



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL SICA DA CUNHA

**O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS  
VULNERÁVEIS: CORRETIVOS DO FUNCIONAMENTO DA REGRA DE  
CONFLITO E A LEI MAIS FAVORÁVEL AO VULNERÁVEL.**

Porto Alegre  
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL SICA DA CUNHA

**O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS  
VULNERÁVEIS: CORRETIVOS DO FUNCIONAMENTO DA REGRA DE  
CONFLITO E A LEI MAIS FAVORÁVEL AO VULNERÁVEL.**

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir./UFRGS como exigência para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Claudia Lima Marques

Porto Alegre  
2015

DANIEL SICA DA CUNHA

**O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS  
VULNERÁVEIS: CORRETIVOS DO FUNCIONAMENTO DA REGRA DE  
CONFLITO E A LEI MAIS FAVORÁVEL AO VULNERÁVEL.**

Aprovado em 30/04/2015 pela Banca Examinadora:

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Claudia Lima Marques

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nádia de Araújo

Prof. Dr. Juan Cerdeira

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fabiana D'Andrea Ramos

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

*"[...] we cannot refrain from allowing substantive values – which are supposed to be in a position to generate post-traditional solidarity – to take their place alongside the forms of recognition found in love and developed legal relations". (Alex Honneth)<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> HONNETH, Axel. **The struggle for recognition**: the moral grammar of social conflicts. Traduzido por Joel Anderson. Cambridge: The MIT Press, 1995, p.179.

## RESUMO

A presente tese tem por objeto a análise da proteção do vulnerável no direito internacional privado brasileiro. Seu objetivo consiste, por um lado, em identificar se as regras de conflito atualmente existentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942) são suficientes ou não para uma proteção efetiva do vulnerável nas relações privadas internacionais, e por outro lado, em se constatando uma precariedade na proteção do vulnerável, estabelecer uma proposta de reconstrução axiológica das regras do direito internacional privado brasileiro para restabelecer a igualdade e o diálogo com a Constituição Federal (1988). Para tanto, a pesquisa está disposta em três capítulos. No primeiro capítulo, é apresentada a crise do direito internacional privado brasileiro a partir do paradigma da regra conflitual tradicional e da justiça formal, apontando-se a inadequação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para a solução dos problemas contemporâneos de direito internacional privado. No segundo capítulo, apresenta-se a proposta de um recomeço, a partir das intersecções do direito internacional privado com o direito privado e com o direito público, especialmente no que diz respeito à eficácia plena dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações privadas, em busca de uma justiça material. No terceiro capítulo, é proposta a reconstrução teleológica do direito internacional privado, a ser orientada pelos valores constitucionais. Sendo o direito internacional privado essencialmente um direito dos diferentes, sobressai o princípio da igualdade e a proteção dos vulneráveis como concretização dos valores constitucionais. Ao final, são propostas duas soluções para a superação da crise: primeiro, há a proposição de alteração legislativa, para que se estabeleça a regra de conflito com a conexão da lei mais favorável ao vulnerável; segundo, enquanto não é realizada a alteração legislativa, propõe-se interpretação sistemático-teleológica do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), para que funcione como cláusula aberta para a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações privadas internacionais, possibilitando a aplicação da lei mais favorável ao vulnerável como forma de efetivação positiva da ordem pública constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito internacional privado; proteção do vulnerável; direitos fundamentais; ordem pública; regras de conflito.

## ABSTRACT

This thesis aims at the analysis of the protection of the vulnerable in the Brazilian private international law. Its aim is, first, to identify if the conflictual rules currently existing in the Introductory Act to Brazilian Law Rules (1942) are or are not sufficient for an effective protection of the vulnerable in international private relations, and on the other hand, if finding the protection of the vulnerable precarious, to establish a proposal of axiological reconstruction of the rules of Brazilian private international law to restore equality and dialogue with the Federal Constitution (1988). Therefore, the research is arranged in three chapters. In the first chapter, the crisis of the Brazilian private international law is presented from the paradigm of traditional conflictual rule and formal justice, pointing out the inadequacy of the Introductory Act to Brazilian Law Rules (1942) to the solution of contemporary problems of private international law. The second chapter presents the proposal of a new beginning, through the intersections of private international law with private law and public law, especially with regard to the full effectiveness of fundamental rights and human rights in private affairs, in search of a material justice. In the third chapter it is proposed a teleological reconstruction of private international law, to be guided by constitutional values. Private international law being essentially a right of the different, it stands the principle of equality and the protection of the vulnerable as achievements of constitutional values. Lastly, two solutions are proposed to overcome the crisis: first, there is the proposal of a legislative change, in order to establish the conflictual rule with the connection to the most favorable law to the vulnerable; second, while the legislative amendment is not performed, it is proposed a systematic-teleological interpretation of Article 17 of the Introductory Act to Brazilian Law Rules (1942), to function as an open clause to the achievement of fundamental rights and human rights in international private relations, enabling the application of the most favorable law to the vulnerable as a form of positive performance of the constitutional public order.

**KEYWORDS:** private international law; protection of the vulnerable; fundamental rights; public order; conflict rules.

## RÉSUMÉ

Cette thèse vise à l'analyse de la protection des personnes vulnérables dans le droit international privé brésilien. Son objectif est, d'abord, d'identifier si les règles conflictuelles qui existent actuellement dans la Loi Introductive au Règlement du Droit Brésilienne (1942) sont ou ne sont pas suffisantes pour une protection efficace des personnes vulnérables dans les relations privées internationales, et d'autre part, se il constate une précarité dans la protection des vulnérables, d'établir une proposition de la reconstruction axiologique des règles du droit international privé brésilien pour rétablir l'égalité et le dialogue avec la Constitution Fédérale (1988). Par conséquent, la recherche est organisée en trois chapitres. Dans le premier chapitre, la crise du droit international privé brésilien est présenté sur le paradigme de la règle conflictuelle traditionnelle et sur la justice formelle, soulignant l'insuffisance de la Loi Introductive au Règlement du Droit Brésilienne (1942) à la solution des problèmes contemporains de droit international privé. Le deuxième chapitre présente la proposition d'un nouveau départ, à travers les intersections de droit international privé avec le droit privé et le droit public, en particulier en ce qui concerne la pleine efficacité des droits fondamentaux et des droits humains dans les affaires privées, à la recherche d'une justice matérielle. Dans le troisième chapitre, il est proposé une reconstruction téléologique du droit international privé, d'être guidé par des valeurs constitutionnelles. Considérant le droit international privé essentiellement un droit de différent, se trouve le principe de l'égalité et de la protection des vulnérables pour la réalisation des valeurs constitutionnelles. Enfin, deux solutions sont proposées pour surmonter la crise: d'abord, il ya la proposition d'un changement législatif, afin d'établir la règle conflictuelle avec la connexion à la loi la plus favorable aux personnes vulnérables; seconde, tandis que la modification législative ne est pas effectuée, il est proposé une interprétation systématique-téléologique de l'article 17 de la Loi Introductive au Règlement du Droit Brésilienne (1942), de fonctionner comme une clause ouverte à la réalisation des droits fondamentaux et des droits humains dans les relations privées internationales, permettant l'application de la loi la plus favorable aux personnes vulnérables comme une forme de performance positive de l'ordre public constitutionnel.

**MOTS-CLÉS:** droit international privé; protection des personnes vulnérables; droits fondamentaux; l'ordre public; règles de conflit.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. A CRISE: A DESCONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DA REGRA CONFLITUAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A MULTIPLICIDADE DE MÉTODOS (PLURALISMO).....</b>	<b>21</b>
1.1. A TEORIA SAVIGNYANA E A IMPOSIÇÃO DA REGRA DE CONFLITO COMO RACIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS MODERNOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....	26
1.2. A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PELO PLURALISMO DE MÉTODOS COMO TENTATIVA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PÓS-MODERNOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....	36
1.3. A INSUFICIÊNCIA DAS REGRAS CONFLITUAIS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PÓS-MODERNOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....	48
<b>2. O RECOMEÇO: A BUSCA PELO PARADIGMA DOS DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CIVIS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>60</b>
2.1. O RETORNO À ORIGEM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PREOCUPAÇÃO COM A SOLUÇÃO MATERIAL DA RELAÇÃO PRIVADA INTERNACIONAL (INTERSECÇÃO COM O DIREITO PRIVADO) .....	65
2.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS	

RELAÇÕES CIVIS INTERNACIONAIS (INTERSECÇÃO COM O DIREITO PÚBLICO).....	77
2.3. A "ANCORAGEM NOS VALORES" E O DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JUSTIÇA MATERIAL EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....	88
<b>3. A RECONSTRUÇÃO: A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS COMO PARADIGMA PARA A RECONSTRUÇÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO (RETORNO DOS SENTIMENTOS) .....</b>	<b>108</b>
3.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL .....	111
3.2. O PAPEL DA ORDEM PÚBLICA E DAS NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA COMO TENTATIVA DE PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....	139
3.3. A CONEXÃO MAIS FAVORÁVEL AO VULNERÁVEL COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....	165
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>179</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>185</b>

## INTRODUÇÃO

O direito é, antes de tudo, um fenômeno histórico-cultural, e como tal não prescinde de uma avaliação do contexto social em que se insere. O direito privado brasileiro, repercutindo fenômeno que tomou corpo também em outros países de tradição da *civil law*,<sup>2</sup> desenvolveu-se, no declínio do século passado, no sentido de codificações especializadas, fracionando o direito privado em uma pluralidade de conceitos, definições de *status* e principiologias peculiares. Nesse âmbito, o direito internacional privado se insere no âmbito das relações privadas internacionais.

Ante a desuniformização e o "caos" jurídico, ruindo a noção de sistema pela falta de um elemento congregador, adveio a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe, em seu texto, diversas normas de direito privado, bem como consagrou uma série de direitos fundamentais, reconhecendo a pessoa humana como princípio e fim do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 suplantou a tradição patrimonialística do direito brasileiro ao deslocar o foco de todo o ordenamento para a pessoa humana, promovendo a humanização de toda ordem jurídica, criando verdadeira ordem pública dos direitos fundamentais, que irradia seus efeitos sobre os demais ramos do direito.

