reis, que dedicou os anos do mestrado e do doutorado à pesquisa da relação entre o cosmopolitismo e o Direito Internacional Privado, o cosmopolitismo é um ideal que remonta aos tempos dos filósofos gregos da Antiguidade. A visão do indivíduo como cidadão do cosmos pressupõe uma comunidade universal, ao passo que o cosmopolitismo preencha o sentido dos princípios jurídicos que conciliam a coexistência harmoniosa entre culturas distintas.[164] O conceito de cosmopolitismo passa pela antítese da justaposição dos dois radicais *cosmos* e *polis*, cujo sentido atrela a unidade do cosmos ao respeito pela diversidade das polis.[165] Kant, no século XVIII, aprimorou a concepção cosmopolita com o advento da prerrogativa jurídica da hospitalidade. Mais contemporaneamente, dois são os eixos de estudo do cosmopolitismo: (i) a ideia de deveres universais; e (ii) a concomitância desses deveres universais com as diversidades culturais. Entre outras referências, considera-se o não-provincianismo, de Amartya Sen, como uma precondição da justiça.[166]

Nos séculos XII e XIII, a prosperidade do comércio entre as cidades no norte da Itália ofereceu o cosmopolitismo como insumo para a expansão do Direito Internacional Privado, de modo que, desde sempre, esta disciplina procure conciliar a teoria jurídica e a realidade cosmopolita. Por outro lado, o cariz cosmopolita do Direito Internacional Privado o aproxima muito mais da justiça localizadora e menos da justiça material, pois esta pode escamotear o provincianismo, este mesmo antítese do ideário cosmopolita. O multilateralismo, enquanto *método do método* conflitual, é o mais apto para salvaguardar a imparcialidade cosmopolita, uma vez que considera os vínculos da relação plurilocalizada com seus eventuais sistemas jurídicos.[167]

---

[163] DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 57.
[164] REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação do Direito estrangeiro sob a ótica cosmopolita**. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 48.
[165] Ibidem, p. 89.
[166] REIS, Gabriel Valente dos. **Por uma análise**… Op. cit., p. 112 et seq.
[167] Ibidem, p. 112 et seq.

Nesta ótica cosmopolita do Direito Internacional Privado, o respeito à alteridade é uma postura primordial ao intérprete, e as diferentes possibilidades de experimentar a vida por culturas diferentes torna os diferentes ordenamentos jurídicos equivalentes a laboratórios normativos transnacionais. Do ponto de vista linguístico, exsurge a necessidade de construção de uma hermenêutica cosmopolita que enlace o significado do que contemporaneamente pode-se denominar como:

> rede jurídica cosmopolita, ubíqua e descentralizada, construída sobre a percepção de que os magistrados de hoje deixaram de ser juízes meramente nacionais para se tornarem juízes cosmopolitas, independentemente de sua vontade, dada a crescente cosmopolitização da realidade sobre a qual julgam, abrindo-se sendas para um diálogo transcultural crescente a ser mediado pelo Direito Internacional Privado.[168]

2.9 A tolerância

Como já foi explicitado na seção "1.4 As lições de Werner Goldschmidt", o Direito Internacional Privado é o Direito da tolerância. Gustavo Ferraz de Campos Monaco[169] atribui para a tolerância o papel de aprofundamento e limitação da ordem pública no momento de incidência desse princípio como termômetro de ofensa aos valores do foro pela aplicação da lei estrangeira. Rios de tinta já foram escritos acerca do valor da tolerância e as próximas páginas apresentam um mosaico com algumas destas formulações, sem pretender simplificá-las, mas, apenas, enquadrá-las em uma subconstelação axiológica.

A quanto importa ao Direito Internacional Privado em sua relação com o valor da tolerância, destaca-se sobretudo a secularização do Estado — que possibilita o olhar laico e aberto às pluralidades sobre os conflitos de culturas —, bem como uma espécie de teorização das diferenças, quando fornece artifícios racionais que tornam possível a coexistência de opostos: como se verá, o limite da tolerância não é o antipático, mas o odioso, o abominável.

2.9.1 Tolerância em John Locke

Dolinger[170] conta que, durante o refúgio nos Países Baixos decorrente de tensões entre católicos e protestantes na Inglaterra, John Locke[171] redigiu a "Carta sobre a

---

[168] REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação**… Op. cit., p. 188.
[169] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 79 et seq.
[170] DOLINGER, Jacob. A intolerância… Op. cit., p. 364.
[171] LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

tolerância", por meio da qual defende a tolerância religiosa, bem como a laicização do conceito de tolerância. Com este texto, Locke volta-se para o público intelectual a fim de esclarecer a valia da tolerância para dirimir os conflitos entre religiões, para combater as guerras religiosas e o fanatismo religioso, ao passo que expressa contrariedade diante de ações intolerantes às convicções dos outros. É oposto à natureza do humano obrigar alguém a executar algo contrário à sua consciência. Entretanto, Locke ainda admite exceções à premissa de seu raciocínio no sentido de estimular a intolerância em desfavor dos ateus.[172] Isto porque o bem maior, a felicidade coletiva, não poderia ser comprometida e, também, por Locke se tratar de um homem religioso.

O raciocínio de Locke começa com o questionamento em relação à organização estrutural da Igreja, a qual aparenta focar sua atenção mais nas ostentações materiais e na sua capacidade de influenciar a mentalidade do povo, e menos em exercer a caridade. Aponta-se para a obrigação de tolerância entre os cristãos, uma vez que as lições do Evangelho assinalam o valor da tolerância, como que se pretendesse a reforma do ideário religioso de seu contexto. Locke considera a relevância da Igreja e proclama que o bem da sociedade dependeria do louvor de homens livres num culto agradável.

Locke almeja uma sociedade tolerante em relação as diferenças religiosas. Para isso, apresenta a ideia de laicização ao defender a separação entre Estado e Igreja:

> numa palavra, ninguém pode impor-se a si mesmo ou aos outros, quer como obediente súdito de seu príncipe, quer como sincero venerador de Deus: considero isso necessário sobretudo para distinguir entre as funções do governo civil e da religião, e para demarcar as verdadeiras fronteiras entre a Igreja e a comunidade. Se isso não fosse feito, não se poderia pôr um fim às controvérsias entre os que realmente têm, ou pretendem ter, um profundo interesse pela salvação das almas de um lado, e, por outro, pela segurança da comunidade.[173]

Locke concebe que a finalidade da religião é tão superior em relação aos problemas da vida civil a ponto de que a Igreja nada tenha a interferir no funcionamento do Estado. Portanto, se a Igreja e o Estado restringirem suas atenções aos seus respectivos problemas, estaria garantida a tolerância. O Estado deve concentrar seus esforços na realização dos bens civis, isto é, a vida, a liberdade, a integridade do corpo e a propriedade. Ademais da delimitação entre Igreja e Estado, Locke postula acerca da necessidade de uma lei estatal de

---

[172] "Por último, os que negam a existência de Deus não devem ser de modo algum tolerados." (LOCKE, John. Op. cit., p. 28).
[173] Ibidem, p. 6.

tolerância, cuja finalidade é conter os conflitos religiosos e, além da tolerância em relação ao credo diferente, direcionar a sociedade para a liberdade de pensamento.

2.9.2 Tolerância em Voltaire

No texto "Tolerância, intolerância e intolerável",[174] Paul Ricoeur afirma que a tolerância e a aceitação do pluralismo são fenômenos tardios na história das mentalidades e que a própria palavra "tolerância" pertence ao espírito crítico do Iluminismo. Apenas o contexto das Luzes seria capaz de arrefecer o traço intolerante das convicções e proporcionar o esforço de um diálogo crítico para a convivência entre as convicções. Entretanto e contrariamente, Voltaire ensina que:

> todos os povos de que a história nos deu alguns fracos conhecimentos consideraram suas diferentes religiões como laços para a união da sociedade: havia uma associação entre os deuses, tal como havia entre os homens. Quando um estrangeiro chegava a uma cidade, começava sua permanência por um ato de culto aos deuses do país. Ninguém se furtava a adorar sequer os deuses de seus inimigos. Os troianos dirigiam preces aos deuses que combatiam pelos gregos.[175]

A respeito do martírio de Sócrates,[176] que foi condenado à morte por não crer nos deuses atenienses, Voltaire entende que esta tragédia já foi redimida, pois os atenienses caíram em si posteriormente e reprovaram os acusadores e juízes do caso, tendo sido Melitos, a figura central da condenação, igualmente condenado à morte. Também, foi construído um templo em homenagem a Sócrates, bem como foi erguido um altar para os deuses estrangeiros.

Voltaire[177] também se refere aos pensadores romanos Cícero, Lucrécio, Juvenal e Sêneca, os quais expunham pensamentos questionadores dos deuses sem que tenham sido perseguidos por isso. O senado e o povo romanos adotavam o princípio segundo o qual "somente os deuses devem ocupar-se das ofensas feitas aos deuses". Houve período de liberdade para o exercício de diferentes cultos, inclusive aos judeus, que tiveram a liberdade para exercer o seu comércio e construir sinagogas, mesmo que não sempre.

---

[174] RICOEUR, Paul. Tolerância, intolerância e intolerável. In: RICOEUR, Paul. **Leituras 1**: em torno ao político. São Paulo: Loyola, 1995, p. 174-190, p. 183; p. 186.
[175] VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas. São Paulo: L&PM Pocket, 2008 [1763], p. 30.
[176] Ibidem, p. 31.
[177] Ibidem, p. 33 et seq.

O “Tratado sobre a tolerância” é um panfleto dirigido a todos os integrantes da população de seu tempo a fim de influenciar a opinião pública sobre o combate contra o fanatismo religioso. A ocasião da morte de Jean Calas desencadeia o livro de Voltaire e se refere ao fato da condenação à morte deste comerciante de Toulouse — cidade marcada, à época, pelo fanatismo, inclusive com festejos cruéis[178] para comemorar o massacre de protestantes.

Resumidamente, o caso Calas se inicia em 13 de outubro de 1761 com o suicídio de Marc-Antoine Calas, filho de Jean Calas, um comerciante protestante de Toulouse. O contexto intolerante da cidade de Toulouse contra os protestantes provocou o alastramento de boatos segundo os quais o pai (Jean Calas) teria matado o filho (Marc-Antoine Calas). Jean Calas foi condenado à morte sob a modalidade do suplício da roda, justamente quando os fanáticos de Toulouse estavam por comemorar o bicentenário do massacre de milhares de protestantes. Durante o seu suplício na roda e até a sua morte, Jean Calas protestou pela sua inocência. Assim, foi prolatada uma segunda sentença para o caso, a qual absolvia os outros integrantes da família, exceto o outro filho de Jean Calas, Pierre Calas, que foi enviado ao desterro. Em relação aos magistrados que decidiram o caso, fica evidente nas suas intenções a prevalência da perseguição aos protestantes em detrimento do dever de perseguir a verdade dos fatos.[179]

De acordo com Voltaire, apenas o reconhecimento da imperfeição da natureza humana poderia fazer cessar o fanatismo religioso e a intolerância. O iluminista Voltaire entende que os seres humanos sejam, por natureza, iguais uns aos outros nesta imperfeição e, portanto, o dever de indulgência deveria povoar as consciências. A multiplicidade dos credos constituiria uma alternativa para a convivência entre as religiões, afastando a ideia de prevalência de uma religião em nome da liberdade religiosa. Defende também que a postura racional afasta a violência. Voltaire enfatiza que os cristãos têm sido muito intolerantes ao longo da História, embora os evangelhos preguem a tolerância.

---

[178] VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Op. cit., p. 44.
[179] Ibidem, p. 9.

2.9.3 Tolerância em John Stuart Mill

John Stuart Mill se preocupa com as tiranias potencialmente exercíveis pelas maiorias. Reconhece a importância da liberdade de opinião para o bem da humanidade e elenca quatro fundamentos[180] para a tolerância:

I. Por mais que se cale uma opinião, é possível que ela seja verdadeira;
II. Mesmo que esta opinião silenciada esteja equivocada, é possível que ela contenha uma verdade parcial, assim, ela pode ser útil para se atingir a verdade;
III. Ressalvado o caso de constante contestação, uma opinião prevalecente totalmente verdadeira pode gerar um preconceito, isto é, pouca compreensão racional;
IV. Esta opinião prevalecente verdadeira pode perder seu fundamento e tornar-se um dogma meramente formal.

Como um limite para a tolerância, este autor concebe o princípio do dano, segundo o qual a única razão possível para a restrição de uma liberdade da ação de uma pessoa consiste na prevenção de um dano para um terceiro. John Stuart Mill segue o raciocínio e nota que o bem próprio de uma pessoa não é a garantia suficiente para restringir a sua liberdade de ação. A proteção das pessoas deve se restringir ao argumento e advertência sobre os possíveis erros, mas não se deve proibir ou restringir a autonomia privada de uma pessoa, desde que não haja terceiro prejudicado.

2.9.4 Tolerância em Bobbio

Por outro lado, e já falando com Bobbio,[181] três são as razões da tolerância, que, sinteticamente, representam:

I. A tolerância do ponto de vista utilitarista, de modo que seja conveniente ser tolerante, pois a convivência com os erros das convicções alheias torna esses erros evidentes por um lado e, por outro, a convivência preserva a exposição dos nossos erros. A perseguição de uma ideia, ao contrário de enfraquecê-la, a fortalece.

---

[180] MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 [1859], p. 55 et seq.
[181] BOBBIO, Norberto. As razões da tolerância. In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86-91, p. 87 et seq.

II. Uma razão de prudência política, de modo que o conflito de convicções passe do campo da violência para o campo da persuasão. Deve-se considerar os próprios interesses na relação com os interesses dos outros.

III. A razão mais digna, que é o respeito ético ao outro, bem como outra razão filosófica, segundo a qual a verdade exsurge do confronto de verdades parciais.

Para Bobbio, a exigência da tolerância nasce no momento em que se toma consciência da irredutibilidade das opiniões e da necessidade de encontrar um *modus vivendi*[182] (uma regra puramente formal, uma regra do jogo), que permita que todas as opiniões se expressem. Bobbio chega mesmo a aventar a possibilidade de eventual flexibilização da tolerância positiva em nome da proteção da liberdade:

> Responder ao intolerante com a intolerância pode ser formalmente irreprochável, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez também politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante, acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às ideias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido e excluído jamais se tornará um liberal. Pode valer a pena pôr em risco a liberdade fazendo com que ela beneficie também o seu inimigo, se a única alternativa possível for restringi-la até o ponto de fazê-la sufocar, ou, pelo menos, de não lhe permitir dar todos os seus frutos. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão.[183]

2.9.5 Tolerância em Paul Ricoeur

Ricoeur traz reflexões sobre as instituições e as tradições culturais e constrói uma concepção da tolerância no plano institucional como abstenção. Trata-se do sinal negativo da percepção que tolera ao se abster diante de algo que poderia afrontar e causar estranhamento. Nesse contexto, a intolerância se apresenta, no plano institucional, como uma "disposição hostil à tolerância eclesiástica ou civil".[184]

Sobre o âmbito individual, Ricoeur afirma que a tolerância se manifesta não por abstenção, como no plano institucional, mas por admissão. Admite-se no outro uma maneira de agir, pensar ou conduzir uma situação que é substancialmente diversa daquela que seria

---

[182] BOBBIO, Norberto. As razões… Op. cit., p. 90.
[183] Ibidem, p. 91.
[184] RICOEUR, Paul. Op. cit., p. 175.

própria da forma de atuação de alguém diante das mesmas circunstâncias. No plano individual, a intolerância mostra-se na condenação da opinião ou da conduta do outro. Em relação à esfera individual, Ricoeur aborda o consenso conflitual como o equilíbrio entre tolerâncias, cada uma com sua mútua renúncia, fazendo emergir "uma tolerância positivamente conflitual, que consiste no reconhecimento do direito de existir do adversário e, no limite, numa vontade expressa de convivialidade cultural entre 'os que creem e os que não creem no céu'".[185]

Ricoeur procura construir o elo entre as esferas institucional e individual da tolerância e reflete sobre a seguinte pergunta: "por que não existe o Estado absolutamente neutro?".[186] Esta pergunta se justifica na medida em que se compreende que o valor da justiça é fundamental para a compreensão do *modus operandi* do Estado que visa "impedir que a expressão da liberdade de um se sobreponha à expressão da liberdade do outro". Ricoeur conclui que o Estado não é absolutamente neutro, porque não nasce do vazio, mas se liga a uma cultura, que é ao mesmo tempo manifestada e protegida.

Diferentemente de Voltaire, como já foi visto, Ricoeur entende que a tolerância é um fenômeno tardio na história da humanidade, em virtude do traço intolerante de que se revestem as convicções. No mesmo grau que minha convicção intolerante se dirige em determinado sentido, haverá sempre a expressão de outra convicção, também ela intolerante, que se direcionará no sentido inverso. E, muitas vezes, a intolerância denota mero capricho intelectual: ou seja, se a minha convicção é detentora da verdade, a do outro está necessariamente errada. Para que as convicções se flexibilizassem e a tolerância pudesse surgir, foi preciso que se percebesse, por meio de uma presunção difícil de assumir, "que a adesão do outro às nossas crenças é, por si só, livre". Somente a presunção da liberdade situa a crença sob a categoria da pessoa e não da coisa e, ao mesmo tempo, torna-a digna de respeito.

Entretanto, quando a diferença se aprofunda e a convicção se torna violenta, Ricoeur aponta para uma forma de tratamento do intolerável com o termo *abjeto*. Esse intolerável é o que não pode ser incluído no consenso (conflitual) do equilíbrio da convivência. O abjeto deve ser claramente identificado pelo consenso do que se respeita:

> Qual é o critério do intolerável? Não pode haver senão um: é o que não merece respeito, se o respeito é a virtude da tolerância no plano cultural. O que não merece respeito, porque fundado precisamente sobre o

[185] RICOEUR, Paul. Op. cit., p. 183.
[186] Ibidem, p. 181.

> irrespeitável, a saber, a recusa de presumir a liberdade de adesão na crença adversa […] Mas reconheço sem dificuldade que entre o intolerante e o intolerável verdadeiro a fronteira é móvel, se não por outra razão, pelo fato de que o próprio consenso conflitual […] é produto de uma longa história.[187]

2.9.6 Tolerância em Michael Walzer

Em "Da tolerância", Walzer concebe a tolerância como uma prática democrática exercível de diferentes formas, de acordo com o contexto ou regime em que se deve empregá-la. A tolerância propicia "a coexistência pacífica de grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades" distintas.[188] Outra constatação interessante é a de que "a tolerância torna a diferença possível; a diferença torna a tolerância necessária".[189] O tradutor da edição brasileira deste livro de Walzer, Almiro Pisetta, assinala em nota a distinção que a língua inglesa permite entre os termos "*tolerance*" e "*toleration*", de modo que a palavra "*tolerance*" se refira à teoria sobre a tolerância, ao passo que o vocábulo "*toleration*" seja a prática deste valor.[190]

Walzer esboça uma gradação em cinco tons de tolerância, que chama de *continuum*,[191] ao elencar cinco possibilidades da atitude tolerante:

I. Uma resignada aceitação da diferença com a finalidade de se alcançar uma convivência pacífica;
II. Uma indiferença em relação à diferença;
III. Um reconhecimento de direitos, mesmo que eles sejam exercidos de modo antipático;
IV. Uma posição de abertura interessada e respeitosa em relação ao diferente;
V. Uma forma entusiasmada de endosso em relação à diferença, mas que pode extrapolar o problema da tolerância, pois este apoio da alteridade enfraquece o elemento da diferença e desnatura a própria noção de tolerância, que depende da diferença.

---

[187] RICOEUR, Paul. Op. cit., p. 185-186.
[188] WALZER, Michael. **Da tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 4.
[189] Ibidem, p. xii.
[190] WALZER, Michael. Op. cit., p. xii; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Tolerância, desenvolvimento e Direitos Humanos: uma visão integrada. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de. (org.). **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**. Ijuí, RS: Unijuí, 2005.
[191] WALZER, Michael. Op. cit., p. 16-17.

Além disso, são analisados cinco possíveis regimes de tolerância como contextos dentro dos quais se diversifica o modo de uma atitude tolerante:

I. Impérios multinacionais: os diversos grupos autônomos inseridos nesta realidade têm sua coexistência facilitada pelo domínio imperial. Apesar de tudo, a extinta União Soviética é um exemplo deste regime de tolerância, pois havia cidades cosmopolitas, as fronteiras eram preservadas, bem como as indicações étnicas nos documentos de identidade.
II. A sociedade internacional: esta é tida como um regime fraco de tolerância, mas a igualdade formal entre os Estados pode promover certa convivência pacífica.
III. As consociações: são os Estados plurinacionais, como a Bélgica ou a Suíça, que possibilitam a convivência pacífica entre grupos distintos.
IV. Os Estados-nações: são estruturas políticas com menos espaço para diferenças, mas que devem proteger suas minorias, pois estas também constituem o seu povo, e o idioma é um ponto-chave para esta unidade.
V. As sociedades imigrantes: espaço em que se encontram os povos imigrantes, onde o Estado deve ser neutro (laico) e tolerante, por exemplo, os Estados Unidos. Uma marca deste regime é a hifenização das identidades culturais: ítalo-americano, hispano-americano, afro-americano.

Walzer contextualiza, ainda mais, o problema da tolerância ao considerar variáveis práticas que influenciam diretamente as práticas tolerantes[192]:

I. O poder, na medida em que os grupos tolerados geralmente são mais vulneráveis politicamente. Apesar de o respeito mútuo ser mais elaborado que a tolerância, é a tolerância que tem maior probabilidade de se estabilizar.
II. A classe, pois a intolerância é diretamente proporcional às diferenças econômicas, e as políticas afirmativas educacionais tendem a atenuar esta tensão, pois a educação tende a diminuir a pobreza.
III. O gênero, uma vez que, na prática, apesar da diversidade cultural, existe um domínio masculino quase-universal.

[192] WALZER, Michael. Op. cit., p. 69-108.

IV. A religião, pois a liberdades de culto e as liberdades individuais conflitam em temas como o aborto, e as religiões se organizam para controlar o comportamento de seus integrantes;

V. A educação, porquanto é o laboratório da razão tolerante.

VI. A religião civil no exato sentido dos valores conformadores do Estado, com todas as ressalvas feitas aos sentimentos provincianista.

VII. A tolerância com os intolerantes: a maioria dos grupos reivindicadores de tolerância é intolerante em relação a algo. Por outro lado, para enfrentar o mal da intolerância, o Estado deve garantir duas separações: além da secularização (Religião e Estado), deve também subsistir a distinção democrática e antitotalitária entre a política e o Estado.

2.9.7 Tolerância ao *Casanistão* em John Rawls

Apenas uma rápida passagem por um dos apontamentos de Rawls serve para trazer outra modalidade da tolerância em relação ao diferente. Em "O direito dos povos", Rawls formula uma teoria para a sociedade internacional, onde povos liberais devem tolerar povos não liberais, desde que "decentes".[193] Em síntese, para serem considerados decentes, os povos não liberais não podem ter objetivos agressivos e nem podem deixar de proteger os direitos à vida, às liberdades, à propriedade e à igualdade formal. Outro requisito é possuir um sistema de Direito para impor deveres e obrigações morais, bem como um aparato burocrático (juízes e funcionários) convencido de que o sistema como um todo visa alcançar o bem comum.[194]

Rawls traz um exemplo hipotético de uma sociedade decente imaginária, o *Casanistão*. Nesta hipótese, este povo não liberal constituiria uma sociedade islâmica isenta de secularização, quer dizer, onde não se operou o cisma entre Estado e Religião, embora alguns outros cultos fossem permitidos. No Casanistão, apenas integrantes do islamismo teriam o direito de exercer poderes públicos, e às pessoas de outros credos restaria poder integrar funções militares. No Casanistão, a *jihad* não seria interpretada em termos bélicos, mas, sim, com significado espiritual e moral. Ainda que fosse uma sociedade não liberal, o Casanistão contaria com um sistema de consultas decente por meio do qual, por várias

---

[193] RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 78 et seq.
[194] Ibidem, p. 84-87.

maneiras, fosse possível alcançar algum grau de legitimidade e representatividade dos governantes em relação a toda a população.

Rawls não defende que o modelo da sociedade do Casanistão seja perfeitamente justo, embora atenda aos requisitos para ser uma sociedade decente. Esta sociedade imaginária é um exemplo verossímil baseado em sociedades reais. Embora não seja um bom exemplo de sociedade liberal, muito menos democrática, deve-se tolerar este tipo de sociedade na medida de sua decência.

2.9.8 O debate sobre tolerância entre Wendy Brown e Rainer Forst

Por fim, um debate teórico sobre a tolerância já no século XXI. O livro "*The Power of Tolerance*" decorre do encontro entre Wendy Brown, professora da Universidade de Berkeley, e Rainer Forst, professor da Universidade de Frankfurt, em 2008, em Berlim. Wendy Brown tem uma postura crítica em relação à tolerância como um projeto emancipatório na medida em que a ideia de tolerar e ser tolerado revela uma estrutura hierárquica de poder.[195] O discurso da tolerância, que é o verdadeiro alvo do pensamento de Wendy Brown, tende a ocultar sua relação com o poder político e, pior, conserva a hierarquia entre as maiorias e as minorias, precisamente sobre o que a cultura hegemônica ocidental está disposta a tolerar. A tolerância, assim, seria um instrumento do poder liberal.

Embora a fé, como fundamento da tolerância, faça sentido — já que tradicionalmente o objeto da intolerância é mais uma questão confessional do que racional —, atualmente as situações críticas não se restringem a conflitos religiosos, mas abrangem questões referentes a conflitos de cultura e de gênero.[196] Ademais, embora a tolerância funcione bem como um *ethos*, um guia moral, de respeito ao outro do ponto de vista individual, ao possibilitar a convivência entre pessoas diferentes, por outro lado, o discurso político da tolerância exclui as categorias toleradas. Bethania Assy[197] comenta esta ideia de Wendy Brown:

> a autora argumenta que o vocabulário neokantiano sobre tolerância implica basicamente em deduzir que temos o assim chamado "outro" e sua "diversidade" inseridos em nossa cultura. No entanto, este mesmo vocabulário ainda mantém a análoga estrutura ontológica de um puro Eu e de um puro Outro matizados, seja historicamente ou culturalmente.

---

[195] BROWN, Wendy; FORST, Rainer. **The Power of Tolerance**: A Debate. New York: Columbia University, 2014, p. 79.
[196] Ibidem, p. 16.
[197] ASSY, Bethânia. Subjetivação e ontologia da ação política diante da injustiça. **Revista Direito e Praxis**, v. 7, n. 15, p. 777-797, 2016, p. 782-784.

