

JACOB DOLINGER

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

*Do Professor*

*Justiça*

*para os seus alunos*

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO  
(Parte Especial)

DIREITO CIVIL INTERNACIONAL

Volume II

CONTRATOS E OBRIGAÇÕES NO  
DIREITO INTERNACIONAL  
PRIVADO

*1907*



RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife  
2007



mento ilícito, a cobrança do indébito, o usufruto inerente ao pátrio poder, a obrigação de prestar alimentos entre os parentes, as obrigações do tutor para com seu tutelado, a indenização do possuidor por benfeitorias, todas elas regidas pelo "direito que as tiver estabelecido"<sup>19</sup>, como dispõe o Código Bustamante, artigo 165 ("As obrigações derivadas da lei regem-se pelo direito que as tiver estabelecido"), ou pela lei do lugar do fato ou ato, como determinado pelo artigo 220 do mesmo Código ("A gestão de negócios alheios é regulada pela lei do lugar em que se efetuar") e do artigo 221 ("A cobrança do indébito submete-se à lei pessoal comum das partes e, na sua falta, à do lugar em que fizer o pagamento") e, finalmente do artigo 222 ("Os demais quase-contratos sujeitam-se à lei que regula a instituição de que se originam")<sup>20</sup>.

No Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de Haroldo Valladão, estas obrigações são assim tratadas no artigo 53:

As obrigações não oriundas de declaração de vontade regem-se segundo a lei que as estabeleceu ou segundo a lei do lugar do fato ou ato que lhes deu origem.

Os projetos mais recentes, 4.905/95 e 269/04, não trataram especificamente desta matéria. Na hipótese da aprovação de um ou de outro, será necessário procurar norma adequada para reger as obrigações não contratuais derivadas de atos ilícitos, sendo possível invocar o disposto no Código Bustamante, artigo 165 de que "as obrigações derivadas da lei regem-se pelo direito que as tiver estabelecido".

quais, principalmente, os quase-contratos) os fatos ilícitos (delitos e quase delitos) e os contratos.

19 Vide Eduardo Espínola, *op. cit.*, p. 388: "Obrigações há que decorrem diretamente da lei, não têm caráter autônomo, estão ligadas a instituições jurídicas de outra natureza, ou delas dependem. Essas obrigações *ex lege* têm, como característico, o fato de surgirem como consequência de uma relação jurídica principal, de que são, de certo modo, acessórias. ..."

20 Para Bevilacqua, *op. cit.*, p. 372, as obrigações oriundas da tutoria submetem-se à lei que regula este instituto, as que derivam da posse entram na esfera do estatuto real, as que resultam de *hereditatis actio*, pela lei que governa a sucessão, e assim por diante.

## CAPÍTULO X

### O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O FUTURO DA HUMANIDADE

A Convenção da Liga das Nações sobre Nacionalidade, de 1930, artigo 5º, dispõe que a pessoa que tiver mais de uma nacionalidade será considerada pelos outros Estados como nacional do Estado ao qual, parece estar mais conectada, refletindo a idéia da proximidade. Este fato não recebeu a devida atenção no estudo da evolução do princípio da proximidade.

A Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável a Venda Internacional de Móveis, de 1955, contém a noção da proximidade, de uma maneira sutil, não manifestada expressamente.

A Convenção da Haia sobre as Autoridades Competentes e a Lei Aplicável com relação à proteção de menores, de 1961, dispõe no artigo 14 que, para os Estados que têm mais de um sistema legal, a "lei e as autoridades do estado do qual o menor é originário" — que a convenção estabelece como sistema a ser observado para as questões atinentes à proteção do menor — significará o sistema legal com o qual ele tem a conexão mais efetiva (*lien le plus effectif*). Provisão semelhante foi estabelecida na Convenção da Haia sobre Jurisdição, Lei Aplicável e Reconhecimento de Decretos relativos à Adoção, de 1965, artigo 11. Esta norma representa, nas duas convenções, uma clara aplicação do conceito de proximidade, mas também não mereceu atenção especial.

O aparecimento do conceito de proximidade no direito positivo só foi reconhecido quando a lei austríaca sobre Direito Internacional

Privado, de 1978, e, depois a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980, incluíram dispositivos expressos sobre a aplicação da lei com a mais forte ou a mais próxima conexão.