No interregno de 14 anos entre a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e a entrada em vigor do Código Civil brasileiro/2002, institutos inovadores da lógica privatística, tais como a união estável (artigo 226, parágrafo 3º da

---

<sup>2</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

Constituição da República Federativa do Brasil/1988), a função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil/1988), a igualdade entre homem e mulher (artigo 5º, inciso I e artigo 226, parágrafo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988), entre filhos (artigo 227, parágrafo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988), dentre tantas outras conformações em torno da pessoa humana, encontraram positividade nos preceitos constitucionais e efetivação pela aplicação direta dos mesmos preceitos, na medida em que o Código Civil brasileiro/1916 não apresentava um esteio positivado para sustentar tais posições, que melhor correspondiam às transformações ocorridas ao longo do século XX na vida social. Para uma sociedade que clamava por um direito que resplandecesse os novos valores da comunidade, trouxe os jurisdicizados a Constituição Federal de 1988. E no particular, cumpriu a Constituição Federal de 1988 seu papel, pois conforme Konrad Hesse,<sup>3</sup> o direito constitucional é também meio de desenvolvimento do direito privado.

Contudo, à diferença do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil brasileiro de 2002, os quais reproduziram diversas noções da Constituição Federal de 1988, concretizando no âmbito do direito ordinário os valores consagrados constitucionalmente, esgotando, de certa maneira, o papel de modificadora da Constituição Federal de 1988 quanto a esses sistemas, o mesmo não ocorreu, explicitamente, no sistema de direito internacional privado, estabelecido

---

<sup>3</sup> *“Junto con la preservación, el apoyo y la garantía del Derecho Privado preexistente y de sus fundamentos, corresponde al Derecho Constitucional um función de guía. (...) El Derecho Constitucional reacciona en general con rapidez a los cambios de la realidad; gracias a la amplitud y apertura de sus normas está em situación de tener em cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rápidamente y más fácilmente que el Derecho Privado. Debido a su influencia sobre el Derecho Privado, se convierte así em um médío para su desarrollo. De este modo puede actuar como motor de um cambio también de la legislación y de la jurisprudencia jurídico-privadas.”* In: HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

primordialmente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Entretanto, não se pode descuidar do papel transformador da Constituição Federal de 1988, de potencialmente fomentar o desenvolvimento do direito internacional privado brasileiro no atual momento, inculcando-lhe valores fundamentais de aplicação direta e promovendo seu desenvolvimento.

O novo dimensionamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais clama por sua aplicação nas relações entre particulares, sejam elas internas ou internacionais. Há uma nova (mas nem tanto) ordem pública axiológica-normativa que merece não apenas respeito por parte do Estado, mas também sua promoção e defesa contra qualquer ato que, de alguma forma, possa corrompê-la. Sendo assim, os direitos fundamentais devem ser dotados de eficácia nas relações entre particulares, em prol da defesa da dignidade da pessoa humana. Portanto, tendo em vista os direitos fundamentais constituírem uma ordem objetiva de valores consagrada na Constituição Federal de 1988, sendo esta o fundamento último de validade do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos por todo o direito, inclusive o direito internacional privado, impondo ao Estado não apenas uma postura omissiva, mas também uma postura ativa via deveres de proteção.

A presente tese tem por objeto a análise da proteção do vulnerável diante do direito internacional privado brasileiro, especialmente face às regras conflituais estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Seu objetivo consiste, por um lado, em identificar se as regras de conflito atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro são suficientes a uma proteção efetiva do vulnerável nas relações internacionais, que privilegie os princípios protetivos consagrados na Constituição Federal de 1988. Por outro lado, o objetivo da tese é, em se constatando uma

precariedade na proteção do vulnerável pelas regras de conflito do direito internacional privado brasileiro, restabelecer a igualdade e a ancoragem do direito internacional privado brasileiro nos valores da Constituição Federal de 1988, a partir de proposição para alteração legislativa e, enquanto não sobrevém a mudança positivada, com a proposição da evolução do direito internacional privado brasileiro a partir da consideração do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942) como cláusula aberta do sistema jusprivatista que permitiria concretizar, nas relações privadas internacionais, os direitos humanos e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.<sup>4</sup>

A importância do tema está na essência do direito internacional privado, que deve ser capaz de disciplinar com justiça as relações internacionais privadas, cada vez mais comuns<sup>5</sup> diante do mundo "globalizado" e "instantâneo"<sup>6</sup> da contemporaneidade.<sup>7</sup> Afinal, é

---

<sup>4</sup> Os direitos fundamentais são direitos humanos positivados na Constituição. No Brasil, é o que se depreende do artigo 4º e artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. No continente europeu há, ainda, direitos fundamentais como estruturantes do ordenamento jurídico comunitário. *In*: JAEGER JUNIOR, Augusto. Evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: presentación de casos interesantes. *In*: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 472. Vide, também, PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 15.

<sup>5</sup> MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law**: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 03.

<sup>6</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 4ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31: "Vive-se hoje em um mundo globalizado e instantâneo. As pessoas físicas e jurídicas não mais cricunscrevem as suas relações às fronteiras de um único Estado, e do ponto de vista das atividades comerciais e pessoais, essas fronteiras são, por vezes, irrelevantes. A maioria dos indivíduos, sem mesmo se dar conta, vê-se envolvida em situações jurídicas transnacionais, como quando se compra um objeto de um site sediado no estrangeiro. No plano pessoal, famílias inteiras passam a viver no exterior, de forma temporária - durante uma viagem de turismo - , ou definitiva - por força de migração voluntária ou forçada, como no caso dos refugiados. É preciso disciplinar todas essas situações jurídicas, sendo esta a finalidade do DIPr: dar soluções aos problemas advindos das relações privadas internacionais".

<sup>7</sup> MOROSINI, Fabio. Globalização e novas tendências em filosofia do direito

papel do direito trazer as soluções justas e adequadas para os problemas do convívio social.

Nesse contexto, a tese que se propõe é, sobretudo, uma proposta de superação, ao menos parcial, da crise do direito internacional privado brasileiro. É uma resposta ao convite a todos formulado pela Associação Americana de Direito Internacional Privado, na Carta do Rio de Janeiro, de 23 de março de 2012, no sentido de "priorizar a proteção dos vulneráveis na agenda do Direito Internacional Privado".<sup>8</sup> A proteção da parte mais fraca é tema relativamente novo em direito internacional privado,<sup>9</sup> exigindo do direito uma resposta positiva na sua regulação.

Antes de se adentrar propriamente na temática proposta, entretanto, dois esclarecimentos devem ser realizados, a fim de delimitar, desde já, as nuances teóricas que permearão a presente tese e que consistirão no pressuposto para a compreensão do argumento que se desenvolverá.

O primeiro esclarecimento diz respeito à compreensão que se tem, e que será doravante adotada, acerca do conceito e do objeto do direito internacional privado. Adotar-se-á aqui a ideia de que o direito internacional privado guarda aderência maior ao direito privado do que ao direito público.<sup>10</sup> Isso não significa, porém, que não haja regras de

---

internacional: a dicotomia entre público e privado na cláusula de estabilização. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 549-572.

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Carta do Rio de Janeiro da ASADIP: sugerindo incluir na agenda da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado a proteção do turista-consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 21, nº 83, p. 419, jul./set. 2012.

<sup>9</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**, v. 315, ano 2005, p. 151.

<sup>10</sup> Tobias Asser faz uma distinção, no direito internacional privado, em direito civil internacional e direito penal internacional. ASSER, Tobias M. C. **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1884. 297 p.

direito público em aplicação no direito internacional privado,<sup>11</sup> especialmente as regras de conflito e mesmo normas constitucionais, como se depreenderá do papel que será dado à Constituição Federal de 1988 e ao artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Todavia, a aderência do direito internacional privado ao direito privado se dá sob a perspectiva substancial que se adota, condizente com a proposição para a superação do formalismo de um direito internacional privado supostamente avalorativo, segundo o qual o objeto da disciplina é resolver conflitos materiais em relações privadas internacionais.

O segundo esclarecimento diz respeito à necessária intersecção entre o direito internacional privado e o direito internacional público.<sup>12</sup> Não há dúvida que as disciplinas se relacionam de forma próxima, especialmente com o aumento da produção normativa no âmbito do direito internacional público (tratados, especialmente) que

---

<sup>11</sup> Para Haroldo Valladão, "o direito público dividia-se em público interno, subdividido em direito político ou governamental e direito administrativo, e público externo, ramificado em internacional ou das gentes e eclesiástico. O direito privado repartia-se em direito privado comum ou civil, e privado especial, comercial e internacional privado, aditando-se o direito criminal e simples adjetivo, o processual civil, comercial e criminal. Evoluiu-se, depois, para incluir o direito criminal e o processual no direito público, dado o crescimento ali do interesse do Estado. Sente-se na classificação tradicional um critério básico, a presença, o interesse do Estado, a predominar, pois dêle nascia o direito público, quer externo, quer interno; era implicitamente o individualista e perigoso primado do direito interno. Mas estas divisões e subdivisões, clássicas, numa dicotomia de concreto, de um direito público, do Estado, de subordinação, e de um direito privado, do indivíduo, de coordenação, iriam, entretanto, a partir do último quartel do Século XIX, e sobretudo no século atual, sofrer um grande impacto, duma parte com a especulação jurídica em torno do Estado de Direito, dos problemas de sua submissão à norma jurídica, constitucional ou internacional, e doutra parte com o largo intervencionismo do mesmo Estado nas atividades e relações individuais, com a intensificação destas dentro e além fronteiras, com a multiplicação crescente do intercâmbio de povos e Estados, dados os contínuos e revolucionários progressos da ciência e da técnica." *In*: VALLADÃO, Haroldo. Posição do direito internacional privado frente às divisões: internacional interno e público - privado primado da ordem jurídica superior. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 315, n. 186, jan./1962.

