

Direito Internacional Privado — Do Princípio da Proximidade ao Futuro da Humanidade¹

O direito internacional privado pode ser comparado a um jogo de xadrez, de natureza peculiar eis que as peças brancas e pretas não são movimentadas por dois jogadores, em posições opostas, mas por um só. Há, de início um ligeiro embate, mas a final, as peças se harmonizam.

As pedras brancas representam as regras de conexão — que nos indicam a lei aplicável em todo tipo de situação ou relação jurídica transnacional: a lei do foro, a lei da nacionalidade, do domicílio ou da residência habitual da pessoa, a lei do local da celebração do casamento, da assinatura do contrato, a lei do local do cumprimento da obrigação, a lei escolhida pelas partes, a lei da situação do bem, a lei da residência habitual do pai ou a do filho, a lei da residência habitual do adotante e/ou do adotado, a lei do local do primeiro domicílio conjugal, a lei do domicílio do falecido, a lei do domicílio dos herdeiros, a lei em que foi firmado o contrato de trabalho ou a lei do local do desempenho das tarefas do empregado, a lei do local onde o ilícito civil foi cometido (ou quicá onde o dano da vítima se manifestou), a lei do local onde a sociedade jurídica foi constituída, ou a lei do local onde ela opera, a lei da moeda expressa no contrato, a lei fiscal da sede da empresa ou a do país em que ela auferiu lucro, ou de ambas, os regulamentos cambiais do país da exportação da mercadoria e do país da transferência de fundos, a lei do país da emissão da cambial ou a do país em que deve ser paga.

Assim, atravessando o grande oceano do direito privado e muitos mares do direito público, vamos sendo guiados por estas regras, cria-

DOLINGER, Jacd. In: *Direito & Amor*
Rio de Janeiro: Renovar, 2009

¹ Aula Inaugural pronunciada em 24 de outubro de 2002 na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, e publicada na Revista de Direito Administrativo, vol. 235 (2004).

da escolha da lei aplicável. Não é uma pedra preta, muito pelo contrário, é a rocha alva da qual emanam todas as pedras brancas — as regras de conexão.

Vou mais longe e estendo minha teoria a outros princípios, como o da autonomia da vontade, que aceita a escolha da lei aplicável pelas partes contratantes, o da proteção da parte fraca (criança, empregado, consumidor), para o qual aplicamos a lei que lhes seja mais benéfica, e até o princípio da ordem pública, que rejeita a aplicação da lei estrangeira que for incompatível com os valores básicos do fórum, determinando a aplicação da lei do foro, em todos eles, em última análise, estamos determinando a submissão à lei que é a mais próxima da causa, seja porque as partes desejaram-na, seja porque a criança, o empregado e o consumidor têm na lei mais benéfica aquela que lhes é mais próxima, o mesmo ocorrendo no processo de rejeição pela ordem pública, onde digo que, se a lei estrangeira indicada pela regra de conexão é incompatível com a filosofia jurídica do foro, então não lhe é próxima, não tem com ela intimidade, nem vinculação, e não pode ser aplicada. A lei que choca, que é incompatível, que escandaliza, esta lei é distante, foge completamente da idéia básica da proximidade, e por isto, não pode ser aplicada.

Defendendo a primazia do princípio de proximidade, Paul Lagarde, o grande mestre francês, disse que este princípio é nobre, pois contém uma lição de modéstia ao ensinar-nos que nenhuma vontade política, nenhum juiz, pode pretender que suas leis devam governar as relações jurídicas sobre as quais ele não tem controle.

Gostaria de acrescentar que a proximidade tem um outro significado, em outro plano; refiro-me à aproximação entre os povos. Ao construirmos um sistema pelo qual as pessoas, físicas e jurídicas, de diferentes origens, diferentes domicílios e localizações, podem casar, contratar, comprar e vender, representar uns aos outros, pagar indenizações por danos causados, encontrando para cada relação jurídica uma lei apropriada, equitativa, estamos facilitando estes relacionamentos, atraindo pessoas de diferentes culturas, trazendo-as juntas debaixo de um grande guarda-chuva e, assim, facilitando suas transações civis e comerciais.

E a aproximação entre os povos em suas relações econômicas e sociais há de manifestar seus benefícios na arena política.

Os negócios internacionais aproximam os povos distantes, ajudam a se entenderem mutuamente, e assim criam condições melhores para a paz.