Wendy Brown exemplifica o problema dos discursos políticos da tolerância quando o jornal *The New York Times* assinalou o triunfo da tolerância por ocasião da eleição de Barack Obama: ao contrário de incluir, a ênfase na personalidade negra remarginaliza o tolerado. A autora também se refere aos museus da tolerância que são ultrassionistas e em como eles se utilizam do manto da tolerância para santificar Israel e demonizar a Palestina. Outro exemplo problemático consiste na tendência de se vincular a tolerância ao Ocidente e a intolerância aos povos muçulmanos, quando, ao lado do Iluminismo, também faz parte da História do Ocidente a escravidão e o totalitarismo.[198]

Seguindo o debate, Rainer Forst se preocupa mais em conceituar a tolerância, cujos pressupostos se pautam: na (i) objeção a algo julgado como errado ou ruim; na (ii) aceitação desse algo errado ou ruim em nome de alguma razão; e (iii) na sua rejeição, quando se tratar de algo intolerável.[199] Rainer Forst concorda com Wendy Brown sobre o perigo do discurso político da tolerância, ao passo que as críticas ao racismo, como comportamento intolerante, tendem a adotar a mesma noção de raça adotada pelos racistas: como se pode depreender das lições de Celso Lafer,[200] malgrado a inexistência das raças, persiste o racismo como fenômeno social. De acordo com Rainer Forst, o discurso político da tolerância não é suficiente para combater o racismo, pois, absurdamente, ao racista seria cobrado, apenas, que procurasse aceitar o objeto de sua objeção, que, no caso, é uma etnia ou cultura diversa. Na verdade, a correta reação deveria consistir na luta contra o racismo.

Rainer Forst vincula a tolerância como condição para a justiça democrática e seu ponto central é a justificação da submissão das pessoas às regras políticas e legais. Como no exemplo da análise do racismo pelo viés da tolerância descrita acima, impedir que uma objeção se torne uma rejeição significa condicionar a justiça a uma razão tolerante.[201]

2.10 A constelação axiológica do Direito Internacional Privado brasileiro

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[202] faz compreender que, se a função primordial do Direito Internacional Privado seja "'constituir o quadro regulador das relações

---

[198] BROWN, Wendy; FORST, Rainer. Op. cit., p. 18-19.
[199] Ibidem, p. 23-24.
[200] LAFER, Celso. Parecer. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. In: LAFER, Celso. **A internacionalização do Direitos Humanos**. Barueri: Manole, 2005, p. 32-120, p. 58.
[201] BROWN, Wendy; FORST, Rainer. Op. cit., p. 32.
[202] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 36.

internacionais'[203] em esfera privada", o Direito Internacional Privado brasileiro deve disciplina ao art. 4º da Constituição da República, em especial aos incisos II (prevalência dos Direitos Humanos), IV (não intervenção), V (igualdade entre os Estados) e IX (cooperação entre os povos para o progresso da humanidade). Pode-se, sem dúvidas, adicionar o inciso III (autodeterminação dos povos), como igualmente importante para nortear do Direito Internacional Privado brasileiro.[204] São princípios que ocupam o mesmo patamar hierárquico entre si, ao passo que as possíveis antinomias devem ser dirimidas com prudência no caso concreto.

Celso Lafer[205] se refere ao art. 4º da Constituição da República como uma "abertura ao mundo […] ao Direito Internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado democrático de direito"[206] no contexto da "passagem política do regime autoritário-militar para a democracia".[207] Por outro lado, trata-se de "*vis directiva* para a ação externa do Estado brasileiro". O rol dos valores contido no art. 4º da Constituição de 1988 se projeta nas relações internacionais, mas não se restringe a elas.[208]

2.10.1 A prevalência dos Direitos Humanos

O inciso II do art. 4º da Constituição brasileira se refere à prevalência dos Direitos Humanos. Pedro Dallari relata que "o enfoque da prevalência dos direitos humanos enquanto ideia-guia das relações exteriores do País é inédito nas Constituições brasileiras".[209] Trata-se, politicamente, da superação do regime ditatorial para a democracia, que simboliza aquela revolução copernicana sobre a qual postulou Bobbio acerca da mudança dos sujeitos da relação política: em vez de *ex parte principis*, em favor da perspectiva *ex parte civium* ou *ex parte populi*, quer dizer,

> o alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: *ex parte principis* ou *ex parte populi*. Maquiavel ou

[203] Expressão de Moura Ramos. (MOURA RAMOS, Rui Manuel. Op. cit., p. 210).
[204] REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação**… Op. cit., p. 148.
[205] LAFER, Celso. A Constituição… Op. cit., p. 11-29.
[206] Ibidem, p. 13-14.
[207] Ibidem, p. 13.
[208] Ibidem, p. 14.
[209] DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

> Rousseau, para indicar dois símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo.[210]

Por outro lado, Bobbio defende que os Direitos Humanos constituam uma classe variável, ao passo que o rol desses direitos se modifica de acordo com os contextos históricos, isto é, pelas necessidades das circunstâncias, por quem detém o poder econômico, pelos instrumentos possíveis de implementar esses direitos, pelas tecnologias, etc. Alguns direitos já foram interpretados como absolutos em tempos passados, a exemplo da propriedade, e, atualmente, têm-se outra concepção.

Atualmente, há direitos que não constavam no elenco das primeiras Declarações de Direitos Humanos. Muito provavelmente, no futuro, surgirão outros direitos a serem compreendidos como Direitos Humanos. Assim, "não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas".[211] Bobbio prossegue em elogio ao relativismo e o interpreta em metalinguagem: o relativismo decorrente da pluralidade é ele mesmo relativo, em possível intertextualidade com o conceito antropológico do paradoxo do relativismo cultural de Lévi-Strauss.[212]

Outra questão delicada acerca dos Direitos Humanos levantada por Bobbio diz respeito à sua potencial característica antinômica. É comum que as liberdades dos direitos individuais entrem em rota de colisão com as obrigações decorrentes dos direitos sociais. Não são desconhecidos os problemas do neoconstitucionalismo no Brasil, ao passo que a ponderação como método de resolução de antinomias possa ocasionar "voluntarismos e soluções *ad hoc*".[213] Trata-se do problema dos limites hermenêuticos que se deve impor ao ativismo judicial a fim de se evitar a extrapolação da "congruência normativa de uma Constituição, como expressão axiológica do mérito do 'governo de leis' e das inconveniências do 'governo dos homens', inclusive o dos magistrados".[214, 215]

---

[210] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 61.
[211] Ibidem, p. 13.
[212] Ver sobre o paradoxo do relativismo cultural na primeira seção do primeiro capítulo desta dissertação.
[213] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 361.
[214] LAFER, Celso. Uma nota sobre os desafios de interpretação: a propósito do livro de Elival da Silva Ramos "Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos". In: LAFER, Celso. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78-87, p. 80-81.
[215] "Na tessitura do livro do prof. Elival da Silva Ramos estão presentes o tema da divisão constitucional dos poderes e a relevância de diferenciar e não confundir o momento da legislação e o momento da jurisdição. Estão igualmente presentes o tema da segurança jurídica e as virtudes da coerência jurídica — o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* do momento da criação das normas — que o ativismo judicial, destituído de parâmetros objetivos, pode colocar em xeque." (Ibidem, p. 85).

2.10.2 A autodeterminação dos povos

O inciso III do art. 4º da Constituição brasileira postula o princípio da autodeterminação dos povos. Celso Lafer assinala que as soberanias "haurem sua legitimidade do princípio de autodeterminação dos povos",[216] ao passo que, de um lado, compete às soberanias estruturar os Estados como integrantes da sociedade internacional, por outro lado, compete à autodeterminação dos povos preencher o sentido político e moral desta mesma sociedade internacional. Trata-se de um princípio político originário da Revolução francesa,[217] cuja formulação altera a legitimidade dinástica dos soberanos pela legitimidade da soberania popular.

Por influência do presidente Woodrow Wilson, o direito dos povos à autodeterminação foi um dos critérios da organização internacional da paz do Tratado de Versalhes, apesar das dificuldades em razão das minorias étnicas, religiosas e linguísticas presentes. O princípio da autodeterminação dos povos consta na Carta das Nações Unidas, em seu art. 1º, 2, ao "desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos". No contexto da atuação das Nações Unidas, o princípio da autodeterminação dos povos encontrou acolhimento no âmbito dos processos de descolonização, como o fundamento jurídico da independência das ex-colônias.

Entre 1945 e 1990, os contextos da Guerra Fria e da descolonização do então denominado "terceiro mundo" abrandaram a tensão entre os princípios da integridade territorial e da autodeterminação dos povos, em prevalência da autodeterminação dentro das fronteiras coloniais, como demonstra a integridade territorial do continente africano pós-colonial. No entanto, o cenário do pós-Guerra Fria possibilitou o despertar de forças centrífugas, até então latentes,[218] denominadas de "neotribalismo pós-moderno".[219] Por conseguinte, particularismos sublevaram-se para reivindicar o direito à secessão, o

---

[216] LAFER, Celso. A independência do Kosovo e a Corte de Haia. In: LAFER, Celso. **Relações internacionais, política externa e diplomacia brasileira**: pensamento e ação. Brasília : FUNAG, 2018, v. 1, p. 747-750, p. 747.

[217] LAFER, Celso. Direito Constitucional e Direito Internacional: considerações sobre o art. 4º, III, da Constituição de 1988 e o parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo. In: LAFER, Celso. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-60.

[218] LAFER, Celso. A independência… Op. cit., p. 747.

[219] LAFER, Celso. Apontamentos sobre a Internacionalização do Direito Constitucional Brasileiro. In: LAFER, Celso. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-31, p. 29.

reconhecimento de identidades, e, nesse sentido, a autodeterminação dos povos advoga pelo direito das nações de perseguirem o seu próprio desenvolvimento político, inclusive de suas próprias legislações internas.

Celso Lafer assinala que o princípio da autodeterminação dos povos é acometido pela dificuldade de se detectar precisamente o conteúdo dos princípios diante dos fatos. Não é fácil "precisar qual é a coletividade que tem inequívoca titularidade para afirmar, no campo do Direito Internacional Público, o seu direito à autodeterminação".[220] Se, por um lado, uma *remedial secession*, expressão da autodeterminação, pode motivar a responsabilidade de proteger e as intervenções humanitárias, como ficou demonstrado pelos horrores de Darfur;[221] por outro lado, o reconhecimento da autodeterminação, fora do âmbito da descolonização, "dá uma abertura, via secessão, para encaminhar conflitos étnicos oriundos da sublevação de particularismos", ou, como afirmou o juiz Koroma,[222] de Serra Leoa, cria um precedente perigoso para instruir grupos secessionistas mundo afora e enfraquece a estabilidade do Direito Internacional.

A respeito da relação do princípio da autodeterminação dos povos com o Direito Internacional Privado, Gabriel Valente dos Reis[223] afirma que:

> Aponte-se que não há como respeitar a autonomia dos povos, de decidirem acerca de seu destino, sem manusear adequadamente e fazer cumprir, na hipótese de serem aplicáveis por força das regras de conexão do Direito Internacional Privado vigente, as normas materiais que as diferentes comunidades jurídicas praticam em seus contextos culturais próprios.

Ainda de acordo com Gabriel Valente dos Reis, a Constituição, em seus artigos 215 e seguintes, garante direitos culturais e valoriza a diversidade, de modo que se obrigue a respeitar as identidades culturais estrangeiras, bem como de seus respectivos ordenamentos jurídicos. Ademais, o mesmo respeito que se deve aos povos indígenas "brasileiros", referido no art. 231 da Constituição, é também parâmetro para aplicação do Direito estrangeiro:

> em homenagem ao reconhecimento de seus direitos culturais e à valorização da diversidade pelo próprio texto constitucional. Em outras palavras, a Constituição brasileira de 1988 também impõe que tratemos com respeito os diversos modos de criar, fazer e viver o direito ao redor do

---

[220] LAFER, Celso. Direito… Op. cit., p. 37.
[221] LAFER, Celso. Apontamentos… Op. cit., p. 29.
[222] O juiz Koroma, de Serra Leoa, foi minoria e votou contrariamente à independência do Kosovo no Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça de 22 jun. 2010.
[223] REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação**… Op. cit., p. 148.

> mundo, em perspectiva que se soma às mais antigas lições dos jusprivatistas internacionais nessa exata direção.[224]

Importa ao Direito Internacional Privado a coordenação harmônica dos sistemas jurídicos na regulação das situações plurilocalizadas. O direito de os povos se autodeterminarem politicamente, inclusive com seus próprios ordenamentos jurídicos, se relaciona com o respeito ao estrangeiro peculiar do Direito Internacional Privado, seja o Direito estrangeiro, decisões estrangeiras ou mesmo a pessoa humana estrangeira.

2.10.3 A não intervenção

O inciso IV do art. 4º da Constituição brasileira indica o princípio da não intervenção. O Direito Internacional não permite que um Estado exerça ingerência nos assuntos domésticos de outro Estado. Os Estados, portanto, não podem: (i) determinar qual órgão de um Estado estrangeiro é competente para realizar determinada atividade; (ii) obrigar um Estado estrangeiro a adotar determinado comportamento; (iii) pressionar os poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário estrangeiros; ou (iv) interferir nas relações entre a autoridade do governo estrangeiro e seus nacionais.[225] De acordo com o princípio de não intervenção, os Estados devem também se abster de incitar, aparelhar ou apoiar oficialmente a organização, em seu próprio território, de atividades subversivas contra Estados estrangeiros.

A imagem do magistrado britânico "sentado" no Tribunal belga quando da aplicação do Direito belga por um tribunal britânico[226] é reflexo do princípio da não intervenção: quando o Direito estrangeiro for aplicado pelo Estado do foro, "não deveria ser a lei estrangeira a se deslocar para o foro, mas, antes, a própria autoridade do foro quem deveria se deslocar intelectualmente para o sistema da *lex causae*",[227] e mais, deve ser "a construção da norma estrangeira a partir de *todo* o ordenamento recepcionado".[228] Quer dizer que, em última análise, o lexforismo, como expressão do chauvinismo no conflito de leis no espaço,

---

[224] REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação**… Op. cit., p. 149-150.
[225] CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. Bologna: Mulino, 2013, p. 73.
[226] "Sobre a interpretação da norma jurídica estrangeira, um magistrado britânico disse no início do século XIX que, ao aplicar o direito belga, o tribunal inglês deve considerar-se como se estivesse 'sentado' na Bélgica e ali julgando. Esta colocação reconhece o direito estrangeiro como direito". (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 387).
[227] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle**… Op. cit., p. 116.
[228] Ibidem, p. 117.

interfere na expressão do Poder Legislativo do Estado da lei da causa, e é proibido pelo princípio da não intervenção.

2.10.4 A igualdade entre os Estados

O inciso V do art. 4º da Constituição brasileira aponta para o princípio da igualdade entre os Estados. Este princípio deriva da Paz de Westfália como elo de uma igualdade formal entre os Estados.[229] O princípio da igualdade jurídica entre os Estados, solenemente afirmado na Carta das Nações Unidas, constitui certamente um dos princípios cardinais das relações internacionais. Este princípio é uma espécie de conceito-quadro, que engloba normas consuetudinárias em matéria de soberania e sobre as quais representa uma expressão sintética. Em linhas gerais, o princípio da igualdade entre os Estados implica que nenhum outro Estado pode ser colocado em posição de desvantagem: todos devem ser tratados sobre um patamar de paridade. A lição clássica de Emer de Vattel[230] ensina que "um anão é tão homem quanto um gigante: uma pequena república não é menos soberana que o mais poderoso dos Estados".

O sentido da igualdade entre os Estados foi captado por Savigny pela ideia de igualdade formal das ordens jurídicas nacionais no âmbito da comunidade de Direito entre os diferentes povos. Em que pese toda e qualquer crítica ao pensamento savignyano, por provocar a ultrapassada neutralidade das regras de conflito, ou mesmo observações em relação ao sentido material da igualdade, deve remanescer o sentido clássico de paridade interestatal, porém aprimorado por tais críticas, inclusive para impedir que Estados centrais façam prevalecer seu Direito em detrimento do Direito de Estados periféricos.

2.10.5 A cooperação entre os povos para o progresso da humanidade

O inciso IX do art. 4º da Constituição brasileira estampa o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Consoante os apontamentos de Celso Lafer,[231] a efetivação deste princípio varia conforme a realidade do sistema internacional. Exemplificativamente, o cenário do pós-Guerra Fria favoreceu os entendimentos

---

[229] DALLARI, Pedro. Op. cit., p. 168.
[230] VATTEL, Emmer de. **Il diritto delle genti, ovvero Principii della legge naturale**. Bologna: Fratelli Masi, 1830, apud CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 75-76.
[231] LAFER, Celso. A Constituição… Op. cit., p. 24.

multilaterais em relação aos chamados "temas globais". O Brasil conduziu a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, a "Rio 92", num contexto propício para a cooperação internacional. Por outro lado, em 2002, o cenário para a "Rio +10" já não era o mesmo, mesmo antes de 11 de Setembro:

> A Conferência de Durban se deu num clima político de suspeitas e desconfianças. Exprimiu conflitos em contraste com a Conferência de Viena de 1993 sobre Direitos Humanos que, ao articular consensos, consagrou a unidade, a indivisibilidade, a interdependência e o inter-relacionamento de todos os direitos humanos. Há, assim, um paralelismo de cenários e climas diplomáticos entre o positivo da Rio 92 e de Viena 93 e o negativo de Johanesburgo 2002 e Durban 2001, para a efetividade do princípio de cooperação.[232]

Acerca do princípio da cooperação internacional, consoante Gabriel Valente dos Reis:

> A perspectiva de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, por sua vez, indica que o caminho do diálogo e da atuação coordenada é o que permitirá, na visão constitucional brasileira, que a humanidade avance em sua travessia na história, o que pode ser relacionado às ideias já mencionadas de rede jurídica cosmopolita e de laboratórios normativos transnacionais.[233]

Gustavo Ferraz de Campos Monaco[234] se refere ao cenário do conflito de leis "a partir da coordenação que se deve estabelecer entre dois ou mais sistemas jurídico-materiais em decorrência de serem relevantes para a transformação de um determinado e específico litígio". Assim sendo, não existe coordenação sem cooperação, a ponto de Celso Lafer concluir que a cooperação internacional seja inerente à função[235] do Direito Internacional Privado. Este particular será aprofundado mais para frente.

2.11 Conclusão parcial: o problema

O cenário axiológico iluminador do Direito Internacional Privado contemporâneo inaugura o *contexto de pós-neutralidade da norma de conflitos*. Entretanto, persiste a pergunta: o que acontece com o Direito dos Conflitos após a superação da neutralidade de

---

[232] LAFER, Celso. A Constituição… Op. cit., p. 26.
[233] REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação**… Op. cit., p. 149.
[234] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 164.
[235] LAFER, Celso. Prefácio a Gustavo Monaco. Op. cit.

suas normas? Qual é a terceira via possibilitada pela dicotomia triádica *entre a (i) coordenação harmônica típica do pensamento de Savigny e a (ii) expansão axiológica sobre as fontes do Direito Internacional Privado ocorrida ao longo do século XX?* A construção triádica desta dicotomia "coordenação/valores" consiste na solução do problema da presente dissertação.

Em um texto com tom satírico, Arroyo[236] trata da evolução do Direito Internacional Privado como se fosse um paciente psiquiátrico portador de diversos transtornos, entre eles: a síndrome de Peter Pan (vigência do dogma da neutralidade), o narcisismo (fetiche à justiça localizadora), e um quadro de ansiedade generalizada (na era da globalização, tudo remete ao Direito Internacional Privado). Busca-se jocosamente por uma cura que passa, segundo Arroyo, pela materialização das regras de conflito. No entanto, como se verá mais adiante, essa "terapia" acarreta efeitos colaterais prejudiciais ao próprio paciente, o Direito Internacional Privado, quando compromete a diversidade de culturas no mundo. Desta forma, a questão central desta dissertação procura conciliar a coexistência entre as culturas jurídicas e a justiça material.

[236] ARROYO, Diego Pedro Fernández. 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**. Asunción: CEDEP, 2013, p. 17-35. Disponível em: http://diegofernandezarroyo.net/articles/71-El-derecho-internacional-privado-en-el-divan-Tribulaciones-de-un-ser-complejo-DPFA-2013.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.

SEGUNDA PARTE: A TOLERÂNCIA NO CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO

3 NORBERTO BOBBIO E O CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO

Bobbio detém "um estilo analítico que trabalha com base no dividir, distinguir, seccionar para considerar as coisas nos seus elementos mais simples".[237] Assim, a sua concepção do Direito se divide entre função e estrutura, sendo que, para tratar desta última, ainda subdivide o olhar entre Teoria da Norma e Teoria do Ordenamento. Bobbio indica a importância dos internacionalistas para a Teoria Geral do Direito, uma vez que

> ao refletirem sobre o fenômeno jurídico em movimento, como é o caso do direito internacional, estão em melhores condições para liberar a Teoria Geral do Direito dos hábitos mentais e dos dogmas que derivam de considerações baseadas exclusivamente em direito estatal.[238]

3.1 A pluralidade dos ordenamentos e suas relações espaciais no conflito de leis

Bobbio[239] compreende que os prestígios do Direito romano e do Direito Natural suscitaram o ideal de um único Direito universal em relação ao qual as outras expressões de ordenação jurídica consistiriam em especificações históricas. Sob tal pensamento, o foco do estudo da pluralidade dos ordenamentos descuida da relação das ordens jurídicas entre si para privilegiar a relação do Direito único universal com tais ordenamentos específicos. É neste âmbito que rios de tinta foram escritos acerca da interlocução entre Direito positivo e Direito Natural. O pluralismo jurídico põe-se como visão contrária ao monismo (Direito único universal) e duas são as suas expressões: o historicismo jurídico e o pluralismo institucional.

O historicismo jurídico postula a nacionalidade dos direitos decorrentes da consciência popular ou do gênio das nações. O Direito Natural, portanto, seria contraposto pelo Direito de cada povo ou nação. O positivismo jurídico teoriza o desmantelamento do monismo e a ascensão dos Direitos estatais ao longo do século XIX, ao passo que não seja reconhecido outro Direito senão o estatal. Trata-se da acomodação das soberanias europeias ao longo do século XIX e é ilustrativo deste cenário o debate travado entre Savigny e Thibaut.

---

[237] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Barueri, SP: Manole, 2015, p. ix-xvii, p. xi.
[238] BOBBIO, Norberto. **Rivista Trimestrale di Procedura Civile**, v. 6, n. 2, p. 479, jun. 1952, apud LAFER, Celso. Prefácio a Cláudia Perrone-Moisés. Op. cit., p. xi.
[239] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 301.

De um lado, Thibaut defendia a elaboração de um Direito Civil geral para a Alemanha em nome (i) da unificação social dos costumes, (ii) da integridade de um só Direito para afastar o conflito de leis, (iii) bem como para possibilitar o ensino de um Direito comum. Por outro lado, historicista que é, Savigny expressa opinião contrária à codificação do Direito germânico ao afirmar que o Direito deriva da fonte viva e não poderia ser produzido por uma ideia abstrata, referindo-se aos códigos. Savigny não rejeita a codificação em absoluto, porém enfatiza a superioridade da doutrina em detrimento das codificações. Em verdade, ambos têm razão: os códigos, de fato, geraram uma positiva unidade nacional, mas também a renovação da cultura jurídica doutrinária é imprescindível para a codificação.[240] O monismo e a concepção universal do Direito dependeriam de um único poder soberano universal e a realidade oferece um dado concreto oposto: a diversidade de poderes soberanos independentes.

O pluralismo institucional, a segunda faceta do pluralismo, refere-se não somente à pluralidade de ordenamentos, mas também a diferentes tipos de ordenamento. O adjetivo *institucional* abrange a ordem jurídica de toda e qualquer instituição ou grupo organizado, e, entre os ordenamentos não estatais, Bobbio distingue em quatro tipos:

I. Ordenamentos acima do Estado: concertações do Direito Internacional;
II. Ordenamentos abaixo do Estado: instituições propriamente sociais reconhecidas pelo Estado.
III. Ordenamentos ao lado do Estado: as mesmas concertações do Direito Internacional, para os dualistas;[241]
IV. Ordenamentos contra o Estado: associações delinquentes, como os grupos terroristas, ou associações legítimas como movimentos de libertação nacional, comuns no contexto das descolonizações.[242]

Ao que importa ao Direito Internacional (Público ou Privado), a relação entre os ordenamentos estatais ocorre por via de *coordenação* em regime pactual para a coexistência destes entes estatais ocupantes do mesmo patamar hierárquico, pelo menos do ponto de vista formal. Bobbio prossegue a classificação da relação entre ordenamentos e percebe a

---

[240] RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Op. cit., p. 55-56.
[241] Trata-se de uma dicotomia do Direito Internacional Público: enquanto os dualistas propugnam pela independência do Direito interno em relação ao Direito Internacional Público, os monistas concebem a unidade entre as ordens jurídicas interna e internacional.
[242] CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 17.

modalidade de *exclusão total*, quando, "salvo alguma exceção",[243] dois ordenamentos estatais se excluem totalmente acerca da validade espacial de suas leis. Ao reconhecer a possibilidade de exceção deste caso, ou seja, quando dois ou mais ordenamentos estatais interseccionam a competência de suas normas, Bobbio vislumbra a hipótese de *exclusão parcial e inclusão parcial*, isto é, "quando o ordenamento estatal absorve ou assimila um ordenamento diferente […] mas não o absorve totalmente: uma parte do ordenamento absorvido permanece, então, fora",[244] e prossegue "para caracterizar essa situação, não importa que a esfera comum seja grande ou pequena: o que importa é que, além da esfera comum, em que os dois ordenamentos coincidem, existam duas esferas, em que um dos ordenamentos não coincide com o outro".[245]

Bobbio[246] ainda admite outra classificação das relações entre os ordenamentos, desta vez sob o ponto de vista da validade[247, 248] atribuída por um ordenamento em relação às normas de outros ordenamentos. Esta relação pode ser de indiferença, recusa e absorção. A relação de *indiferença* ocorre quando um ordenamento jurídico reputa como lícito (permitido) algo que é obrigatório alhures. Neste caso, e em se tratando de aplicação do Direito estrangeiro, o ordenamento jurídico *ad hoc*[249] — aquele alcançado via método conflitual pelo agente público do Estado do foro para transformar o litígio derivado de uma relação jurídica plurilocalizada — passaria incólume pelo escrutínio conflitual imposto pelo princípio da ordem pública e pelo controle de constitucionalidade, ressalvada a hipótese de conexão especial das normas de aplicação imediata.