<sup>12</sup> ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011. 556 p.

têm como objeto a proteção do indivíduo e a cooperação entre Estados, no âmbito jurisdicional. No âmbito da regulação material das “relações privadas internacionais”<sup>13</sup> visualiza-se, nas últimas décadas, uma tendência à positivação internacional. Todavia, ainda se está diante de um direito internacional privado cujas fontes, preponderantemente, são internas, e no caso do direito internacional privado brasileiro estão congregadas, em sua maioria, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Por tal razão, o cotejo que se fará do direito internacional privado brasileiro é com a Constituição Federal de 1988 e com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Como metodologia, essa pesquisa é influenciada, dogmaticamente, pela linha desenvolvida pelos catedráticos das Universidades do Rio de Janeiro, especialmente pela obra de Haroldo Valladão, Jacob Dolinger e Nádia de Araújo. Também recebe a influência dogmática de Elmo Pilla Ribeiro e Claudia Lima Marques. Além desses, outros autores brasileiros na área de direito internacional privado foram utilizados, ora com ideias pontuais, ora com críticas à linha argumentativa que se propôs, mas sempre com o intuito de, sem descaracterizar a matriz de pensamento que se procurou desenvolver, acrescentar-lhe novas luzes. Na doutrina internacional, buscou-se especialmente o suporte dos doutrinadores franco-suíços que influenciaram sobremaneira os jusprivatistas brasileiros desde o início do século passado, dentre eles, em especial, Henri Batiffol, Bernard Audit, Andreas Bucher e Pierre Lalive. Não se descuidou, ainda, da influência que Erik Jayme e a Escola de Heidelberg atualmente exercem na contemporânea doutrina brasileira.

O ponto de partida e referencial teórico que conduzirá a construção do argumento é pautado, especialmente, pelo Curso da

---

<sup>13</sup> SANTOS, António Marques dos. Direito internacional privado. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29.

Academia de Direito Internacional de Haia ministrado por Erik Jayme, já no idos de 1995, mas cuja atualidade, quiçá pela visão futurista da época, ainda o mantém apto à problematização do direito internacional privado no contexto da proposição “pós-moderna”.<sup>14</sup> Para o renomado jurista,

*[...] la culture postmoderne est caractérisée par des valeurs centrales qui peuvent être prises en considération pour mieux comprendre de nos jours le droit international privé. Emergent dans toutes les manifestations de la culture actuelle dont le droit fait partie, comme les beaux arts et la littérature, les mêmes valeurs. La justification pour en tenir compte dans le cadre du droit est un certain consensus ou au moins une confrontation du droit avec ces valeurs. Une telle approche vers la solution des conflits de lois a l'avantage de maintenir le jeu classique des rattachements et de renforcer certaines de ses bases. La culture postmoderne est caractérisée par le retour à certains éléments des formes du passé par une sélection consciente. De cette manière, le droit international privé apparaît comme un système qui preserve sa structure traditionnelle et qui est, en même temps, ouvert à la réalisation de ces valeurs nouvelles. En outre, la culture postmoderne a entraîné la naissance de nouvelles questions de droit substantiel. Toutes ces raisons permettent de parler d'un droit international privé postmoderne. Il y a quatre phénomènes exprimant simultanément certaines valeurs qui jouent un rôle primordial dans la culture postmoderne: 1) le pluralism, 2)*

---

<sup>14</sup> Sobre a pós-modernidade, vide as obras de LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 7ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002. 131 p. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 9-268. JENCKS, Charles. **What is post-modernism?** 4ª edição. Londres: Academy Editions, 1996. 80 p. No Brasil, Cláudia Lima Marques aponta a crise científica pós-moderna, com reflexos no direito, pondo em xeque inclusive a capacidade do direito enquanto ciência autônoma responder às necessidades sociais que a dinamicidade das relações impõe: “tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação (...).” *In*: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125. Ainda, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 55-63.

*la communication, 3) la narration, 4) le retour des sentiments.*<sup>15</sup>

São justamente esses quatro elementos do direito pós-moderno que transversalmente conduzirão a presente tese.

No Capítulo I será apresentada a crise do direito internacional privado brasileiro. Será exposta a origem e a construção do paradigma da regra conflitual bilateral, como instrumento de justiça (formal) no direito internacional privado e fruto da racionalização da teoria moderna do direito internacional privado propugnada por Friedrich von Savigny. Diante da neocomplexidade do mundo contemporâneo, se demonstrará que a doutrina, em direito internacional privado, buscou a adequação do paradigma à nova realidade a partir da difusão de novos métodos e novas regras de direito internacional privado, algumas de direito material, que têm origem nas mais diferentes fontes e convivem no ordenamento jurídico. Estará presente, então, o pluralismo, como elemento do direito pós-moderno. Ainda na primeira parte, será verificada a adequação ou inadequação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e das regras de conflito ali presentes para a solução dos problemas contemporâneos de direito internacional privado. Pretende-se demonstrar a insuficiência dessas regras, e a conformação de um estado de crise na ciência do direito internacional privado brasileiro.

No Capítulo II, apresentar-se-á a proposta de um recomeço. Retornar-se-á às origens do direito internacional privado, a fim de sobressaltar no âmago da disciplina não a solução formal do conflito de leis no espaço, mas sim a regulação e solução de conflitos materiais derivados de relações privadas internacionais. Será demonstrada a estreita intersecção entre o direito internacional privado e o direito

---

<sup>15</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 13-267.

privado (ambos dedicados às relações de natureza privada), bem como a estreita intersecção entre o direito internacional privado e o direito público (especialmente no que diz respeito à eficácia plena dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações privadas). A proposição de recomeço partirá da comunicação (diálogo entre as regras conflituais bilaterais e as normas constitucionais) e da narração (valores humanos constantes na Constituição Federal de 1988), também elementos do direito internacional privado pós-moderno, em prol de um formalismo valorativo para o direito internacional privado, firmando-lhe a ideia de busca por uma justiça material.

Finalmente, no Capítulo III será proposta a reconstrução do direito internacional privado a partir dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, em concreto retorno dos sentimentos, quarto elemento marcante do direito internacional privado pós-moderno. A reconstrução teleológica do direito internacional privado deve ser orientada pelos valores constitucionais, e sendo o direito internacional privado, em essência, um direito dos diferentes, sobressai o paradigma da igualdade e da proteção dos vulneráveis como concretização dos preceitos constitucionais no seu âmbito. Para tanto, serão propostos dois caminhos. O primeiro consistirá em uma retomada do papel da ordem pública e das normas de aplicação imediata como tentativa de proteção dos vulneráveis em direito internacional privado. A eficácia negativa da ordem pública do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e mesmo a consubstanciação de uma eficácia positiva das normas de aplicação imediata mostrar-se-ão como meros paliativos, diante da insuficiência das regras de conflito bilaterais. O segundo estabelecerá a conexão mais favorável ao vulnerável como o instrumento mais efetivo de proteção dos vulneráveis em direito internacional privado. Para tanto, culminará a presente tese com uma proposta legislativa, a fim de positivizar no sistema de direito internacional privado a conexão mais favorável ao vulnerável e,

enquanto não sobrevem a atualização da normativa, com uma proposta interpretativa do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que funcione como cláusula aberta para a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações privadas internacionais, possibilitando aplicar a lei mais favorável ao vulnerável como forma de efetivação positiva da ordem pública.

## 1. A CRISE: A DESCONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DA REGRA CONFLITUAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A MULTIPLICIDADE DE MÉTODOS (PLURALISMO)

A pesquisa, no estado de “ciência normal”, firma-se nas realizações científicas pretéritas que estabelecem o “corpo da teoria aceita” pela comunidade científica, teoria essa que vem, via-de-regra, disposta nos manuais de determinada disciplina. Essas “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”,<sup>16</sup> são consideradas os paradigmas dessa ciência, compartilhados pela referida comunidade científica.<sup>17</sup>

Esse conjunto de pressupostos científicos compartilhados pela comunidade científica determina a base e o eixo das investigações posteriores, inserindo as realizações científicas em uma linha, sem desacordo fundamental com o conhecimento pretérito. Há uma

---

<sup>16</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 13.

<sup>17</sup> “Percebe-se rapidamente que [...] o termo paradigma é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. [...] Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. *In*: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 218-219.

continuidade na tradição científica daquela comunidade, tendo em vista que o pesquisador, que aprendeu a utilizar o paradigma, está de certa forma “comprometido” com ele e com o “consenso aparente” que o paradigma produz.<sup>18</sup> Justamente esse comprometimento e consenso aparente estabelecem uma zona de segurança ao pesquisador que parte de tais pressupostos contidos nos manuais para avançar a pesquisa em aspectos pontuais, movimento de pesquisa que se constitui na “ciência normal”.<sup>19</sup>

Nos momentos históricos em que a norma científica existente constantemente não apresenta as soluções esperadas para os problemas reais que lhe são oferecidos (“anomalias”), perde-se a segurança até então advinda do paradigma anterior para que se possa partir para a construção de soluções contemporâneas e científicas para os novos “quebra-cabeças”<sup>20</sup> da ciência. A insegurança científica

---

<sup>18</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 30.

<sup>19</sup> “Poucos dos que não trabalham realmente com uma ciência amadurecida dão-se conta de quanto trabalho de limpeza desse tipo resta por fazer depois do estabelecimento do paradigma ou de quão fascinante é a execução desse trabalho. Esses pontos precisam ser bem compreendidos. A maioria dos cientistas, durante toda a sua carreira, ocupa-se com operações de limpeza. Elas constituem o que chamo de ciência normal. Examinado de perto, seja historicamente, seja no laboratório contemporâneo, esse empreendimento parece ser uma tentativa de forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma. A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma”. *In*: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 44-45.

<sup>20</sup> “Os termos ‘quebra-cabeça’ e ‘solucionador de quebra-cabeças’ colocam em evidência vários dos temas que adquiriram uma importância crescente nas páginas precedentes. Quebra-cabeça indica, no sentido corriqueiro em que empregamos o termo, aquela categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade na resolução de problemas. Os dicionários dão como exemplo de quebra-cabeças as expressões ‘jogo de quebra-cabeça’ e ‘palavras cruzadas’. Precisamos agora isolar as características que esses exemplos partilham com os problemas da ciência normal. Acabamos de mencionar um desses traços

“pronunciada” geralmente precede o surgimento de novas teorias científicas, na medida em que novas soluções para novos problemas exigem certo grau de “destruição” de paradigmas pretéritos para que o conhecimento e a relação da ciência com a nova realidade, que é seu objeto, possam evoluir para outro nível de compreensão. Como afirmara Thomas Kuhn, “o fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras”.<sup>21</sup>

Nesse contexto, os momentos de crise nas ciências são momentos em que os paradigmas sobre os quais se funda o conhecimento da matéria são questionados fortemente, especialmente diante da aceleração das mudanças sociais.<sup>22</sup> Mas são, antes de tudo, momentos de oportunidade, ou mesmo “pré-condição necessária” para o surgimento de novas teorias e, conseqüentemente, para a evolução da ciência, que começa pela renúncia ao paradigma que levou à crise.<sup>23</sup>

Os pesquisadores das ciências sociais, dentre os quais os juristas brasileiros, reverberam há alguns anos no Brasil a “crise do direito”,<sup>24</sup> normalmente de forma setORIZADA, especialmente no âmbito

---

comuns. O critério que estabelece a qualidade de um bom quebra-cabeça nada tem a ver com o fato de seu resultado ser intrinsecamente interessante ou importante. Ao contrário, os problemas realmente importantes em geral não são quebra-cabeças (veja-se o exemplo da cura do câncer ou o estabelecimento de uma paz duradoura), em grande parte porque talvez não tenham nenhuma solução possível”. *In*: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 59-60.

