

GABRIEL VALENTE DOS REIS

**POR UMA ANÁLISE COSMOPOLITA DA
DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, elaborada sob a orientação do Professor Titular Paulo Borba Casella, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

São Paulo, 2012.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Paulo Borba Casella, orientador desta dissertação, por ter confiado em meu projeto desde o início, bem como pelo apoio e estímulo constantes. O Professor Casella reúne duas qualidades extraordinárias para um acadêmico: vasta erudição e olhar voltado para o futuro.

Ao Professor Jacob Dolinger, a quem a presente obra é dedicada, devo tudo. Palavras não são suficientes para externar minha gratidão ao mestre, que despertou minha vocação acadêmica ainda na graduação e acompanhou de perto, desde então, meus estudos. O Professor também teceu importantes comentários e críticas durante a elaboração desta dissertação. O resultado desta obra é, no seu todo, um agradecimento ao mestre.

À Professora Carmen Tiburcio, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por ter contribuído decisivamente para meu interesse pelo Direito Internacional Privado, desde o início da minha graduação. Desfrutei, no passado, de sua orientação na iniciação científica e na monografia de conclusão de curso, bem como de suas aulas apaixonantes.

À Professora Maristela Basso, por ter me acolhido, durante o Mestrado, como Estagiário Docente nas disciplinas Direito Internacional Privado e Direito do Comércio Internacional, no âmbito da graduação da Faculdade de Direito da USP. A experiência em sala de aula e o convívio com a Professora dedicada e atenciosa enriqueceram enormemente a vida deste autor.

Ao Professor Gustavo Ferraz de Campos Monaco, por sua participação decisiva na Banca do meu Exame de Qualificação. Suas críticas e sugestões foram valiosas e se refletiram no caminho que foi trilhado neste estudo.

Agradeço, ainda, a todos os demais Professores com quem convivi no Largo São Francisco, bem como aos amigos que aqui fiz. O ambiente das Arcadas fornece ao acadêmico oportunidade ímpar de troca e aprendizado.

Por fim, agradeço à minha família, sem a qual nada seria possível.

CAPÍTULO II

JUSTIÇA COSMOPOLITA E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

SUMÁRIO: 1. A cosmopolitização do direito. 2. Cosmopolitismo e provincianismo no Direito Internacional Privado. 3. Justiça conflitual e justiça material no Direito Internacional Privado – uma falsa dicotomia.

1. A COSMOPOLITIZAÇÃO DO DIREITO

Os tempos atuais são marcados por um paradoxo: enquanto a realidade tornou-se cosmopolita, com o crescimento exponencial da interação e interdependência transfronteiriças, as estruturas de pensamento prevalentes permanecem atreladas ao nacionalismo metodológico. Nesse sentido, a cosmopolitização pode ser concebida, na lição de Beck, como “*um programa de reeducação forçada em abertura para o mundo*”¹¹⁸, devendo a visão cosmopolita abranger, criticar e transformar a visão nacional¹¹⁹.

O direito insere-se nesse contexto, cumprindo refletir sobre a teoria jurídica a partir do referencial cosmopolita, podendo este fornecer parâmetros para a crítica e transformação daquela. Aqui, é útil a ideia de Janda, que defende uma *análise jurídica transistêmica*, conduzindo à prática de abrir ordens jurídicas e tradições mutuamente, permitindo que umas vivam no interior das outras¹²⁰. No contexto cosmopolita, a justiça e a ideia de uma “*democracia por vir*”¹²¹ talvez requeiram que as concepções jurídicas domésticas não apenas acomodem como estejam abertas a serem modificadas pela presença de estrangeiros¹²².

¹¹⁸ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 102.

¹¹⁹ Cf. BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 94.

¹²⁰ JANDA, Richard. *Toward cosmopolitan law*. *McGill Law Journal*, v. 50, 2005, p. 981.

¹²¹ Janda toma emprestada a expressão “*democracia por vir*” de Derrida (DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, p. 23.)

¹²² JANDA, Richard. *Op. cit.*, p. 982.

Na concepção kantiana¹²³, a ordem cosmopolita possui estrutura triplíce, envolvendo o direito doméstico (leis entre cidadãos), o direito internacional tradicional (leis entre Estados) e o direito cosmopolita, a ser paulatinamente desenvolvido (leis entre Estados e indivíduos, sobretudo estrangeiros, e leis entre indivíduos)¹²⁴. Impor-se-ia, assim, a criação de uma nova camada de normas na esfera cosmopolita, apta a densificar as obrigações dos Estados perante estrangeiros e entre os próprios indivíduos no plano internacional, submetendo-os à teoria moral cosmopolita¹²⁵.

A partir da linha de raciocínio kantiana, muitos autores defendem o avanço do cosmopolitismo institucionalizado¹²⁶. Held, por exemplo, defende um modelo baseado em oito princípios concernentes à estrutura política internacional¹²⁷. No entanto, apesar do esforço teórico do autor, sua proposta parece utópica em face da atual conjuntura internacional. Ao passarmos da teoria moral cosmopolita para o cosmopolitismo institucional, permanece incerto como atingir uma ordem jurídica internacional mais densa a partir do quadro atual¹²⁸. Como já afirmado, a construção da ordem política internacional envolve negociações extremamente problemáticas, e guarda consigo o risco do déficit democrático — i.e., de desaguar em uma tirania global.