No caso da relação de *recusa*, quer dizer, quando um ordenamento jurídico proíbe algo tido como obrigatório em outro ordenamento (ou vice-versa), em hipotético caso plurilocalizado, se a norma de conflitos do Estado do foro determinar a aplicação do Direito

---

[243] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Op. cit., p. 306.
[244] Ibidem, p. 307.
[245] ibidem, p. 307-308.
[246] Ibidem, p. 308.
[247] "O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre o fato de ela ser justa ou não […] Em particular, para decidir se uma norma é válida (ou seja, se existe como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), geralmente é preciso realizar três operações: 1) verificar se a autoridade que a emanou tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas […] 2) verificar se não foi ab-rogada […] 3) verificar se não é incompatível com outras normas do sistema." (Ibidem, p. 26-27).
[248] Uma breve digressão a propósito da relação entre Teoria da Norma e o conflito de leis no espaço: "Muito embora o autor português [Baptista Machado] refira-se à circunstância de as leis potencialmente aplicáveis vincularem-se ao âmbito de eficácia das leis e refira-se à lei aplicável como aquela que tem seu âmbito de competência reconhecido, numa clara abordagem kelseniana, tenho para mim ser mais adequado se referir a leis competentes quando se tratar das leis potencialmente aplicáveis e como lei eficaz àquela que é, afinal, a efetivamente aplicada." (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 64).
[249] Ibidem, p. 223.

proveniente de um ordenamento com tais características, o filtro da ordem pública poderia afastar a incidência deste Direito desde que sejam atendidas duas condições já descritas nesta dissertação: (i) o condicionamento do princípio da ordem pública pelo princípio da proximidade: quer dizer, antes de elidir sumariamente o Direito estrangeiro aparentemente intolerável, o agente público do Estado do foro é obrigado a mensurar a intensidade da conexão do caso concreto com a ordem pública do Estado do foro, bem como a gravidade do efeito produzido pela aplicação do Direito estrangeiro;[250] e também (ii) o princípio do mínimo dano, para o qual a primeira alternativa ao intolerável da lei da causa é buscar outro instituto no mesmo ordenamento da *lex causae*.

Outra modalidade de relação entre ordenamentos é a *absorção*. Ocorre absorção quando um ordenamento jurídico determina que seja obrigatório ou proibido algo que seja igualmente obrigatório ou proibido em outro ordenamento jurídico:

> Esta última situação pode assumir duas formas, que chamamos reenvio formal e reenvio material, ou, mais simplesmente, reenvio e recepção. Por reenvio entendemos aquele procedimento pelo qual um ordenamento renuncia a regular uma determinada matéria e acolhe a regulamentação estabelecida por fontes normativas pertencentes a outros ordenamentos; por recepção entende-se aquele procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria, assim como foi estabelecida num outro ordenamento.[251]

O termo "reenvio" aqui utilizado não se refere ao instituto do art. 16 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas se equipara ao termo "remissão" da fórmula savignyana como modelo das normas indiretas, para falar com Baptista Machado.[252] O reenvio formal, ou simplesmente reenvio, no dizer de Bobbio, é a exata hipótese para a qual existe a disciplina do Direito Internacional Privado e as suas normas de conflitos, precisamente, quando estas determinam pela aplicação do Direito estrangeiro. Por outro lado, o reenvio material, ou simplesmente recepção, não diz respeito ao conflito de leis no espaço, uma vez que o Direito estrangeiro não é recepcionado nem incorporado pelo Estado do foro, pois esta operação comprometeria a sua interpretação, que deve ser "exclusivamente aquela que lhe é dada pelo sistema jurídico estrangeiro".[253]

---

[250] Trata-se da aplicação da ordem pública condicionada pela proximidade. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 461).
[251] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Op. cit., p. 309.
[252] BAPTISTA MACHADO, João. **Âmbito**… Op. cit., p. 29.
[253] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 386.

O reenvio material, ou simplesmente recepção, sobre o qual Bobbio aborda, diz respeito à incorporação de uma norma proveniente de outro ordenamento, seja ele um ordenamento jurídico de outro sistema ou, também, o ordenamento jurídico anterior ao ordenamento jurídico vigente em um sistema — como, por exemplo, ocorreu com o Código Tributário Nacional ao ser recepcionado pela Constituição Federal de 1988 graças à compatibilidade material do primeiro em relação à segunda.

Bobbio também reflete sobre o problema da relação entre o Estado e "ordenamentos menores, cuja vida se desenvolve no interior da vida do Estado e com ela se entrelaça de vários modos".[254] Os ordenamentos menores conservam a unidade de seus integrantes para a consecução de alguns objetivos parciais, que conflitam apenas em parte com os objetivos da maioria dos membros do Estado. O pluralismo institucional considera tais ordenamentos menores como ordenamentos jurídicos, haja vista o requisito da mínima organização. O pressuposto desta relação (entre o Estado e os ordenamentos menores) consiste na complexidade do ordenamento estatal e na sua composição estratificada, isto é, o Estado resulta de uma amalgamação e absorção de ordenamentos diversos.[255] Exemplificativamente, durante a formação do Estado, houve a gradual absorção do Direito Comercial e do Direito da Navegação, ambos originariamente ordenamentos menores relativos aos comerciantes e aos navegantes.

E prossegue Bobbio:

> Um Estado que venha a incorporar um grupo étnico com costumes, cultura e história muito diferentes daqueles do grupo étnico dominante pode seguir o caminho da absorção e o da tolerância: o primeiro requer, diante do ordenamento menor, o procedimento que chamamos de recusa, ou seja, do não-conhecimento das regras próprias do grupo étnico, e da substituição violenta com as normas já em vigor no ordenamento estatal; o segundo caminho, por sua vez, poderá ser colocado em prática com o procedimento do reenvio, ou seja, atribuindo às normas, provavelmente a um grupo de normas, que se formaram integralmente no ordenamento menor, a mesma validade das normas próprias do ordenamento estatal, como se aquelas fossem idênticas a estas.[256]

Bobbio sintetiza duas hipóteses da cultura de conflitos de leis no espaço de um ordenamento estatal: (i) o "não-conhecimento das regras próprias do grupo étnico", como passou a valer no Brasil a partir de 1942, com a alteração do elemento de conexão

---

[254] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Op. cit., p. 309.
[255] Ibidem, p. 310.
[256] Ibidem, p. 311.

nacionalidade para o domicílio;[257] ou (ii) "como se aquelas fossem idênticas a estas", traduzindo para os cânones do conflito de leis: o Direito desses ordenamentos menores deve ser interpretado não como um fato, mas como Direito, da mesma estatura do Direito estatal; e, por outro lado, o Direito do ordenamento menor e o Direito estatal são ambos competentes, já que potencialmente aplicáveis.[258]

Frise-se que, *a priori*, não se pode afirmar que uma das duas possibilidades suscitadas por Bobbio apresente melhor técnica que a outra. A expressão "substituição violenta" pode induzir a uma interpretação automaticamente chauvinista — entretanto, no caso brasileiro, por exemplo, o domicílio é o elemento de conexão proposto por Savigny e atende bem ao sentido do Direito Internacional Privado,[259] inclusive favorecendo a integração das culturas imigrantes com o Brasil. Contudo, isto não significa que a aplicação do Direito Internacional Privado brasileiro não apresente características provincianas e paroquiais.[260]

Nas relações espaciais entre mais de um ordenamento estatal, Bobbio entende pela incidência da figura da exclusão recíproca, porquanto os Estados sejam independentes uns dos outros e devam reciprocamente respeitar a não ingerência em seus âmbitos domésticos. No entanto, muitas vezes, admite-se que um ordenamento estatal se valha do Direito de outro ordenamento estatal quando na relação jurídica houver um elemento de estraneidade, como a nacionalidade de um dos sujeitos ou o local da situação de seus bens. Cabe às normas de conflitos e aos princípios de Direito Internacional Privado indicar o Direito de qual ordenamento estatal é o aplicável, ou eficaz. Bobbio entende que a eficácia de uma norma estrangeira não dependa de sua recepção, mas sim de uma operação de reenvio por parte do ordenamento estatal do foro a outro ordenamento estatal. Isto porque — exatamente o oposto

---

[257] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito… Op. cit., p. 26.

[258] É possível enquadrar estes ordenamentos menores no Estado da *lex causae* e se vislumbrar a referência do Direito português a um ordenamento plurilegislativo: "Pode acontecer que, no Estado cuja legislação determinámos como aplicável, vigorem direitos diferentes para os diferentes sectores do território desse Estado (conflitos interlocais), ou para diferentes grupos de pessoas (conflitos interpessoais)." (BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 237-242). "Artigo 20.º (Ordenamentos jurídicos plurilegislativos) 1. Quando, em razão da nacionalidade de certa pessoa, for competente a lei de um Estado em que coexistam diferentes sistemas legislativos locais, é o direito interno desse Estado que fixa em cada caso o sistema aplicável. 2. Na falta de normas de direito interlocal, recorre-se ao direito internacional privado do mesmo Estado; e, se este não bastar, considera-se como lei pessoal do interessado a lei da sua residência habitual. 3. Se a legislação competente constituir uma ordem jurídica territorialmente unitária, mas nela vigorarem diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas, observar-se-á sempre o estabelecido nessa legislação quanto ao conflito de sistemas." (PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47344**. Código Civil português. 1966).

[259] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito. Op. cit., p. 26.

[260] DOLINGER, Jacob. Provincianismo no Direito Internacional Privado brasileiro. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 205-236; RODAS, João Grandino. Jurisdição civil sob o prisma da estraneidade na era da globalização. **Consultor Jurídico**, 21 jan. 2016: https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/olhar-economico-jurisdicao-civil-prisma-estraneidade-globalizacao. Acesso em: 23 nov. 2019.

do que ocorre na recepção — as normas de conflito não fazem o Direito estrangeiro ser incorporado pelo ordenamento do foro. O método conflitual funciona apenas para indicar a fonte do Direito estrangeiro a ser aplicado, "seja qual for o seu conteúdo".[261] Neste sentido, em relação à primazia da justiça conflitual em detrimento da justiça material *como ponto de partida*[262] *do método de conflito de leis no espaço*, tal é a lição de Bobbio:

> O direito italiano reenvia em algumas circunstâncias ao direito estrangeiro, não porque seja objetivamente melhor, isto é, dê uma solução mais justa, mas porque considera conveniente que toda situação tenha a regra adequada: nesse caso, "a cada um o seu" significa "a cada um a própria regra". Tanto é verdade que a legislação estrangeira, a que o ordenamento italiano reenvia naquela determinada matéria, pode mudar, mas continua a ser automaticamente referida. Aquilo a que o ordenamento italiano reenvia não é ao *modo* como uma matéria é regulada, mas à *fonte* que a regula.[263]

3.2 "Da estrutura à função" e o conflito de leis no espaço

Outro texto de Norberto Bobbio que pode elevar o conflito de leis no espaço da árida planície da dogmática para os faustos vales da filosofia jurídica é "Da estrutura à função". Desta vez, Bobbio não aborda diretamente o Direito Internacional Privado, mas elabora sua teoria da função do Direito, que é plasmada em diversos artigos a partir de 1969 até 1984, quando tem a oportunidade de revisitar este seu pensamento. Com exceção deste último artigo da "revisitação", todos os outros textos foram compilados na obra "Da estrutura à função", originalmente de 1977, cuja edição brasileira é de 2007.

No prefácio à edição brasileira, Mario Losano alerta acerca da existência do ensaio em que Bobbio revisita a sua teoria da função do Direito:

> O próprio Bobbio traça um balanço da sua saída do positivismo jurídico e da sua aproximação de uma visão funcionalista ou sociológica do direito numa conferência de 1983, que repercorre todo o seu itinerário cultural, elenca os autores que teria sido necessário considerar, mas que, ao invés, não figuram nos seus primeiros ensaios sobre a teoria funcional do direito e, enfim, discute as críticas dirigidas à sua visão pós-positivista do direito. É deste ensaio que no futuro deverá partir quem quiser reconstruir a fase funcionalista da teoria jurídica de Bobbio.[264]

---

[261] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Op. cit., p. 317-319.
[262] Dizer do ponto de partida do método conflitual significa, aqui, considerar as influências que podem atuar até que se atinja o ponto de chegada, quando, aí sim, deve prevalecer a justiça material em detrimento da justiça conflitual.
[263] Ibidem, p. 319.
[264] LOSANO, Mario G. Prefácio à edição brasileira: o pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico

Portanto, neste texto referido por Mario Losano, "*La funzione promozionale del diritto rivisitata*", Bobbio revisita a sua teoria da função do Direito, ou como prefere dizer, tem a oportunidade de reconsiderá-la: "Para dizer a verdade, me fiz outra pergunta: se seria possível substituir a expressão anglicista 'revisitada' pela mais familiar aos meus ouvidos 'reconsiderada'."[265]

Tal ensaio inicia sua reflexão contextualizando o momento de surgimento do pensamento funcional de Bobbio durante *la "tempesta del '68"*,[266] ocasião de protestos iniciados por jovens estudantes de Paris em maio de 1968. As barricadas de Maio de 1968 simbolizaram a divisão irretratável de duas gerações, a divisão moral da sociedade e da cultura, entre liberais e conservadores, bem como o antagonismo político-econômico mundial: tratou-se precisamente do auge do acirramento ideológico da Guerra Fria.

Neste contexto, os alunos frequentantes do curso de Teoria Geral do Direito, ministrado por Bobbio, mobilizaram críticas ao manual ali adotado, "O conceito de Direito", de Hart, por conta de seu excessivo formalismo. Assim, Bobbio ofereceu cursos de Sociologia do Direito a fim de demonstrar que o estudo da Teoria Geral do Direito não era incompatível com a relação entre Direito e Sociedade, e, pelo contrário, complementava-a. Observou-se que o tradicional formalismo jurídico fazia com que a Teoria Geral do Direito dedicasse suas atenções sobretudo à estrutura dos ordenamentos jurídicos ou a temas estruturais, como aqueles da completude e coerência do ordenamento.[267]

Quando, em 1974, foi fundada a revista "*Sociologia del diritto*", o seu diretor, Renato Treves, convidou alguns colaboradores para opinarem acerca desta nova disciplina, Bobbio defendeu que a transição das teorias gerais do Direito não sociológicas àquelas sociológicas representa a mudança no foco da análise das estruturas para o foco da análise da função do Direito, ao passo que as primeiras procuram responder à pergunta "como o Direito é feito?", enquanto as segundas refletem sobre a questão "para que serve o Direito?". Quando Kelsen define o Direito como um ordenamento dinâmico, ou quando Hart descreve as normas primárias e secundárias, ambos enfatizam os aspectos jurídicos claramente estruturais. Tais ensinamentos não dizem absolutamente nada sobre o objetivo do Direito. Assim, o

---

à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007, p. xix-xlix, p. xlviii.

[265] Tradução livre de: "*A dire il vero me ne sono posto un'altra [domanda]: se proporre di mutare l'anglicizzante 'rivisitato' nel più familiare alle mie orecchie 'riconsiderato'*." (BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del diritto rivisitata. **Rivista Sociologia del Diritto**, v. 11, n. 3, p. 7-27, 1984, p. 7).

[266] Ibidem, p. 8.

[267] Ibidem, p. 8.

pesquisador interessado na função do Direito teria que realizar estudos sociológicos para chegar a uma conclusão satisfatória.

Em 1966, a "*Rivista di filosofia*" publicou alguns artigos sobre o conceito de obrigação em homenagem a Hart, e um destes artigos, da autoria do argentino Genaro Carrió, aluno ele mesmo de Hart, observou que a Teoria Geral do Direito adotava como pressuposto a imagem tradicional do Direito como instrumento repressivo próprio do Estado *gendarme*, o Estado liberal clássico. Assim, Genaro Carrió constatou que o aparato conceitual da Teoria Geral do Direito tinha se tornado antiquado perante as mudanças nas funções do Estado. A concepção sobre as funções estatais no século XX suscitava dúvidas acerca do conceito restritivo de obrigação, como o efeito de uma sanção negativa, isto é, uma consequência desagradável.[268]

No mesmo ano de 1966, teve lugar a publicação do artigo "*The Principles of a Liberal Social Order*", de Federico von Hayek, o qual expunha o problema da contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Assistencial ao confrontar as normas de conduta e as normas de organização. Com base neste critério, o Estado Liberal seria aquele dotado unicamente de normas de conduta, como as normas penais (normas repressivas por excelência), enquanto o Estado Assistencial possui mais normas de organização. Bobbio discorda desta postulação ao afirmar que o mais mínimo dos Estados sempre disporá de normas de organização. Assim, Bobbio continua utilizando o critério normativo de von Hayek para distinguir o Estado Liberal do Estado Assistencial realizando, no entanto, outra formulação: a distinção entre as sanções positivas e sanções negativas.

O Estado Assistencial do século XX, com foco no direcionamento da economia, se vale sempre mais das técnicas de encorajamento para intervir nesse mesmo domínio econômico da sociedade. Assim, entre as técnicas de encorajamento, tornou-se evidente o uso do sistema jurídico coativo não para dificultar ou tornar desvantajosos os comportamentos considerados nocivos à sociedade, mas, pelo contrário, para facilitar e tornar vantajosos os comportamentos tidos como úteis, ou seja, trata-se do implemento das sanções positivas. Portanto, o ordenamento jurídico transcendia o seu tradicional caráter repressivo-protetivo. Até então, nesta revisitação ou reconsideração, Bobbio restringe seu equívoco ao atrelar o crescimento das funções do Estado ao processo de industrialização. O *Welfare State* do fim do século XX tivera um precedente histórico no Estado durante o

[268] BOBBIO, Norberto. La funzione… Op. cit., p. 10.

Iluminismo do século XVIII, o qual impôs obrigações de política econômica com técnicas de incentivo.

O filósofo de Turim também reconhece que o seu conhecimento era limitado sobre o estado da arte do tema da função quando realizou suas primeiras publicações sobre o assunto: "Devo, porém, de pronto adicionar que o meu conhecimento dos precedentes históricos e da literatura sobre este assunto era, então, muito limitado."[269]

Deixou de fazer referência a uma obra que ele mesmo já conhecia, "*La giustizia*" de Giorgio Del Vecchio, dentro da qual há longa nota sobre o Direito premial, de modo que a Justiça premial tenha sempre sido considerada como uma forma não principal de ação do Estado. Também se omitiu a referência a Tommaso Perassi, em sua obra "*Introduzione alle scienze giuridiche*" de 1922, na qual a norma é considerada como um motivo de abstenção ou motivo de *incentivo* — termo, segundo Bobbio, mais apropriado que o termo "prêmio".[270]

Bobbio menciona, igualmente, a omissão a autores das Ciências Políticas, que consideram o problema do Estado não do ponto de vista do sistema normativo, mas do ponto de vista do sistema do poder. Até o final da década de 1970, a literatura das Ciências Políticas era pouco conhecida por Bobbio, e, deste ponto de vista do poder, a distinção entre sanções negativas e positivas depende do condicionamento das condutas pela ameaça de um mal ou pela promessa de um bem. Bobbio reconhece que a literatura nesta área é vastíssima e menciona dois autores: Peter Blau, "*Exchange and Power in Social Life*", de 1964, e Luhmann, "*Potere e complessità sociale*", de 1975.

De um lado, Peter Blau concebe o poder como uma troca ("*exchange*") e distingue o poder coercitivo, que se baseia no efeito das sanções negativas, do poder influenciador, que opera com as recompensas ("*rewards*"). Do outro lado, Luhmann, em brevíssima síntese,[271] entende que o poder consista na existência de determinadas possibilidades cuja realização é evitada, quer dizer, o poder se manifesta na capacidade de seu detentor de evitar uma conduta para ele indesejável, ao passo que as manifestações de poder se restrinjam às sanções negativas. Bobbio demonstra a evidência do incremento por parte do Estado do uso das

---

[269] Tradução livre de: "*Devo però subito aggiungere che la mia conoscenza dei precedenti storici e della letteratura sull'argomento era allora molto limitata.*" (BOBBIO, Norberto. La funzione… Op. cit., p. 12).
[270] Ibidem, p.13.
[271] "Não escondo o fato de que uma expressão mais clara poderia ter sido usada para dizer algo banal." Tradução livre de: "*Non mi nascondo che si sarebbe potuto usare un'espressione più chiara per dire una cosa piuttosto banale*". (Ibidem, p. 15). No mesmo sentido: trata-se de um "pensamento (inultilmente) complicado do teórico e sociólogo do direito". (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura**… Op. cit., p. 112, nota 38). Também: "ao menos por enquanto, penso que as dúvidas e as obscuridades ainda prevaleçam sobre os aspectos inovadores dessa ciclópica reconstrução sistêmica da sociedade." (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**: v. 3: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 292).

sanções positivas (prêmios e incentivos), mesmo que se teorize acerca da restrição do poder às sanções negativas. Além disso, a garantia de execução de uma sanção positiva depende do sentido próprio e específico do poder.[272]

Outra omissão registrada foram os precedentes históricos na doutrina jurídica e política relativa à ação do Estado quando emprega prêmios e não penas. Em "A educação de um príncipe cristão", Erasmo de Roterdã postula que, embora seja peculiar ao bom cidadão seguir o bem sem nenhum prêmio à vista, convém, todavia, também incentivar com prêmios o desejo pelo bem. A única observação de Bobbio diz respeito à diferença das ações estimuladas: enquanto Erasmo de Roterdã menciona ações militares, o Estado Assistencial do fim do século XX encoraja sobretudo no domínio da economia.[273] A obra "*Massa e potere*", de1981, de Elias Canetti, também poderia ter sido mencionada quando projeta, na relação entre o detentor de poder e o influenciado, a passagem da pena ao prêmio como passagem da selvageria à sociedade, embora se trate de uma sociedade desigual. Deveriam também constar entre as referências da teoria da função do Direito de Bobbio os estudos históricos de Serenella Armellini, em "*Saggio sulla premialità del diritto nell'età moderna*", de 1976, que reconstrói a teoria do Direito premial em Hobbes, Spinoza, Cumberland, Genovesi e Filangieri.

Em relação às críticas que sofreu acerca de sua teoria da função do Direito, Bobbio esclarece que não se questionou a sua revelação geral:

> Digo, de pronto, que nenhuma objeção foi levantada sobre a conclusão geral, que era o objetivo principal dos meus escritos acerca do assunto, da correspondência entre função promocional do Estado, característica do Estado social, e o aumento das técnicas premiais ou de incentivo, e nem mesmo [nenhuma objeção] sobre a consideração inicial, segundo à qual uma das diferenças do Estado social, em relação ao Estado liberal, consiste precisamente na passagem da função exclusivamente de garantia para a função de promoção.[274]

Bobbio pondera que as críticas à sua teoria da função possuem caráter analítico e miram sobre (i) as distinções entre planos diversos que deveriam ter sido realizadas, como a

---

[272] BOBBIO, Norberto. La funzione… Op. cit., p. 16.
[273] Ibidem, p. 17.
[274] Tradução livre de: "*Dico subito che nessuna obiezione è stata sollevata rispetto alla rilevazione generale, che era poi lo scopo principale dei miei scritti sull'argomento, della corrispondenza tra funzione promozionale dello stato, caratteristica dello stato sociale, e aumento delle tecniche premiali o d'incentivazione, e neppure rispetto alla considerazione iniziale secondo cui una delle caratteristiche dello stato sociale rispetto allo stato liberale sta proprio nel passaggio dalla funzione esclusivamente di garanzia alla funzione di promuovimento."* (Ibidem, p. 20).

distinção entre as duas funções (repressiva e promocional) ou a distinção entre as duas sanções (negativa ou positiva); e miram também sobre (ii) distinções que foram realizadas, mas são de pouca utilidade, como a diferença entre prêmios e incentivos.[275]

O doutrinador piemontês reconhece que cometeu a imprudência de ter se aventurado em uma floresta selvagem de onde ninguém conseguira sair vivo: a análise funcional e, em gênero, o funcionalismo; inclusive, assinala-se que o termo "função" poderia não ter sido utilizado, mas foi, e o seu significado remete a uma interpretação orgânica da sociedade: "Por "função" deve-se entender a prestação continuada que determinado órgão cumpre para a conservação e desenvolvimento conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte do inteiro organismo considerado como um todo."[276]

As primeiras objeções foram postas por Mario Jori, em um artigo de título eloquente, "*Esiste una funzione promozionale del diritto?*". Em primeiro lugar, este autor aponta um raciocínio de círculo vicioso, pois teria Bobbio definido a função promocional mediante as sanções positivas, e estas como possuidoras de uma função promocional. Bobbio reconhece que pode ter cometido o erro de definir a função promocional por meio do tipo de sanção, uma vez que seja possível a promoção também mediante uma sanção negativa ou pena.[277] No entanto, não há que se dizer de argumento circular com a definição de sanção positiva com a promoção: Bobbio definiu, repetidamente, as sanções positivas como prêmios ou incentivos, no lugar de penas ou desestímulos. Acerca de outro detalhe suscitado por Mario Jori, em relação a possíveis prêmios desagradáveis, como a nomeação a senador fascista dada a um não fascista, Bobbio elucida hipótese bem mais frequente de uma pena não ser considerada desagradável, como quando um morador de rua provoca a sua prisão para ter um teto. Bobbio observa, ainda, que tais críticas decorrem de certo empirismo exagerado, dentro do qual os cientistas sociais ficam impossibilitados de teorizar sobre qualquer assunto.[278]

O segundo ponto crítico suscitado por Mario Jori consiste na imprevisibilidade dos reais efeitos de uma norma quando ela é criada pelo legislador para promover certo

---

[275] "A recompensa incentiva, o incentivo facilita, a recompensa vem depois, após a ação ter ocorrido (como punição), o incentivo precede e acompanha a ação que você deseja incentivar (como o obstáculo." Tradução livre de: "*Il premio incoraggia, l'incentivo facilita, il premio viene dopo, ad azione avvenuta (come la pena), l'incetivo precede e accompagna l'azione che si vuole incoraggiare (come l'ostacolamento)*". (BOBBIO, Norberto. La funzione… Op. cit., p. 25).

[276] Tradução livre de: "*Per 'funzione' s'intende la prestazione continuata che un determinato organo dà alla conservazione e allo sviluppo secondo un ritmo di nascita, crescita e morte dell'intero organismo considerato come un tutto.*" (Ibidem, p. 20).

[277] É o caso das colaborações premiadas do Processo Penal.