O direito internacional privado é o terreno básico para estas melhorias na sociedade internacional. O principal conceito que inspira

este *rapprochement* é definitivamente o princípio da proximidade. E assim, uso dizer que o princípio da proximidade é o grande condutor do direito privado para um mundo melhor, um mundo no qual as pessoas estenderão as mãos umas para as outras, no qual os juristas de diferentes nações compararão os diferentes sistemas jurídicos e as regras específicas para cada situação que seus respectivos povos criaram ao longo dos tempos, escolherão e aplicarão a lei apropriada, tudo com base na lei mais próxima à hipótese.

Sigmund Freud escreveu sobre o que traz as nações para a guerra:

As guerras jamais findarão enquanto as nações viverem sob condições tão diferentes, enquanto a vida individual em cada nação for considerada de maneira tão diversa e enquanto as animosidades que dividem os povos representarem forças instintivas da mente.

E concluiu seu ensaio sobre Guerra e Morte:

Mas a guerra não será abolida enquanto as condições de existência entre as nações forem tão variadas, e as repulsas entre os povos tão intensas, haverá, terá que haver guerra.

Estudar e compreender as leis das outras nações (que envolvem, de certa maneira, suas culturas, religiões e costumes), aplicar as leis dos outros Estados quando for adequado e justo, e reconhecer e executar as sentenças das cortes de outras jurisdições — os componentes essenciais do que aprendemos em direito internacional privado — com o inestimável apoio do direito comparado —, isto constitui a chave para aproximação entre os povos e uma contribuição relevante para trazer o fim à repulsa e ao ódio.

A mensagem do princípio da proximidade nas obrigações internacionais é de que, para cada situação há um sistema legal que é o mais próximo, uma lei que é boa e justa para dirimir o conflito entre as partes. Ao colocar estes parâmetros para a escolha da lei, aprendemos e ensinamos que todos temos uma oportunidade para contribuir ao desenvolvimento e à estabilização da vida humana sobre a terra.

O direito internacional privado foi chamado por Werner Goldschmidt, o jurista que fugiu da Alemanha nazista e da Espanha fascista, para se estabelecer na Argentina, o "direito da tolerância". A tolerância necessária para renunciar à aplicação de minha lei e aplicar a lei de outro povo.

Eu sustento que o direito internacional privado é a ciência, e que, também a arte, que tem como seu principal objetivo, seu desiderato filosófico-político, a aproximação entre os povos do mundo. O direito que opera com a rocha alva. O direito da proximidade.

das pelos códigos e leis internas e, modernamente, cada vez mais, pelas convenções, que criam o direito internacional privado uniformizado. Todas estas regras de conexão são pedras brancas que ajudam os tribunais a escolher aquilo que concebemos como o direito mais apropriado para cada situação jurídica.

E as pedras pretas são os grandes princípios do direito internacional privado, o reenvio, a ordem pública, a qualificação, a fraude à lei, a instituição desconhecida, a questão prévia, os direitos adquiridos, que operam como freio neutralizador, como retrocesso dos objetivos das regras de conexão, desempenhando um poder moderador, que impede a solução do conflito das leis pela escolha de uma lei inadequada, inapropriada, incabível, a que, às vezes, nos conduzem as pedras brancas.

A partir de determinado ponto na história de nossa disciplina, começaram a falar mal das pedras brancas. Os americanos passaram a bater forte, os europeus, mais brandos e mais elegantes. Os americanos, com *parti pris*, pois, no fundo, o que desejam é aplicar, sempre, ou quase sempre, seu próprio direito, daí a tendência para o *approach* teleológico — a procura de justiça para o caso, a procura da melhor lei, o que leva à comparação do conteúdo das normas jurídicas dos sistemas em conflito, e a decidir pela "norma mais justa" — geralmente a deles, desprezando as regras de conexão, que, alegam os americanos, são mecânicas, cegas, indicando a lei aplicável sem considerar o conteúdo da mesma.

De acordo com esta crítica, as regras de conexão efetivamente desempenham um papel geográfico, institucional, distanciadas da luta do direito para alcançar a justiça.

Esta é uma crítica injusta, ou, pelo menos, enormemente exagerada.

Entendo que a ordem pública — a peça preta mais importante no jogo de xadrez do direito internacional privado —, a ordem pública serviu, desde o primeiro momento, desde Bártolo, há seis séculos e meio atrás, para evitar que a regra de conexão ocasionasse um resultado inaceitável. Sempre que a regra de conexão indicasse a aplicação de uma lei que manifestamente levasse a uma solução incompatível, a uma injustiça clamorosa, deveria ser descartada.