Levando-se isso em conta, é preciso observar que qualquer movimento viável rumo a uma condição cosmopolita deve partir das circunstâncias atuais, onde os Estados (para o bem e para o mal) permanecem enquanto estruturas políticas dominantes¹²⁹. Consequentemente, é possível referir-se a um *cosmopolitismo jurídico de transição*, baseado no modelo kantiano, que aceita que precisamos aperfeiçoar a ordem atual, sem contudo abandonar a preocupação com o valor do ser humano¹³⁰.

Na interpretação de Brown, a visão kantiana implica mecanismos jurídicos que permitam aos seres humanos, pacificamente, associarem-se, comunicarem-se e trocarem

¹²³ Sobre o cosmopolitismo kantiano, veja-se o item I.1.2, *supra*.

¹²⁴ Veja-se BROWN, Garrett Wallace. *Op. cit.*, p. 435. Veja-se, também, HELD. *Op. cit.*, p. 92.

¹²⁵ Veja-se BROWN, Garrett Wallace. *Op. cit.*, p. 438.

¹²⁶ Sobre o cosmopolitismo institucionalizado, veja-se o item I.3.3, *supra*.

¹²⁷ São eles: (i) iguais valor e dignidade do ser humano, (ii) representação ativa, (iii) responsabilidade pessoal e *accountability*, (iv) consentimento, (v) procedimento de tomada de decisão coletiva através do voto, (vi) inclusividade e subsidiariedade, (vii) vedação a danos sérios; e (viii) sustentabilidade (HELD, David. *Op. cit.*, p. 99).

¹²⁸ Em sentido semelhante: BROWN, Garrett Wallace. *Op. cit.*, p. 441.

¹²⁹ BROWN, Garrett Wallace. *Op. cit.*, p. 444.

¹³⁰ Cf. BROWN, Garrett Wallace. *Op. cit.*, p. 445.

ideias sem serem maltratados, bem como exercerem comércio uns com os outros, sob um conceito mutuamente consistente de hospitalidade¹³¹.

Em especial, acreditamos ser possível um esforço teórico no sentido de repensar o direito à luz dos quatro parâmetros cosmopolitas selecionados acima¹³²: (i) necessidade de avanço do cosmopolitismo empírico-analítico, (ii) indivíduo enquanto unidade fundamental de consideração moral, (iii) imparcialidade aberta como postulado teórico; e (iv) busca de equilíbrio entre o respeito à diferença e um mínimo universal.

O primeiro parâmetro traduz-se no próprio reconhecimento de que a prática jurídica atual, fundada em sistemas jurídicos nacionais em larga medida fechados, é insuficiente, em face da complexidade dos vínculos múltiplos de uma realidade cosmopolitizada.

O segundo implica um direito voltado para o ser humano, colocando-o no centro da ordem jurídica, em lugar de enxergar esta como um meio de perseguir interesses nacionais ou promover identidades nacionais, muitas vezes em detrimento da vida concreta dos seres humanos, sobretudo estrangeiros.

O terceiro parâmetro (imparcialidade aberta) requer, de um lado, que haja um esforço dos sistemas jurídicos no sentido de, cada vez mais, transcender seu traço histórico nacionalista, contemplando uma posição hipotética de neutralidade em relação aos sistemas nacionais parciais. De outro, que se proceda a uma abertura do direito doméstico de modo a considerar, cada vez mais, os pontos de vista de outras culturas, aprendendo e se aperfeiçoando a partir deles.

Sendo requisitos da justiça cosmopolita o tratamento adequado dos *interesses* de outros povos, bem como a consideração de suas *perspectivas* (Amartya Sen)¹³³, duas disciplinas mostram-se essenciais enquanto instrumentos do cosmopolitismo jurídico: o Direito Comparado e o Direito Internacional Privado.

O Direito Comparado relaciona-se à exigência de consideração das *perspectivas* de outras culturas jurídicas. Por meio do método comparativo, é possível fazer observações e

¹³¹ BROWN, Garrett Wallace. *Op. cit.*, p. 446.

¹³² Cf. item 1.2.5, *supra*.

¹³³ Veja-se o item 1.3.4, *supra*; e SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 402.

tirar conclusões que não seriam possíveis caso nos limitássemos ao estudo do direito de um único país¹³⁴. Como pontifica Kamba:

“quando se fica confinado ao estudo do direito do próprio país, portanto dentro do próprio ambiente cultural, há uma grande tendência a se aceitar sem questionamentos os vários aspectos (normas, conceitos e instituições) do próprio sistema jurídico”¹³⁵.

Não viajar além das fronteiras do próprio direito doméstico tende a alimentar o isolamento jurídico e o provincianismo, que são incompatíveis com o espírito científico¹³⁶. Observe-se que, na maioria das épocas e locais, a cultura jurídica teve caráter transnacional, tendo sido este o caso na Europa continental até o séc. XIX – a noção de sistemas jurídicos nacionais hermeticamente fechados é um subproduto do positivismo jurídico nacionalista do séc. XIX¹³⁷. Com efeito, parece preciso retomar esse espírito transnacional.