[278] Ibidem, p. 21.

comportamento. O exemplo consiste na norma criada para promover habitação, mas o que promove é o enriquecimento dos empreiteiros. Bobbio, mais uma vez, entende que se trata de um caso-limite, que, se tomado como pressuposto, fica impossível teorizar acerca da sociedade. Por outro, essa imprevisibilidade também acomete a função repressiva e as sanções negativas quando, por exemplo, o legislador edita norma de proibição do uso de certas drogas e o efeito precípuo é a difusão do tráfico destas mesmas drogas.[279]

Mario Jori critica a terminologia funcionalista adotada por Bobbio ao observar que o uso do termo "função" se revela vago, ao passo que propõe substituí-lo pela análise dos objetivos, dos conteúdos e dos efeitos da norma. Bobbio responde a esta crítica ao considerar que o conceito de "função" responda aos mesmos critérios dos conceitos de objetivo, conteúdo e efeito da norma, sendo que, uma vez verificados o conteúdo, o objetivo e os efeitos promocionais das normas, ter-se-ia verificada também a função promocional desta mesma norma.[280]

Uma crítica sobre a qual Bobbio redobra suas atenções, visto que foi posta espontânea e contemporaneamente por Letizia Gianformaggio e Riccardo Guastini, atesta que o discurso sobre as sanções seja um discurso sobre técnicas jurídicas e não sobre funções, razão pela qual a abordagem da Teoria do Direito continua sendo baseada no terreno da teoria formal, ou seja, em sua análise estrutural. Bobbio admite a feição técnica das sanções, mas a elas atrela sempre um objetivo, isto é, toda técnica possui um objetivo e, por conseguinte, uma respectiva função. Bobbio introduziu o tema das sanções positivas em um problema mais amplo relativo às transformações do Estado e de suas finalidades, precisamente ao atrelar as sanções positivas como técnica específica do Estado Assistencial.[281]

Para afastar as críticas em relação ao termo "função", Bobbio especula o uso de outra expressão como "objetivo" ou "efeito":

> Se, para indicar a atividade que o Estado social desempenha por meio das sanções positivas, não queremos usar a expressão "função promocional", podemos encontrar outro termo. A questão não é de palavras, embora concorde com meus críticos que o usp de uma palavra invés de outra pode acarretar determinadas consequências.
> […]

[279] BOBBIO, Norberto. La funzione… Op. cit., p. 22.
[280] Ibidem, p.23
[281] Ibidem, p. 24.

> Não me contentei ao distinguir a função (ou o objetivo, ou o efeito) promocional.[282]

A respeito desta possibilidade de abandono do termo *função*, Gisele Mascarelli Salgado[283] assinala que Bobbio emprega um significado distinto daquele que costuma ser emprestado ao termo *função* pelo tradicional pensamento funcionalista da Sociologia.[284] Bobbio tem o objetivo de complementar a análise estrutural do Direito com a função da norma jurídica:

> Bobbio, quando trata da função do Direito, utiliza-se da estrutura formulada por Kelsen e, desse modo, só trata da função da norma. Essa estrutura tem como funções a promoção e a coerção que se manifestam na sanção positiva e negativa. Desse modo, a proposta de Bobbio de estudar a função do Direito parece ter ficado restrita a estudar a função da norma.[285]

Portanto, não obstante a obra referente a este assunto se intitule "Da estrutura à função",[286] não há que se dizer de uma mudança que suplante, nem supere, a linha funcional em detrimento da abordagem estrutural: "Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um completamento".[287]

Enfim, pensamentos críticos sociologistas à parte, no que concerne à Teoria Geral do Direito, Tercio Sampaio Ferraz Junior consente acerca dos avanços possibilitados pela teoria da função do Direito de Bobbio:

> Note-se que, nestas alturas, a teoria da Ciência do Direito, necessariamente, deu um passo adiante, pois, em vez de limitar-se ao estudo e análise da sanção negativa e dos conceitos daí decorrentes (obrigação, delito), é forçada a uma nova ordem de considerações. Em

---

[282] Tradução livre de: "*Se per indicare l'attività che lo stato sociale esplica mediante le sanzioni positive non vogliamo usare l'espressione 'funzione promozionale', troviamone un'altra. La questione non è di parole, anche se convengo coi miei critici che l'uso di una parola piuttosto che di un'altra possa avere determinate conseguenze. […] Non mi sono accontentato di distinguere la funzione (o lo scopo o l'effetto) promozionale.*" (BOBBIO, Norberto. La funzione… Op. cit., p. 24-25).

[283] A pesquisadora Gisele Mascarelli Salgado escreveu uma tese de doutorado bastante minuciosa a respeito do pensamento de Bobbio, na qual procura entender a passagem deste autor da Filosofia do Direito para a Filosofia da Política. Uma possível conclusão desta pesquisa aponta para o espaço da Política como mais propício para a ideia da função. (SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008).

[284] "Bobbio não aloca seus estudos de função do Direito em uma sociologia do Direito, mas sim o circunscreve à Teoria Geral do Direito". (Ibidem, p. 163).

[285] Ibidem, p. 259.

[286] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura**… Op. cit.

[287] LOSANO, Mario G. Prefácio… Op. cit., p. xli.

> primeiro lugar, a sanção não será mais "ameaça", mas também "promessa". Em segundo lugar, sendo também promessa (de facilitar ou premiar), inverte-se até mesmo a relação direito/dever em novas configurações extremamente importantes para a teoria jurídica, uma vez que, se a sanção é "ameaça", a relação direito/dever vai do sancionador (direito) para o sancionado (dever), mas, se é "promessa", do sancionado (direito) para o sancionador (dever de cumprir a promessa).[288]

E prossegue acerca das consequências deste pensamento de Bobbio:

> a) na tradição do Estado protetor e repressor, o jurista, encarando o Direito como um conjunto de regras dadas com função sancionadora e negativa, tende a assumir o papel de conservador daquelas regras que ele, então, "sistematiza e interpreta"; b) já na nova situação do Estado promocional, o jurista, encarando o Direito "também" como um conjunto de regras, mas em vista de uma função implementadora de comportamentos, tende a assumir um papel modificador e criador.[289]

Ao que importa ao *conflito de leis no espaço*, este instrumental teórico fornecido por Bobbio eleva o nível da compreensão acerca da evolução do modo de se conceber as normas de conflitos durante o século XX. A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que acrescentou o problema da função e das sanções positivas na Teoria Geral do Direito, também acrescentou[290] certa expansão axiológica aos cânones savignyanos da neutralidade ou assepsia das normas de conflitos. O ambiente das revoluções liberais pós-napoleônicas do século XIX propiciou o fortalecimento do Estado Liberal em detrimento do antigo regime. Savigny publicou o oitavo volume do seu "Sistema do Direito Romano atual" justamente em 1849, ou seja, um ano após o advento do maior foco das revoluções liberais do século XIX, a Primavera dos Povos.

Toda a constelação axiológica do Direito Internacional Privado referida no capítulo precedente se intensifica ao longo do século XX, ou seja, contemporaneamente ao alvorecer do Estado Social. Embora as normas de conflitos não adotem como ponto de partida a justiça material, é no seio do método conflitual que ocorre a interferência daqueles valores. Portanto, a função, no sentido empregado por Bobbio, das normas de conflitos haure seu significado da constelação axiológica do Direito Internacional Privado.

---

[288] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação: o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 7-18, p. 13-14.

[289] Ibidem, p. 15-16.

[290] Acrescentou, e não superou, no mesmo sentido que a ideia de função de Bobbio não superou a análise jurídica estrutural.

3.3 A estrutura e a função das normas de conflitos

Primeiramente, será levada em consideração a estrutura das normas de conflitos.

De acordo com Baptista Machado:

> a Regra de Conflitos destaca um elemento da situação de facto susceptível de apontar para uma, e apenas uma, das leis em concurso (leis interessadas). Este é o elemento de conexão (nacionalidade das pessoas, situação da coisa, etc.)… o conceito que na Regra de Conflitos designa a matéria, questão jurídica ou sector normativo relativamente ao qual é decisivo o elemento de conexão por essa mesma regra escolhido chama-se *conceito-quadro* […] São, pois, dois os elementos que se destacam na estrutura da Regra de Conflitos e por referência aos quais havemos de construir a teoria dessa regra: o *elemento de conexão* e o *conceito-quadro*. Exemplifiquemos com a regra contida no art. 45.º,1, do Código Civil: "A responsabilidade extracontratual […] é regulada pela lei do Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo": — *conceito-quadro*: a responsabilidade extracontratual; *elemento de conexão*: o lugar do facto danoso.[291]

No que se refere à consequência jurídica, enquadrada por Baptista Machado como um dos problemas da justiça do Direito Internacional Privado, têm-se que:

> "A consequência jurídica" própria do Direito de Conflitos traduz-se na "aplicabilidade duma determinada ordem jurídica estadual" à resolução de certa questão jurídica concreta de direito […] Trata-se, pois, duma consequência jurídica *sui generis* a que só por transposição de sentido podemos aplicar a designação de "consequência jurídica", visto ela, diferentemente do que acontece com a de Direito Material, não operar directamente e de per si alterações no domínio das situações jurídicas concretas (ou seja, efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de relações ou situações jurídicas).[292]

Em sentido semelhante, Ferrer Correia pontifica nos seguintes termos:

> A norma de conflitos é, pois, constituída de três partes: o *objeto da conexão*, o *elemento de conexão* e a *consequência jurídica*. O objeto (ou categoria) da conexão (aquilo que se conexiona ou conecta com determinada lei: a lei que no caso concreto for determinada pelo elemento de conexão da norma) é definido por meio de um conceito técnico-jurídico, o chamado conceito-quadro da regra de conflitos. É no âmbito traçado por tal conceito que opera a conexão escolhida pela norma, sendo esta conexão representada, como dissemos, por um dos elementos ou circunstâncias da factualidade concreta. Ao elemento de conexão cabe a tarefa de "localizar"

---

[291] BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 57-58.
[292] Ibidem, p. 43.

> a situação jurídica num espaço legislativo determinado: de a "situar", pelo que toca à valoração de tal ou tal dos seus aspectos ou perfis, no quadro de um certo sistema de direito. Quanto à consequência jurídica, por último, ela consiste justamente na declaração de aplicabilidade de preceitos jurídico-materiais da lei que for designada pelo elemento de conexão.[293]

Uma particularidade das normas de conflitos é que são indiretas,[294, 295] ou seja, não apresentam a solução da questão jurídica *per se*. Além disso, algumas delas podem também ser classificadas como normas qualificadoras, que não são indiretas, nem materiais, mas que colaboram com as normas indiretas, por exemplo, ao definir critérios para a determinação do domicílio como o local da residência habitual ou o lugar dos negócios. Enfim, têm-se as normas bilaterais, que admitem sua interpretação não só com foco nacional, mas são abertas, como, por exemplo: fazendo referência não ao brasileiro, mas à pessoa, como a disciplina da capacidade no art. 7º de nossa Lei de Introdução (capacidade pelas normas do domicílio).

Um aspecto essencial a se considerar é a repercussão que a teoria da Função de Bobbio opera sobre a análise estrutural da norma jurídica quando propicia o advento das sanções positivas, aquelas que não punem, mas incentivam e premiam: "Eu teria feito a distinção entre prêmios e incentivos pelo critério da estrutura, no sentido de que o prêmio seria um elemento da norma condicionada 'se fazes A, podes exigir X', e o incentivo, por sua vez, como um elemento de uma norma jurídica do tipo 'se queres Y, deves A'."[296]

Em síntese, no caso da sanção positiva do prêmio, a tipologia estrutural da norma segue o silogismo "se fazes *a*, podes requerer *x*"; já quando se tratar de incentivo, "se queres *y*, deves *a*".

Viu-se tanto em Baptista Machado quanto em Ferrer Correia que a consequência jurídica da norma de conflitos seja *sui generis* e represente a aplicabilidade de uma

---

[293] FERRER CORREIA, António. Op. cit., p. 179.

[294] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 278-282.

[295] Em sentido contrário, Baptista Machado entende que sejam diretas: "será a Regra de Conflitos uma verdadeira norma indirecta? A pergunta equivale a esta outra: resolve a Regra de Conflitos o *seu problema*, ou manda resolvê-lo através doutra norma? É que, por um lado, sendo o Direito de Conflitos *autónomo* em face do Direito Material, ele há-de ter a sua *questão* ou o seu *problema* específico; e, por outro lado, na remissão material de norma indirecta, o problema que resolve a norma *ad quam* é, como acabamos de acentuar, da mesma natureza que o problema que pretende resolver a norma de remissão. Ora, posta a questão nestes termos, a resposta não pode deixar de ser negativa. Pois a Regra de Conflitos responde directamente à questão que se lhe põe, *resolve directamente o seu* problema — e não o manda resolver pelas normas materiais das leis a que se refere. Nem isto se poderia dar, pois um problema de conflitos de leis não pode ser resolvido por normas materiais, que decidem questões doutra natureza. Será verdadeira norma indirecta, isso sim, aquela Regra de Conflitos que remeta para outra Regra de Conflitos". (BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 73-74).

[296] Tradução livre de: "*avrei distinto i premi dagli incentivi rispetto alla struttura nel senso che il premio sarebbe l'elemento di una norma condizionata del tipo 'se fai a, puoi (pretendere) x', e l'incentivo invece l'elemento di una norma tecnica del tipo 'se vuoi y, devi a'.*" (BOBBIO, Norberto. La funzione. Op. cit., p. 25).

determinada ordem jurídica. O fato operativo (produtor) da consequência jurídica da norma de conflitos é a conexão, uma vez que o Direito dos Conflitos seja pautado não pelos fatos mas pela localização dos fatos.[297]

A novidade da sanção positiva no Direito dos Conflitos exsurge da função de cooperação internacional, que é inerente ao objetivo do Direito Internacional Privado, para dizer com Celso Lafer.[298] No processo de localização da sede da relação plurilocalizada, o destinatário direto da norma de conflitos é o Estado, portanto, o Estado é incentivado a se inserir na comunidade internacional guiado por todos os princípios da constelação axiológica do Direito Internacional Privado. Ao conservar a tolerância em relação às diversas culturas jurídicas do mundo, na aplicação de seus Direitos quando isto for recomendado pelo método conflitual, o Estado é premiado — em verdade premia a si próprio, seja do ponto de vista da abertura aos interesses comerciais, seja por incrementar um ambiente de estabilidade institucional, seja pelo superávit democrático que preza pelo pluralismo dos costumes como uma prática cosmopolita.

A fim de esboçar uma teoria das normas de conflitos, Gustavo Ferraz de Campos Monaco[299] se vale da classificação de Bobbio em relação às normas primárias e secundárias (ou de segundo grau), de acordo com a qual as normas primárias tradicionalmente "estabelecem o que se deve e o que não se deve fazer"[300] enquanto as normas secundárias sejam normas relativas a outras normas. Sobre tais normas relativas a outras normas, Bobbio se refere às "Disposições sobre a lei em geral"[301] do Código Civil italiano, equivalente à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja função "é de fato a de estabelecer alguns critérios com base nos quais possam ser distinguidas as normas que pertencem ao sistema das normas que não pertencem. Podemos chamá-las de normas pela identificação das normas que constituem o sistema".[302]

Bobbio assinala que o primeiro requisito da constatação de um sistema consiste na indicação das condições a serem atendidas para o pertencimento dos integrantes e das normas neste mesmo sistema. Trata-se das "normas para identificação das normas do sistema", que se representam em três possibilidades:

---

[297] BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 44-45.
[298] LAFER, Celso. Prefácio a Gustavo Monaco. Op. cit.
[299] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 165.
[300] BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Barueri, SP: Manole, 2015, p. 177.
[301] Tradução livre de: "*Disposizioni sulla legge in generale*".
[302] BOBBIO, Norberto. **Estudos**… Op. cit., p. 187.

> *a)* as assim denominadas normas sobre as fontes, ou seja, as normas que indicam quais são os fatos ou os atos aos quais se atribui o poder de produzir normas pertencentes ao sistema; *b)* as normas que estabelecem dentro de quais limites de espaço e de tempo podem ser consideradas pertencentes ao sistema as normas produzidas pelas fontes autorizadas (trata-se das normas sobre validade das leis no tempo e no espaço); *c)* as normas sobre a interpretação e sobre a aplicação nas normas consideradas pertencentes ao sistema com base nos critérios sub *a* e sub *b*.[303]

Finalmente, acerca da função das normas de conflito, Ferrer Correia leciona que:

> Ao Direito Internacional Privado compete organizar a tutela das relações jurídicas plurilocalizadas. São relações estas que, exactamente em virtude de pertencerem a diversos espaços legislativos, se encontram numa situação de particular instabilidade. É função do Direito Internacional Privado reduzir essa instabilidade ao mínimo possível.[304]

Por outro lado, Baptista Machado[305] entende que "a função de conexão [localização da sede das relações plurilocalizadas] é a função típica na norma do Direito Internacional Privado".

Weller[306] trata da função do Direito Internacional Privado. Neste texto, provoca-se já nas primeiras linhas ao cogitar o declínio do Direito Internacional Privado em favor do Direito Processual, mas em, sua conclusão, acaba por exortar a disciplina conflitual. Seu artigo procura demonstrar uma mudança de função do Direito Internacional Privado clássico, relacionada ao dever de coordenação interestatal, para o Direito Internacional Privado contemporâneo, cuja função remeteria à valorização da pessoa e de sua liberdade por meio de conexões politicamente impregnadas e unilaterais. Este texto suscita alguns comentários desde já respeitosos.

Não há o que se discutir em relação ao objetivo de ordenação pela coordenação do modelo clássico, savignyano. Tampouco merece maiores comentários o fato de o Direito dos Conflitos hodierno focalizar suas atenções no ser humano e em sua liberdade. Como já foi mencionado,[307] o método conflitual antecedeu em muitos séculos o constitucionalismo e o Direito Internacional Público na proteção do ser humano quando oferecia tutela jurídica às situações constituídas fora dos limites territoriais das unidades políticas ao longo da História (em síntese: cidade-estado, feudo e Estado), e, bem ou mal, vem protegendo o estrangeiro.

---

[303] BOBBIO, Norberto. **Estudos**… Op. cit., p. 188.
[304] FERRER CORREIA, António. Op. cit., p. 31.
[305] BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 44.
[306] WELLER, Marc-Phillipe. Op. cit., p. 366.
[307] VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 291.

Quanto à consideração da liberdade, pelo menos desde o século XVI o estatutário Charles Dumoulin aborda a autonomia da vontade e as suas manifestações "das quais um é o Estatuto do lugar em que foi feito o contrato; outras, os domicílios antigos ou recentes dos contraentes".[308]

Quanto às conexões politicamente impregnadas, diz-se que:

> O DIP [Direito Internacional Privado], todavia, não é apenas desafiado por este enfoque pós-moderno no indivíduo, mas também por conexões politicamente impregnadas. Estas contrastam com a construção internacionalprivatística clássica, que colocava o Direito estrangeiro em plano de igualdade de tratamento. O DIP [Direito Internacional Privado] tomava por isso uma atitude de neutralidade quanto às ordens jurídico-materiais interna e estrangeira, ao formular conexões bilaterais. Mas o papel do DIP [Direito Internacional Privado] enquanto mediador neutro vai sendo crescentemente abandonado, tanto pelo legislador alemão como europeu. No interesse dos cidadãos nacionais, os elementos de conexão das regras de conflitos mais recentes são cada vez mais escolhidos de modo a que valores nacionais ou europeus sejam afirmados logo ao nível da conexão. Podemos aqui falar de conexões material e politicamente impregnadas.[309]

Para iniciar o comentário deste trecho, pode-se mencionar o brocardo "a virtude está no meio", ou se pode dizer que, "quando não se peca pela escassez, pode-se pecar pelo excesso". Assim, se de um lado a superação da neutralidade do Direito dos Conflitos é um fato consumado, de outro lado vincular as conexões conflituais com "os interesses dos cidadãos nacionais" recai em uma impropriedade axiomática, ou pelo menos expressa aquele paroquialismo lexforista de uma tradição inadmissível nos países de Direito codificado. Seja por razões filosóficas (como a relatividade do conteúdo do justo), seja por razões antropológicas (como o fato da diversidade das culturas e o problema do etnocentrismo), seja por razões políticas (em nome da abertura imprescindível a uma sociedade democrática), seja por razões sociológicas (pois contrariamente ao que diz o texto),[310] não se pode pressupor que o imigrante queira romper com sua cultura original — o que é corroborado principalmente por razões jurídicas da tradição de séculos do Direito

---

[308] VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968 p. 112.
[309] WELLER, Marc-Phillipe. Op. cit., p. 385.
[310] "[…] ela [a designação da lei nacional] dificulta o corte do imigrante com a sua antiga pátria, bem como, inversamente, a sua ativa participação na cultura jurídica do Estado de acolhimento". (Ibidem, p. 380). Em sentido oposto: "É emblemático que, como mostram alguns estudos sociológicos, os emigrantes sejam mais fiéis às tradições e convenções culturais de origem do que seus compatriotas que não emigraram" Tradução livre de: "*È emblematico il fatto che, come dimostrano alcuni studi sociologici, gli emigranti siano più fedeli alle tradizioni e convenzioni culturali d'origine di quanto lo siano i connazionali in patria*." (CAMPIGLIO, Cristina. Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 94, n. 4, p. 1.029-1.064, 2011, p. 1.039).

Internacional Privado, Direito da tolerância por excelência, segundo o qual o espaço para o controle valorativo é a etapa conflitual de incidência do princípio da ordem pública, repise-se, uma ordem pública tolerante às diferenças.

O pragmatismo de Weller — quando, por exemplo, menciona a sobrecarga do sistema judicial causada pela averiguação do Direito estrangeiro,[311] é um típico cavalo de troia cujo ventre abriga o pernicioso chauvinismo do tipo "*kill the messenger*". Há de existir um caminho do meio que acomode (i) as tensões do cotidiano judiciário de um Estado repleto de imigrantes e (ii) a técnica de um conhecimento consolidado há muitos séculos. Aqui se faz eco às lições de Gustavo Ferraz de Campos Monaco, que em suas aulas costuma advogar pela criação de varas especializadas assim como tem acontecido com o Direito Empresarial.

Enfim, se restava alguma dúvida acerca da característica paroquial do Direito Internacional Privado contemporâneo proposto no texto de Weller, fica evidente o desvalor lexforista quando propõe a unilateralização das regras de conflito. Para abordar este assunto, é necessário abrir outro flanco nesta discussão, mas continuando o debate sobre a *função* da norma de conflitos.

Baptista Machado e Ferrer Correia também utilizam o termo *função* para mencionar o problema da bilateralidade da norma de conflitos,

> isto é, se lhe compete definir apenas o âmbito de aplicação do ordenamento material do foro, ou se lhe compete apenas determinar a aplicação de direitos estrangeiros, mas não do do foro, ou se, diversamente, lhe cabe determinar tanto aplicação deste como daqueles, e em que termos.[312]

A doutrina da função bilateral possui duas vertentes[313]:

I. A concepção tradicional, segundo a qual a norma de conflitos se direciona seja ao ordenamento do foro, seja aos ordenamentos estrangeiros para indicar a aplicação das normas de qualquer ordenamento de acordo com o elemento de conexão;
II. A outra vertente entende que a norma de conflitos, além de dever indicar a aplicação da lei do ordenamento estrangeiro, deve indicar a aplicação do ordenamento do foro apenas quando for relação jurídica plurilocalizada.

---

[311] "Mas a designação da lei nacional tem também um reverso: ela conduz, em especial nos Estados de imigração, a uma "sobrecarga dos escassos recursos do sistema de justiça", quando este tenha que averiguar e aplicar direito estrangeiro a uma parte significativa da população." (WELLER, Marc-Phillipe. Op. cit., p. 380).
[312] BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 66.
[313] Ibidem, p. 66.

A função bilateral das normas de conflito se contrapõe à unilateralidade, que, por sua vez, também se divide em duas possibilidades:

I. O unilateralismo extroverso: a norma de conflitos restringiria a incidência das leis materiais do foro indiretamente, apenas quando for indicada a aplicação do Direito estrangeiro;
II. O unilateralismo introverso: a função exclusiva da norma de conflitos é de restringir o âmbito de incidência das leis materiais do foro.

Baptista Machado[314] é adepto da posição da hipótese (II) da função bilateral por dois motivos: primeiro porque apenas os casos plurilocalizados devem interessar à norma de conflitos, e depois porque, dentre outras coisas, a concepção bilateralista põe o Direito do foro e o Direito estrangeiro no mesmo patamar hierárquico, em consideração ao princípio da igualdade de tratamento do Direito do foro e dos Direitos estrangeiros. No entanto, o normal é a coexistência de normas de conflitos de função bilateral e unilateral, até porque a função unilateral pode conferir mais segurança à harmonia jurídica internacional,[315] e também porque a norma de conflitos unilateral pode ser bilateralizada.[316]

Pode ser feito um paralelo entre as funções unilateral e bilateral da norma de conflitos com a ótica da disciplina. Quanto à ótica do Direito Internacional Privado, pode ser multilateralista (comprometida com a localização do centro de gravidade da relação jurídica), ou pode ser unilateralista (modo ensimesmado de indicação do Direito material do foro). Assim, a norma de conflitos unilateral atende à ensimesmada ótica unilateral, pois a pergunta que pressupõe é "quando se aplica a lei do meu Estado?"; já a norma de conflitos bilateral se relaciona com a ótica multilateralista do Direito Internacional Privado, pois procura responder à pergunta "qual lei se aplica a tal ou qual relação jurídica?".[317]

Enfim, voltando ao texto de Weller, apesar da qualidade do pensamento analítico, sua ideia de Direito Internacional Privado contemporâneo dialoga com uma lógica pouco iluminada pela constelação axiológica do Direito Internacional Privado.

---

[314] BAPTISTA MACHADO, João. **Lições**… Op. cit., p. 68-69.
[315] FERRER CORREIA, António. Op. cit., p.174.
[316] "[…] se o Direito Internacional Privado francês determina a aplicação da lei francesa para os franceses em matéria de estado e capacidade, resulta que os tribunais franceses devem aplicar a lei alemã para o indivíduo de nacionalidade alemã, e a lei inglesa para o estado e a capacidade do cidadão inglês." (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 285).
[317] Ibidem, p. 283.

E, para concluir sobre a função da norma do Direito dos Conflitos contemporâneo, deve-se permanecer sobre os ombros do gigante[318] Savigny em relação ao modelo de coordenação dos ordenamentos estatais, sobretudo porque é nos Estados que ainda hoje jazem as diversidades culturais e se organizam os povos, e, também pelo viés prático, são os Estados os mais habilitados a garantir suas respectivas proteções. Diz Lafer[319] que a função da cooperação internacional é inerente ao objetivo do Direito Internacional Privado. A indicação do princípio da cooperação faz dela a estrela-d'alva daquele céu, sobre o qual pairam os outros valores da constelação. O princípio da cooperação influencia o instrumental da coexistência harmoniosa, uma vez que "existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado",[320] para falar com Canotilho.