Admito, todavia, que o conceito abstrato da ordem pública possa não abranger todas as situações em que a lei aplicada fica abaixo do padrão de justiça que seria obtido caso aplicada outra lei, não indicada pela regra de conexão. Neste sentido, há que se reconhecer que as

clássicas regras de conexão representam uma armadura pesada, apertada, uma camisa-de-força um tanto inconfortável, da qual é válido querer se desvencilhar um pouco. Nisto os americanos nos ajudaram, pois sua crítica ao sistema clássico foi tão contundente, que o mundo acordou. Os europeus reconhecerem hoje que devem a modernização do seu direito internacional privado à chamada "revolução americana" no seu "Conflict of Laws".

A solução foi encontrada. Em vários momentos, em várias localidades. Começamos pelos suíços, tão exatos, tão precisos, a ponto de terem criado uma lei de direito internacional privado com nada menos de 200 artigos, um verdadeiro código, que cuida de todos os problemas processuais e legais que podem ocorrer sobre a face da terra em matéria de conflitos, tanto conflitos de jurisdição como conflitos de leis.

Refiro-me ao artigo 15 da lei federal de 18 de dezembro de 1987, que leio em uma das três línguas oficiais em que os suíços promulgam suas leis:

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 lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.

Isto quer dizer o seguinte: para todas relações jurídicas temos no direito internacional privado as setas — regras de conexão — indicadoras da lei aplicável, mas, se em determinada hipótese, estivermos diante de uma situação jurídica em que notamos que a lei indicada não é realmente relevante, que a ligação entre o fato e a norma é tênue, fraco, distante, e que há um outro direito, outro sistema jurídico que fica muito mais próximo à situação ou relação jurídica, este será o direito a aplicar e não aquele indicado pela regra de conexão.

Esta regra foi denominada "cláusula de exceção", porque afasta a regra de conexão. Assim, o juiz poderá ter diante de si um novo tipo de pedra, decorrente da cláusula de exceção do artigo 15 que, simplesmente, diz que se o direito indicado pela pedra branca, a regra de conexão, pouco tem a ver com a situação sob julgamento, e que há um outro sistema jurídico que lhe é muito mais próximo (prestem atenção, utilizei a palavra próximo que pretendo transformar na grande chama desta tarde), é a este direito que o juiz há de recorrer para julgar.

Pode-se invocar a cláusula de exceção para comparar o conteúdo das normas do 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. Vamos procurar mais fontes, além da suíça, que modernizaram o direito internacional privado.

Outras legislações inseriram dispositivos semelhantes, ou regras de conexão subsidiárias, que encerram a mesma idéia de encontrar um direito que esteja mais ligado às partes ou à questão. Assim, o EGBGB, lei introdutória ao Código Civil alemão, modificado em 1986, dispõe em seu artigo 14 sobre os efeitos gerais do casamento, determinando, primeiramente, a aplicação da lei da nacionalidade comum dos cônjuges, e, caso não possuam a mesma nacionalidade, a lei do país em que ambos esposos têm sua residência habitual e, alternativamente, a lei do país com o qual os cônjuges estão mutuamente mais conectados de qualquer outra forma, ou seja, uma conexão de proximidade.

Vejamos como a nova lei italiana de direito internacional privado, moderna, de 1995, dispõe, em seu artigo 29, sobre as relações pessoais entre os cônjuges:

I rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune. I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni, sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

Atentemos agora para as fontes internacionais. A principal fonte do moderno sistema de direito internacional privado uniformizado no campo dos contratos está consubstanciada em uma convenção criada e aprovada pela então Comunidade Econômica Européia, intitulada Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980. Nela, o artigo 4 dispõe que

O contrato é regido pela lei do país com o qual apresenta a conexão mais íntima, ou seja, mais próxima — *la loi du pays avec lequel (le contrat) présente les liens les plus étroits* — *the law of the country with which it (the contract) is most closely connected.*

A lei italiana de direito internacional privado submete, em seu artigo 57, a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais ao disposto na Convenção de Roma e a lei venezuelana determina em seu

artigo 30 que as obrigações convencionais se regem pelo direito com o qual ela se encontre o mais diretamente vinculada.

E assim, várias outras modernas leis de DIP seguiram a mesma orientação.

No nosso continente, a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, aprovada no México, em 1994, sob o patrocínio da CIDIP — a Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado — dispõe no artigo 7º que

O contrato se rege pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

Mais íntimos, mais estreitos, mais vinculados, tudo resulta na maior proximidade.

O Brasil, que em matéria de direito internacional privado tem um compasso todo especial, muito lento, continua preso a uma lei que acabou de celebrar seu 60º aniversário, quicá a mais antiga lei da disciplina no mundo inteiro, e que, em seu artigo 9º, determina a aplicação da lei do local onde a obrigação foi contraída.