Já o Direito Internacional Privado, cuja função é proporcionar respostas adequadas às situações privadas internacionais (i.e., relações jurídicas privadas que possuem contato com mais de um sistema jurídico)¹³⁸, liga-se ao tratamento adequado dos *interesses* dos estrangeiros. Além disso, assim como o Direito Comparado, o Direito Internacional Privado contribui para a consideração das *perspectivas* de outros povos, ao preconizar a aplicação, pelo juiz nacional, de direito estrangeiro, sempre que a hipótese assim exigir, por força de uma *conexão*. Ao se conhecer e aplicar um direito estrangeiro, aprende-se sobre possibilidades diferentes daquelas vigentes no direito do foro, o que pode conduzir, indiretamente, ao aperfeiçoamento deste.

Por fim, o quarto parâmetro cosmopolita, sob a ótica do qual também podemos refletir sobre o direito, é a necessidade de se buscar um equilíbrio apropriado entre o

¹³⁴ SCHLESINGER, Rudolf; BAADE, Hans; HERZOG, Peter; WISE, Edward. *Comparative Law*. Nova York: Foundation Press, 1998, 6ª ed., p. 2.

¹³⁵ KAMBA, W. J. *Comparative law: a theoretical framework*. *International & Comparative Law Quarterly*, nº 23, 1974, p. 491. Tradução livre.

¹³⁶ KAMBA, W. J. *Op. cit.*, pp. 491-492.

¹³⁷ SCHLESINGER, Rudolf; BAADE, Hans; HERZOG, Peter; WISE, Edward. *Op. cit.*, p. 11. Os autores citam ainda o Código de Hamurabi (séc. XVII a.C.) e o Antigo Testamento, que continham normas derivadas de fontes orientais; as leis de Solón, que teriam sido influenciadas pelo estudo das leis de outras cidades gregas; bem como estudos comparativos que precederam a edição da Lei das Doze Tábuas romana.

¹³⁸ FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Thomson Civitas, 2004, 3ª ed., p. 27.

particular e o universal, entre uma estrutura geral de respeito à diversidade e um mínimo universal inegociável. Como afirma Post, “*um desafio fundamental do nosso tempo é a construção de uma teoria jurisprudencial capaz de conciliar a universalidade dos direitos humanos com a parcialidade do direito positivo*”¹³⁹.

O escopo da presente dissertação é analisar o instituto da determinação da lei aplicável (ou método conflitual) sob a ótica do cosmopolitismo, focando nesses quatro parâmetros de reflexão. Nesse contexto, acreditamos que a teoria da determinação da lei aplicável, e o Direito Internacional Privado de uma maneira geral, são imprescindíveis para o processo de cosmopolitização do direito.

Observe-se que o Direito Internacional Privado surgiu por volta dos sécs. XII e XIII, em meio à efervescência das Cidades-Estados do norte da Itália. Como afirma Gutzwiller, “*tais cidades não viviam isoladamente: sua liberdade, seu comércio, o temperamento de seus habitantes suscitavam relações contínuas e conseqüentemente regras sobre a aplicação de leis concorrentes*”¹⁴⁰. Em outras palavras, a disciplina surgiu, já em seus primórdios, como resposta a uma realidade, em larga medida, cosmopolitizada.

No contexto contemporâneo, o Direito Internacional Privado lida com a regência da vida concreta do ser humano no plano internacional, com a abertura dos direitos nacionais a seus pares; e, frequentemente, depara-se com o dilema entre respeitar valores diferentes dos nossos ou promover valores tidos por universais. Além disso, o estudo da disciplina insere-se no contexto de avanço do cosmopolitismo empírico-analítico no direito, ou, em outras palavras, de busca por maior adequação da teoria jurídica à realidade cosmopolitizada. O fato de o Direito Internacional Privado espalhar-se por quase todas as disciplinas jurídicas, sendo um “*pot-pourri*” que contém elementos de todas as áreas do direito¹⁴¹, aumenta ainda mais seu potencial mediador e transformador, neste mundo de transição em que vivemos. Dessa forma, cumpre, cada vez mais, promover o ensino e pesquisa da disciplina.

¹³⁹ POST, Robert. *Another cosmopolitanism – The Berkeley Tanner lectures*. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 3.

¹⁴⁰ GUTZWILLER, Max. *Le développement historique du Droit International Privé*, *Recueil des Cours*, v. 29, 1929, p. 298.

¹⁴¹ SOMMIÈRES, Varelles. *La synthèse du Droit International Privé*, p. 35, *apud* DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 10ª ed., p. 33.

2. COSMOPOLITISMO E PROVINCIANISMO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

De que forma o Direito Internacional Privado pode ser relacionado ao cosmopolitismo jurídico kantiano¹⁴²? A esse respeito, Jean-François Kervégan faz uma interessante proposição teórica: se o cosmopolitismo de Kant pressupõe a prerrogativa jurídica de os estrangeiros interagirem com os locais, como visto acima, é possível interpretar que

“o direito cosmopolita, compreendido em seu significado estrito, ocupa em Kant o lugar daquilo que hoje chamamos de Direito Internacional Privado: ele possui vocação para enquadrar normativamente as práticas econômicas e comerciais fora do território nacional, de modo a permitir, de um lado, uma ‘mundialização’ das trocas, e de outro prevenir os excessos, como a selvageria da colonização”¹⁴³.