Esta sua função promocional de cooperação internacional surge do intrínseco conceito de alteridade constante no Direito dos Conflitos, e esse conceito de alteridade pousa fundamento na tolerância. Vale frisar que o significado do princípio da cooperação internacional, como função do Direito Internacional Privado, é *distinto* do que se depreende no âmbito do Direito Internacional Público. Quer dizer, enquanto no contexto do Direito Internacional Público o princípio da cooperação internacional tem como conteúdo a mútua colaboração entre os Estados,[321, 322] assinala-se que, no seio do Direito Internacional Privado, o princípio da cooperação internacional é impregnado pelo valor da tolerância em relação ao estrangeiro. Quanto à neutralidade da norma de conflitos, trata-se de uma ideia superada. Entretanto, os valores influenciadores de tais normas devem preservar o sentido tolerante da disciplina conflitual, que é acomodar estavelmente a convivialidade entre os atores internacionais pela iluminação da constelação axiológica do Direito Internacional Privado.

---

[318] Brocardo *nanos gigantum humeris insidentes*, comumente atribuído a Isaac Newton: "[…] se eu vi mais, é por estar nos ombros de gigantes" Tradução livre de: "*[...] if I have seen further, it is by standing on the shoulders of giants*". (NEWTON, Isaac. **Letter to Robert Hooke**, 5 fev. 1675. Disponível em: https://digitallibrary.hsp.org/index.php/Detail/objects/9792. Acesso em: 28 nov. 2019).

[319] LAFER, Celso. Prefácio a Gustavo Monaco. Op. cit., sem página.

[320] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p.90.

[321] LAFER, Celso. **Paradoxos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 71.

[322] LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, Direitos Humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 26.

4 OS CONFLITOS DE CULTURAS

> Enfim, são coisas que podem ser ou podem não ser, só que Zé Popó […] percebeu um bulício esquivo nos matos, qualquer coisa viva se agitando — e, não soube por quê, achou que era coisa de Oxóssi, achou até que havia um presságio nas nuvens, que o santo queria avisá-lo de alguma coisa. Ainda mais sendo o dia da semana consagrado a ele, o dia em que — Zé Popó também era obrigado a reconhecer — lhe acontecia a maior parte dos momentos decisivos. Mas estaria aqui mesmo, esse orixá? Que vinha fazer tão longe de seus terreiros e de seu povo, aqui onde não há orixás, mas outras entidades, monstros de cabeças de boi e corpo de serpente com rabo de navalha, segundo contam os homens destas paragens, bem como os argentinos e os orientais? Bem verdade que, diziam os negros vindos mais recentemente da África, Oxóssi era um orixá muito brasileiro, bem mais brasileiro do que africano, pois lá na África se perdia no meio de mais de trezentos outros e muita gente nem se lembrava dele. Assim, não era improvável que tivesse acompanhado seus filhos brasileiros até aqui, para lutar ao lado deles e protegê-los […] Chegou a ter a sensação de que via as linhas mortais traçadas pelas balas e se esquivava delas, não acreditou que jamais pudesse ser atingido e de repente se defrontou com o primeiro paraguaio que jamais encontrara em sua vida — um rapagão forte, com cara de índio, que não sabia o que fazer em cima de seu cavalo aflito, sem lança e sem espada.[323]

Assim se inicia o capítulo 14 do romance "Viva o povo brasileiro", epopeia épica da lavra de João Ubaldo Ribeiro. Trata-se do contexto da Batalha de Tuiuti, em 1866, a mais sangrenta da Guerra do Paraguai. Neste capítulo, narra-se a interferência dos orixás baianos em favor de seus filhos contra as entidades que reinavam naquela região do Paraguai. É travado um conflito entre a cultura do Candomblé baiano e a cultura religiosa das entidades protetoras dos índios paraguaios à moda homérica da rapsódia 14 da "Ilíada", quando os deuses gregos intervinham nas batalhas no decorrer da Guerra de Troia.[324]

Por outro lado, em seu texto "Sobre a liberdade", Stuart Mill[325] descreve o conflito de concepções entre cristãos e muçulmanos sobre o hábito de comer carne de porco:

> nada no credo ou na prática dos cristãos contribui mais para acirrar o ódio dos muçulmanos contra eles do que o fato de comerem carne de porco. Há poucos atos que os cristãos e os europeus encarem com mais sentido nojo do que o nojo com que os muçulmanos encaram este modo particular de satisfazer a fome. É, em primeiro lugar, uma ofensa contra a sua religião; mas esta circunstância não explica de modo algum quer o grau quer o tipo de repugnância; pois o vinho é também proibido pela sua religião, e bebê-

---

[323] RIBEIRO, João Ubaldo. **Viva o povo brasileiro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011 [1984], capítulo 14.
[324] É assim que João Ubaldo Ribeiro comenta em entrevista: PEREIRA, Rogério; CARDOSO, Fabio Silvestre. Maluco inteligente. **Rascunho**, n. 102, maio 2012. Disponível em: http://rascunho.com.br/maluco-inteligente. Acesso em: 19 dez. 2019.
[325] MILL, John Stuart. Op. cit., capítulo 4.

> lo é tido por condenável por todos os muçulmanos, mas não nojento. A sua aversão à carne do "animal sujo" reveste-se, pelo contrário, desse caráter peculiar, assemelhando-se a uma repulsa instintiva; uma repulsa a que a ideia de sujidade, a partir da altura em que se incorpora plenamente nos sentimentos, parece sempre dar origem, até naqueles cujos hábitos são escrupulosamente asseados; e uma repulsa de que o sentimento de impureza religiosa, tão intenso entre os hindus, constitui um exemplo notável.

Continuando sobre o conflito de concepções acerca de hábitos culinários, Karen Blixen, em seu conto "A festa de Babette",[326] relata a experiência da personagem parisense Madame Babette Hersant, chefe de cozinha refugiada na Noruega por conta das turbulências da Comuna de Paris de 1871. Durante seu refúgio, em um episódio que antecedia à preparação de um *potage à la tortue*,[327] o conto traz a seguinte passagem:

> O jovem sorriu para ela conforme erguia um objeto grande, indefinível, do carrinho. À luz do lampião, parecia um tipo de pedra verde-escura, mas ao ser pousada no chão da cozinha, subitamente pôs para fora uma cabeça em forma de serpente e moveu-se ligeiramente de um lado a outro. Martine já vira desenhos de tartarugas e chegara até a possuir uma tartaruga de estimação, quando criança, mas aquela coisa era de um tamanho monstruoso, terrível de se olhar. Retrocedeu da cozinha sem emitir uma palavra. Não ousava contar à irmã o que vira. Passou a noite praticamente insone; pensava no pai e sentia que justo na noite de seu aniversário ela e a irmã cediam sua casa para um sabá de bruxas. Quando enfim pegou no sono, teve um sonho terrível, em que via Babette envenenando os velhos irmãos e irmãs, Philippa e ela própria.

Os três exemplos acima ilustram algo em que a tradição de séculos do Direito Internacional Privado é especialista: lidar com as diferenças de concepções culturais. Nesta seção, as diferenças culturais no âmbito do Direito Internacional Privado serão abordadas pelos problemas da diversidade linguística, da tradução, dos conflitos de culturas e da estética.

4.1 A diversidade linguística

Na palestra inaugural dos cursos de Direito Internacional Privado da Academia da Haia, em 2015, Erik Jayme assinalou que a língua materna de uma pessoa consiste em um elemento essencial de sua identidade cultural. Neste sentido, pode-se suscitar a seguinte

---

[326] BLIXEN, Karen. **A festa de Babette**. São Paulo: Cosac Naify, 2014, capítulo "VII. A tartaruga".
[327] Sopa de tartarugas.

questão: qual é o papel desse idioma no Direito Internacional Privado na determinação do Direito aplicável às relações jurídicas da pessoa?[328] Em geral, as pessoas têm a liberdade para usar, em seus negócios, o idioma que lhes aprouver. Haveria, assim, um princípio da liberdade linguística. Em alguns países, como na Suíça, essa liberdade é considerada um Direito Fundamental. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 22, tutela a diversidade cultural, religiosa e linguística, e, portanto, também o idioma falado pelas pessoas.

Alguns sistemas legais protegem seus nacionais para que os contratos celebrados sejam redigidos em seu idioma nacional. Por exemplo, a lei polonesa impõe, a princípio, o uso da língua polonesa se uma parte do contrato for um trabalhador ou consumidor de nacionalidade polonesa. Por um lado, a língua nacional também é um assunto de Direito Público, especialmente em relação ao Direito Constitucional dos Estados. O artigo 2º da Constituição francesa estabelece o idioma francês como língua da República. A própria língua nacional também pode repercutir no Direito Civil, porque um Estado pode impor sua língua nacional para certos atos da vida civil. Desta forma, a lei francesa de 4 de agosto de 1994, sobre o uso da língua francesa, estabelece no artigo 2º que o uso do francês é obrigatório para a designação, fornecimento, apresentação de bens, produtos e serviços, bem como em anúncios destinados ao público.

Há também, pelo contrário, leis que privilegiam a língua dos imigrantes para certos tipos de contratos. Por exemplo, uma solução proposta na Califórnia, no artigo 1.632, letra "b" do Código Civil:

> Qualquer pessoa envolvida em um comércio ou negócio, e se expressa originalmente em espanhol, chinês, tagalo, vietnamita ou coreano, oralmente ou por escrito, durante a celebração de qualquer dos itens a seguir, deverá entregar à outra parte o contrato ou acordo e antes da execução do mesmo, uma tradução do contrato ou acordo no idioma em que o contrato ou acordo foi negociado, que inclui uma tradução de todos os termos e condições desse contrato ou acordo.[329]

---

[328] JAYME, Erik. Les langues et le Droit International Privé. **Recueil des Cours**. The Hague; Boston; London: Martius Nijhoff, v. 381, 2015, p.21.

[329] Tradução livre de: "*(b) Any person engaged in a trade or business who negotiates primarily in Spanish, Chinese, Tagalog, Vietnamese, or Korean, orally or in writing, in the course of entering into any of the following, shall deliver to the other party to the contract or agreement and prior to the execution thereof, a translation of the contract or agreement in the language in which the contract or agreement was negotiated, which includes a translation of every term and condition in that contract or agreement.*"

Na Europa, deve-se distinguir as 24 línguas oficiais da União Europeia e as 26 línguas oficiais dos Estados-membros da União, incluindo o luxemburguês e o turco, este último para o Chipre. Em casos plurilocalizados, idiomas estrangeiros também podem ser levados em consideração — como exemplo, veja-se o n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento Europeu relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial, de 13 de novembro de 2007, que prevê a recusa em aceitar o ato:

> […] se este não estiver redigido ou não for acompanhado de uma tradução numa das seguintes línguas:
> a) Uma língua que o destinatário compreenda;
> ou
> b) A língua oficial do Estado-Membro requerido ou, existindo várias línguas oficiais nesse Estado-Membro, a língua oficial ou uma das línguas oficiais do local onde deva ser efetuada a citação ou notificação.

O idioma utilizado para as notificações judiciais possui uma grande importância na prática internacional, especialmente se ambas as partes desejarem ajuizar uma ação judicial nos seus respectivos domicílios. A notificação da ação pode determinar o momento da litispendência[330] de uma ação e, assim, a prioridade dos procedimentos. Como um Tribunal de primeira instância na Alemanha decidiu, se ambas as partes, uma alemã e outra italiana, ajuízam uma ação judicial em relação ao mesmo fato em seus respectivos países, e a parte italiana se recusa a receber a notificação da ação alemã por desconhecer o idioma alemão, o Tribunal alemão perderá jurisdição em favor do Tribunal italiano.

Há também Estados que reconhecem várias línguas nacionais. Na África do Sul, o artigo 6º da Constituição deste Estado contém, em cinco parágrafos, uma longa lista de idiomas do país, entre os quais onze línguas oficiais da República. Desta forma, é possível a ocorrência de conflitos entre idiomas mesmo no âmbito do Direito interno desses Estados. Por exemplo, o artigo 3º da Constituição espanhola faz uma distinção entre a língua castelhana, como idioma oficial para todos os espanhóis, e outras línguas faladas nas comunidades autônomas cujo uso é reconhecido como cooficial e territorialmente limitado.

---

[330] Gustavo Ferraz de Campos Monaco critica o conceito de litispendência internacional: "embora, em tese, litispendência [internacional] nunca haja na medida em que as lides penderiam de julgamento em jurisdições estatais diversas, isoladas uma relativamente à outra, não havendo como resolver logicamente a pluralidade de foros atuados em favor de um ou de outro, a menos que exista algum acordo de cooperação judiciária internacional entre os estados envolvidos". (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de Direito Internacional Público ou de Direito Internacional Privado harmonizado? **Revista Internacional d'Humanitats**, v. 41, p. 19-26, 2017, p. 22).

Em relação a teoria do Direito Internacional Privado, deve-se mencionar Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888). Em particular, ele realizou o discurso inaugural acerca do Direito Internacional Público e Privado, em 1851, na Universidade de Turim, sob o título "Da nacionalidade como fundamento do Direito das Gentes", e explicou a gênese da nação e os fatores essenciais para a construção de uma nação. Dentre esses fatores, figura principalmente a língua. Após a transformação da nação italiana no Estado da Itália, Mancini foi o autor e redator da lei que precedeu o Código Civil italiano de 1865, que continha normas conflituais. No centro das novas normas bilaterais de conflito de leis encontra-se a pessoa a quem a sua lei nacional é aplicada em relação a seu estatuto pessoal. Desta forma, a nacionalidade como elemento de conexão disseminou-se por vários Estados da Europa continental, como Alemanha, Grécia, Espanha e Portugal. A França já conhecia esse princípio consagrado no art. 3º, alínea 3ª, do seu Código Civil de 1804, cuja redação declara: "As leis concernentes ao estado e à capacidade das pessoas regem os franceses, mesmo residentes no exterior".

Neste sentido, Erik Jayme defende que a língua materna de uma pessoa possa ser enquadrada como elemento de conexão subsidiário para a determinação da lei aplicável[331] e para a aplicação de regras materiais relativas ao uso de idiomas.[332] Um caso particularmente interessante para compreender tal raciocínio é a questão da dupla nacionalidade de uma pessoa natural. Como exemplo, imagine-se que, ainda durante a prevalência da nacionalidade como elemento de conexão, uma família oriunda da ex-Iugoslávia viva há quarenta anos na Alemanha. Quando o pai vem a falecer, surge a necessidade de determinar a lei aplicável à sucessão. A Iugoslávia não existe mais e o falecido pertence à minoria sérvia que hoje vive no Kosovo. No momento de sua morte, ele possuía duas nacionalidades, a nacionalidade sérvia e a nacionalidade kosovar.

Para determinar qual é a nacionalidade efetiva, ou a mais efetiva, normalmente se adota um critério territorial, ou seja, onde a pessoa vive ou viveu. Mas, se a pessoa reside em um terceiro Estado, é necessário encontrar outro critério. Neste caso, o falecido falava sérvio e não sabia falar albanês (um dos idiomas oficiais do Kosovo). Desta forma, a lei aplicável à sucessão deveria ser o Direito sérvio, e o Tribunal decide que a língua materna seria o critério decisivo para determinar a lei aplicável em matéria sucessória.[333]

---

[331] Diante do domicílio ou da residência habitual como elemento de conexão, pode-se dizer que o idioma constitua um critério para a definição da nacionalidade mais efetiva.
[332] JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 26.
[333] LG Baden-Baden, 28 novembre 2014 – 4 O 6/13 apud JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 26.

A atual prevalência da residencial habitual como elemento de conexão suscita outras questões. Estes problemas dizem principalmente respeito a filhos de pais separados ou divorciados que vivem em países diferentes. Nestas situações, têm-se a igualdade e a corresponsabilidade em relação ao papel dos genitores e um incentivo à residência alternada da criança, a fim de se manter igual vínculo entre os genitores. Esta questão repercute nos grupos migratórios, como os Rom, que falam romani, e muitas vezes mudam de residência.

Vale citar uma decisão[334] do Tribunal de Justiça de União Europeia, de 2 de abril de 2009, relativa à determinação da residência habitual de uma criança para indicar a jurisdição em questões de responsabilidade parental. As crianças em questão tinham vínculos residenciais com a Suécia e com a Finlândia. O Tribunal formulou, no que diz respeito ao conceito de residência habitual, a seguinte definição: a noção de residência habitual deve ser interpretada na medida em que esta residência corresponde ao local que representa certa integração da criança em um ambiente social e familiar. Para esse fim, deve-se considerar particularmente a duração, a regularidade, as condições e os motivos da permanência no território de um Estado-Membro e a mudança da família nesse Estado, a nacionalidade da criança, o local e as condições escolaridade, *conhecimento linguístico* e relações familiares e sociais mantidas pela criança no referido Estado.

Portanto, foi necessário considerar, entre outros fatores, se as crianças falavam sueco ou finlandês, ou qual dos dois idiomas eles falavam melhor, para verificar em que país eles tinham sua residência habitual, critério de vinculação da jurisdição em matéria de responsabilidade parental.

O mesmo método foi seguido pelo Tribunal Superior de Justiça do estado federado de Berlin (*Kammergericht*).[335] O objetivo era determinar o poder jurisdicional sobre uma sucessão. O falecido viveu na Alemanha perto da fronteira, mas ele trabalhou na Polônia. Foi decidido que sua residência habitual era na Alemanha, pois o falecido não falava polonês. Assim sendo, mais uma vez, o idioma falado pelas pessoas se torna um elemento de conexão subsidiário, em caso de dúvida, para determinar a lei aplicável ou a jurisdição competente.

---

[334] Erik Jayme deixou de fazer a referência em nota de rodapé deste caso, mas consta no seu texto na página 28. (JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 28).

[335] KG, 26 avril 2016, ZErb 2016, 199 f = FamRZ 2016, 1203, note Peter Mankowski, apud JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p.28.

No que se refere ao Direito dos contratos internacionais, a lei aplicável costuma ser determinada pela escolha das partes.[336] Essa escolha pode ser expressa ou tácita. Quer dizer, na modalidade tácita, pode-se deduzir de certos elementos do contrato que as partes queriam — claramente — escolher uma certa lei como lei aplicável ao seu contrato. Em um caso[337] decidido pelo Tribunal Federal da Alemanha, dois estudantes alemães fizeram um estágio na África do Sul. Chegando a este país, eles alugaram um automóvel, sem levar em conta que o tráfego de carros transcorre na parte esquerda da rua na África do Sul (volante do lado direito do veículo). Um dos alunos causou um acidente que resultou em ferimentos graves ao outro aluno. A lei penal aplicável era a lei da África do Sul, mas a questão era se os dois estudantes haviam feito um acordo entre si, ao alugar o carro juntos sem seguro privado — na África do Sul o seguro não é obrigatório —, no sentido de uma limitação de responsabilidades recíprocas em caso de acidente. O Tribunal decidiu que a lei aplicável a esse acordo era a lei alemã, porque as partes falavam alemão, fato que induz uma escolha tácita da lei alemã para regular as relações entre eles. Assim, mais uma vez, diante de uma dúvida, o idioma falado se consolida como um elemento de conexão subsidiário: é um fator a partir do qual a escolha tácita da lei aplicável pode ser inferida.

Outra situação relevante ocorre quando o contrato está escrito em um idioma que apenas uma parte entende. Trata-se do problema conhecido como o *risco linguístico*. Surge a questão de saber se a parte que não conhece o idioma do contrato, mas que assinou o documento, é obrigada a cumprir todas as obrigações deste contrato, embora não se tenha estabelecido que a parte conhecedora do idioma fosse obrigada a explicar o teor do contrato no idioma da outra parte, talvez por meio de um tradutor. Geralmente, o risco linguístico é suportado pela pessoa que assinou o contrato apesar de não entender perfeitamente o seu conteúdo. Na *common law*, existe o dever de ler, naquele sistema denominado de *duty to read*.

O Tribunal Federal de Direito do Trabalho alemão já decidiu assim no caso[338] de um trabalhador português que assinou um contrato em alemão. O Tribunal considerou que o

---

[336] Dolinger e Tiburcio se referem como uma questão defasada no Brasil, onde ainda se discute a possibilidade de autonomia conflitual no Direito dos contratos internacionais: "Importante decisão do STJ de 2016, que se espera seja o marco inicial da superação definitiva de nosso atraso na matéria, reconheceu a possibilidade de que as partes de contrato internacional escolham a lei aplicável a seus contratos. STJ, *DJ* 12.08.2016, REsp 1.280.218/MG, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze: '2. Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, *in casu*, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (Lei do Estado de Nova Iorque – Estados Unidos da América)." (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 366).
[337] BGH, 10 février 2009, NJW 2009, 1482 ss, apud JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 29.
[338] BAG, 19 mars 2014, IPRax, 2015, p. 562, apud JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 30.

próprio trabalhador português tinha a obrigação de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, mesmo graças a um tradutor. Pode-se criticar esta decisão pela ausência da ideia de se proteger, a parte mais fraca do contrato. Além disso, era um contrato baseado em condições gerais pré-formuladas. Já em 1957, uma Corte Federal dos Estados Unidos havia protegido um passageiro alemão contra condições que continham uma cláusula de limitação de responsabilidade de uma companhia de navegação marítima: o *Fricke v. Isbrandtsen Company*[339] é um caso histórico, porque o passageiro é descrito como inteiramente "inconversante" com o inglês (*entirely unconversant with English*), sem nenhum conhecimento da língua inglesa.

O risco linguístico é característicos de muitos casos plurilocalizados; frequentemente diz respeito a trabalhadores estrangeiros que entram nos países industrializados e sem dominar o idioma deste país. Hoje em dia, também os refugiados que chegam à Europa Central se deparam em situações de risco linguístico. Há algum tempo já se vem propondo a criação de uma regra especial de conflitos para abrandar o risco linguístico para pessoas vulneráveis, especialmente na área de defesa do consumidor, no sentido da superação da neutralidade do Direito dos Conflitos.[340]

Na Europa, há um regulamento relativo à proteção dos consumidores, que criou regras especiais no sentido de, em certas situações, permitir que os consumidores utilizem seus próprios idiomas, se for uma língua oficial de um Estado-Membro da União Europeia. É o exemplo do regulamento sobre contratos de uso de *time-sharing* (multipropriedade compartilhada de bem imóvel), que diz, em seu artigo 5 (1):

> Os Estados-Membros garantirão que o contrato seja celebrado por escrito, em cópia impressa ou em suporte durável, e redigido a escolha do consumidor, na língua ou em uma das línguas do Estado-Membro em que reside ou de que é nacional, desde que seja uma língua oficial da Comunidade.

Esta é uma regra interessante, pois o consumidor pode escolher sua própria língua, mesmo que conheça o idioma da outra parte. Trata-se de uma proteção cultural do consumidor. Por outro lado, surge a pergunta sobre qual é a solução para os outros casos de

---

[339] 151 F.Supp. 465 (SD, NY, 1957), apud JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 30.

[340] MARQUES, C. L. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.

proteção do consumidor não regulamentados por lei especial. Existe um caso[341] relevante na Alemanha que foi objeto de um parecer do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Heidelberg. Tratou-se de uma subcontratação de uma pequena empresa italiana realizada por empresa alemã que prestava serviços para uma grande empresa alemã de eletricidade. Os trabalhadores italianos chegaram à Alemanha e adimpliram o contrato, mas a empresa alemã recusou o pagamento da prestação devida porque os italianos haviam cometido danos a uma área de proteção ambiental que era indicada num mapa que os italianos tinham recebido. Em relação a esses danos, a parte alemã foi considerada responsável perante as autoridades alemãs. Os italianos argumentaram que não eram capazes de entender o tal mapa em alemão, especialmente acerca das áreas de natureza protegida. A parte alemã deveria ter explicado este mapa aos trabalhadores italianos, uma vez que o objeto do contrato não fazia referência à área de proteção ambiental.

Outra questão diz respeito à qualificação da imposição legal do uso de determinado idioma. Parte da doutrina compreende que se trate de uma questão de forma. Na França, parece que a opinião predominante prefere qualificar esta imposição como norma de aplicação imediata. Erik Jayme[342] defende a distinção entre as leis que visam à proteção dos nacionais e as normas de Direito Público que protegem a lei nacional como tal. Se se trata da proteção de pessoas, a qualificação como questão de forma lhe parece preferível. Desse modo, é possível aplicar seja a lei do contrato, seja a lei do local da celebração do contrato, solução que leva à aplicação da lei mais favorável à validade do contrato. Se, pelo contrário, o objetivo das regras linguísticas continua a ser a proteção da língua nacional como tal, a qualificação como norma de aplicação imediata é mais convincente.

Acerca dos conceitos da tradição jurídica inerente ao idioma utilizado, no caso de incidência de lei de outro sistema jurídico, pode ocorrer divergência entre aqueles conceitos do idioma e os conceitos do Direito estrangeiro. Consiste no "agir de acordo com uma lei falsa", ou melhor, agir utilizando as noções e instituições de uma lei que não é aplicável. Esta é uma situação que frequentemente diz respeito aos testamentos. Existem grandes diferenças entre leis de herança: nos países da *common law* a propriedade do falecido passa primeiro por um "executor", que administra os bens e estes são transmitidos para herdeiros apenas após este procedimento. No Direito alemão, pelo contrário, os bens passam para os herdeiros no momento da morte do testador.

---

[341] Erik Jayme deixou de fazer a referência em nota de rodapé deste caso, mas consta no seu texto nas páginas 31 e 32. (JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 31-32).
[342] Ibidem, p. 32.

Tais diferenças nas leis materiais provocam constantemente conflitos de leis, especialmente se considerar as duas soluções conflituais para esta situação: em primeiro, a aplicação da lei da residência habitual do testador no momento de sua morte ou no momento da feitura do testamento; ou, em segundo, a lei aplicável a todos os bens do falecido, móveis e imóveis — nesse sentido, pode-se citar o exemplo dos Estados Unidos e da França, onde se separam móveis e imóveis, ou seja: existem duas regras de conflito, uma para os bens móveis, aos quais se aplica a lei do domicílio do falecido, outra para os imóveis, para os quais se aplica a lei do lugar de sua situação.

Assim, Erik Jayme[343] suscita a hipotética situação de um testador de nacionalidade estadunidense domiciliado na Alemanha e que escreve seu testamento em inglês, usando instituições jurídicas típicas da *common law*, como *executor* ou *beneficiary*. De acordo com o Direito Internacional Privado da União Europeia, a lei aplicável é aquela da sua residência habitual e, portanto, ter-se-á que encontrar uma solução no Direito Sucessório alemão em relação à vontade do testador. No Direito alemão, não é necessário que a herança do falecido seja transmitida primeiro para um executor; além disso, o executor de testamento do Direito alemão tem uma função diferente da de um *executor* da *common law*.