<sup>21</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 95.

<sup>22</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 229.

<sup>23</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 107.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: M. Limonad, 1955. 286 p. CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 30.

do direito privado, a ponto de, em certa medida, constatar-se certa banalização da expressão. Essa crise disseminada das ciências sociais tem sido sentida, também, no direito internacional privado.<sup>25</sup>

Para a evolução científica do direito internacional privado brasileiro mostra-se indispensável, para compreensão do fenômeno social existente, analisar as soluções postas pela ciência no estado em que se encontra, para contrapô-las ao teste da realidade, de modo a configurar a existência de uma crise efetiva na ciência da disciplina, para então propor as hipóteses de superação.<sup>26</sup> Cumpre, portanto, estabelecer no Capítulo I desta tese o prelúdio para o novo direito internacional privado brasileiro. Para tanto, o argumento será apresentado na seguinte ordem.

No Capítulo 1.1 será disposta a construção e a exposição do paradigma da regra conflitual bilateral como método e da justiça formal como finalidade do direito internacional privado moderno. Apontar-se-á, e mesmo se valorizará no contexto histórico, a teoria da neutralidade normativa da regra de conflito, fruto da racionalização do direito do século XIX, como préstimo científico-histórico ao direito internacional privado, especialmente com a contribuição inestimável de Friedrich von Savigny para a ciência jurídica moderna.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> KRONSTEIN, Heinrich. Crisis of conflict of laws. **The Georgetown law journal**, v. 37, nº 4, p. 483, mai./1949. KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964, p. 91-221. AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 219-398. PICONE, Paolo. La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 197, v. 2, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 239.

<sup>26</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 21.

<sup>27</sup> Afinal, como afirmara Thomas Kuhn, "teorias obsoletas não são acientíficas em princípio, simplesmente porque foram descartadas". *In*: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson

A partir da exposição do paradigma vigente, no Capítulo 1.2 serão expostas as características da sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo, bem como as tentativas de adequação da nova realidade social ao paradigma vigente das regras conflituais, a partir da sua adaptação, em uma perspectiva de direito internacional privado "pós-moderno",<sup>28</sup> que gerou uma pluralidade de métodos e alternativas à regra de conflito tradicional.<sup>29</sup>

Diante desse cenário, o Capítulo 1.3 contextualizará o direito internacional privado brasileiro na dinâmica do paradigma da regra de conflito e das tentativas (ou falta de tentativa) de sua adequação. Apontará a origem da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e as regras de conflito ali presentes, de modo a constatar a natureza e o método do direito internacional privado brasileiro positivado, ainda hoje, em nosso ordenamento jurídico. Será demonstrado que o direito internacional privado brasileiro positivado não atende às exigências da sociedade contemporânea, não incorporou propriamente o pluralismo de métodos como forma de adequação da ciência ao paradigma vigente. Diante da "insuficiência"<sup>30</sup> das regras conflituais da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estará deflagrada a sua crise.

---

Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 21.

<sup>28</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 9-268.

<sup>29</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 79.

<sup>30</sup> SCHWIND, Fritz. Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 187, v. 4, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 28.

### **1.1. A TEORIA SAVIGNYANA E A IMPOSIÇÃO DA REGRA DE CONFLITO COMO RACIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS MODERNOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

As teorias estatutárias dos séculos XIII a XIX, a despeito das particularidades desenvolvidas pontualmente na Itália, França e nos Países Baixos, guardavam entre si um denominador comum: o direito internacional privado tratava do exercício da soberania das autoridades colidentes, naquilo que diz respeito à extensão e aos limites de aplicação do direito de origem nacional (extraterritorialidade), nas hipóteses em que constatada a existência de relações jurídicas entre nacionais e estrangeiros.

Assim, o ponto de partida do argumento do método de direito internacional privado que existia à época das teorias estatutárias é a análise da extensão jurídico-política (espacial) dos efeitos da lei ("estatuto")<sup>31</sup> de determinada autoridade soberana. Ao reforçar o enfoque do conflito de leis sobre a extensão da soberania ou da autoridade da lei, em visão de tendência publicista,<sup>32</sup> as teorias estatutárias inserem-se em um contexto histórico de afirmação de soberanias e autonomias das cidades italianas do século XIII. Assim, o "fundamento da teoria dos estatutos revela uma característica jurídico-

---

<sup>31</sup> Há certa ambivalência na palavra estatuto, historicamente, no direito internacional privado, cujo termo pode designar uma espécie normativa (como o estatuto real, conjunto de regras que regulam os aspectos relacionados aos bens ou direito reais) ou designar, sob outra perspectiva, uma situação jurídica ou um grupo de situações jurídicas (como comumente se refere ao estatuto pessoal para se referir às questões concernentes à esfera de direitos subjetivos personalíssimos de indivíduo e ao seu dia-a-dia do direito de família). Na presente pesquisa o termo foi utilizado em seu primeiro significado. Nesse sentido, vide AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 232.

<sup>32</sup> MUIR-WATT, Horatia. *Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?)*. **Archives de philosophie du droit**, n° 41, 1997, p. 209.

formal”,<sup>33</sup> uma apreciação do conflito que não prioriza a solução da relação privada internacional, mas que o enfrenta cientificamente como um entrechoque de soberanias.

Sob esse ponto de vista, não é a relação jurídica privada internacional que é analisada, classificada e regulamentada em seus diversos aspectos, mas sim, é a lei (estatuto) de cada Estado que é analisada, classificada e regulamentada sobre sua eficácia extraterritorial. De forma geral, os comentaristas ou pós-glosadores desde o século XVI classificaram as leis em três categorias, os estatutos pessoais (referentes ao estado e a capacidade das pessoas), os estatutos reais (referente aos bens) e os estatutos mistos (referente às relações entre pessoas e bens).<sup>34</sup>

Não se pode descuidar que no contexto do pensamento político-jurídico em que se inseriam as teorias estatutárias, a soberania<sup>35</sup> do Estado era tida como “o poder absoluto e perpétuo de uma República”.<sup>36</sup> Esse poder inerente ao Estado era exercido como poder de autoridade e de imposição dentro das fronteiras territoriais do Estado. Sob esse prisma, nenhum Estado teria, *a priori*, uma obrigação

---

<sup>33</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 35. Para o autor, “*le fondement de la théorie des status revêt donc un caractère juridico-formel, étant donné que son point de départ est centre sur les limites de la loi dans l’espace et du pouvoir politique qui l’édicte. Ce qui, aux origines de la théorie, correspond assez bien avec la situation des villes de l’Italie du Nord, alors à la recherché de leur autonomie politique par rapport à l’Empire*”.

<sup>34</sup> ASSER, Tobias M. C. **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1884, p. 09-10.

<sup>35</sup> Sobre a crise do conceito de soberania, vide os estudos de, dentre outros, CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements. Cambridge, London : Harvard University Press, 1995. P. 417. SLAUGHTER, Anne-Marie. Nationalism v. Internationalism: Another Look. **New York University Journal of International Law and Policy**, número 26, p. 585, 1994. SLAUGHTER, Anne-Marie. The real new world order. **Foreign Affairs**, v. 76, n° 5, p. 183, set./out 1997.

<sup>36</sup> BODIN, Jean. **The six books of a commonweale**. Traduzido por Richard Knolles. Livro I. Londres: I. G. Bishop, 1606, p. 84.

de sujeitar-se à aplicação de lei estrangeira em seu território, assim como não teria o direito de impor a outrem a aplicação de sua lei fora de seu território e em território estrangeiro. Esse pensamento conduziu, então, à ideia de que a aplicação da lei estrangeira pelo Estado somente se daria *ex comitate* ou por *comitas gentium*,<sup>37</sup> como um “ato de cortesia”,<sup>38</sup> sujeito, portanto, ao arbítrio e à conveniência do Estado e à reciprocidade das relações internacionais havidas com outros Estados.<sup>39</sup>

O método, de viés unilateralista,<sup>40</sup> volta-se à aplicação da lei do foro (*lex fori*) para determinados casos, tenham ou não ocorrido no território nacional.<sup>41</sup> Pretende determinar em que hipóteses (ou em que casos) a lei material do foro deve ser aplicada (e não, propriamente, quando o direito estrangeiro deveria ser aplicado).<sup>42</sup> Volta-se para a extensão dos efeitos da lei no interesse de aplicação da lei do foro. Somente a autoridade estrangeira soberana poderia determinar quando as suas leis deveriam ser aplicadas, apenas essa autoridade estrangeira poderia dar eficácia a suas próprias leis. Isso não significa, todavia, que os unilateralistas neguem a aplicação do direito estrangeiro, porém a admitem desde que se aplique a lei estrangeira que se declare, por si

---

<sup>37</sup> NUSSBAUM, Arthur. **Principios de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 19.

<sup>38</sup> ASSER, Tobias M. C. **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1884. p 30.

<sup>39</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito internacional privado e aplicação de seus principios com referencia às leis particulares do Brazil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 16-18.

<sup>40</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 32.

<sup>41</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 29.

<sup>42</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 30.

própria, competente para reger a relação jurídica.<sup>43</sup>

Criticamente, o territorialismo não resolve o conflito de leis, apenas evita-o, ignora-o, recusa-o como um todo.<sup>44</sup> Como bem alertara Clóvis Bevilacqua, "a territorialidade é imprópria para servir de base ao direito internacional privado, porque este direito consiste justamente na eficácia extraterritorial das leis, e a relação de causa e efeito não pode ser expressa pela contrariedade das ideias".<sup>45</sup> É um contrasenso argumentativo estabelecer que o direito internacional privado confere eficácia extraterritorial às leis e, simultaneamente, afirmar que esse direito pode não ser aplicado pelo Estado soberano por conveniência individual.