Note-se que Kervégan ressalva, ainda, que “comércio” (*Verkehr, commercium*), em Kant, não se resume às trocas econômicas, mas compreende outros tipos de interação¹⁴⁴ – trata-se do comércio em sentido amplo. Sendo assim, a ideia de cosmopolitismo é essencial para compreender e desenvolver o Direito Internacional Privado.

Outra é a visão de Ricardo Lobo Torres, para quem o direito cosmopolita se distingue do Direito Internacional Privado, na medida em que este envolveria questões entre particulares dependentes de soluções proferidas por Estados soberanos¹⁴⁵. Assim, o autor sustenta que somente

“alguns aspectos mais atuais do relacionamento entre empresas é que podem cair no campo do direito cosmopolita, como acontece com a *lex mercatoria*, as arbitragens internacionais, a proteção da concorrência, os

¹⁴² Sobre o cosmopolitismo kantiano, veja-se o item I.1.2, *supra*.

¹⁴³ KERVÉGAN, Jean-François. *Le droit cosmopolitique comme droit*. Logos, nº 42, Madrid, 2009, pp. 9-24. Tradução livre.

¹⁴⁴ KERVÉGAN, Jean-François. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 925.

relacionamentos submetidos aos organismos não-estatais e a garantia dos direitos humanos¹⁴⁶.

Discordamos, nesse ponto, do ilustre autor. Em primeiro lugar, o *jus cosmopoliticum* kantiano, enquanto direito fundado na hospitalidade com que os Estados devem tratar os estrangeiros, é claramente um direito dependente da conduta estatal – desse modo, ainda que o Direito Internacional Privado estivesse submetido exclusivamente às soluções proferidas por Estados soberanos (o que não parece ser o caso, vide as inúmeras Convenções da Haia sobre Direito Internacional Privado, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado - CIDIPs, a influência dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional Privado europeu etc), tal dependência não afastaria nossa disciplina da ideia de cosmopolitismo.

Em segundo lugar, conforme já afirmado¹⁴⁷, visualizamos o cosmopolitismo enquanto orientação teórica mais ampla, a informar a interpretação e aplicação de variados tipos de normas, e não como um ramo do direito específico, sem prejuízo da acertada visão de Kervégan, no sentido de que o direito cosmopolita de Kant e o Direito Internacional Privado aproximam-se consideravelmente em objeto e propósito¹⁴⁸.

É digno de nota que a doutrina especializada, há muito tempo, reconhece que teorias e métodos podem conduzir a duas tendências opostas em nossa disciplina: a do *provincianismo* e a do *cosmopolitismo*. Nesse sentido, Werner Goldschmidt¹⁴⁹ distingue bem duas diferenças de postura: (i) a de desconhecimento do elemento estrangeiro; e (ii) a de admissão do elemento estrangeiro enquanto tal.

No primeiro grupo, há duas subdivisões. A primeira consiste em hostilidade em relação ao estrangeiro, proibindo-o de entrar no país e descartando da esfera do direito todas as relações jurídicas que o afetem. A segunda subdivisão é a da simples indiferença, pela qual, admitindo-se relações com o estrangeiro, estas são assimiladas por completo, sendo tratadas como se relações puramente nacionais fossem.

O segundo grupo, por sua vez, divide-se em duas possibilidades. A primeira é a da não diferenciação entre os diversos estrangeiros, considerando-os todos como se fossem

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Item I.1.2, *supra*.

¹⁴⁸ Maristela Basso também se refere ao cosmopolitismo humano enquanto fator fundamental do Direito Internacional Privado (BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. Atlas: São Paulo, 2009, pp. 10-14).

¹⁴⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 32-33.

pertencentes a uma única classe (a expressão mais conhecida desse tipo de tratamento foi o *ius gentium* do direito romano). Em segundo lugar, abre-se a perspectiva da igualdade entre todos os ordenamentos, sistema pelo qual cada país mostra-se disposto a aplicar qualquer direito, a depender de qual elemento estrangeiro prevaleça no caso concreto.

Esta última atitude, de igualdade entre os sistemas jurídicos e respeito às diferenças, traduz, segundo Goldschmidt, o *cosmopolitismo jurídico*, único espírito autêntico no qual o Direito Internacional Privado deve se inspirar (opondo-se ao chauvinismo jurídico)¹⁵⁰.

Enquanto a noção de chauvinismo implica um nacionalismo explícito, objeto de preocupações profundamente ligadas à experiência de vida do grande jusinternacionalista (fuga da perseguição nazista), existe também outra forma de egoísmo jurídico, mais sutil – o provincianismo.

O provincianismo está um passo antes do chauvinismo – em lugar do ódio, o que se observa é o total desconhecimento, a simples falta de interesse, a completa indiferença. Traduz-se, geralmente, em uma concepção de mundo segundo a qual apenas os próprios valores estão corretos e são, portanto, superiores a todos os outros. No Direito Internacional Privado, o provincianismo relaciona-se ao fenômeno, descrito por Goldschmidt, de assimilação, por completo, da relação com elemento estrangeiro pelo direito nacional.