Erik Jayme[344] menciona outro exemplo: imagine-se que uma nacional alemã fez, em Moçambique, um testamento em língua inglesa, não manuscrito do próprio punho, cujo simples conteúdo indicou: "*everything I owe goes to John, British citizen*" ("todo meu patrimônio vai para John, nacional britânico"). A testadora e duas testemunhas assinaram o documento, um testamento típico do Direito inglês. Mas nem a lei alemã nem a lei de Moçambique permitem uma forma assim de testamento. No Direito alemão, o testador deve escrever o testamento de seu próprio punho (testamento hológrafo), e, em Moçambique, o testamento necessita da aprovação oficial de um escrivão.

Ainda que se apliquem as regras da Convenção da Haia sobre a forma das disposições testamentárias, que preveem vários elementos de conexão para promover a validade formal dos testamentos, a vontade da testadora alemã desse hipotético caso é nula, de modo que a filha desta testadora alemã torna-se a única herdeira. A testadora alemã e o nacional britânico, ao escolher o idioma inglês e a forma da *common law* do testamento, foram vítimas de um risco linguístico no Direito Internacional Privado.[345]

---

[343] JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 34.
[344] Ibidem, p. 34.
[345] Pode-se pensar em uma escolha tácita da lei inglesa, mas nem a Convenção da Haia sobre Conflito de Leis em matéria das formas de Disposições Testamentárias nem o Direito Internacional Privado preveem a escolha

Um reflexo deste problema — da sobreposição de concepções jurídicas acerca do testamento de acordo com o idioma em que ele está escrito — é o conflito de qualificações. O conflito de qualificações ocorre quando os ordenamentos jurídicos, sobrepostos na relação plurilocalizada, apresentam concepções jurídicas distintas acerca do fato da vida a ser regulado, por exemplo nos casos em que um ato jurídico pode ser enquadrado como questão de estatuto pessoal por um ordenamento e também como questão de validade contratual por outro ordenamento. Um caso clássico de conflito de qualificações é o caso do "testamento hológrafo holandês", no qual se questionou a validade do testamento hológrafo de um nacional holandês, uma vez que a lei holandesa proibia esta modalidade de testamento, mas o documento fora redigido na França, onde o testamento hológrafo vale. Se se considerasse a norma holandesa, proibidora do testamento hológrafo, relativa ao estatuto pessoal, a lei da nacionalidade deveria incidir tornando o testamento inválido. Já se se considerasse aquela mesma lei holandesa como disciplinadora da forma dos atos jurídicos, o elemento de conexão seria a lei do local da realização do ato jurídico, de modo que o testamento do caso passasse a valer.[346]

Voltando ao risco linguístico, outra questão de comércio internacional diz respeito aos modelos de texto de contrato padrão em idioma inglês.[347] Estes contratos costumam ser muito longos, porque contêm uma lista de definições dos termos usados, e normalmente consta uma cláusula de arbitragem. Na Alemanha, chegou-se a propor um projeto de lei para adotar o idioma inglês nos procedimentos judiciais estaduais em matéria de Direito Comercial, a fim de se atrair grandes negócios. Este projeto não prosperou, pois a ideia foi tida como antidemocrática, porque procedimentos civis e comerciais são públicos e o uso do idioma inglês excluiria as pessoas que não dominam o inglês.

Por outro lado, as partes de um contrato são livres para usar a língua inglesa, mesmo que o contrato aborde uma questão puramente interna. Neste caso, surge mais uma vez o problema de o idioma trazer a reboque conceitos jurídicos característicos da cultura jurídica daquele idioma.

Outro fenômeno encontrado na prática consiste nas cláusulas acerca do idioma: as partes de um contrato podem determinar o idioma em que a correspondência entre elas deve

---

do Direito nacional do herdeiro como a lei aplicável à sucessão. (JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 34, nota de rodapé 40).

[346] "[…] a lei que rege a substância [objeto] do ato é a competente para distinguir entre a forma e a substância do mesmo; a seguir este critério, no caso do testamento holandês a competência seria integralmente do direito holandês." (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 396).

[347] "*Le contrat 'anglais'*." (JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 34).

ser realizada. Um acórdão do Tribunal de Justiça,[348] de 8 de maio de 2008, diz respeito à importância de tal cláusula contida em um contrato entre uma empresa inglesa e uma empresa alemã. A cláusula dizia que a correspondência deveria realizar-se em alemão. A situação consistia em saber se a parte inglesa poderia refutar uma notificação da parte alemã se a evidência anexada à notificação estivesse no idioma alemão. O art. 8.º do Regulamento Europeu 1348/2000, relativo às notificações, justificaria essa refutação, caso a notificação não estivesse escrita na língua do Estado que a recebesse ou na língua que o destinatário entendesse. Segundo o Tribunal, a validade da notificação não dependia do idioma constante dos documentos anexados. A cláusula contratual sobre o uso da língua alemã entre as partes poderia ser considerada pelos juízes para determinar se o réu compreendeu a língua do Estado que transmitiu a notificação.

4.2 A tradução e o conflito de leis no espaço

A tradução é uma questão sensível ao Direito Internacional Privado. Quando a norma de conflitos indicar o Direito estrangeiro a ser aplicado, o agente público jurisdicional se deparará com o problema de traduzir a *lex causae* no ambiente da *lex fori*. Trata-se de um cenário de eventuais e prováveis culturas diferentes, línguas diferentes, concepções diferentes sobre institutos jurídicos, proibições ou lacunas[349] no Estado do foro sobre o objeto da lei da causa.

Traduzione, tradimento. Conforme este ditado, o tradutor é um traidor. A impressão de "traição" acompanha o problema da tradução pela falta de automaticidade — por mais que o tradutor do Google possa tentar o contrário — ou esforço contingencial da atividade de traduzir. Este esforço, porém, não pode decretar a impossibilidade de se traduzir textos para distintos idiomas. Por mais diferente que seja a cultura do idioma do texto que se quer traduzir, os aspectos linguísticos dificilmente inviabilizarão a determinação do vocábulo apto a ultrapassar aquela tensão entre a "fidelidade" e a "traição", ao passo que seja difícil verificar se a tradução é melhor ou pior, se o tradutor imprima em sua versão maior ou menor "fidelidade".[350] Nunca faltam artifícios linguísticos, e a qualidade da tradução dependerá do

[348] Erik Jayme não especificou de qual Tribunal de Justiça é o caso e deixou de fazer a referência em nota de rodapé deste caso, mas consta no seu texto na página 36. (JAYME, Erik. Les langues… Op. cit., p. 36).
[349] Sobre este assunto, ver: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 171 et seq.
[350] Ibidem, p. 124-125.

"horizonte de abertura da consciência histórica do tradutor",[351] o qual sempre pertencerá a certa cultura valorativa outra que não a do texto em que opera seu ofício.

Entretanto, é possível que careça o referido "horizonte de abertura da consciência histórica" ao tradutor. Sendo assim, constituir-se-ia um interdito para esta tradução, situação em que o tradutor não afirmará que não sabe traduzir, mas que esta tradução não lhe é autorizada ou permitida "pelas autoridades locais (do foro onde a tradução fora cogitada)".[352]

François Ost[353] reflete sobre o fenômeno da tradução diante do conflito de leis aplicáveis a uma situação plurilocalizada. Em muitos casos, não haverá correspondência "palavra por palavra" no idioma da lei do foro sobre o instituto da lei da causa. O resultado pode ser uma solução holística e global, um *esperanto* jurídico, pelo juiz do foro quando aplica a lei (estrangeira) da causa. De um lado a consideração do texto da lei, e de outro a consideração do contexto jurídico e econômico do Direito da lei estrangeira.

François Ost[354] e Gustavo Ferraz de Campos Monaco[355] citam François Rigaux, para quem, na aplicação do Direito estrangeiro, têm-se a comparabilidade baseada na comunicação entre os sistemas jurídicos, tudo isso com fundamento na intuição de uma unidade da humanidade, uma vez que os seres humanos elaboram culturas diversas sobre problemas e situações fáticas aproximáveis ou semelhantes, precisamente: "as sociedades humanas regularam situações análogas por meio de instituições diferentes, mas em que um observador sagaz pode descobrir um núcleo comum".[356]

O que resta a ser compreendido é a sintaxe, a metalinguagem representada pelas normas de conflitos, o sobredireito como concepção tradicional do Direito Internacional Privado. Os casos absolutamente intraduzíveis da aplicação do Direito estrangeiro são representados pela filtragem realizada pelo princípio da exceção da ordem pública, situação em que deve ocorrer a aplicação da lei do foro, mesmo que a regra conflitual aponte para o Direito alienígena.

François Ost aborda a tradução como um paradoxo: a tradução aniquila o texto traduzido e, ao mesmo tempo, o resgata com a garantia da sobrevivência do seu sentido —

---

[351] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 124-125.
[352] Ibidem, p. 124-125.
[353] OST, François. **Le Droit comme traduction**. Québec: Université Laval, 2009. [Coleção "Verbatim"], p. 17-19; OST, François. Law as Translation. In: ADAMS, Maurice; e HEIRBAUT, Dirk (ed.). **The Method and Culture of Comparative Law**: Essays in Honour of Mark Van Hoecke. Oregon: Hart, 2014, p. 69-85, p. 73-74.
[354] OST, François. Law… Op. cit., p. 74.
[355] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 131.
[356] RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 189.

como se faz neste exato momento ao traduzir[357] o texto de François Ost para aqui citá-lo: "*Une traduction opère en effet la mise à mort du texte traduit et lui assure tout à la fois une forme de survie*".[358] Ou, "*A translation, indeed, brings about the putting-to-death of the translated text and yet at the same guarantees it a form of survival*".[359]

O autor belga [Ost] traz o conceito da tarefa do tradutor conforme Walter Benjamin[360]: o tradutor deve ser o jardineiro discreto responsável por germinar a semente de uma língua em outro idioma sem ser notado.

Precisamente acerca da tradução no Direito dos Conflitos, no que se refere ao fato da vida constante na relação jurídica plurilocalizada, é provável que o ordenamento da lei da causa empreste um enquadramento diferente do que fora atribuído pelo ordenamento da lei do foro. Assim, a interpretação da subsunção de ambos ordenamentos jurídicos é divergente acerca do mesmo fato da vida, independentemente ou quaisquer que sejam os nomes dos institutos jurídicos ali atribuídos:

> Passa-se, assim, a proceder a uma espécie de requalificação da situação da vida à luz dos jurídicos conceitos da *lex causae*. Requalificação essa que pode ser mais ou menos profunda a depender da profundidade das divergências observáveis, mas que é, em verdade, decorrente da subsunção dos mesmos fatos de que se partiu às normas competentes e eficazes da *lex causae*.[361]

Neste sentido, ao menos duas são as possibilidades de lidar com este conflito ou diferença de qualificações do ponto de vista da tradução:

I. A lógica da subsunção-dedução, segundo a qual se deve buscar linearmente, por gênero e espécie, as "identidades estruturais que permitam encontrar um padrão que autorize decidir pela conformidade de um ao outro, tal qual se atua na tradução palavra a palavra […] deixando de lado a função que tais palavras costumam desempenhar";[362]
II. Raciocínio por abdução, cujo objetivo é "evidenciar as equivalências funcionais de coisas em si bastante diferentes com o fito de se caminhar em busca de uma

---

[357] A versão correspondente em português seria: "Uma tradução, de fato, provoca a morte do texto traduzido e, ao mesmo tempo, assegura uma forma de sua sobrevivência."
[358] OST, François. **Le Droit**… Op. cit., p. 40.
[359] OST, François. Law… Op. cit., p. 86.
[360] BENJAMIN, Walter. La tâche du traducteur. In: GANDILLAC, M. de; ROCHLITZ, R.; RUSCH, P. **Oeuvres**: v. 1, Paris: Galimard, 2000, apud OST, François. **Le Droit**… Op. cit., p.40.
[361] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 85.
[362] Ibidem, p. 134.

correspondência aceitável […] [de] protótipos e arquétipos [para] um juízo de identidade".[363]

III. Acrescentar-se-ia que a lógica abdutiva lida melhor com o limiar do intraduzível, pois se amolda melhor ao diverso.

4.3 Os conflitos de culturas no conflito de leis no espaço

O Direito Internacional Privado aborda o pluralismo, que admite o diverso, sempre que for possível, ora permitindo, ora afastando a aplicação do Direito estrangeiro. Segundo Léna Gannagé[364], "L'Autre" — o outro — sem dúvida constitui o tema central do Direito Internacional Privado.

Como ensina Cristina Campiglio: "Apenas quando se experimenta o "diferente" que se percebe o valor da própria identidade e se sente a necessidade de reivindicar a preservação de algumas características culturais e religiosas, entre as quais se incluem as tradições jurídicas".[365]

O estudo das relações jurídicas plurilocalizadas, na preservação de seus direitos no plano extraterritorial, remete a diversos objetos. Na coexistência das ordens jurídicas estrangeiras, o Estado é obrigado a exercer a proteção de alteridades, ao admitir uma aceitação ou uma recusa, um reconhecimento ou um impedimento, uma proximidade ou um afastamento. Mais do que todas as outras disciplinas jurídicas, o conflito de leis manifesta uma dimensão filosófica cuja transformação do caso concreto requer a análise de outras ciências humanas que auxiliam o intérprete, como a Antropologia e a Linguística.

Na tradição ocidental, o Direito dos Conflitos é concebido em função de um outro próximo, semelhante ou mesmo de um *alter ego*. Um estrangeiro europeu do século XIX, que residisse em outro país da Europa, teria uma formação cultural próxima à dos nacionais deste país; teria pertencido à mesma comunidade de Direito (a Europa), que por sua vez fora forjada a partir de um mesmo Direito romano comum, e reforçada pelas tradições seculares do cristianismo.[366] Por esta perspectiva, a teoria geral do Direito Internacional Privado teria sido elaborada para lidar com um "outro" muito semelhante ao nacional.

---

[363] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 135.
[364] GANNAGÉ, Léna. **Les méthodes du Droit International Privé à l'épreuve des conflits de cultures**. Paris: Adi-Poche, 2013, p. 15.
[365] Tradução livre de: "*solo quando si prova il 'diverso' si percepisce il valore della propria identità e si avverte la necessità di rivendicare la conservazione di alcune caratteristiche culturali-religiose tra le quali figurano le tradizioni giuridiche.*" (CAMPIGLIO, Cristina. Op. cit., p. 1.039).
[366] GANNAGÉ, Léna. Op. cit., p. 16.

Entretanto, como muito já comezinho, toda a História recente da Humanidade, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, Internet, a globalização econômica e a intensificação recente dos movimentos migratórios, trouxe à baila um outro diferente, distante, muitas vezes estranho. Para Samuel Huntington, esses adventos representam o presságio de maléficas adversidades e conflitos, derivados mais de fatores culturais do que econômicos ou ideológicos. Vê-se a iminência de um conflito de civilizações ou de culturas.

Samuel Huntington declara:

> A política mundial está sendo reconfigurada seguindo linhas culturais e civilizacionais. Nesse mundo, os conflitos mais abrangentes, importantes e perigosos não se darão entre classes sociais, ricos e pobres, ou entre outros grupos definidos em termos econômicos, mas sim entre povos pertencentes a diferentes entidades culturais. As guerras tribais e os conflitos étnicos irão ocorrer no seio das civilizações. Entretanto, a violência entre Estados e grupos de civilizações diferentes carrega consigo o potencial para uma escalada na medida em que outros Estados e grupos dessas civilizações acorrem em apoio a seus "países afins".[367]

Embora as ideias alarmistas de Samuel Huntington tenham sido muito criticadas,[368] o termo "conflito de civilizações" ou "conflito de culturas" vem sendo utilizado por diferentes internacionalistas, inclusive antes da publicação da obra "O choque de civilizações".[369] Franceskakis, já em 1972, em decorrência dos processos de descolonização e consequente independência dos países subsaarianos, ao partir da análise de aplicação do Direito Internacional Privado, percebia a existência, naquele momento, de duas categorias de conflitos de leis no espaço:

I. Em primeiro lugar, classicamente, existiam as diferenças entre o Direito de um Estado em comparação com o de outro;
II. Em segundo lugar, o próprio conflito de leis internas dentro de um mesmo Estado.

E os Estados recém-independentes da África subsaariana vieram a ser sede de ambos os conflitos. Para Franceskakis, a prevalência dos costumes tribais em detrimento do Direito

---

[367] HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações**. São Paulo: Objetiva, 1997, p. 7.
[368] Por todos: MAHBUBANI, Kishore. Os perigos da decadência: o que o resto pode ensinar ao Ocidente. In: **O choque das civilizações**: o debate sobre a tese de Samuel P. Huntington, Lisboa: Gradiva, 1999, p. 43-48.
[369] Exemplificativamente: MERCIER, Pierre. **Conflits de civilisation et Droit International Privé**. Genebra: Droz, 1972.

estatal seria concebida como uma prática de Direito Internacional Privado, pois, " Direito Internacional Privado é o direito da diversidade do Direito".[370]

No entanto, diante de culturas jurídicas discriminatórias com base em religião e gênero, a aplicação indiscriminada do princípio da ordem pública engessa o conflito de leis a ponto de transformá-lo em conflito de culturas.[371] No que se refere à relação do princípio da ordem pública e os conflitos de cultura na Europa, Léna Gannagé[372] explica as duas principais vertentes:

I. A primeira, de origem francesa, é fundada sobre a dicotomia entre a ordem pública plena e a ordem pública atenuada;
II. A segunda corrente, de origem alemã, é conhecida como ordem pública de proximidade.

A ordem pública plena segue a definição clássica, interfere diretamente no Direito material, afastando a aplicação da norma que ofenda os valores do foro. Na ordem pública atenuada, o agente público da jurisdição realiza uma apreciação mais aberta e tolerante da norma estrangeira, mesmo perante pretextos aparentemente chocantes, e considera a possibilidade de incidência do instituto estrangeiro, conquanto existam outras circunstâncias que atenuem a aplicação do Direito tido como violador da ordem pública. Por exemplo, pode ser mencionada a previsão de que a esposa muçulmana repudiada no estrangeiro perceba o patrimônio a que teria direito, caso tivesse se divorciado de acordo com o Direito francês.

O princípio da ordem pública de proximidade, surgida na Alemanha, propicia uma coordenação maior das consequências da ordem pública. Se a lei da causa possuir uma interpretação dos Direitos Humanos distinta daquela europeia, esta situação autorizaria que o Direito estrangeiro fosse aplicado se os efeitos dessa aplicação não se vinculassem com a ordem jurídica do Estado do foro. Este conceito já foi exposto páginas atrás. Consoante Paul Lagarde,[373] existe uma clara vantagem na incidência da ordem pública de proximidade, precisamente porque lida mais adequadamente com as diferenças culturais.

---

[370] Tradução livre de: "*[...] le droit international privé est le droit de la diversité du droit.*" (FRANCESCAKIS, Phocion. Problèmes de Droit International Privé de l'Afrique noire independante. **Recueil des Cours**, t. 112, p. 275-361, 1964 II, p. 339-423).
[371] CAMPIGLIO, Cristina. Op. cit., p. 1.053.
[372] GANNAGÉ, Léna. Op. cit., p. 167.
[373] LAGARDE, Paul. Différences culturelles et ordre public en Droit International Privé de la famille. **Annuaire de l'Institut de Droit International**. Cracóvia, v. 71, n. 2, 2006, p. 290.

Existe uma tensão entre multiculturalismo e liberalismo, como valores que influenciam a solução dos conflitos de culturas. Uma democracia deve possuir uma política de diversidade com critérios de justiça liberal, de modo que restrições internas (regras restritivas da cultura imigrante como casamento forçado, discriminação por gênero) não sejam toleradas, mas tutelas externas (identidade cultural como costumes no modo de se vestir, ou idioma) sejam garantidas.[374] As restrições internas desrespeitam os Direitos Fundamentais.

O modelo multiculturalista inglês parte de uma concepção substancial de igualdade e assegura tratamentos diferenciados para situações diferentes: a integração ocorre graças ao esforço de adaptação tanto da população imigrante minoritária quanto da maioria da população, original do Estado. Por outro lado, o modelo assimilacionista francês adota uma concepção formal de igualdade ao conferir paridade de tratamento a todas as pessoas em seu território, independentemente das diferenças, ao passo que busca a integração apenas graças à adaptação das minorias imigrantes no âmbito da população majoritária.[375]

O campo do Direito sensível por excelência ao conflito de culturas é o Direito de Família.[376] Cristina Campiglio defende que existe um significativo consenso

---

[374] CAMPIGLIO, Cristina. Op. cit., p. 1.038.

[375] Ibidem, p. 1.033.

[376] O Direito Penal também é muito influenciado pelos conflitos de culturas, de modo que ganhem importância as "defesas culturais" nos "crimes culturalmente motivados", que consistem em defesas admitidas para absolver ou atenuar as penas, até podendo repercutir no instituto do erro de proibição. A respeito da repercussão do conflito de culturas no Direito Penal: "[…] de fato, o Direito Penal se apresenta como uma espécie de 'produto local típico', identificado pela marca de produção do país de origem: um direito que é marcado como '*prodotto in Italia*' ou '*made in UK*' ou '*fabriqué en France*' etc., dependendo do país onde esse Direito foi emanado e onde se destina a ser aplicado. Efetivamente, entre um Estado e outro, o catálogo de crimes muda, a fisionomia de crimes muda, a penalidade imposta muda, assim como mudam as regras gerais aplicáveis. Para tocar nessa fragmentação localista do Direito Penal, seria suficiente pensar em fatos como a eutanásia, o suicídio assistido, a reprodução assistida, o aborto, o controle de natalidade, a esterilização voluntária, a relações homossexuais entre adultos, o adultério, o incesto, a pornografia, a prostituição, a intangibilidade sexual de crianças, o consumo e venda de drogas, os meios legítimos de educação (incluindo ou não o uso de violência física), a blasfêmia e os abusos da religião, os maus-tratos a animais - fatos cuja disciplina penal muda, significativamente, de Estado para Estado. Assim, parafraseando um ditado popular, poderíamos dizer: 'país que você vai, crime que encontra'." Tradução livre de: "*infatti, il diritto penale si presenta come una sorta di 'prodotto tipico locale', contrassegnato dal marchio di produzione del Paese d'origine: un diritto che riporta stampigliato sopra 'prodotto in Italia', o 'made in UK', o 'fabriqué en France' etc., a seconda del Paese dove tale diritto è stato emanato e dove è destinato ad essere applicato. Tra uno Stato e l'altro cambia, infatti, il catalogo dei reati, cambia la fisionomia dei singoli reati, cambia la pena comminata, cambiano le regole di parte generale applicabili. Per toccare con mano tale frammentazione localistica del diritto penale, sarebbe sufficiente pensare a fatti come l'eutanasia e l'aiuto al suicidio, la procreazione assistita, l'aborto, il controllo delle nascite e la sterilizzazione volontaria, i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti, l'adulterio, l'incesto, la pornografia, la prostituzione, l'intangibilità sessuale dei fanciulli, il consumo e la vendita di sostanze stupefacenti, il catalogo dei mezzi di educazione legittimi (comprensivi, o meno, del ricorso alla violenza fisica), la bestemmia e i vilipendi alla religione, il maltrattamento di animali — fatti la cui disciplina penale cambia, anche significativamente, da Stato a Stato, sicché, parafrasando un adagio popolare, potremmo dire: "paese che vai, reato che trovi.*" (BASILE, Fabio. **Immigrazione e reati culturalmente motivati**. Tese (Doutorado) – Università degli Studi di Milano. Milano, 2008, p. 3).

internacionalmente consolidado em relação ao caráter subalterno do direito de identidade cultural em prevalência dos tradicionais direitos civis.[377] Salvaguarda-se a garantia dos aspectos espirituais, consagrando o direito de liberdade religiosa, mas que cedem quando ofendem os Direitos Fundamentais tão tradicionais no Ocidente.

No Brasil, precisamente na Bahia, entretanto, parece que tal consenso apresenta alguma exceção. Houve um caso emblemático analisado pelo Judiciário que, apesar de nele não constar elemento de estraneidade, representa um conflito de culturas. Em síntese, a Ialorixá Mãe Stella de Oxóssi faleceu e, na ausência de um codicilo, foi ajuizada ação judicial para garantir que a sacerdotisa do Candomblé fosse sepultada conforme a liturgia desta religião, o Axexé. Assim, no conflito de culturas do caso, polarizado entre o tradicional Direito Civil da companheira viúva (que pretendia sepultar sua esposa nos moldes convencionais) e a liberdade de culto, a juíza do caso entendeu pela prevalência do patrimônio cultural religioso, ao ordenar que Mãe Stella de Oxóssi fosse sepultada conforme os ritos do Axexé.[378]

Outro caso de conflito de culturas, e esse sim contendo elemento de estraneidade, diz respeito a uma questão que passou despercebida em um julgamento de conflito negativo de competência entre Varas de Família e da Infância e da Juventude, ambas do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.[379] Tratava-se de um pedido de guarda de uma adolescente indígena proveniente da Venezuela por parte de seu companheiro venezuelano. A decisão determinou que é atribuição da Vara de Infância e da Juventude, uma vez que se trata de adolescente *em situação de risco*, dentre outros detalhes, pela instabilidade política da Venezuela e pelo fato de a jovem indígena estar em situação irregular no Centro de Referência ao Imigrante onde vive.

O que esta decisão deixou de considerar diz respeito ao fato de a concepção de "adolescente brasileiro" poder não coincidir com a concepção de adolescente da etnia indígena venezuelana daquela jovem. Tendo em vista que o Brasil adotou a concepção ampliada de refúgio,[380] não é difícil enquadrá-la como refugiada, ao passo que seu estatuto

---

[377] "Um consenso internacional significativo é encontrado com relação à natureza subordinada do direito à identidade cultural em relação aos direitos civis tradicionais." Tradução livre de: "*Un significativo consensus a livello internazionale si rinviene quanto al carattere subalterno del diritto all'identità culturale rispetto ai tradizionali diritti civili*." (CAMPIGLIO, Cristina. Op. cit., p. 1.037).

[378] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção da ordem pública internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. [No prelo].

[379] RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 9000395-90.2018.8.23.0000**.