É então que as teorias modernas do final do século XIX vêm para contrapor o paradigma da extraterritorialidade estatutária, substituindo-o, com o passar do tempo, por um novo consenso doutrinário da comunidade científica de direito internacional privado, a regra de conflito. Em um período de positivação e racionalização do direito, o método da regra de conflito justamente dá a possibilidade ou abertura do sistema jurídico para a aplicação do direito estrangeiro ou do direito nacional, sem exclusividade a qualquer um, independentemente da cortesia ou reciprocidade, mas por dever legal. Há uma racionalização do direito internacional privado.<sup>46</sup>

Sob essa nova perspectiva racional, para resolver os

---

<sup>43</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 31.

<sup>44</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brasil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 18.

<sup>45</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. São Paulo: RED Livros, 2002, p. 19.

<sup>46</sup> MOROSINI, Fabio. Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre público e privado na cláusula de estabilização. *In*: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 549-572.

conflitos originados no direito internacional privado “a razão não manda ir somente examinar onde para ou cessa o território deste ou daquele Estado”, com prevalência para a imposição soberana de um ou outro e concessões originadas da cortesia, mas dita que “se examinem imparcialmente as relações de direito que qualificam e dominam essas questões, e que, segundo elas, proceda-se com justiça”.<sup>47</sup> A doutrina, então, busca por soluções abstratas e neutras que, positivadas, devam ser aplicadas pelo Estado na solução dos conflitos originados no direito internacional privado.

No ocaso do século XIX, em um momento da ciência do direito internacional privado em que se colocava em questionamento o paradigma anterior (paradigma da extraterritorialidade estatutária),<sup>48</sup> desponta o paradigma da regra de conflito no direito internacional privado, que pode ser reconduzido à origem das teorias modernas do direito internacional privado, especialmente à obra de Friedrich von Savigny.<sup>49</sup> Buscava-se, então, por meio da sistematização e da

---

<sup>47</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brazil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 19. Continua o autor: "Quando um paiz admite em seu solo um estrangeiro, quando permite a liberdade do commercio ou das transacções, das profissões scientificas ou industriaes, a fé dos contratos e aquisição de bens, não o faz para surprender ou aniquilar as respectivas relações do direito, que circumdão as pessoas, cousas ou actos. [...] O direito das gentes teve por fim evitar a falta de segurança, a desordem, a luta nas relações publicas das nações; o direito internacional privado tem por fim evitar isso mesmo nas relações privadas dos súbditos dellas; não basta pois uma base tão inconsistente e precária. Devem existir e existem outras, ha deveres da moral, da lei natural, e outros princípios políticos das soberanias, que offerecem garantias. Póde algum delles não ser observado por alguma nação, mas nem por isso deixa de existir”.

<sup>48</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 35.

<sup>49</sup> Fala-se que a doutrina de Savigny caracterizou verdadeira “revolução” no direito internacional privado. *In*: PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 66. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869. 435 p.

positivação de soluções abstratas (regras de conflito) a solução do conflito de leis originados das relações internacionais, como um novo paradigma a ser observado.

No particular, talvez a maior contribuição da teoria savignyana tenha sido a mudança da perspectiva (ponto de partida) da análise do direito internacional privado, mesmo da delimitação do seu âmbito de aplicação: há, aqui, uma mudança substancial, pois o problema de direito internacional privado deixa de ser abordado como um “conflito de soberanias” (“campo de aplicação” da lei estatal) para ser abordado como um “conflito de interesses privados” (relação privada internacional).<sup>50</sup>

À regra de conflito caberia “localizar a relação”,<sup>51</sup> conectando-a a um direito substancial preexistente, cuja imposição de aplicação se dá pela própria justiça (formal) da regra de conflito, razão pela qual não caberia ao aplicador da norma perquirir sobre o conteúdo material dessa lei indicada, o que logicamente excluiria uma análise prévia do conteúdo desse direito pelo juiz da causa.<sup>52</sup> Sob esse raciocínio, o juiz somente deveria tomar conhecimento do conteúdo da lei indicada em momento posterior ao jogo das regras de conflito, de modo que lhe restaria apenas a exceção de ordem pública para afastar os efeitos da lei indicada, no caso da aplicação da referida lei material

---

<sup>50</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 233.

<sup>51</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 272: “*localiser signifie situer en un lieu. On songe donc au premier chef à une localisation matérielle des rapports de droit. Plus précisément, puisque le rapport de droit n’est pas une réalité tangible mais une construction de l’esprit, sa localisation va s’opérer à partir des éléments matériels qu’il prend en considération ou des événements qui lui donnant naissance*”.

<sup>52</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 28.

implicar em violação aos princípios fundamentais da lei do foro.

Durante o período de “transição”<sup>53</sup> dos paradigmas, como Bernard Audit percebe, a doutrina empregou basicamente as duas formas ou procedimentos de solução do conflito de leis no espaço. A primeira forma, decorrente das escolas estatutárias, tomava como ponto de partida o domínio de aplicação do direito de um Estado em razão do tipo/categoria do “estatuto” (paradigma da extraterritorialidade e suas exceções). Nesse caso, a formulação da regra de direito internacional privado atenderia à fórmula: *a lei do Estado A aplica-se a seus nacionais ainda que domiciliados fora de seu território e aos estrangeiros no território nacional*, por exemplo.<sup>54</sup> A segunda forma, preconizada por Friedrich Von Savigny, tomava como ponto de partida a localização da relação jurídica.<sup>55</sup> Nesse caso, a formulação da regra de direito internacional privado prioriza a análise da relação jurídica, podendo ser estabelecida com base na seguinte fórmula: *tratando-se de questões de direito de família, aplica-se a lei da nacionalidade*.

Esse método, que se pode chamar de “método conflitual bilateral”, consiste, portanto, na solução do conflito de leis no espaço

---

<sup>53</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 116.

<sup>54</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 232. O autor apresenta interessante exemplo de norma de direito internacional privado anterior a Savigny que estipulava os limites da aplicação direito local, nos moldes do pensamento das teorias estatutárias. Trata-se do artigo 3º, alínea 3, do Código de Napoleão, que estipulava que “*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même établis en pays étranger*”.

<sup>55</sup> PICONE, Paolo. La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 197, v. 2, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 239. AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 231-232.

por meio de regras gerais, abstratamente<sup>56</sup> previstas no ordenamento jurídico do foro, e que permitam identificar, para cada caso, se será aplicável a lei material do foro ou a lei material estrangeira.<sup>57</sup> Não se descuide que o “método conflitual bilateral”, em uma outra nuance, designa a lei que deve reger a relação jurídica em questão a partir das características da relação jurídica em questão, sendo o método da localização da relação jurídica.<sup>58</sup> Nesse particular, o método conflitual bilateral prioriza a segurança jurídica (“*prévisibilité*”), tendo em vista que, ao contrário do método unilateral, que se preocupa simplesmente com as situações regidas pela lei do foro, deixando de regular as demais situações (por não serem preocupação do foro), o método conflitual bilateral resolve formalmente o conflito de leis no espaço para todas as situações, sejam aquelas em que a lei material aplicável é a do foro, sejam aquelas em que a lei material aplicável é a lei estrangeira.<sup>59</sup>

Com o passar do tempo, no contexto do positivismo e das codificações do final do século XVIII,<sup>60</sup> as legislações posteriores, especialmente as dos países europeus, passaram a prever regras de conflito cujo enfoque é a relação privada internacional e nas quais a identificação da lei aplicável (elemento de conexão) é atrelada a algum aspecto da estraneidade da relação privada internacional (elemento de estraneidade). A regra de conflito passa a ser o pressuposto científico

---

<sup>56</sup> PICONE, Paolo. La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 197, v. 2, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 239.

<sup>57</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 32.

<sup>58</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 33.

<sup>59</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 33.

<sup>60</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 63.

compartilhado pela comunidade científica de direito internacional privado, que inseriu o direito internacional privado, durante décadas, em um movimento de pesquisa na forma de “ciência normal”.<sup>61</sup>

Assentado o “novo” paradigma, a regra de conflito passa a ser o eixo das investigações posteriores preservando a continuidade na tradição científica da comunidade de juristas de direito internacional privado. Nesse movimento de “ciência normal”, os estudos de direito internacional privado tomam a regra de conflito como pressuposto racional-lógico da solução dos casos de direito internacional privado, de modo que as pesquisas avançam em aspectos particulares da ciência relacionados à regra de conflito. Doutrinariamente, houve um aprofundamento do estudo da estrutura da regra de conflito e seus prolongamentos, como a teoria do reenvio e da qualificação, assim como as limitações à aplicação do direito estrangeiro, como a exceção de ordem pública e a fraude à lei.<sup>62</sup> O problema da regra de conflito passa a ser “enriquecido” ou “complicado”, com teorias complementares de toda a sorte.<sup>63</sup>

Note-se que todo o sistema de direito internacional privado passou a assentar-se sobre a regra de conflito. Todas as pesquisas em direito internacional privado partiam do consenso, pré-estabelecido, da regra de conflito como o meio de solução dos conflitos originados no direito internacional privado. Todas as pesquisas compartilhavam, portanto, o mesmo paradigma. Desde então a “técnica jurídica civilista” dos direitos “romanistas”, ou da Europa continental, que influenciaram sobremaneira o direito latino-americano e o direito brasileiro, prende-se

---

<sup>61</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 44-45.

<sup>62</sup> NUSSBAUM, Arthur. **Principios de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Depalma, 1947. 337 p.

<sup>63</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 233.