Os tribunais e a doutrina haviam detectado o conceito muito mais cedo. A idéia que a lei aplicável deva ser aquela que está mais próxima à relação jurídica, à situação, às partes interessadas, é, em verdade muito antiga. Pode ter sido estabelecida por Aldricus, há oito séculos atrás, e se não foi então, certamente estava contida nas teorias de Savigny. As teorias anglo-americanas de "centro de gravidade" "agrupamento de contactos", "a lei com mais verdadeira conexão" expressavam a idéia básica da proximidade.

Em verdade, se olharmos com cuidado para as clássicas regras de conexão, utilizadas para a escolha da lei — *lex domicilii*, *lex patriae*, *lex loci contractus*, *lex rei sitae*, *locus regit actum* e outras, todas parecem refletir a idéia que a lei aplicável é aquela que tem a relação mais próxima, os laços mais fortes, com a pessoa, com a temática, ou com a questão jurídica a ser resolvida. A moderna evolução da *lex patriae* para a *lex domicilii*, ou para a lei da residência habitual, reflete a conscientização de que a pessoa deve ser regida pela lei de seu ambiente social, que, nos tempos modernos, se tornou mais importante do que lei da sua nacionalidade!

Em verdade, a proximidade deve ter estado sempre presente no Direito Internacional Privado, em sua busca pela lei mais próxima, só que se passaram séculos até que o conceito se materializou em um princípio reconhecido, e assim a ele chegamos pela via indutiva, das regras específicas para a norma mais geral — um princípio que sempre foi a razão básica das regras tradicionais, e que viria colaborar na criação de novas regras e, eventualmente, para modificar as antigas.

Como este princípio é aplicado mais ou menos diretamente à questão jurídica, diversamente do que ocorre com os outros princípios, que permanecem relativamente velados, na base das regras aplicadas, mas nunca entram em contato direto com a solução das divergências, sugerimos que a proximidade seja denominada um princípio-regra.

O princípio da proximidade, como conhecido e aplicado nos últimos trinta anos, reforçou as regras básicas do Direito Internacional

Privado, fixando com clareza a linha que atravessa todos os setores que são cobertos pela metodologia do conflito das leis.

Não somente as regras de conexão, mas também alguns dos outros princípios, têm íntima relação com o princípio da proximidade. Quando seguimos o princípio da proteção na determinação da lei a ser aplicada aos consumidores, aos empregados, às vítimas de atos ilícitos e outros, estamos, na realidade, dizendo que a lei mais próxima à parte que queremos proteger é a indicada pelo princípio da proteção.

Quando sustentamos que as partes têm liberdade para escolher a lei aplicável a seu contrato — princípio da autonomia da vontade — estamos reconhecendo que, por meio de sua escolha, as partes indicam que aquela é a lei que eles consideram a mais próxima para sua relação jurídica. E de fato, por desejarem-na, ela se torna a lei mais próxima.

Quando advogamos os princípios da Equidade, Justiça, Razoabilidade, estamos localizando a lei que tem a maior afinidade com a *quæstio iuris*.

E, no que tange aos princípios clássicos, como o da ordem pública, por meio da qual rejeitamos a aplicação de normas de direito estrangeiro quando incompatíveis com os valores básicos do foro, estamos declarando que a lei estrangeira não é tão próxima como proposto pela regra de conexão, mas justamente ao contrário, ela é remota, estranha ao sistema legal do foro, e por isto deve ser rejeitada. 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.

O direito internacional privado enfrenta, às vezes, o problema da instituição desconhecida, formulado por Savigny, em que o aplicador da lei se depara com uma instituição vigente em outro sistema, que não é conhecida no sistema da jurisdição julgadora. O trust do direito anglo-americano é desconhecido na maioria dos países da *civil law*. Que fazer? Recorre-se à teoria da adaptação — procura-se adaptar a instituição estrangeira, desconhecida, a algo parecido que exista no sistema do foro. Esta adaptação também encerra a idéia da aproximação, em que se procura aproximar uma instituição da outra, um sistema jurídico do outro.