[380] ACNUR parabeniza Brasil por reconhecer condição de refugiado de venezuelanos com base na Declaração de Cartagena. **ACNUR Brasil**, 29 jul. 2019. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2019/07/29/acnur-parabeniza-brasil-por-reconhecer-condicao-de-refugiado-de-venezuelanos-com-base-na-declaracao-de-cartagena. Acesso em: 30 nov. 2019.

pessoal seja regido pela lei de seu domicílio, isto é, a Venezuela. Implicitamente, emprestou-se de modo equivocado o *status* de norma de aplicação imediata ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), quando, na verdade, o ECA pressupõe proteção à criança e ao adolescente nacional brasileiro ou, no máximo, estrangeiro não indígena. Isto porque é comum em culturas indígenas ameríndias que a menarca, geralmente aos treze anos, represente o início da vida adulta,[381] ao mesmo tempo em que os valores do ECA, inclusive, não devem incidir na proteção das crianças e adolescentes indígenas do Brasil.

Enfim, o modo mais eficaz de respeitar a condição humana consiste na proteção das diferenças e da "reserva de lugar para a existência, o reconhecimento e a prática do outro".[382] A condição *sine qua non* da alteridade é a diversidade, em suas facetas étnica, cultural, ideológica e estética. Almeida e Bittar ensinam sobre a visão de mundo *descentrada*, modo exclusivo para se alcançar a intersubjetividade da vida. O desfazimento do olhar autocentrado depende da proximidade com a beleza da diversidade.

A respeito do problema da beleza, a estética propicia muitas criações de sentido, e um destes sentidos consiste na essencialidade do dissenso para as sociedades. A estética possibilita a percepção do outro em sua diferença, embora exista a tendência de se projetar sobre este outro somente o valor da igualdade. Assim, o tema da estética se aproxima da questão dos conflitos de culturas pela instrumentalidade peculiar ao juízo estético: em termos apriorísticos, não existe o feio, assim como a diversidade entre as culturas pode propiciar o dissenso acerca dos modos de vida e dos costumes. O trato com as diferenças e com a alteridade consiste em um denominador comum entre estética e Direito Internacional Privado.

4.4 Estética e Direito Internacional Privado

A ordenação dos valores em constelação, por Miguel Reale, tem no belo o fundamento da arte e da Estética. O esplendor da verdade é o belo, assim ensina a lição socrático-platônica,[383] enquanto que a palavra "estética" encontra suas raízes no grego com

---

[381] "No plano dos fatos, a literatura especializada não deixa dúvida quanto à idade de casamento na cultura kaingang ser não só inferior aos 16 anos, como serem consideradas adultas e, portanto, aptas para casarem desde a menarca (que ocorre entre os 9 e 15 anos, acontecendo em média aos 12 anos; dentre os Kaingang, há registro científico de 13 anos como idade média." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.523.793/RS)**.

[382] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 782.

[383] REALE, Miguel. **Introdução**… Op. cit. Ver o ponto 93.

o sentido de "sensações".[384] A Estética ou Filosofia da Arte consiste na parte da Filosofia que focaliza no valor do belo, natural ou artístico.

As atividades que realizam o belo suscitam o advento de juízos estéticos e normas estéticas. Existem pessoas cujo propósito na vida é abordar as possibilidades do belo, como acontece com os artistas e poetas, indivíduos preocupados com a nota estética.[385] Pode-se acessar o significado da sensibilidade aberta pela Estética com o seu antônimo, a rudeza. A contemporaneidade afirma-se como era de uma razão instrumental que gera rudeza. A banalização do absurdo é fruto deste processo calcado na *insensibilidade do quotidiano*. O outro fica cada vez mais relegado ao olhar da dureza e da frieza, consequentemente da intolerância.[386]

Por outro lado, a estética pode proporcionar

> o encontro de olhares no espaço comum do cruzamento de olhares: é o espaço da obra de arte — ele e eu nos fazemos um só no momento da fruição da obra estética, seja uma pintura, seja uma canção. Ainda que o fruidor não seja o artista, e ainda que a percepção do artista seja uma, e a percepção do fruidor seja outra, a obra de arte é o caminho do entrecruzamento dos olhares unifocados.[387]

A arte desencadeia o interesse pela especificidade da contribuição do outro. Esta ideia deve ser o fundamento da mentalidade orientada pelos valores do pluralismo e da tolerância.[388] A lição da estética aponta que a diversidade das culturas torna também diversas as concepções do belo e do feio: "se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões e pudessem, como os homens, desenhar e criar obras com estas mãos, semelhantes ao cavalo, os cavalos desenhariam as formas dos deuses, e os bois semelhantes ao boi, e lhes fariam corpos tais quais eles os têm".[389]

Almeida e Bittar observam que:

> Não se pode afirmar que o barroco de Vivaldi seja melhor que o tropicalismo de Caetano Veloso. Pareceria uma agressão, a um e a outro.

---

[384] REALE, Miguel. **Introdução**… Op. cit. Ver o ponto 108.
[385] REALE, Miguel. **Lições**… Op. cit., p. 41.
[386] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 767.
[387] Ibidem, p. 784.
[388] Ibidem, p. 788.
[389] "Os conceitos de belo e de feio são relativos aos vários períodos históricos ou às várias culturas e, para citar Xenófanes de Colofão (segundo Clemente de Alexandria, Tapeçarias, V, 110), 'se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões e pudessem, como os homens, desenhar e criar obras com estas mãos, semelhantes ao cavalo, os cavalos desenhariam as formas dos deuses, e os bois semelhantes ao boi, e lhes fariam corpos tais quais eles os têm'." (ECO, Umberto. **História da beleza**. Rio de Janeiro: Record, 2007, apud BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 787).

> Não se pode hierarquizar a bossa nova de Nara Leão, o estilo próprio de Hermeto Paschoal e o jazz de Chet Baker. Não se pode dizer que não é válida a linguagem de Raul Seixas com relação à linguagem de Herbie Hancock. Cítaras gregas, cantos budistas, música gregoriana monástica, tambores africanos, discotecagem e *pop music*, bumbos carnavalescos, ritmos de maracatu, não há melhor e nem pior, todos fazem parte dos gostos e das formas, enfim, das opções e feições, dos sabores e rigores da humanidade; somente há que senti-los e experimentá-los, ao gosto nietzschiano da entrega ao dionisíaco.[390]

A percepção da alteridade é foco destas questões. O exercício racional pode deslocar o olhar sobre o outro do lugar de estranho ou estrangeiro para um espaço de autonomia e validade tão importantes quanto o do *eu*.[391] E é neste exato sentido do paralelo entre o *foco sobre as diversidades* que se relacionam Estética e Direito Internacional Privado. Com apoio no pensamento de Zygmunt Bauman,[392] Gustavo Ferraz de Campos Monaco[393] compara a hermenêutica individual dos intérpretes, que prospera em detrimento dos legisladores, ao juízo estético dos *marchands*, que, em concertação ou não, formam opinião sobre o "belo" ou o "desastre", num pensar individual que se espraia no âmbito do mercado da arte.

Em seu *obiter depicta* a Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Marcílio Toscano Franca Filho[394] delineia o traçado da intersecção entre o Direito dos Conflitos e Wassily Kandinsky, em especial o seu óleo sobre tela *Several Circles*. Kandinsky se consagrou como professor da Bauhaus, a escola de arte vanguardista alemã do início do século XX, cujo foco era apontar para a necessidade uma *função* dos objetos artísticos. Em 1933, o governo nazista ordenou o fechamento da escola Bauhaus e Kandinsky seguiu para o exílio em Paris, onde se naturalizou francês e chegou a se refugiar nos pireneus durante a invasão nazista na França. Em relação à diversidade dos modos da Estética, Kandinsky observa que:

> Da mesma forma que em pintura ou em música não existe "som feio" nem "'dissonância exterior", em outras palavras, da mesma forma que nessas duas artes cada som e cada acorde é "belo", ou seja, útil quando ditado pela Necessidade Interior, também na dança se sentirá em breve o valor interior de *cada* movimento.[395]

---

[390] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 787.
[391] Ibidem, p. 788.
[392] BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 176-202.
[393] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 223-224.
[394] FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **Wassily Kandinsky e o Direito Internacional Privado de Gustavo Mônaco**. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos**… Op. cit., p. 15-19.
[395] KANDINSKY, Wassily. **Do espiritual na arte**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 117.

Figura 1 - Several Circles

Acerca propriamente de *Several Circles*, uma grande pintura a óleo sobre tela de 140,3 x 140,7 cm hoje no museu Guggenheim em Nova York, que está estampada na capa do livro de Gustavo Monaco, têm-se ali uma sobreposição de círculos, que é a representação da perfeição para os gregos; círculos coloridos que pairam, uns independentes, outros eclipsando uns aos outros. Impossível não associar os círculos às jurisdições cuja inter-relação é possibilitada pelo Direito Internacional Privado, ou imaginar cada círculo como um princípio da disciplina.

Outra valiosa interface entre a Estética e o Direito dos Conflitos foi proposta por François Rigaux, quando fez uma menção plástica acerca da variabilidade de conteúdos do Direito Internacional Privado:

> isso só pode ser feito em um espaço tridimensional, mas é a imagem dos móbiles de Alexander Calder que vêm à mente: a harmonia é feita do equilíbrio de formas em movimento perpétuo. Essa imagem permanece no

> entanto imperfeita e até enganosa: não existe um único teto a que se apegar, e é antes um sistema abstrato drelatividade geral que é necessário.[396]

Celso Lafer[397] comenta tal metáfora:

> Rigaux argumenta, no seu texto, que a variabilidade enseja a permeabilidade que, por sua vez, é indispensável à elaboração de soluções provenientes de pedaços emprestados de muitos sistemas jurídicos. Por isso, propôs como imagem de representação plástica do Direito Internacional Privado, um *móbile* de A. Calder, que sugere uma harmonia feita pelo equilíbrio de formas em perpétuo movimento. Rigaux pondera, no entanto, que existe um limite para o papel desta imagem, que é o da inexistência de um *teto único* em que se possa pendurar o *móbile*.
> Recorro a esta formulação de Rigaux porque considero que, na substância, a proposta de Gustavo Monaco, de um controle de constitucionalidade da lei estrangeira, pacienciosamente elaborado no seu livro, é um esforço de construir este teto, inspirado pela Teoria Geral do Direito, em especial pelo conceito de ordenamento com suas dimensões de unidade, sistematização e hierarquia.

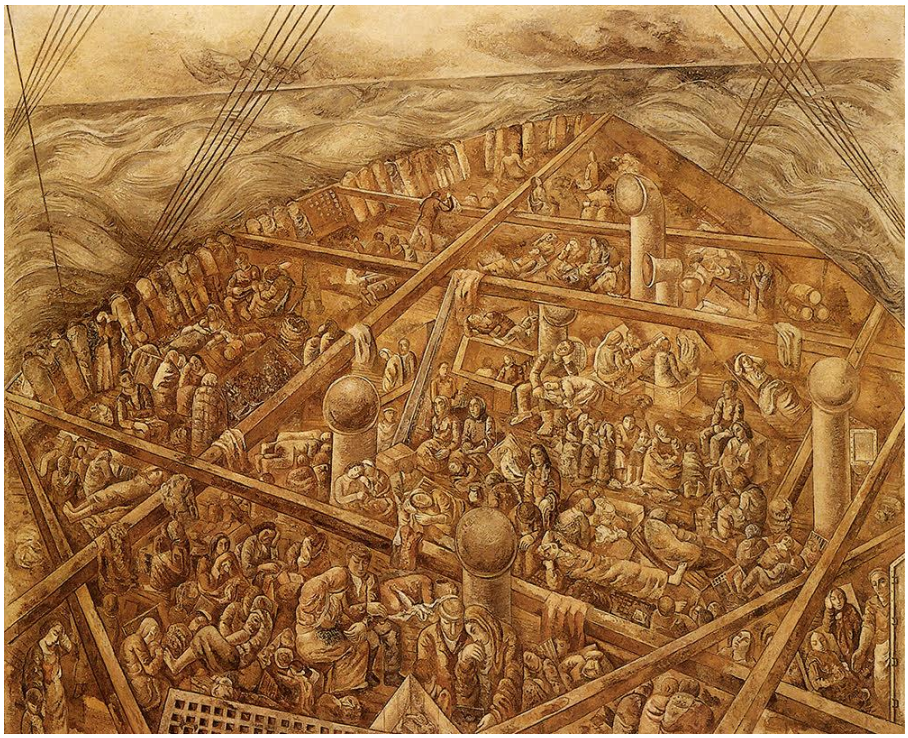
Figura 2 - Viúva Negra[398]

[396] Tradução livre de: "*on ne saurait le faire que dans un espace à trois dimensions, mais c'est alors l'image des mobiles d'Alexander Calder qui se présent à l'esprit: l'harmonie est faite de l'équilibre de formes en perpétuel mouvement. Pareille image reste cependant imparfaite et même trompeuse : il n'y a pas plafond unique auquel accrocher l'ensemble, et c'est plutôt à un système abstrait de relativité généralisée qu'il faut.*" (RIGAUX, François. Les notions à contenu variable en Droit International Privé. In: PERELMAN, Chaïm; ELST, Raymond Vander. **Les notions à contenu variable en Droit**. Bruxelles: Bruylant, 1984, p. 249).
[397] LAFER, Celso. Prefácio a Gustavo Monaco. Op. cit.
[398] Móbile Viúva Negra (1948), do acervo do Instituto dos Arquitetos do Brasil, regional São Paulo (IAB). Trata-se de um dos maiores móbiles de Calder, com 3,5 metros de altura e 2 metros de comprimento. Esta escultura passou por restauração, por ocasião de uma retrospectiva de Alexander Calder na Tate Modern, em

A metáfora *naïf* da constelação axiológica do Direito Internacional Privado se refere ao que estaria por cima deste teto construído por Gustavo Ferraz de Campos Monaco: estrelas como fonte de iluminação valorativa dos vários princípios protetores da diversidade e variabilidade de conteúdos recorrentes no método conflitual.

Diversas são as obras de arte que despertam sensações decorrentes da plurilocalização humana.[399] Para eleger uma, "Navio de emigrantes" (1939-1941) é a maior criação do amigo e correspondente de Kandinsky, Lasar Segall (1889-1957), um artista nascido na Lituânia sob o domínio russo, mas naturalizado brasileiro.

Figura 3 - Navio de emigrantes[400]



Londres, em 2016. Esta obra, concebida em 1948, foi exposta no Brasil duas vezes neste mesmo ano: no Masp, em São Paulo, e no Ministério da Educação, no Rio de Janeiro. Posteriormente, foi doada por Calder ao IABsp, em 1954, como forma de agradecimento ao apoio do Instituto durante as exposições. (TAROZZO, Helena. Alexandre Calder ganha retrospectiva em Londres. **Casa Claudia**, 14 dez. 2016. Disponível em: https://casaclaudia.abril.com.br/moveis-acessorios/alexandre-calder-ganha-retrospectiva-em-londres. Acesso em: 13 jan. 2020).

[399] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Representação pictórica das migrações**: os imigrantes do séc XIX, os refugiados do séc XXI e a recepção dos estrangeiros no Brasil. 2019. [Palestra]. Nesta palestra, foi realizada a análise, sob o olhar da questão migratória, de diversas obras de arte, tais como: "Os Emigrantes", 1926, óleo sobre tela, de Domingos Rebelo; "Emigrantes", 1908, óleo sobre tela, de Ventura Álvares Sala; "Navio de Emigrantes", 1939-1941, óleo com areia sobre tela, Lasar Segall; "Navio Negreiro", 1950, óleo sobre tela, de Candido Portinari; "Lei da Jornada", 2018, escultura inflável, de Ai Wei Wei; "Mensagem de esperança", 2018, pintura em solo e origami de acrílico, de Guillaume Saype Legros, entre outras.

[400] NAVIO de Emigrantes. In: ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras. São Paulo: Itaú

Celso Lafer conta acerca da biografia marginal de Lasar Segall:

> O acesso do olhar de Segall, a multiplicidade e a diversidade que fez dele um "pintor de almas", seguramente tem a ver com a especificidade de sua marginalidade. Ele foi, culturalmente, um homem dividido: era um báltico de nascimento, mas um russo de Vilna; a sua formação ocorreu na Alemanha, onde estudou na Imperial Academia Superior de Belas-Artes, na qual dominava o naturalismo da imitação, mas foi em Dresden que participou do movimento expressionista; no Brasil, onde se fixou a partir de 1923, constituindo família e deitando raízes, e onde faleceu em 1957, nunca deixou de ser também um europeu, e mesmo como judeu sofreu a divisão presente em Vilna, representada pelo conflito entre o racionalismo da exegese talmúdica e o misticismo dos *hassidim*.[401, 402]

Os deslocamentos territoriais imprimem o sentido psicológico nas obras de Lasar Segall quando retrata o sofrimento humano, a divisão geográfica e os preconceitos étnicos. À medida que transcorre pelas etapas de sua biografia, Lasar Segall se apresenta de modo diferente: às vezes lituano, às vezes russo, depois brasileiro, mas nunca tendo deixado de ser judeu. Quando tinha quinze anos, migrou de Vilna para Berlim a fim de estudar escultura, mas foi pela pintura que se consagrou. Em relação ao contexto do expressionismo alemão, Lasar Segall o entendia como "uma forma de expressão que obedece unicamente à minha voz pessoal e (fosse) capaz de expressar, até os seus limites mais recônditos, as dores e alegrias do meu mundo interior".[403]

Entretanto, quando chega ao Brasil em 1923, em plenos eflúvios da Semana de 22, Lasar Segall encaminha a sua obra ao estilo do Modernismo[404] aqui vigente para dar vazão aos sentimentos do outro.[405] Como descreve Mario de Andrade:

Cultural, 2020. Disponível em: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra2190/navio-de-emigrantes. Acesso em: 08 de Jan. 2020.

[401] Judaísmo chassídico: Ramo do judaísmo ortodoxo que se caracteriza por promover a espiritualidade e a popularização do misticismo.

[402] LAFER, Celso. Particularismo e universalidade. In: CARNEIRO, M. L. T.; LAFER, Celso. **Judeus e judaísmo na obra de Lasar Segall**. São Paulo: Ateliê, 2004, p. 25-33, p. 31.

[403] BECCARI, Vera D'Horta. **Lasar Segall e o modernismo paulista**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 28.

[404] Domingos Tadeu Chiarelli assinala a fase realista de Segall durante a década de 1920, mas não aquele realismo do século XIX, trata-se de um retorno à objetividade com foco nos valores da harmonia e do equilíbrio, em obras como "Patinadores", de 1921/1922, "Rua", de 1922, e "Encontro", de 1924. (CHIARELLI, Domingos Tadeu. Segall Realista: algumas considerações sobre a pintura do artista. In: **Segall Realista**. São Paulo: Museu Lasar Segall; Centro Cultural FIESP; Galeria de Arte do SESI, 2008. [Texto para catálogo da exposição]).

[405] "Os intelectuais de 22, ao transformarem a cultura numa questão essencialmente urbana, retrataram a vida que se modernizava, mas, sobretudo, construíram uma nova ordem de percepção." (ARRUDA, Maria Arminda

não é a inteligência, a compreensão refletida dessas pinturas que nos leva a pensar nos dramas alheios da pobreza, da fome e da dor. É a sensação visual que nos obriga a sentir tanta fatalidade. Não provém duma colaboração forçada e posterior da inteligência, antes, puramente sensualista, deflagrada pelas formas, linhas, cores e utilização racional das duas dimensões da superfície. É admirável. E é doloroso de sentir. Raramente se sentirá realizada com tanta eficácia, como nestas obras de Lasar Segall, a expressão da miséria miserável.[406]

Figura 4 - Patinadores[407]

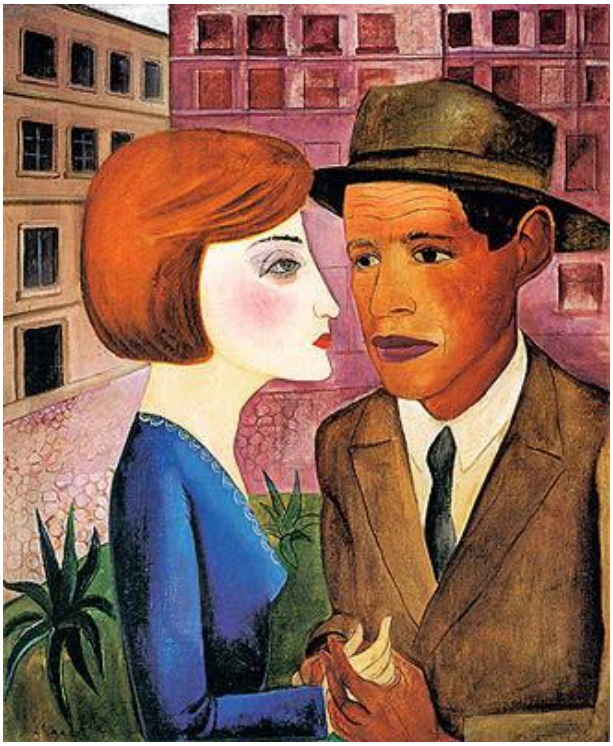
do Nascimento. Metrópole e cultura: o novo modernismo paulista. **Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 39-52, 1997, p. 41).

[406] ANDRADE, Mario de. Lasar Segall. In: BECCARI, Vera D'Horta. **Lasar Segall e o modernismo paulista**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 78.

[407] "Schlittschuhläufer" ["Patinadores"], de 1921-1922, óleo sobre tela de 64 cm x 61 cm, de Lasar Segall, coleção particular.

Figura 5 - Rua[408]

Figura 6 - Encontro[409]



[408] "Rua", de 1922, óleo sobre tela de 131 cm x 98 cm, de Lasar Segall, acervo do Museu Lasar Segall na cidade de São Paulo.
[409] "Encontro", de 1924, óleo sobre tela de 66 cm x 54 cm, de Lasar Segall, acervo do Museu Lasar Segall, na cidade de São Paulo.

É neste sentido que, apesar de serem amigos, Lasar Segall critica a arte de Wassily Kandinsky, apesar de toda perseguição nazista que este sofreu:

> Em 22 de abril de 1939, ao responder a uma carta de Vassily Kandinsky, Segall deixa claro como, para ele, o dever de comprometer-se como artista e indivíduo, naquele determinado momento histórico, extrapolava qualquer desejo de manter-se fiel apenas à sua produção artística, apenas aos problemas formais e técnicos da cozinha pictórica, enquanto o mundo ardia: "Você, caro Kandinsky, é o mais feliz; você tem força para fechar-se ao mundo, em seu atelier, dedicando-se com tranquilidade ao seu trabalho, considerando os problemas da arte como mais importantes que os assuntos do mundo de hoje, com os quais todos nós, querendo ou não, estamos estreitamente ligados, e dos quais somos, infelizmente, como pessoas e como artistas, completamente dependentes".[410]

E Kandinsky lhe responde:

> Nunca deixo de alegrar-me por não ser político, e sim pintor. Assim fecho a porta de meu atelier e o "mundo" (o que eles hoje chamam mundo) desaparece. Muito mais importante do que Checoslováquia é para mim a questão de saber se este azul está bem colocado com aquele marrom, se a extensão e a direção da linha combinam totalmente, se os "pesos" foram colocados de maneira feliz etc.[411]

Lasar Segall é um judeu cuja arte provoca no outro a sensibilização pela diáspora dos *displaced people* de que falou Hannah Arendt e explicou Celso Lafer:

> Daí a conclusão de Hannah Arendt, calcada na realidade das *displaced persons* e na experiência do totalitarismo, de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.[412]

Eric Hobsbawn atribui às artes de vanguarda do início do século XX uma característica premonitória dos desastres que viriam a seguir.[413] E é justamente o que ocorre com Lasar Segall, precisamente com o tom premonitório do óleo com areia sobre tela

---

[410] CHIARELLI, Domingos Tadeu. Op. cit., p. 43.
[411] Ibidem, p. 43
[412] LAFER, Celso. **A reconstrução**… Op. cit., p. 22.
[413] HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, parte 1, ponto 6.

"*Pogrom*" (1937), que significa "tempestade", em russo, mas que passou a conotar o tom antissemita da perseguição aos judeus após o assassinato do Imperador da Rússia Alexandre II em 1881.[414] Esta grande pintura, de 184 cm x 150 cm, se posiciona na coletânea dos *pogroms*, uma sequência quase cinematográfica de gravuras, em técnica de litografia, por meio das quais Lasar Segall vai antecipar o desastre promovido pela escalada do Terceiro Reich.

Figura 7 - Pogrom[415]

Entretanto, uma nota: embora Lasar Segall busque conectar suas obras com as circunstâncias à sua volta, ele se esforça para que a arte não fique sobreposta em favor da realidade, e é por isso que critica o quadro "Guernica", também de 1937:

> Vi o celebrado quadro de Picasso — Bombardeio de Guernica (sic). Não me impressionou como esperava. Demais, tenho a impressão de que gorou a intenção do artista. Justamente porque teve uma intenção ideológica, por assim dizer. O quadro em apreço pretende ser mensagem contra o bombardeio de uma cidade aberta. Mas é obscuro, a intenção é muito subjetiva, não é clara. Prefiro muito mais [sic] sentir o drama nítido de um

[414] CARNEIRO, M. L. T.; LAFER, Celso. **Judeus e judaísmo na obra de Lasar Segall**. São Paulo: Ateliê, 2004, p. 37.
[415] "Pogrom" (1937), de Lasar Segall, integrante do acervo do Museu Lasar Segall, na cidade de São Paulo.

> Van Gogh. Os seus depoimentos emocionais são claros e perceptíveis. Continuo, como sempre, fiel ao conceito que me impus: a arte não deve ter intenções outras que não a arte em si mesma. Ela não deve se colocar a serviço de idéias, nem ser trabalhada pelas convicções várias. Que os antagonismos se aproveitem dela, vá lá […] Mas a arte, essa deve ser pura, independente e liberta de qualquer influência estranha.[416]

Figura 8 - Guernica[417]

Precisamente isto que chamou a atenção dos críticos de "*Pogrom*" (1937): apesar do apelo extra-artístico da tragédia ali retratada, o que sobressai é a sofisticação plástica dos cadáveres todos imóveis, sobrepostos, um rolo de Torá despencado, que:

> recusa o retângulo do quadro para formar esse laço trágico de humanidade; por todo o lugar onde se olhe, mesmo na pomba branca que voa sobre essa arca de cadáveres, em todos os cantos, nosso olhar é levado, pelo jogo das linhas, a voltar, impiedosamente, para o centro.[418]

Já o óleo com areia "Navio de Emigrantes", de (1939-41) é uma pintura grandiosa (230 x 275 cm) integrante do acervo do Museu Lasar Segall na cidade de São Paulo. É ilustrativa a correspondência entre Stefan Zweig e Lasar Segall acerca desta obra:

---

[416] CHIARELLI, Domingos Tadeu. Op. cit., p. 43.