à sistematização e às regras abstratas originadas da “revolução savignyana”,<sup>64</sup> e a regra de conflito preenche perfeitamente a necessidade do sistema positivista.<sup>65</sup>

Afinal, a regra de conflito estabelece na legislação o parâmetro que deverá ser utilizado e aplicado pelo juiz na solução dos casos de direito internacional privado, minimizando o papel do julgador na elaboração do direito. A concepção tradicional da regra de conflito maximaliza o caráter formal-funcional da norma, postulando como seu objetivo único a solução técnica do conflito de leis no espaço, referindo-se a uma lei específica que seria a aplicável para determinada relação privada internacional. Sob esse prisma, “a regra de direito internacional privado, portanto, nunca dá a solução material da questão”.<sup>66</sup>

Assim, a regra de conflito tornou-se o instituto de direito internacional privado sobre o qual todo o direito internacional privado, e toda a comunidade científica de juristas dedicados ao direito internacional privado, passaram a partilhar o referencial técnico da disciplina e construir a racionalidade posterior de todos os demais institutos (qualificação, *dèpèçage*, ordem pública), empregando esse “modelo” para a solução de todos os “quebra-cabeças” das situações concretas.<sup>67</sup> A regra de conflito tornou-se, assim, o paradigma do direito

---

<sup>64</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 66. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869. 435 p.

<sup>65</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 265.

<sup>66</sup> LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours gènèral de droit international prive. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, p. 46.

<sup>67</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 218-219.

internacional privado,<sup>68</sup> e durante muito tempo a ciência do direito internacional privado operou de forma “normal”.

## **1.2. A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PELO PLURALISMO DE MÉTODOS COMO TENTATIVA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PÓS-MODERNOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

O entre guerras, todavia, pode ser caracterizado como o período em que houve uma transição na percepção das relações jurídicas internacionais, rompendo a tradição positivista<sup>69</sup> e o mito do universalismo legal, caracterizando-se por período de descrença na lei como único elemento de pacificação social. Desde então, as tendências particularistas de compreensão da realidade jurídica internacional, distantes de uma uniformização universalista do direito,<sup>70</sup> ganharam espaço doutrinário, reconhecendo a existência (e permanência) de

---

<sup>68</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 28.

<sup>69</sup> “As censuras, hoje tornadas lugares comuns ao positivismo são justificadas, necessitando porém de distinções precisas. A crise do positivismo é, na verdade, uma crise de força legitimadora do dogma democrático da vontade geral. Este ponto de vista força a uma distinção entre um positivismo legítimo, ele próprio vinculado a princípios incondicionados e supra-legais, e um positivismo ilegítimo que tenha dispensado estes princípios. O combate contra este positivismo ilegítimo constitui, na verdade, um combate contra a obrigatoriedade da lei injusta e, como tal, é a modalidade actual de manifestação de repúdio do direito injusto ‘vigente’, modalidade que consiste na pergunta acerca da justiça deste direito”. In: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 650.

<sup>70</sup> “ Elle part du fait de la coexistence des systèmes nationaux de droit international privé; mais elle se donne pour objet de l’étudier comparativement, à la fois pour saisir les raisons de leurs différences et les possibilités de leur rapprochement, voire de leur unification au moins partielle dans un avenir plus ou moins proche. Autrement dit elle dépasse l’opposition entre l’universalisme et le particularisme en ce qu’elle admet la légitimité des droits existants, mais ne renonce pas à travailler à réduire les différences qui les séparent, consciente à la fois des raisons de ces différences et de leurs inconvénients. C’est un universalisme en devenir, comme on l’a aussi attribué, et plus justement semble-t-il, à Savigny”. In: BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 81.

ordens jurídicas particulares em detrimento de um “universalismo abstrato”.<sup>71</sup>

Doutrinariamente, o debate anterior (leia-se, pré Segunda Guerra) cingia-se à dualidade entre o método universalista e o método particularista.<sup>72</sup> Friedrich Von Savigny e Stanislao Mancini, pois, poderiam ser classificados, adotando-se a lógica classificacionista, como partidários do método universalista.<sup>73</sup> Antes mesmo da Primeira Guerra, sobretudo Roberto Ago, cuja ideia de exclusividade das ordens jurídicas permanece, vinculava-se àquilo que, hoje, pode-se classificar como particularismo.<sup>74</sup> O Código Bustamante, inclusive, morto paulatinamente pela interpretação dos tribunais latino-americanos, foi o tratado que

---

<sup>71</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 79.

<sup>72</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 79.

<sup>73</sup> Ainda, “*Los planteamientos savignyanos resultan plenamente modernos y, en esencia, la norma de conflicto responde a los postulados de la razón crítica y de la razón práctica. Savigny parte de la creencia de que, en todo momento y lugar, hay una posibilidad racional de desentrañar la naturaleza inmanente de una relación jurídica para asignarle una “sede” de valor universal, garantizando con ello la armonía internacional de soluciones. Las variables culturales no parecen tener cabida en dicha determinación. La subjetividad del intérprete cederá ante la razón universal que justifica la sede de una relación jurídica, de forma que cualquiera que sea el lugar donde se suscite la controversia, sólo una ley nacional deberá ser aplicada. Por otra parte, la consecuencia jurídica del paradigma se antoja plenamente consecuente con la simplificación categórica del pensamiento kantiano. La complejidad de las soluciones internacionales desaparece a través de esta mágica solución simplificadora, imbuida de “apercepción pura”: la aplicación de un Derecho nacional. En definitiva, el elemento de caos —la internacionalidad— se reconduce al puerto seguro de la aplicación del Derecho nacional, como si dicho elemento nunca hubiera existido. Olvidamos el nómeno y aceptamos el fenómeno sometido a categorías a priori de espacio y tiempo*”. In: LORENZO, Sixto Sánchez. Estado democrático, postmodernismo y el derecho internacional privado. **Revista de Estudios Jurídicos**, nº 10, Universidad de Jaén (España), 2010, p. 4.

<sup>74</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 80.

melhor representou o método universalista.<sup>75</sup>

*Vous vous rappelez que pour les premiers le droit international privé ayant pour objet des relations internationales devait être les même pour tous les Etats, ce qui était non seulement satisfaisant pour l'esprit, mais pratiquement beaucoup plus avantageux pour les personnes privées destinataires de ces règles de droit. Pour les particularistes le fait de la diversité des systèmes nationaux ne devait pas être considéré comme un pis-aller méritant à peine le nom de droit, mais comme une réalité qui avait des explications très légitimes dans la diversité des structures des Etats, et plus particulièrement de leurs systèmes de droit privé, inséparables des règles de conflts de lois.*<sup>76</sup>

Contudo, a primeira crítica sistemática à regra de conflito foi realizada nos Estados Unidos da América por David Cavers.<sup>77</sup> O direito

---

<sup>75</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 80.

<sup>76</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 79.

<sup>77</sup> CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v. 47, nº2, dez./1933, p. 192-193: "At the risk of distorting an idea not susceptible of blackletter statement, I shall hazard this summary: When a court is faced with a question whether to reject, as inapplicable, the law of the forum and to admit in evidence, as determinative of an issue in a case before it, a rule of law of a foreign jurisdiction, it should (i) scrutinize the event or transaction giving rise to the issue before it; (2) compare carefully the proffered rule of law and the result which its application might work in the case at bar with the rule of the forum (or other competing jurisdiction) and its effect therein; (3) appraise these results in the light of those facts in the event or transaction which, from the standpoint of justice between the litigating individuals or of those broader considerations of social policy which conflicting laws may evoke, link that event or transaction to one law or the other; recognizing a) in the use of precedent, that those cases which are distinguishable only in the patterns of domestic laws they present, may for that very reason suggest materially different considerations than the case at bar, and b) in the evaluation of contacts, that the contact achieves significance in proportion to the significance of the action or circumstance constituting it when related to the controversy and the solutions thereto which the competing laws propound. The end-product of this process of analysis and evaluation would, of course, be the application to the case at bar of a rule of law, derived either from the municipal law of the forum or that of some foreign state if proof of the latter law were duly made. The choice of that law would not be the result of the automatic operation of a rule or principle of selection but of a search for a just decision in the principal case." Vide os comentários de PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 160-161.

internacional privado norte-americano fora construído dogmaticamente a partir de forte influência exercida pelo direito continental europeu,<sup>78</sup> especialmente a contar das intersecções entre as obras de Joseph Story<sup>79</sup> e Friedrich von Savigny,<sup>80</sup> fortalecendo-se no argumento da segurança da regra como justificativa para a utilização das regras de conflito. O direito internacional privado norte-americano utilizava-se das regras de conflito para a solução dos casos de direito internacional privado conforme constantes no *Restatement (First) of Conflict of Laws*, como, por exemplo, a regra estabelecida no §378, segundo o qual “*the law of the place of wrong determines whether a person has sustained a legal injury*”.

No artigo científico publicado em 1933 na *Harvard Law Review*, David Cavers deflagrou na comunidade científica norte-americana o ataque ao paradigma da regra de conflito, como uma forma de reação às “restrições” da teoria,<sup>81</sup> que ao supervalorizar a segurança na solução do conflito de leis no espaço deixaria de lado considerações sobre a justiça e sobre as repercussões sociais dos casos, o que, segundo o autor, deveria ser o determinante na solução dos problemas nesse campo do direito.

A “fragilidade” do argumento da segurança da regra de conflito fica à mostra na medida em que se percebe que cada ordenamento jurídico possui regras de conflito próprias, que podem indicar leis diferentes, e que conseqüentemente podem produzir

---

<sup>78</sup> SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons. **Tulane Law Review**, v. 82, nº 5, 2008, p. 03.

<sup>79</sup> STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict laws**: foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, as especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834. 557 p.

<sup>80</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869. 435 p.

<sup>81</sup> CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v. 47, nº2, dez./1933, p. 178.

resultados substanciais diferentes, cujas implicações sociais e jurídicas podem ser injustas.<sup>82</sup> Nesse sentido, sendo o direito internacional privado ramo das ciências jurídicas, não pode consistir em um ramo que não preserve as finalidades da ciência maior, sendo a “neutralidade” da norma aparentemente uma falácia, ou uma “racionalização artificial”.<sup>83</sup> A identificação da lei aplicável não deve ser resultado matemático de uma “operação automática” de uma regra de conflito, mas sim deve resultar da busca pela “decisão justa” para o caso.<sup>84</sup> A exposição dessa racionalização “artificial” da regra de conflito conformou-se na revolução americana.<sup>85</sup>

Tal ruptura com o paradigma anterior não se verificou, de imediato e com a força das revoluções, nas doutrinas europeia e brasileira de direito internacional privado. Na doutrina europeia, somente na década de 60 do século XX os indícios de crise no direito internacional privado foram efetivamente postos à discussão, em curso ministrado por Gerhard Kegel na Academia de Direito Internacional de

---

<sup>82</sup> CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v. 47, nº2, dez./1933, p. 199-200.