A lição de Haroldo Valladão é praticamente idêntica à de Goldschmidt. Após afirmar que, para decidir qual ordem jurídica deverá reger o caso, “*duas medidas se ofereceriam logo, não para solucionar, mas realmente para eliminar o problema: suprimir o intercâmbio humano além de cada ordem jurídica ou acabar com a diversidade de sistemas jurídicos*”; Valladão sustenta, com propriedade, que “*como todos os remédios simplistas, são esses de natureza totalitária incompatíveis com o respeito à personalidade humana e à autonomia de suas manifestações sociais, com as nações, Estados, províncias, religiões etc*”¹⁵¹.

Daí sua afirmação no sentido de que a solução fundamental do Direito Internacional Privado é *antitotalitária*, acata e respeita a personalidade dos indivíduos e a autonomia dos

¹⁵⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, pp. 153-154.

¹⁵¹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*, vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 22.

diversos grupos legislativos e decorre do imperativo geral de justiça e equidade de assegurar a expansão e a continuidade da vida jurídica do ser humano no espaço¹⁵².

Já em relação ao *provincianismo*, ao tratar deste no âmbito do Direito Internacional Privado norte-americano (*Conflict of Laws*), Dolinger equipara-o à postura de “*procurar aplicar sua própria lei, evitando ao máximo a aplicação de lei estrangeira*”¹⁵³. Ao buscar aplicar sua própria lei e impor seus valores a todo custo, o intérprete incorre em atitude provinciana – falta-lhe a percepção da riqueza da diversidade do mundo e do respeito devido ao elemento estrangeiro.

Mathias Reimann¹⁵⁴, por sua vez, ao criticar o *Second Restatement*¹⁵⁵ norte-americano e defender a necessidade de um *Third Restatement*, aponta para o fato de que aquele seria, em grande medida, cego a preocupações internacionais, porquanto herdeiro de um período de *provincianismo*¹⁵⁶ na teoria norte-americana sobre o conflito de leis. Nesse sentido, Reimann fala em uma verdadeira *perspectiva insular*¹⁵⁷.

Paul S. Berman, defendendo que os debates do Direito Internacional Privado envolveriam mais que simplesmente a questão de saber qual norma será aplicada a uma disputa (nomeadamente, envolveriam aspectos-chaves de definição comunitária e de afiliação), enxerga no cosmopolitismo o potencial de tornar-se uma estrutura básica para a determinação da lei aplicável¹⁵⁸. A vantagem estaria no fato de que este busca entender as afiliações múltiplas, partindo da premissa de que os vínculos comunitários são sempre plurais e podem ser dissociados da mera localização espacial¹⁵⁹.

Note-se que o cosmopolitismo rechaça o universalismo hegemônico. Desse modo, uma teoria cosmopolita da determinação da lei aplicável não nega as múltiplas ligações dos

¹⁵² VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 218. O Professor Valladão ainda frisa que “*solução contrária, de aplicar lei de todo alheia ao fato interestencial, direito que nele não incidu nem poderia incidir, constituiria forma suprema de despotismo*”.

¹⁵³ DOLINGER, Jacob. *A decadência do Direito Internacional norte-americano*. In: DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 196.

¹⁵⁴ REIMANN, Mathias. *A new Restatement – for the international age*, *Indiana Law Journal*, Indiana, v. 75, pp. 575-577, 2000.

¹⁵⁵ *Restatement (Second) of the Conflict of Laws*, *American Law Institute*, 1971. Trata-se de uma compilação de práticas e recomendações para a solução de conflitos de leis no espaço, uma das principais fontes da matéria nos Estados Unidos da América.

¹⁵⁶ Mathias Reimann, assim como a maior parte da literatura em língua inglesa, utiliza a palavra “*parochialism*”. A expressão possui dois significados: (i) falta de dimensão internacionalista, à qual Reimann refere-se no artigo citado; e (ii) falta de dimensão comparatista. Esta última é tratada pelo autor em outro artigo (REIMANN, Mathias. *Parochialism in American Conflicts Law*, *American Journal of Comparative Law*, v. 49, nº 3, p. 369, 2001).

¹⁵⁷ “*Insular approach*”.

¹⁵⁸ BERMAN, Paul S. *Choice of law and jurisdiction on the Internet – Towards a cosmopolitan vision of Conflict of Laws: redefining governmental interests in a global era*, *The University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, 2005, pp. 1856-1857.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 1857.

indivíduos com várias comunidades¹⁶⁰. Busca, ao revés, reconhecer essa multiplicidade, em vez de dissolvê-la em uma comunidade pretensamente universal. Assim é que Berman afirma:

“Dado que é na prática improvável e normativamente indesejável a criação de um direito global abrangente e único, as cortes devem se engajar em uma discussão permanente, e de nuances, sobre princípios de conflito de leis, de modo a acomodar tanto as particularidades de cada comunidade quanto a necessidade de regular múltiplas comunidades de forma efetiva. Tal análise de nuances considerará a afiliação comunitária, as necessidades funcionais do sistema transnacional e a possibilidade de se desenvolverem normas híbridas para casos que tocam múltiplas comunidades normativas”¹⁶¹.