[417] "Guernica" (1937), óleo de 776,6 cm x 349,3 cm, de Pablo Picasso, presente no Museu Reina Sofía, em Madrid. Obra que retrata o bombardeio da cidade de Guernica, no País Basco, em 26 de abril de 1937 por aviões da Legião Condor, da Alemanha nazista. Vale registrar a gafe (já corrigida) da ONU ao publicar em seu site que esta obra representaria uma "forma de protesto artístico contra as atrocidades da República durante a Guerra Civil espanhola". (ONU pede desculpas à Espanha por seu "horrível erro" sobre "Guernica", de Picasso. **El País**, 18 set. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/17/cultura/1568709587_123232.html. Acesso em: 13 jan. 2020).

[418] BASTIDE, R. O oval e a linha reta: a propósito de algumas pinturas de Lasar Segall. **O Estado de São Paulo**, 29 abr. 1944. Republicado em: MILLER, A. M. et al. **Lasar Segall**, p. 51, apud CHIARELLI, Domingos Tadeu. Op. cit., p. 44.

> Bem que o senhor poderia, como já evocou por meio do desenho uma visão do *pogrom*, mostrar toda a miséria dos refugiados de hoje diante dos consulados, nos navios, nas ferrovias e nas estradas! Isso seria um feito monumental, de uma parte à outra do mundo, e o senhor com isso criaria um documento do nosso tempo. Sonho com um pintor que dê forma a algo assim, pois nós, os escritores, estamos perto demais dos acontecimentos para representá-los de maneira épica. O olho do pintor é sempre mais rápido.[419]

> Uma notável coincidência. Justamente, há um ano e meio trabalho (naturalmente com interrupções) em um grande quadro "Navio de emigrantes" […] Aliás o tema "Emigrantes", "Refugiados" não é apenas um tema novo para mim. Eu observo o ser humano como eterno refugiado e desde sempre tratei deste problema na minha arte. Já fiz, há alguns anos, uma grande série de gravuras em metal chamada "Emigrantes" e pintei diversos quadros, entre outros – no meu período expressionista o quadro "Eternos Caminhantes" – nessa época adquirido pelo Museu de Dresden e que agora faz parte da exposição "Arte Degenerada".[420]

Figura 9 - Eternos caminhantes[421]

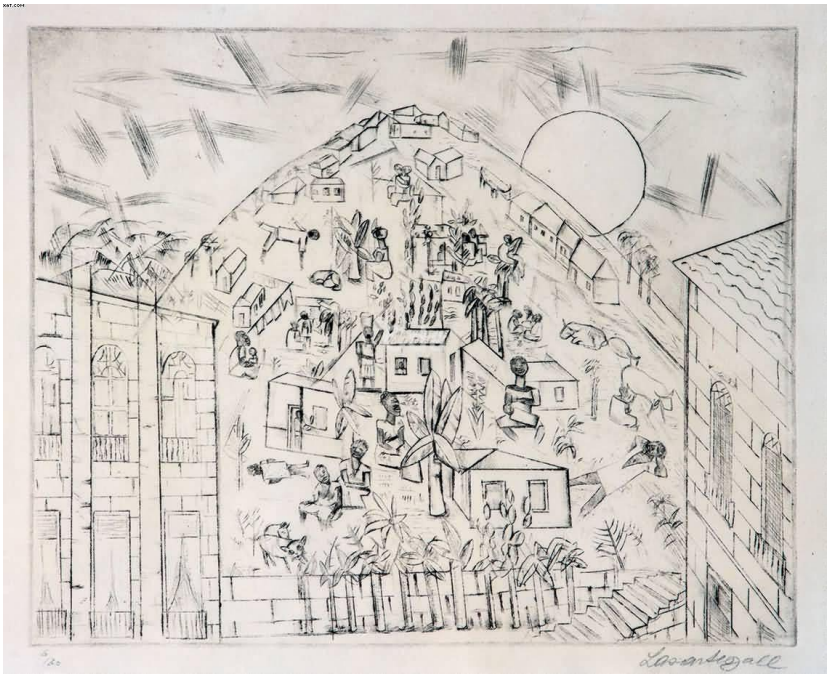
[419] Trecho de carta de Stefan Zweig a Lasar Segall, Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 1940. (BECCARI, Vera D'Horta; CAMARGO, Pierina; ESTEVES, Rosa (org.). **Navio de emigrantes**. São Paulo: Museu Lasar Segall; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 26).

[420] Trecho da carta de Lasar Segall a Stefan Zweig, Campos de Jordão, 27 de dezembro de 1940. (BECCARI, Vera D'Horta; CAMARGO, Pierina; ESTEVES, Rosa (org.). Op. cit., p. 29).

[421] "Eternos caminhantes" (1919), óleo sobre tela, 138 cm x 184 cm, de Lasar Segall, do acervo do Museu

Celso Lafer[422] oferece uma análise de “Navio de Emigrantes” ao pinçar o tema das alegorias das embarcações como um aspecto constante nas diversas manifestações estéticas, mesmo em variadas culturas, que metaforiza a jornada quando o vento vem em popa e a quilha perfura o banzeiro das águas. Seja no Gênesis, com a arca de Noé pela perpetuação das espécies; seja nos autos de Gil Vicente, quando a moral cristã se transporta para o roteiro de teatro; seja n’Os Lusíadas, quando Camões enaltece a navegação épica do Reino de Portugal; seja em “O navio negreiro”, de Castro Alves, como um lamento do holocausto do tráfico de escravos; ou mesmo na gravura “Favela” de 1930, do próprio Lasar Segall, quando o morro da favela tem o mesmo formato do convés da proa de um navio: enfim são todas alegorias de epopeias, quando drama e tragédia coabitam nas narrativas.[423]

Figura 10 - Favela[424]



Lasar Segall, na cidade de São Paulo. “Adquirida pelo Museu da Cidade de Dresden pouco após ser pintada por Segall, a tela — primeira obra de arte moderna incorporada por aquele museu — foi confiscada do local em 1933 após a ascensão do nazismo ao poder e exibida em Munique em 1937, junto a obras de outros expressionistas, na célebre Exposição de Arte Degenerada, com a qual Hitler pretendia desqualificar a arte moderna.” (ETERNOS caminhantes retorna ao Museu Lasar Segall após ‘turnê’ alemã. **Museu Lasar Segall**, [s.d.]. Disponível em: http://www.mls.gov.br/noticias/eternos-caminhantes-retorna-ao-museu-lasar-segall-apos-turne-alema. Acesso em: 13 jan. 2020).

[422] LAFER, Celso. Navio de Emigrantes: um quadro pensadíssimo. In: BECCARI, Vera D’Horta; CAMARGO, Pierina; ESTEVES, Rosa (org.). Op. cit., p. 32-41.

[423] A situação contemporânea dos refugiados no Mar Mediterrâneo configura um novo contexto de embarcações frequentemente fadadas a tragédia.

[424] “Favela” (1930), de Lasar Segall, gravura em metal (ponta seca) sobre papel, 24 cm x 30 cm, do acervo do Museu Lasar Segall na cidade de São Paulo.

"Navio de Emigrantes" foi pintado durante aproximadamente três anos, entre 1939 e 1941, período traumático do século XX, quando Lasar Segall se deu o tempo de *parar para pintar* e pensar acerca dos *pogroms* e as consequentes diásporas judaicas, bem como das cruéis adversidades enfrentadas durante a "errância forçada" dos emigrantes. O refugiado deve lidar com perdas e ausências: as perdas do lar, do idioma e consequentemente perda da espontaneidade, das profissões; e as ausências dos familiares, de documento, das referências. É tema de tristeza captada pelas "cores sem alegria" da obra, possibilitado pelo estado mental de Lasar Segall de "serenidade embebida de mal estar". "Navio de Emigrantes" apresenta dois planos: (i) a "arquitetura do conjunto, com suas retas, ângulos e pontos visuais de referência como os grandes tubos de respiração e (ii) a numerosíssima individualização de dezenas e dezenas de figuras humanas amontoadas na proa do navio".[425] Por tudo isso, trata-se de um quadro pensadíssimo, como assim assinalou Mario de Andrade, luminosamente ecoado por Celso Lafer. Impossível não recordar o mito cristão de *Ahasverus*, do judeu errante, segundo o qual, durante o calvário, embora muitos tenham ajudado Jesus, um judeu sapateiro de Jerusalém se recusou e foi praguejado com o sofrimento da imortalidade e da errância até o regresso de Jesus. A errância judaica durante os séculos gera "uma dialética profunda entre o particularismo de uma tribo e o alcance universal de sua mensagem".[426]

Enfim, pode-se questionar sobre a existência de um limite da sensibilização provocada pelas manifestações estéticas, à moda do abjeto de Paul Ricoeur, que empresta significado ao intolerável no contexto do escrutínio conflitual operado pelo princípio da ordem pública em relação ao direito estrangeiro. Em suma, vale tudo na Estética? Laura Mascaro empresta o significado do termo "obsceno" para refletir acerca da representação metafórica da *Shoah*:

> Refletindo a respeito de um dos sentidos originais da palavra obsceno, relacionado ao teatro — o daquilo que deve ficar "fora de cena"' —, percebemos que se aproxima da noção formulada por Arendt de "aparência inautêntica", que caracteriza aquilo que não estaria destinado ao mundo das aparências e que, caso seja forçado a se mostrar, seria de certo modo ou incompreensível ou repulsivo.[427]

---

[425] LAFER, Celso. Navio… Op. cit., p. 40.
[426] LAFER, Celso. Particularismo… Op. cit., p. 33.
[427] MASCARO, Laura Degaspare Monte. **Memória e verdade em "La Douleur" de Marguerite Duras**. Tese (Doutorado em Letras Francesas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p.106.

CONCLUSÃO

A dicotomia triádica do Direito Internacional Privado polariza (i) a coordenação harmônica típica do pensamento de Savigny e a (ii) expansão axiológica sobre as fontes do Direito Internacional Privado ocorrida ao longo do século XX. Sendo uma dicotomia triádica, admite uma terceira via conciliadora. No entanto, como qualquer conciliação, esta exige concessões de ambas as partes. Quanto ao pensamento savignyano, a sua concessão decorre da derrocada da ideia antropocêntrica da neutralidade axiológica. No campo científico em geral, se a neutralidade possibilitou o surgimento das ciências durante o Iluminismo, ela também resvalou em desastres éticos ao permitir o divórcio entre as ciências e a moral. No campo do Direito Internacional Privado, a neutralidade das normas de conflito foi corolário da tônica de mútua abstenção durante a vigência do dogma da soberania, atualmente esfacelado como dogma, mas pujante como força do mundo real e mesmo ideal, quando se submete ao governo das leis.

À guisa da concessão necessária da expansão axiológica das fontes do Direito Internacional Privado, ensinam os latinos: *ne sutor ultra crepidam*, para dizer "sapateiro, não vá além do sapato". Neste sentido, os Direitos Humanos e Fundamentais, sobretudo seus intérpretes com seus juízos individuais expansivos, devem procurar os valores inerentes ao Direito Internacional Privado, aqueles daquela constelação axiológica, para evitar incorrer em etnocentrismos. Os Direitos Humanos e Fundamentais são uma conquista da Humanidade e devem exercer diretamente suas funções imprescindíveis nos campos do Direito interno ou do Direito Internacional Público. No entanto, quando exsurge uma situação com elemento de estraneidade, sobretudo quando de um conflito de culturas, o aparato instrumental do Direito Internacional Privado consiste na única solução — afinal, é a única razão de ser da disciplina há muitos séculos.

A terceira via da dicotomia triádica, que moveu esta dissertação (coordenação/valores), consiste na concepção tolerante do método conflitual. Trata-se de uma tentativa de conciliação do propósito da justiça conflitual, no ponto de partida do método do Direito Internacional Privado, com a justiça material, refletida na incidência do princípio da ordem pública, com sua feição condicionada pelos princípios do mínimo dano e da proximidade.

REFERÊNCIAS

ACNUR parabeniza Brasil por reconhecer condição de refugiado de venezuelanos com base na Declaração de Cartagena. **ACNUR Brasil**, 29 jul. 2019. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2019/07/29/acnur-parabeniza-brasil-por-reconhecer-condicao-de-refugiado-de-venezuelanos-com-base-na-declaracao-de-cartagena. Acesso em: 30 nov. 2019.

ANDRADE, Mario de. Lasar Segall. In: BECCARI, Vera D'Horta. **Lasar Segall e o modernismo paulista**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ARROYO, Diego Pedro Fernández. 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**. Asunción: CEDEP, 2013, p. 17-35. Disponível em: http://diegofernandezarroyo.net/articles/71-El-derecho-internacional-privado-en-el-divan-Tribulaciones-de-un-ser-complejo-DPFA-2013.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.

ARRUDA, Maria Arminda do Nascimento. Metrópole e cultura: o novo modernismo paulista. **Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 39-52, 1997.

ASSY, Bethânia. Subjetivação e ontologia da ação política diante da injustiça. **Revista Direito e Praxis**, v. 7, n. 15, p. 777-797, 2016.

ASSY, Bethânia; ROLO, Rafael. A concretização inventiva de si a partir da perspectiva do outro: notas a uma antropofilosofia decolonial em Viveiros de Castro. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 4, p. 2.367-2.398, 2019.

BADIALI, Giorgio. Il ruolo del giudice nel controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano, v. 89, n. 3, p. 611-643, 2006.

BAPTISTA MACHADO, João. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis**: limites das leis e conflitos de leis. Coimbra: Almedina, 1988.

BAPTISTA MACHADO, João. **Lições de Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASILE, Fabio. **Immigrazione e reati culturalmente motivati**. Tese (Doutorado) – Università degli Studi di Milano. Milano, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECCARI, Vera D'Horta. **Lasar Segall e o modernismo paulista**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

BECCARI, Vera D'Horta; CAMARGO, Pierina; ESTEVES, Rosa (org.). **Navio de emigrantes**. São Paulo: Museu Lasar Segall; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

BLIXEN, Karen. **A festa de Babette**. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. As razões da tolerância. In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86-91.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Barueri, SP: Manole, 2015.

BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del diritto rivisitata. **Rivista Sociologia del Diritto**, v. 11, n. 3, p. 7-27, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.523.793/RS**.

BROWN, Wendy; FORST, Rainer. **The Power of Tolerance**: A Debate. New York: Columbia University, 2014.

CAMPIGLIO, Cristina. Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 94, n. 4, p. 1.029-1.064, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, M. L. T. Rompendo o silêncio: a historiografia sobre o antissemitismo no Brasil. **Cadernos de História**. Belo Horizonte, v. 13, n. 18, p. 79-97, 2012.

CARNEIRO, M. L. T.; LAFER, Celso. **Judeus e judaísmo na obra de Lasar Segall**. São Paulo: Ateliê, 2004.

CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. Bologna: Mulino, 2013.

CHIARELLI, Domingos Tadeu. Segall Realista: algumas considerações sobre a pintura do artista. In: **Segall Realista**. São Paulo: Museu Lasar Segall; Centro Cultural FIESP; Galeria de Arte do SESI, 2008. [Texto para catálogo da exposição].

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. Vers une communauté de valeurs? Les droits fondamentaux. Paris: Seuil, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 52, n. 4, , p. 753-780, out./dez. 2000.

DÉPREZ, Jean. Droit International Privé et conflits de civilisations: aspects méthodologiques. **Recueil des Cours**. Dordrecht; Boston; Lancaster, v. 211, p. 9-372, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOLINGER, Jacob. A decadência do Direito Internacional Privado norte-americano. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155-203.

DOLINGER, Jacob. A intolerância: uma perspectiva judaica. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 359-370.

DOLINGER, Jacob. Direito e amor. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-17.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: do princípio da proximidade ao futuro da humanidade. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-153.

DOLINGER, Jacob. Provincianismo no Direito Internacional Privado brasileiro. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 205-234.

DOLINGER, Jacob. **The Case for Closing the UN**. Jerusalem: Gefen, 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUTOIT, Bernard. **Droit International Privé suisse**: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987. Bâle; Francfort-sur-le-Main: Helbing und Lichtenhahn, 1997.

ETERNOS caminhantes retorna ao Museu Lasar Segall após ‘turnê’ alemã. **Museu Lasar Segall**, [s.d.]. Disponível em: http://www.mls.gov.br/noticias/eternos-caminhantes-retorna-ao-museu-lasar-segall-apos-turne-alema. Acesso em: 13 jan. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação: o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 7-18.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Barueri, SP: Manole, 2015, p. ix-xvii.

FERRER CORREIA, António. **Lições de Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2000.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **Wassily Kandinsky e o Direito Internacional Privado de Gustavo Mônaco**. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 15-19.

FRANCESCAKIS, Phocion. Problèmes de Droit International Privé de l’Afrique noire independante. **Recueil des Cours**, t. 112, p. 275-361, 1964 II.

FREITAS, Monica Silva de. A hospitalidade em Homero. Ítaca, n. 27, p. 33-42, 2014. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/view/2414/2063. Acesso em: 07 ago. 2019.

FULCHIRON, Hugues. Droit Fondamentaux et règles de Droit International Privé: conflit de droits, conflit de logiques? In: SUDRE, Frédéric. **Le droit au respect de vie familiale au sens de la Convention européenne des Droits de l’Homme**. Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 353-386.

GANNAGÉ, Léna. **Les méthodes du Droit International Privé à l’épreuve des conflits de cultures**. Paris: Adi-Poche, 2013.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado**: Derecho de la tolerancia. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofia del Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1947.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações**. São Paulo: Objetiva, 1997.

JAYME, Erik. La costituzione tedesca e il Diritto Internazionale Privato. **Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale**. Padova, v. 8, n. 1, p. 76-81, 1972.

JAYME, Erik. Les langues et le Droit International Privé. **Recueil des Cours**. The Hague; Boston; London: Martius Nijhoff, v. 381, 2015.

JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos do Direito Internacional Privado. In: **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 93-103. [Seleção de textos da obra de Erik Jayme, v. 1, n. 1, mar. 2003].

KANDINSKY, Wassily. **Do espiritual na arte**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KIRSCH, Marc. Claude Lévi-Strauss por Philippe Descola. **Estudos Avançados**, v. 23, n. 67, p. 183-192, 2009.

LAFER, Celso. A Constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º. In: LAFER, Celso. **A internacionalização do Direitos Humanos**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 11-29.

LAFER, Celso. A independência do Kosovo e a Corte de Haia. In: LAFER, Celso. **Relações internacionais, política externa e diplomacia brasileira**: pensamento e ação. Brasília : FUNAG, 2018, v. 1, p. 747-750.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. Apontamentos sobre a Internacionalização do Direito Constitucional Brasileiro. In: LAFER, Celso. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-31.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, Direitos Humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LAFER, Celso. Direito Constitucional e Direito Internacional: considerações sobre o art. 4º, III, da Constituição de 1988 e o parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo. In: LAFER, Celso. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-60.

LAFER, Celso. Navio de Emigrantes: um quadro pensadíssimo. In: BECCARI, Vera D'Horta ; CAMARGO, Pierina; ESTEVES, Rosa (org.). **Navio de emigrantes**. São Paulo: Museu Lasar Segall; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 32-41.

LAFER, Celso. **Paradoxos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

LAFER, Celso. Parecer. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. In: LAFER, Celso. **A internacionalização do Direitos Humanos**. Barueri: Manole, 2005, p. 32-120.

LAFER, Celso. Particularismo e universalidade. In: CARNEIRO, M. L. T.; LAFER, Celso. **Judeus e judaísmo na obra de Lasar Segall**. São Paulo: Ateliê, 2004, p. 25-33.

LAFER, Celso. Prefácio a Cláudia Perrone-Moisés. In: PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal**: imunidades e anistias. Barueri, SP: Manole, 2012, p. xix-xx.

LAFER, Celso. Prefácio a Gustavo Monaco. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de constitucionalidade da lei estrangeira**. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 13-19.

LAFER, Celso. Prefácio. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. vii-xii.

LAFER, Celso. Uma nota sobre os desafios de interpretação: a propósito do livro de Elival da Silva Ramos "Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos". In: **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78-87.

LAFER, Celso. Variações sobre a Justiça. In: **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 175-179.

LAGARDE, Paul. Différences culturelles et ordre public en Droit International Privé de la famille. **Annuaire de l'Institut de Droit International**. Cracóvia, v. 71, n. 2, 2006, p. 290.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le Droit International Privé contemporain. **Recueil des Cours**. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, v. 196, p. 29-126, 1986.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural** II. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar distanciado**. Lisboa: Edições 70, 1983.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: **Antropologia estrutural** II. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 328-366.

LÉVI-STRAUSS, Claude; ERIBON, Didier. **De perto e de longe**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos** [I grandi sistemi giuridici]. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mario G. Prefácio à edição brasileira: o pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007, p. xix-xlix.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**: v. 3: do século XX à pós-modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MAHBUBANI, Kishore. Os perigos da decadência: o que o resto pode ensinar ao Ocidente. In: **O choque das civilizações**: o debate sobre a tese de Samuel P. Huntington, Lisboa: Gradiva, 1999, p. 43-48.

MARQUES, C. L. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.

MASCARO, Laura Degaspare Monte. **Memória e verdade em "La Douleur" de Marguerite Duras**. Tese (Doutorado em Letras Francesas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

MERCIER, Pierre. **Conflits de civilisation et Droit International Privé**. Genebra: Droz, 1972.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 [1859].

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção da ordem pública internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. [No prelo].

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Atribuição da guarda e suas consequências em Direito Internacional Privado**. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de constitucionalidade da lei estrangeira**. Quartier Latin: São Paulo, 2013.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Cultura e Direito Internacional Privado: o lugar da hospitalidade, da tolerância e do pluralismo. In: : CALHEIROS, Clara; MONTE, Mário Ferreira; PEREIRA, Maria Assunção; GONÇALVES, Anabela. (org.). **Direito na lusofonia**: Direito e novas tecnologias. Braga: Escola de Direito da Universidade do Porto, 2018, p. 127-135.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito Internacional Privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; FULCHIRON, Hugues. **Famílias internacionais**: seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 3-28.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Normas de aplicação imediata, ordem pública e controle de constitucionalidade da lei estrangeira: limites e parâmetros. In: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; PEREIRA, Maria Assunção do Vale; GONÇALVES, Anabela. (org.). **Direito na lusofonia**: diálogos constitucionais no espaço lusófono. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, v. 1, p. 209-216.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de Direito Internacional Público ou de Direito Internacional Privado harmonizado? **Revista Internacional d'Humanitats**, v. 41, p. 19-26, 2017.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Representação pictórica das migrações**: os imigrantes do séc XIX, os refugiados do séc XXI e a recepção dos estrangeiros no Brasil. 2019. [Palestra].

MOURA RAMOS, Rui Manuel. **Direito Internacional Privado e Constituição**: introdução a uma análise de suas relações. Coimbra: Coimbra, 1980.

NAVIO de Emigrantes. In: ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras. São Paulo: Itaú Cultural, 2020. Disponível em: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra2190/navio-de-emigrantes. Acesso em: 08 de Jan. 2020.

NEWTON, Isaac. **Letter to Robert Hooke**, 5 fev. 1675. Disponível em: https://digitallibrary.hsp.org/index.php/Detail/objects/9792. Acesso em: 28 nov. 2019.

OCTAVIO, Rodrigo. **Direito Internacional Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

ONU pede desculpas à Espanha por seu "horrível erro" sobre "Guernica", de Picasso. **El País**, 18 set. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/17/cultura/1568709587_123232.html. Acesso em: 13 jan. 2020.

OST, François. Law as Translation. In: ADAMS, Maurice; e HEIRBAUT, Dirk (ed.). **The Method and Culture of Comparative Law**: Essays in Honour of Mark Van Hoecke. Oregon: Hart, 2014, p. 69-85.

OST, François. **Le Droit comme traduction**. Québec: Université Laval, 2009. [Coleção "Verbatim"].

PATRÃO, Afonso. O direito de abandonar a União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar a União? In: ANDRADE, Manuel da Costa; SOUSA, Susana Aires de; ANTUNES, Maria João (org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, v. 4, n. 101, p. 755-794, 2010.

PEREIRA, Rogério; CARDOSO, Fabio Silvestre. Maluco inteligente. **Rascunho**, n. 102, maio 2012. Disponível em: http://rascunho.com.br/maluco-inteligente. Acesso em: 19 dez. 2019.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Claude Lévi-Strauss: a diversidade humana. **Folha de São Paulo**: Caderno Mais, 27 jun. 1999, p. 7.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal**: imunidades e anistias. Barueri, SP: Manole, 2012.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Tolerância, desenvolvimento e Direitos Humanos: uma visão integrada. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de. (org.). **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**. Ijuí, RS: Unijuí, 2005.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47344**. Código Civil português. 1966.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2002.

REIS, Gabriel Valente dos. **Aplicação do Direito estrangeiro sob a ótica cosmopolita**. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

REIS, Gabriel Valente dos. **Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Viva o povo brasileiro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011 [1984].

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno Rodrigues. A cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 18, n. 20, p. 1-139, 2011.

RICOEUR, Paul. Tolerância, intolerância e intolerável. In: RICOEUR, Paul. **Leituras 1**: em torno ao político. São Paulo: Loyola, 1995, p. 174-190.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIGAUX, François. Les notions à contenu variable en Droit International Privé. In: PERELMAN, Chaïm; ELST, Raymond Vander. **Les notions à contenu variable en Droit**. Bruxelles: Bruylant, 1984.

RODAS, João Grandino. Jurisdição civil sob o prisma da estraneidade na era da globalização. **Consultor Jurídico**, 21 jan. 2016: https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/olhar-economico-jurisdicao-civil-prisma-estraneidade-globalizacao. Acesso em: 23 nov. 2019.

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.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 9000395-90.2018.8.23.0000**.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

SANTOS, António Marques dos. **Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado**. Lisboa: Coimbra Editora, 1998.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito romano atual**. Ijui, RS: Unijui, 2004 [1849].

TAROZZO, Helena. Alexandre Calder ganha retrospectiva em Londres. **Casa Claudia**, 14 dez. 2016. Disponível em: https://casaclaudia.abril.com.br/moveis-acessorios/alexandre-calder-ganha-retrospectiva-em-londres. Acesso em: 13 jan. 2020.

TÉNÉKIDÈS, Georges. Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cites. **Recueil des Cours**, 1956, v. 469, p. 535.

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

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Direito Internacional Privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista**. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

VISCHER, Frank. Loi Fédérale de droit international privé. Introduction générale. In: DESSEMONTET, François. **Le nouveau Droit International Privé suisse**. Lausanne: CEDIDAC, 1988.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas. São Paulo: L&PM Pocket, 2008 [1763].

WALZER, Michael. **Da tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WELLER, Marc-Phillipe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do Direito Internacional Privado do nosso tempo. Tradução Rui Pereira Dias. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 94, t. 1, p. 361-402, 2018.