<sup>83</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 244.

<sup>84</sup> CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v. 47, nº2, dez./1933, p. 173.

<sup>85</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 244. Sobre a Revolução Americana, vide ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 4ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 620 p. SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons. **Tulane Law Review**, v. 82, n. 5, 2008. Gerhard Kegel apontou duas tendências à época: “*the attacks of the critics come from opposite directions. Some accuse conflicts of law of treating domestic and foreign substantive private law in the same way. According to these critics, the forum should apply foreign substantive private law only by way of exception. Other complain that conflicts rules dictate the application of the substantive law of this or that state to a set of facts dealing with several states, instead of creating new rules of substantive private law to decide the case. The first group could perhaps be called the ‘forum faction’ and the second group the ‘substantive law faction’ ou the ‘substantivists’.*” In: KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964, p. 95.

Haia,<sup>86</sup> recaindo dúvida sobre o paradigma da regra de conflito.<sup>87</sup> À época, o pensamento da comunidade científica de direito internacional privado partilhava a crença na regra de conflito como fundamento do direito internacional privado e como mecanismo técnico de solução do conflito de leis no espaço.<sup>88</sup> Dois sintomas de crise no paradigma da regra de conflito e na ciência do direito internacional privado foram percebidos então.<sup>89</sup>

O primeiro sintoma fora a constatação de que o conflito de leis no espaço estaria sendo gradualmente substituído pelo conflito de jurisdições.<sup>90</sup> Na prática forense, há numerosas dificuldades na aplicação do direito estrangeiro. Tais dificuldades partem de uma maior demora na solução da lide, tendo em vista que o juiz deverá informar-se acerca do conteúdo do direito estrangeiro, até dificuldades muitas vezes impostas às partes, que deverão eventualmente prová-lo quanto ao teor e vigência, com todas as implicações de custos e diligências que essa análise ensejará.<sup>91</sup> Ademais, sempre restará, quiçá inconscientemente, a dúvida se a interpretação dada à lei substancial estrangeira foi ou não a mais justa, pois inevitavelmente o juiz do foro, em que pese imbuído

---

<sup>86</sup> KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964.

<sup>87</sup> Conforme referências posteriores, o curso de Gerhard Kegel foi precursor na utilização da expressão crise do direito internacional privado. AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 229.

<sup>88</sup> KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964, p. 91-221.

<sup>89</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 85.

<sup>90</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 85.

<sup>91</sup> No processo civil internacional brasileiro, destacam-se as regras do artigo 14, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): "Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência", e do artigo 337, do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73): "A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz".

nas vestes do juiz estrangeiro, jamais o será, sempre trazendo consigo no conteúdo de sua decisão<sup>92</sup> a influência de sua cultura jurídica.<sup>93</sup> Com efeito, em certa medida, passou-se a certo reducionismo em direito internacional privado, que sobrepunha a questão da definição da competência internacional processual do juiz à própria questão (problema) da solução do conflito de leis no espaço, com indicação da lei aplicável.<sup>94</sup> Isso porque, regra geral, o juiz aplicaria a lei do foro (*lex fori*) para a solução do conflito de leis no espaço, tornando o problema principal a escolha do juiz.<sup>95</sup> Além disso, os próprios institutos do reenvio (*renvoi*) e da ordem pública (*ordre public*) permitiriam que o juiz tornasse a aplicar sua própria lei.<sup>96</sup> De tal forma, a coincidência de critérios de fixação de competência internacional e de determinação da lei aplicável faz com que o problema do conflito de leis no espaço “desapareça”,<sup>97</sup> já que “*l’application systématiquement extensive par chaque juge de sa propre loi sous-estime l’existence et le rôle des règles générales*”.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria de decisão judicial**: fundamentos de direito. 2ª edição revista. Tradução de Bruno Miragem. Notas da tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. 395 p.

<sup>93</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 85

<sup>94</sup> PICONE, Paolo. La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 197, v. 2, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 229-419.

<sup>95</sup> NYGH, Peter E.. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, Hague, v. 251, p. 271-400, 1996. BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 83.

<sup>96</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 87.

<sup>97</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 85.

<sup>98</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 89.

Uma análise das regras brasileiras de direito interno que regulam tanto a fixação de competência internacional do juiz brasileiro quanto a determinação da lei aplicável aponta, de forma endêmica, o problema no direito internacional privado brasileiro, cuja tendência demonstra que na maioria dos casos resolver-se-á, na prática, o conflito de leis no espaço com a aplicação da lei material brasileira, como se verifica da relação dos critérios de competência previstos nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil, com os critérios estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), acerca do conflito de leis no espaço. Contudo, reduzir o conflito de leis no espaço ao conflito de jurisdições não se apresenta como a melhor solução. Inegavelmente há diferentes critérios de competência estipulados pelos diferentes ordenamentos jurídicos. Em não havendo regras universais de competência internacional, é possível (e provável) que dois ou mais juízes e diferentes ordenamentos jurídicos e de acordo com suas regras de direito interno julguem-se competentes para o mesmo caso.<sup>99</sup> Sendo assim, a possibilidade de escolher o foro (*forum shopping*)<sup>100</sup> beneficia, antes de tudo, o demandante, e tão somente esse, e ao perpetuar a tendência do juiz aplicar a lei material do foro para resolver o caso, indiretamente, implicaria em verdadeira escolha da lei aplicável pelo demandante.<sup>101</sup>

O segundo sintoma, ainda mais robusto, está presente nas relações civis que, em que pesem tenham conexão com um único

---

<sup>99</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 90. Afirma o autor: "*D'autre part la pluralité des juridictions compétentes possible aboutira le plus souvent à conférer un avantage indu à celle des parties qui prend l'initiative de la demande. Il ne s'agit pas seulement des avantages 'procéduraux' à plaider devant son propre juge, il s'agit du choix de la loi applicable au fond du moment qu'elle est celle du juge saisi*".

<sup>100</sup> NYGH, Peter E.. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, Hague, v. 251, p. 271-400, 1996.

<sup>101</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 89.

ordenamento jurídico (pois todos os fatos da causa ocorreram ou se desenvolveram, total ou parcialmente, vinculados àquele ordenamento jurídico), por alguma questão circunstancial são levadas à solução perante o Poder Judiciário de um outro país. Não há lógica, nesse caso, a perpetrar a aplicação da lei do juiz do foro, quando tal lei em nada guarda relação com o caso.<sup>102</sup>

Thomas Kuhn, ao tratar da estrutura das revoluções científicas, aponta que a fenomenologia da crise da ciência manifesta-se inicialmente com o “obscurecimento de um paradigma” e, posteriormente, com o “consequente relaxamento das regras que orientam” a pesquisa.<sup>103</sup> Justamente, isso se constata no direito internacional privado.

A partir de meados do século XX<sup>104</sup> passa a haver uma crescente preocupação do Estado não em apenas garantir as liberdades dos indivíduos, mas de maneira positiva, inaugurar, proteger e implementar direitos sociais. A neutralidade da norma começa a ser substituída, especialmente em outros campos do direito, por um direito orientado por valores sociais, consagrados nas constituições do pós-guerras. No âmbito internacional, os direitos humanos alcançam o cerne do sistema de direito internacional público, que passa a demonstrar uma preocupação progressiva com a proteção do indivíduo e de coletividades. Essas mudanças repercutem no direito internacional privado, obscurecendo o paradigma da neutralidade da regra de conflito. Consequentemente, há um processo de relaxamento da rigidez da regra

---

<sup>102</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 92.

<sup>103</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 116.

<sup>104</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 159.

de conflito e uma falta de diferenciação e aproximação entre "*la justice de droit international privé et la justice de droit matériel*".<sup>105</sup>

*Es decir, los derechos humanos aparecen como el marco dominante y sirven así de telón de fondo a una surte de interrelación de ramas que en el pasado estaban un tanto más diferenciadas y desconectadas. Em efecto, no era imaginable, hace unos veinticinco o treinta años atrás cuando estudiábamos las convenciones de derechos humanos – las primeras – que más tarde las utilizaríamos em nuestra materia como el sucedáneo regulador de figuras que en el pasado habíamos situado entonces sin vacilación y casi exclusivamente, en el terreno ya sea del conflicto de leyes, ya en el de la aplicación de normas materiales o directas de fuente interna o externa. Claro está que la referencia a los textos constitucionales como fundamento, por ej., de la fórmula de conflicto de leyes, es de recibo doctrinario y aun de derecho positivo.*<sup>106</sup>

O primeiro momento de reação da comunidade científica, em geral, é retornar ao paradigma e não abandoná-lo. Diante de um novo fenômeno social, no caso das ciências sociais, que não se enquadre perfeitamente no modelo paradigmático amplamente compartilhado, que se pode chamar de "anomalia", a comunidade científica busca compreendê-lo e passa a sua "assimilação" ao paradigma, adaptando-o, se necessário for.<sup>107</sup> Por isso em busca das soluções justas, mas sem

---

<sup>105</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. *Loi d'Autonomie et Méthodes de Protection de la Partie Faible en Droit International Privé. Recueil des cours*: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 249, ano 1994, p. 165.

<sup>106</sup> BADÁN, Didier Operti. *Derecho internacional: público y privado: a modo de reflexiones adicionales sobre sus relaciones*. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 432.

<sup>107</sup> "Devemos agora perguntar como podem surgir tais mudanças, examinando em primeiro lugar as descobertas (ou novidades relativas a fatos), para então estudar as invenções (ou novidades concernentes à teoria). [...] A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado. A assimilação de um novo tipo de fato exige mais do que um ajustamento aditivo da teoria. Até que tal ajustamento tenha sido completado – até que o cientista tenha aprendido a ver a natureza de um modo diferente – o novo fato não será considerado completamente científico". In: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução

abandonar a regra de conflito,<sup>108</sup> a doutrina aprofundou seu estudo e estabeleceu outros institutos para corrigir eventuais distorções de resultado, como por exemplo as teorias da qualificação, do reenvio, do *dépèçage*, a sistematização da noção de ordem pública e das normas de aplicação imediata, complicando o direito internacional privado com teorias complementares que prolongam o paradigma.<sup>109</sup> Bernard Audit em 1984<sup>110</sup> falara em uma “redução da crise”. O direito internacional privado europeu, ao contrário da ruptura abrupta e radical da revolução americana, avançou em uma reparação gradual e correção pontual das regras de conflito, em uma verdadeira “evolução”,<sup>111</sup> inclusive com a aceitação de normas materiais.