Parece-nos que a abordagem cosmopolita defendida por Berman se assemelha, de certo modo, ao princípio da proximidade, há muito conhecido, que preconiza a aplicação do direito que possui o maior vínculo com a relação jurídica examinada. Com efeito, para se aferir a conexão mais forte, será preciso examinar os diversos vínculos do caso (objetivos e subjetivos) – o que implica reconhecer afiliações múltiplas e aferir o grau de intensidade de cada uma, de modo a optar entre elas.

Como visto, a teoria e prática do Direito Internacional Privado navegam em meio a uma tensão entre uma tendência provinciana – insular, autocrática, arrogante, cega a preocupações internacionais; e outra cosmopolita – pluralista, tolerante, respeitadora das diferenças e atenta às exigências da sociedade internacional. Esta última é a própria razão de ser da disciplina e é marcada pela consciência de que, como regra geral¹⁶², os valores alheios devem ser respeitados, por mais diferentes que sejam daqueles por nós cultivados, e de que só assim poderá haver justiça no plano internacional. No próximo item, trataremos do conceito de justiça no Direito Internacional Privado, de modo mais detalhado.

¹⁶⁰ Idem, p. 1861.

¹⁶¹ Idem, p. 1881. Tradução livre.

¹⁶² Como toda regra geral, tal perspectiva admite exceções. É possível que, sendo determinado valor estrangeiro manifestamente contrário ao mínimo requerido pela mais basilar concepção de justiça do foro, este não esteja disposto a aplicar a solução por aquele indicada – disso trata o princípio da ordem pública de Direito Internacional Privado, previsto no art. 17 da Lei de Introdução brasileira. O mesmo pode ocorrer em relação a valores verdadeiramente internacionais. Sobre a ordem pública, veja-se o capítulo IV, *infra*.

3. JUSTIÇA CONFLITUAL E JUSTIÇA MATERIAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO – UMA FALSA DICOTOMIA

O Direito Internacional Privado busca justiça na resolução das lides transnacionais entre particulares. O método conflitual, um dos principais objetos da disciplina, cuida do direito aplicável às situações conectadas, por força das circunstâncias, a mais de um ordenamento jurídico. A par da observância de normas verdadeiramente internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito etc¹⁶³), as quais não esgotam a maior parte das questões, é necessário decidir entre esferas de juridicidade com igual pretensão de aplicabilidade *a priori*: os diversos ordenamentos nacionais em contato com o caso concreto.

Essa escolha – que tem como pano de fundo uma *articulação horizontal* – é o objeto central do presente estudo, razão pela qual é preciso analisar a noção de justiça – incluindo a exigência cosmopolita – especificamente em relação à determinação da lei aplicável.

Os estudiosos do Direito Internacional Privado referem-se a duas espécies distintas de justiça: a *justiça conflitual*¹⁶⁴ e a *justiça material*. A primeira diz respeito à atribuição de cada relação jurídica ao sistema jurídico com a qual possua maiores vínculos, por meio da técnica do conflito de leis, ao passo que a segunda refere-se ao resultado final da disputa, i.e., a uma preocupação com a efetiva solução material dada¹⁶⁵.

Assim, a vocação primordial das regras de conexão tradicionais é determinar o direito aplicável, sem se preocupar, em um primeiro momento, com a solução de direito material prescrita pelo ordenamento jurídico em questão – nesse sentido, aponta-se para a *neutralidade* das regras de conexão. Tais regras procedem à *localização* da relação jurídica, por meio de um *elemento de conexão*, estando todos os ordenamentos, *a priori*, em pé de igualdade.

¹⁶³ Trata-se das principais fontes do Direito Internacional Público, previstas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que trata também da jurisprudência e da doutrina como fontes subsidiárias. Note-se que o rol não é exaustivo – dele não constam, por exemplo, as resoluções das organizações internacionais, tampouco as declarações unilaterais dos Estados.

¹⁶⁴ Atribui-se a origem da expressão à doutrina alemã. Veja-se, especialmente, KEGEL, Gerhard. *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., 1987, p. 54 *apud* JUENGER, Friedrich. *Choice of law and multistate justice*. Nova York: Transnational Publishers, 2005, *special edition*, p. 69.

¹⁶⁵ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralism em Droit International Privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*. *Recueil des Cours*, v. 312, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 171-173.

Na estrutura da regra de conexão tradicional, não há qualquer privilégio para o foro. Apenas em etapa posterior é que se permite a consideração de certos princípios de direito material sob a rubrica da reserva da ordem pública¹⁶⁶, que protege excepcionalmente alguns valores locais ou verdadeiramente internacionais tidos por inegociáveis.

Segundo H elene Gaudemet-Tallon, h a tr es vantagens essenciais decorrentes dessa neutralidade: (i) colocando-se todas as leis em põe de igualdade, evita-se qualquer nacionalismo; (ii) afasta-se a necessidade de uma pesquisa sobre o direito material de todos os países envolvidos¹⁶⁷; e (iii) busca-se assegurar a melhor coordena o possível das ordens jurídicas – procedendo-se a uma localiza o objetiva, pode-se esperar que todos os sistemas utilizem, com frequência, localiza es id nticas¹⁶⁸. Esta última afirma o,   claro, deve ser vista *cum grani salis*.