Em 1995, uma comissão nomeada pelo governo projetou uma nova lei, que em matéria de obrigações contratuais determinava que seriam regidas pela "lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos", em perfeita consonância com as Convenções de Roma e do México.

Trago-vos duas notícias: 1) depois que este projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, foi retirado pelo governo antes de ir ao Plenário; 2) A Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada pelo Brasil em 1994, no México, pelo chefe da delegação brasileira àquela conferência, o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, sequer foi enviada pelo Executivo ao Congresso Nacional.

A Origem do Princípio de Proximidade

Laços mais estreitos, mais íntimos, mais vinculados, mais próximos, tudo desemboca no que passou a ser conhecido como o Princípio da Proximidade.

Onde e quando terá originado este princípio da proximidade?

Encontramos várias convenções da Conferência da Haia, até da década de 50, que já enunciavam regras baseadas neste princípio.

A mais antiga fonte internacional que encontrei é a Convenção da Haia sobre Conflitos de Leis em matéria de nacionalidade, de 1930,

cujo artigo 5º estabelece que a pessoa que tenha várias nacionalidades, será considerada, em um terceiro Estado, como tendo a nacionalidade do país onde tem sua residência habitual ou do país com o qual, de acordo com as circunstâncias, pareça estar "efetivamente mais conectada".

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

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. A isto diz Gutzwiller:

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.

Se eu entendi bem Gutzwiller e se Gutzwiller entendeu bem Aldricus, então o princípio da proximidade está inerente no nascedouro do direito internacional privado, tem mais de oitocentos anos de idade e vem a ser a pedra angular da ciência do conflito das leis.

Isto significaria que toda regra de conexão nada mais é do que uma manifestação do princípio da proximidade, e por isto foi tão bem colocado pela lei suíça que, se a regra de conexão formulada pelo legislador não dirige o juiz à lei mais intimamente ligada à causa, havendo outra lei mais próxima, mais conectada, obviamente que esta outra lei deverá ser aplicada, porque é a visada pela filosofia do direito internacional privado, que nada mais quer do que aplicar a cada situação transnacional, o direito que mais se aproxima, que mais tem a ver com

a causa, aquele direito que está mais sintonizado com a hipótese sob julgamento, aquele sistema jurídico que mais condições tem de conhecer o fato, cujas normas foram criadas justamente para reger este fato, e que, assim, melhor justiça produzirá.

Portanto, as regras do DIP, acusadas de serem mecânicas, cegas, de não se preocuparem com a norma substantiva a ser aplicada à causa, só podem funcionar enquanto realmente satisfizerem o princípio da proximidade, o objetivo da proximidade, a razão da proximidade. Se olharmos cuidadosamente para as regras que determinam a lei aplicável — *lex domicilii*, *lex patriae*, *lex loci contractus*, *lex rei sitae*, *locus regni actum* e outras, não parecem todas dizer-nos que a lei aplicável é a que tem a ligação mais próxima com a pessoa, a causa ou a questão jurídica que a corte tem que solucionar? Sendo assim, nossas pedras brancas não são tão mecânicas, não são tão cegas, mas muito pelo contrário, derivam de uma filosofia que procura detectar sempre a lei mais adequada, mais apropriada à questão jurídica, e, ... ei-nos de volta ao velho Savigny.

Mas, quando ocorrer uma hipótese em que a regra de conexão não mantiver esta relação com a *quæstio juris*, haverá de se ir em busca de outra conexão que localize a ponte mais sólida, o caminho mais curto entre o fato e a norma, entre a relação jurídica internacional e o direito a ela aplicável.

Vide a moderna evolução da regra de conexão mais importante — aquela que rege a pessoa física em seu estado, sua capacidade, e seu direito da família, que caminhou da lei nacional para a lei do domicílio e desta para a lei da residência habitual; não estará esta evolução refletindo o reconhecimento de que se deve governar a pessoa pela lei de seu meio social, de seu ambiente, que modernamente deixou de ser a de sua nacionalidade, nem mais é a de seu domicílio, para fixar-se na sua residência habitual?

Quem sabe se o princípio da proximidade não esteve sempre presente na busca do jurista pela lei mais apropriada às relações jurídicas internacionais?

Assim, enquanto os princípios da ordem pública, do reenvio, da qualificação, da fraude à lei são as pedras pretas que neutralizam o efeito das regras de conexão — as pedras brancas — o princípio da proximidade não é um neutralizador, um freio, uma cláusula de exceção, como se costuma denominar a regra do artigo 15 da lei suíça, mas é o princípio básico que está subjacente em toda a ciência do direito internacional privado, é o fundamento de toda e cada regra de conexão, é o fundamento filosófico da solução do conflito das leis, pela via