Não há verdade absoluta em ciência social; no direito internacional privado, nossa missão é chegar o mais próximo possível da verdade?

1 Vide P. Lalive, "Tendances et méthodes en droit international privé", p. 340.

2 Indo mais longe, poder-se-ia introduzir a proximidade como teoria para todo o arcabouço jurídico. Tudo no direito seria a procura de uma norma regula-

Raciônios semelhantes aplicam-se aos outros princípios clássicos de nossa disciplina, e assim, toda a estrutura do direito internacional privado, suas regras, seus princípios, antigos e novos, estão todos conectados, de uma ou outra forma, à idéia básica da proximidade. Este princípio está subjacente em toda a ciência do direito internacional privado, é o fundamento filosófico de toda a metodologia da solução do conflito das leis, pela via da escolha da lei aplicável.

Esta idéia básica da proximidade pode ser aceita por quem adere à filosofia universalista do direito internacional privado, mas não por aqueles que abraçam a maneira unilateralista de pensar. Universalismo e Unilateralismo têm sido referidos como métodos, metodologias, abordagens, filosofias, ideais, elementos, idéias, pensamentos e escolhas. A terminologia empregada não é relevante. Importa que temos o confronto de duas maneiras diferentes de olhar para, e tratar dos conflitos de leis e suas soluções. Vemos uma questão estritamente interna a ser resolvida por soluções internas, ou reconhecemos um problema de natureza internacional, que deve ser tratado e resolvido por uma abordagem internacional?

Os universalistas consideram que, quando um fato da vida tem conexão com dois sistemas jurídicos, que apresentam normas diferentes, divergentes, há de se buscar o sistema jurídico mais adequado para a situação caracterizada por sua transnacionalidade. Toda relação jurídica que ultrapassa a fronteira nacional (em alguns casos a fronteira estadual ou provincial) exige que encontremos a lei mais apropriada para a situação. Esta escolha pode apontar para a lei do foro ou para a lei de outra jurisdição. O legislador e/ou os tribunais, quando confrontados com uma questão jurídica internacional, devem colocar-se acima de sua nacionalidade, de seu sistema jurídico, para escolher e aplicar a lei que resultará em melhor justiça.

Os unilateralistas vêem tudo do ponto de vista, do raio de aplicação, de sua própria lei, isto é, pela perspectiva da extensão territorial de seu sistema jurídico. É uma visão particularista, nacionalista, egoísta, introversa, voltada a antigos conceitos sobre soberania. Esta escola entende que quanto mais se aplica a própria lei, melhor. Os que advogam esta filosofia foram influenciados pelas idéias e ideais terridora que seja a mais próxima ao fato, a fim de chegar o mais perto possível do que realmente seja justo, equânime, moralmente recomendável. O direito, que sempre se soube não ser uma ciência exata, seria realmente a ciência da aproximação. Não-somente. Daí a justiça humana ser falha.

torialistas de D'Argentré, na França no século XVI e de Ulrich Huber na Holanda, no século XVIII. Os unilateralistas não gostam de aplicar as regras jurídicas de outro soberano, e vislumbram na norma jurídica estrangeira — nos raros casos em que aplicam-na em sua jurisdição — um fenômeno fático e não legal. É o que se vê na Inglaterra e também nos Estados Unidos.

A evolução do Direito Internacional Privado tem mostrado uma nítida tendência no sentido do universalismo, como refletido em várias das modernas inovações introduzidas pelas convenções internacionais e pelas leis internas, como a consideração pelas normas imperativas de jurisdições estrangeiras, a materialização do princípio de proteção em matéria de direito trabalhista e de direitos do consumidor e, acima de tudo, pela ordem pública internacional que comanda respeito pela ordem pública de outras soberanias e, mais ainda, pela ordem pública realmente internacional, que representa os interesses da humanidade.

Paralelamente a este fenômeno, também não detectamos preocupação em garantir a aplicação extraterritorial da lei do foro. É acima de tudo, o fato que tantos países têm e continuam participando da feitura de convenções internacionais e/ou regionais de Direito Internacional Privado, sobre uma ampla gama de assuntos, bem como na confecção de leis uniformes, é um forte indicador que a orientação prevalente é a do universalismo<sup>3</sup>.