Uma das críticas mais veementes já desferidas contra o conceito de justiça conflitual foi a de Friedrich Juenger, para o qual a no o seria uma “*marca de justiça peculiar, prontamente satisfeita pela aplica o do direito mais proximamente conectado com uma rela o específica*”¹⁶⁹.

Com esse espírito, Juenger voltou-se contra toda a teoria geral do Direito Internacional Privado, ao sustentar que h a uma doença subjacente, causada pela crença multilateralista de que a determina o da lei aplicável deve se preocupar com a localiza o das rela es jurídicas, em lugar de atentar para valores materiais¹⁷⁰. Para o autor, colocar a geografia acima da justiça jamais produzir  um sistema satisfat rio¹⁷¹. Discordamos de Juenger quando este sugere que o Direito Internacional Privado tradicional colocaria a geografia acima da justiça, uma vez que a no o de *localiza o* das rela es jurídicas não

¹⁶⁶ BUCHER, Andreas. *La dimension sociale du Droit International Privé*, *Recueil des Cours*, v. 341, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 54. Quanto às chamadas *lois de police* (normas de aplica o imediata ou internacionalmente imperativas, que não se confundem com o princípio da ordem pública), há discussão doutrinária. Enquanto alguns acham que sua aplica o d -se antes de qualquer recurso às regras de conexão, outros acreditam que elas também constituem uma exce o *a posteriori*.

¹⁶⁷ Em outro trabalho, defendemos que o princípio da proximidade equivale a um postulado de pondera o no plano internacional, determinando um cuidadoso sopesamento dos elementos f ticos em rela o aos sistemas jurídicos. Para proceder a esse sopesamento, em alguns casos pode ser necessário considerar, dentre outros elementos, aspectos de direito material dos ordenamentos em jogo, de modo a verificar o direito mais próximo (que não necessariamente será aquele mais justo na opinião do intérprete), cf. VALENTE DOS REIS, Gabriel. *O Direito Internacional Privado e a teoria das qualifica es: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade*, *Revista de Direito do Estado – RDE*, n  13, pp. 293-325.

¹⁶⁸ GAUDEMET-TALLON, H el ne. *Op. cit.*, pp. 183-195. Note-se que a professora de Paris alerta para o fato de que a regra de conexão, apesar de neutra, não   *desencarnada*, i.e., desligada do Estado que a editou e de sua concep o acerca da sociedade e das rela es jurídicas. Desse modo, para a Professora, a busca por uma soluço universal   utópica (*Op. cit.*, pp. 187-193).

¹⁶⁹ JUENGER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 69. Tradu o livre.

¹⁷⁰ JUENGER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁷¹ *Idem*.

equivale a uma localização meramente geográfica, antes conduzindo a uma análise de pertinência, que considera outros critérios além dos espaciais.

Já Lea Brilmayer, ao propor uma visão baseada na ideia de direitos políticos contra o Estado, esclarece que se faz necessário indagar se as conexões de um indivíduo com determinado Estado são suficientes para tornar equânime impor ao mesmo a concepção particular de justiça material do Estado em questão¹⁷². Nessa linha de raciocínio, o direito à representação política seria um elemento a mais a corroborar a ideia de que não se deve impor a justiça material do foro indiscriminadamente a estrangeiros, na medida em que estes não participaram dos debates públicos locais (seja através do voto, da construção da opinião pública ou de outras formas que a sociedade civil possui de influenciar os rumos da política).

Pierre Lalive, por sua vez, após afirmar que não se deve exagerar a oposição entre as duas formas de justiça, aduz que a distinção parece corresponder à realidade das coisas; e ao espírito do Direito Internacional Privado, de um lado, e do direito material, de outro¹⁷³. Ademais, para o autor, o que ocorre em nossa disciplina não é diferente daquilo que acontece em outros ramos do direito, que também possuem seus valores e parâmetros próprios, especiais (tais como o direito penal, o direito administrativo, o direito civil etc)¹⁷⁴. Lalive deixa claro, porém, que as duas formas de justiça não são compartimentos estanques¹⁷⁵.

Há que se debruçar, portanto, sobre tal questão: existe uma espécie de justiça peculiar ao Direito Internacional Privado? Não acreditamos que a ideia de justiça se desmembre em duas¹⁷⁶. Como afirma Dário Moura Vicente, a especificidade da nossa disciplina não é uma justiça própria, eminentemente formal, mas sim um objeto e método particulares¹⁷⁷. Ou, como precisamente observa Rui Manuel Moura Ramos, “a justiça conflitual não é, no fim das contas, um outro e diverso tipo de justiça, a opor à justiça

¹⁷² BRILMAYER, Lea. *Rights, fairness, and choice of law*, *Yale Law Journal*, v. 98, p. 1306, 1989.

¹⁷³ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en Droit International Privé*. *Recueil des Cours*, v. 155, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1977, p. 348.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 350.

¹⁷⁶ Observe-se que a divisão da justiça em diferentes aspectos não é uma ideia nova. Aristóteles já se referia a espécies distintas, para fins de análise, distinguindo entre justiça distributiva e justiça corretiva e entre justiça natural e justiça legal (ARISTÓTELES. *Op. cit.*, Livro V, 1129a-1138b, pp. 103-127).