A aceitação do princípio da proximidade é o melhor sinal da vitória do universalismo sobre o unilateralismo-territorialismo. Paul Lagarde, em seu curso na Academia da Haia sobre o princípio da proximidade, declarou que a objetividade inerente ao princípio facilita sua universalização<sup>4</sup> e, concluindo seu curso, fez esta importante declaração:

3 Batiffol e Lagarde, em sua obra clássica, tantas vezes invocada, dizem à p. 24:

"Les 'universalistes' soutiennent au contraire que ces problèmes, concernant la société internationale, sont de nature internationale et doivent recevoir une solution internationale. Les solutions nationales existant en fait sont des pis-aller, au fond inacceptables, et qu'il faut éliminer".

4 P. Lagarde, "Le principe de proximité...", p. 29. À p. 64, o professor francês afirma:

"O princípio de proximidade é o único que pode fundamentar, em sua plenitude, a regra de conflito bilateral. O princípio de soberania desemboca, logicamente, no unilateralismo".

Bilateralismo é outra expressão que retrata a abordagem universalista no Direito Internacional Privado; vemos aqui a proximidade como princípio universalista, em oposição à soberania, como princípio unilateralista.

o princípio da proximidade certamente não está mais próximo à verdade do que, por exemplo, o princípio da soberania. No entanto, ele é simplesmente mais próximo à vida e esta sua nobreza. Ele traz consigo uma lição de modestia ao ensinar-nos que nenhuma vontade política, nenhum juiz, seja qual for sua pureza de intenções, pode pretender, por muito tempo, reger segundo suas leis as relações da vida que ficam fora de seu alcance.<sup>5</sup>

Nos Estados Unidos, o processo da merecida priorização do princípio da proximidade tem sido lento. Os doutrinadores e tribunais americanos deveriam refletir sobre a importância de colocar o *conflict of laws* em um patamar internacional, de confrontar os problemas do Direito Internacional Privado pelo prisma da economia das transações transnacionais, e não examinar o comércio internacional e as relações privadas internacionais pelo prisma do direito interno. Desta forma, os juristas americanos teriam um diálogo mais proveitoso com seus colegas mundo afora, poderiam cooperar mais eficientemente na ratificação de convenções de Direito Internacional Privado e, quando as ratificam, poderiam ter mais facilidade de cumpri-las. O "government interest analysis" não deve e não pode ser o barômetro, porque ele leva à aplicação da lei do foro em praticamente todas as ocasiões, o que representa anulação de centenas de anos de esforços no sentido de encontrar uma solução comum, adequada, apropriada, para situações jurídicas transnacionais.<sup>6</sup>

A proximidade deve servir de base para solucionar os conflitos no campo dos contratos e das obrigações, assim como nos demais campos do direito, razão porque o critério da "most significant relationship" deveria servir de principal guia para o conflito internacional das leis.

### A Visão Política

Há outro significado que pode ser atribuído a este princípio básico

5 *Id.*, p. 194.

6 M. C. Pyles, em seu curso na Academia da Haia, advertia, à p. 76:

"Já expressei minha crítica a regra da *lex fori* e é suficiente repetir que é paroxísmo, não promove a uniformidade e estimula o *forum shopping*. Ao nos aproximarmos do século XXI e vivendo em um mundo continuamente mais interdependente, nem a teoria nem a prática podem tolerar um regra baseada na *lex fori*."

— a aproximação entre os diferentes povos. Ao vivermos em uma realidade na qual pessoas físicas e jurídicas, de diferentes nacionalidades, diferentes domicílios e localizações, casam, se divorciam, contratam, compram e vendem, representam um ao outro, pagam por danos causados, encontrando para cada uma destas relações uma lei adequada, pertinente, equitativa, estamos facilitando estes relacionamentos, atraindo gente de diferentes ambientes para encontrar-se por debaixo de um guarda-chuva jurídico, e assim, aproximamo-los e facilitamos suas transações civis e comerciais. Esta aproximação e reciproca compreensão, nas relações econômicas e nas relações sociais, também trazem benefícios na arena política.