¹⁷⁷ VICENTE, Dário Moura. *Método e fontes do Direito Internacional Privado*. In: VICENTE, Dário Moura. *Ensaio*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2005, p. 36.

*material, mas antes a forma que nas relações plurilocalizadas esta necessariamente assume*¹⁷⁸.

Como já afirmado, a busca pela justiça, de acordo com o referencial cosmopolita, exige o tratamento adequado dos interesses de outros povos e a devida consideração de suas perspectivas, bem como das necessidades da sociedade internacional como um todo. O único modo de o julgador aproximar-se dessa abordagem, buscando a imparcialidade, é por meio de um distanciamento de si mesmo – é preciso estar disposto a aceitar valores diferentes dos próprios, se as circunstâncias do caso concreto assim exigirem. Em suma, é preciso despir-se de preconceitos.

Como corolário do parâmetro cosmopolita da *imparcialidade aberta*, o intérprete deve se colocar em uma posição hipotética de neutralidade em relação aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, evitando privilegiar a aplicação do seu próprio direito. Tal como o homem que busca ouvir à voz do espectador imparcial, em Smith (veja-se o item 1.2.4, *supra*), o intérprete deve se valer da razão, de forma a vencer seu instinto natural de preferir a aplicação do próprio direito.

Daí porque é desaconselhável que se busque, nas lides internacionais, aquilo que se chama de justiça material a todo custo. O intérprete precisa, humildemente, entender que está imbuído de valores individuais e sociais preconcebidos, os quais influenciam sua concepção particular de justiça. Com efeito, tais valores são relativos no plano da validade (é preciso, por vezes, aprender com visões diferentes das nossas) e no plano fático (frequentemente, valores desenvolvidos no âmbito de uma sociedade são inadequados para reger casos mais proximoamente ligados a outra sociedade).

Aurea Christine Tanaka, em sentido diverso, defende a aplicação de determinados princípios na determinação da lei aplicável, de forma a primar pela justiça material¹⁷⁹, aduzindo mais adiante que essa prática pressupõe a ideia de que há um senso comum quanto àquilo que é justo, adequado ou protetivo; e que “se este senso comum não fosse possível, a Declaração Universal de Direitos do Homem e outros documentos internacionais do mesmo tipo também não o seriam” e que “independentemente das diferenças culturais, locais, particulares dos indivíduos, povos e nações, o fato é que se

¹⁷⁸ RAMOS, Rui Manuel Moura. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 255.

¹⁷⁹ TANAKA, Aurea Christine. *Princípios aplicáveis ao divórcio no Direito Internacional Privado: o caso dos brasileiros no Japão*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2005, p. 67.

estabeleceu um consenso quanto aos princípios a serem preservados no âmbito internacional¹⁸⁰.

Divergimos dessa posição. Em nossa visão, o consenso internacional quanto àquilo que é justo constitui exceção, não existindo na imensa maioria dos casos. Como demonstra Paulo Borba Casella, a noção de bom e justo no plano internacional é marcada pela relatividade dos parâmetros, bem como pela subjetividade em sua formulação e aplicação¹⁸¹. Ainda que possa haver mecanismos de controle, observa-se grande dose de discricionariedade¹⁸².

Deve-se observar, portanto, a necessidade de se guardar independência entre os critérios para escolha da lei aplicável e a regulação material do assunto em questão¹⁸³. Assim sendo, nos casos transnacionais, a noção de justiça necessita de um anteparo que a impeça de ser um esconderijo para o provincianismo, o qual acabaria por levar, em última análise, à sua autonegação – é este o aspecto conflitual ao qual os teóricos aludem.

Nesse contexto, ao se buscar a lei mais próxima ao contexto fático examinado, devê-se buscar justiça nessa determinação – *justiça mediata*, a qual não necessariamente implicará a solução final que o juiz (ou a cultura jurídica do foro de uma maneira geral) considere mais justa – *justiça imediata*¹⁸⁴. Do contrário, estimular-se-ia uma aplicação indiscriminada da *lex fori*, uma vez que o juiz, na maior parte dos casos, tenderá a considerar seu direito mais justo que o direito estrangeiro. No plano internacional, a ideia de justiça precisa se proteger contra si mesma.

¹⁸⁰ TANAKA, Aurea Christine. *Op. cit.*, p. 71. Note-se que a autora faz certa concessão que acaba por tornar sua posição contraditória, ao afirmar, em seguida: “Uma questão que permanece é a das diferentes concepções de justo, adequado e protetivo, conceitos subordinados a uma apreciação subjetiva do aplicador do direito, certamente influenciados pelas questões culturais inerentes a cada povo” (TANAKA, Aurea Christine. *Op. cit.*, p. 72).

¹⁸¹ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 115.

¹⁸² Idem. O autor alerta, ainda, que isso não é muito diferente daquilo que ocorre nas ordens internas.

¹⁸³ Veja-se, nesse sentido: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Atribuição da guarda e suas consequências em Direito Internacional Privado*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2008, p. 75.

¹⁸⁴ Elaboramos tal distinção em outro trabalho (cf. VALENTE DOS REIS, Gabriel. *O Direito Internacional Privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade*, *Revista de Direito do Estado - RDE*, nº 13, pp. 293-325).