Os negócios internacionais aproximam os povos, contribuem para seu recíproco conhecimento, criando condições para o entendimento e a promoção da paz. O Direito Internacional Privado é o terreno básico para o melhoramento da sociedade internacional. O conceito principal, central, para inspirar este *rapprochement* é definitivamente o princípio da proximidade. E assim, podemos concluir que o princípio da proximidade é o grande condutor do direito privado para um mundo melhor, um mundo em que os povos estenderão a mão, uns para os outros, em que juristas de diferentes nações compararão seus diferentes sistemas jurídicos, e as regras específicas neles estabelecidos para cada situação, escolherão e aplicarão a lei apropriada, não com uma visão paroxísmo, chauvinista, mas com suas mentes voltadas para o princípio da adequação, justiça e equidade para as partes, valores que são, fundamentalmente, a expressão básica do princípio da proximidade.

Sigmund Freud escreveu sobre o que leva os povos à guerra:

É verdade, temos dito a nós mesmos, que as guerras não cessarão enquanto as nações viverem sob condições tão diversas, enquanto a vida humana for tão diversamente valorizada nas diferentes nações, e enquanto as animosidades que os separam representarem forças mentais e instintivas tão poderosas<sup>7</sup>.

7 S. Freud, "Thoughts for the Times on War and Death", GBWW, vol. 54, p. 755. Primo Levi, que sobreviveu o campo de concentração de Auschwitz, tornando-se escritor de fama mundial com seus livros sobre o sofrimento naqueles anos terríveis, escreveu em "If this is a Man — The Truce", à p. 15, que "every stranger is an enemy", à p. 97 que "traditions of hostility towards the stranger makes of them monsters of associability and insensibility", e à p. 394, "hatred of the Jews (stemming from) the 'difference' of Jewish people".

E o mestre da psicanálise assim concluiu seu ensaio sobre a Guerra e a Morte:

Mas a guerra não será abolida; enquanto as condições de existência entre as nações forem tão variadas e a repulsa entre os povos tão intensa, haverá, deverá haver, guerras.<sup>8</sup>

O direito comparado nos ensina a diversificação do direito que rege os diferentes povos, e como esta diversidade é natural e necessária. Como escreveu o mestre italiano, Pasquale Fiore<sup>9</sup>, a diversidade é natural porque a legislação de cada Estado deve constituir o reflexo exato das necessidades especiais de cada povo, de acordo com o estado atual de sua cultura, e o nível de sua civilização, e necessária porque a vida do direito positivo depende de seu progresso, de sua evolução, e esta permanente variação contribui para a heterogeneidade das diferentes legislações. Isto significa que sistemas jurídicos com a mesma origem, criados pela mesma fonte, vão se diversificando à medida que evoluem de acordo com as necessidades e influências de seu meio ambiente.

Os estudiosos do direito comparado e do Direito Internacional Privado lidam continuamente com o diferente, com o diverso, com o estranho, aprendendo a compreender, a respeitar, a tolerar.

Estudando e aprendendo as leis de outras nações (o que inclui suas culturas, religiões e costumes) aplicando as leis de outros Estados, quando adequado e justo, reconhecendo e executando os julgamentos das cortes de outras jurisdições — os fatores essenciais que aprendemos e ensinamos em Direito Internacional Privado — com a ajuda do direito comparado, constituem a chave para a aproximação entre os povos, e contribuição relevante para acabar com a repulsa e o ódio.

A principal mensagem do princípio da proximidade no campo das obrigações internacionais, é que para cada situação há um sistema jurídico que lhe é mais próximo, a lei que é a melhor e a mais justa para as duas partes. Colocando estes parâmetros para a escolha da lei, temos possibilidade e oportunidade de contribuir para o desenvolvimento, o progresso e a estabilização da vida humana sobre a terra.

8 Freud, *op. cit.*, p. 766.

9 "Le Droit International Privé", traduzido para o francês por Charles Antoinette, pp. 1-2.

O Direito Internacional Privado foi chamado por Werner Goldschmidt, o jurista que fugiu da Alemanha nazista e da Espanha fascista, o "direito da tolerância".

Nossa proposta é lançar a idéia de que o Direito Internacional Privado é a ciência, e quizá também a arte, que tem como objetivo principal, como seu desiderato filosófico-político, a aproximação dos povos. O direito da proximidade.