Assim, no direito internacional privado o primeiro movimento da comunidade científica foi de, diante das “anomalias” buscar a adaptação da regra de conflito (paradigma), para sua manutenção. Para tanto, houve uma individualização das anomalias, seu isolamento para que não contaminassem outros campos da ciência, e então uma tentativa de assimilação.<sup>112</sup> No direito internacional privado isso produziu as regras de conflito de caráter material, em uma espécie de

---

de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 78.

<sup>108</sup> Conforme Gonzalo Parra-Aranguren uma análise imparcial dos diferentes sistemas de direito internacional privado permite chegar à conclusão que em que pese haja regras orientadas para o resultado (“*result-oriented guidelines*”), as modernas condicações dão prevalência para as regras de conflito bilaterais. *In*: PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 182.

<sup>109</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 233.

<sup>110</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 270.

<sup>111</sup> SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons. **Tulane Law Review**, v. 82, n° 5, 2008, p. 08.

<sup>112</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 31.

“neoconflitualismo”, e dos “corretivos funcionais” das regras de conflito,<sup>113</sup> como as conexões múltiplas,<sup>114</sup> apresentando uma “flexibilidade<sup>115</sup> [...] preferível à rigidez acrítica”,<sup>116</sup> e ainda o surgimento da noção de norma de aplicação imediata.<sup>117</sup>

Foi em aclamado curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, nos idos de 1973, que o jurista francês Henri Batiffol alertara a inação da doutrina e do poder judiciário diante da multiplicação das relações internacionais de cunho civil. Nesse período de transição entre paradigmas, o festejado autor consagrou a expressão “pluralismo de métodos”,<sup>118</sup> para designar os processos de tentativa de assimilação<sup>119</sup> da nova realidade social ao paradigma da regra de conflito, sem abandoná-lo.<sup>120</sup> A partir da pluralização dos métodos de direito internacional privado, passou a haver uma relativização maior, porém ainda sem substituição, da distinção entre “*la justice de droit*

---

<sup>113</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 32.

<sup>114</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 219-398.

<sup>115</sup> SCHWIND, Fritz. Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 187, v. 4, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 25.

<sup>116</sup> “*To be sure, flexibility is preferable to uncritical rigidity, but too much flexibility can be as bad as no flexibility at all*”. In: SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons. **Tulane Law Review**, v. 82, nº 5, 2008, p. 48.

<sup>117</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 248.

<sup>118</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973.

<sup>119</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 31.

<sup>120</sup> SANTOS, António Marques dos. Direito internacional privado. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

*internacional privé et la justice de droit matériel*",<sup>121</sup> ou mesmo a substituição do "método tradicional" por método(s) que priorize(m) o conteúdo substancial dos direitos potencialmente aplicáveis ao caso.<sup>122</sup>

Há um pluralismo<sup>123</sup> de métodos em Direito Internacional Privado. A crise do Direito Internacional Privado é uma crise de método. A magistratura e a advocacia fazem vistas grossas; preferem, indubitavelmente, permanecer na confortável zona da aplicação preferencial (para não dizer exclusiva), da lei do foro, sonhando às partes, eventualmente, o direito que lhe seria mais justo, negando vigência às regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A doutrina reduz-se a um ou outro grito que ecoa no vácuo da inação. Assim provocar-se-á a morte do direito internacional privado no Brasil.

### **1.3. A INSUFICIÊNCIA DAS REGRAS CONFLITUAIS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PÓS-MODERNOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

Em 1942, o mundo estava em guerra. No Brasil, o Presidente da República Getúlio Vargas, no uso das atribuições que lhe eram conferidas pelo artigo 74, alínea "k",<sup>124</sup> e artigo 171,<sup>125</sup> da

---

<sup>121</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. Recueil des cours*: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 165.

<sup>122</sup> PICONE, Paolo. *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé. Recueil des cours*: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 197, v. 2, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 239-240.

<sup>123</sup> BATIFFOL, Henri. *Le pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des cours*: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 80.

<sup>124</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Artigo 74, alínea "k": "Compete privativamente ao Presidente da República: [...] k) decretar o estado de emergência e o estado de guerra nos termos do art. 166".

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, declarou estado de guerra em todo o território nacional por meio do Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942. Foi justamente no contexto do mundo e das relações internacionais descrito acima que a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 foi revogada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, a “nova” Lei de Introdução, que “modernizou” o direito internacional privado.<sup>126</sup> Desde então, nada mudou substancialmente na Lei de Introdução, senão sua nomenclatura,<sup>127</sup> no que diz respeito às regras de conflito existentes nos artigos 7º a 11. Contudo, absolutamente o mundo mudou.<sup>128</sup>

Haroldo Valladão<sup>129</sup> teceu severas críticas à forma como a

---

<sup>125</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Artigo 171: “Na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República”.

<sup>126</sup> Em texto originado de palestra ministrada em outubro de 1959 no Congresso Nacional de Direito de Fortaleza, Haroldo Valladão apontou que o Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, foi um diploma promulgado às pressas, tendo sido impulsionado pela guerra e para evitar a aplicação aos indivíduos de nacionalidade italiana e alemã as leis de sua nacionalidade (como o diploma anterior previa), passando a estabelecer a conexão com o domicílio e assim privilegiando a aplicação da lei brasileira. VALLADÃO, Haroldo. A lei de introdução ao código civil e sua reforma. **Doutrinas essenciais de direito civil**, v. 2, p. 261, out./2010. A principal alteração provocada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, além da questionável supressão da autonomia da vontade nos contratos internacionais, foi a alteração da conexão do estatuto pessoal, da nacionalidade para o domicílio. VALLADÃO, Haroldo. Lei nacional e lei do domicílio. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, v. 4, p. 123, fev./2012.

<sup>127</sup> O artigo 2º da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a ementa do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, que, de Lei de Introdução ao Código Civil, passou a vigorar com a nomenclatura Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Interessante a observação de Luiz César Ramos Pereira, para quem a Lei de Introdução não apenas abre-alas para o Código Civil, mas é um “pequeno código”, em cujo conteúdo se encontram as regras de direito internacional privado. PEREIRA, Luiz César Ramos. Aspectos gerais sobre as regras nacionais de direito internacional privado relativas às obrigações: análise do art. 9º da lei de introdução ao código civil. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, v. 4, p. 1299, fev./2012.

<sup>128</sup> No âmbito das profundas mudanças ocorridas na ordem internacional e sobre as novas estruturas “transgovernamentais”, vide SLAUGHTER, Anne-Marie. The real new world order. **Foreign Affairs**, v. 76, nº 5, p. 183, set./out 1997. Sobre o importância papel dos atores não estatais na ordem internacional (sociedade civil e organizações não governamentais de âmbito transnacional), vide MATHEWS, Jessica. Power shift. **Foreign affairs**, v. 76, nº 1, p. 50, jan./fev. 1997.

<sup>129</sup> VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no Direito Internacional Privado. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 549, n. 11, jul./1981.

reforma da Lei de Introdução teria sido aprovada, qualificando-a como “obra legislativa clandestina, feita e violentamente promulgada sem a mínima audiência, quer dos juristas, quer do povo, do Brasil”.<sup>130</sup> Evite-se, entretanto, o argumento erístico,<sup>131</sup> destacando-se as críticas tecnicamente formuladas por Haroldo Valladão já em 1959 com vistas a (re)atribuir ao direito internacional privado a finalidade de “proteger a personalidade humana em sua expansão no espaço, atendendo à justiça e à equidade”.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> VALLADÃO, Haroldo. A lei de introdução ao código civil e sua reforma. **Doutrinas essenciais de direito civil**, v. 2, p. 261, out./2010: “O eminente e saudoso jurista, então Professor Philadelpho Azevedo [...] foi, em agosto de 1942, agradecer ao Ditador a sua escolha para Ministro do Supremo Tribunal Federal, e lhe fêz, então, um veemente apêlo naqueles termos para reforma da antiga Introdução do Código Civil com o abandono do princípio tradicional, da lei da nacionalidade [...] informando-o da existência no Ministério da Justiça de um *anteprojeto* de Lei de Introdução ao Código Civil apresentado, há tempos, ao antigo Ministro, Professor Francisco Campos. Mandou o Ditador que se apanhasse o referido anteprojeto e se promulgasse o mesmo imediatamente (foi só o tempo de descobri-lo nos papéis daquele ex-titular) como lei, dando erigem ao decreto-lei n. 4.657. Tratava-se, realmente, dum simples anteprojeto, apresentado há três anos, em reunião particular, inacabado, sem caráter oficial de projeto e de natureza secreta, só conhecido daquele antigo titular da Pasta e de seus autores, os eminentes membros da Comissão para a Reunião do Código Civil nomeada nos primórdios do Estado Novo, 1938, Professores Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães”.

<sup>131</sup> SCHOPENHAEUR, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001. 258 p.

<sup>132</sup> VALLADÃO, Haroldo. A lei de introdução ao código civil e sua reforma. **Doutrinas essenciais de direito civil**, v. 2, p. 261, out./2010. “No Congresso Jurídico Nacional de 1943, a Comissão de Direito Internacional Privado, presidida pelo Ministro Eduardo Espínola, e da qual tivemos a honra de ser Vice-Presidente, contando com a presença de numerosos juristas, entre os quais o eminente Professor A. Sampaio Dória, catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, aprovaram-se as conclusões que damos a seguir com os nomes dos seus ilustres relatores: 1º) Nos conflitos no espaço de normas de Direito Internacional Privado, aplica-se, se se tratar de conflito positivo, o princípio da renúncia em certos casos, e se se tratar de conflito negativo, a devolução, ainda quando se verifique para outra lei que não a *lex fori* (Dr. Luiz Gallotti). 2º) A lei reguladora do início da personalidade em face do art. 7º *princípio* da nova Introdução do Código Civil é a lei do domicílio de origem, que na lição vinda de Teixeira de Freitas e seguida nos países onde se adota o princípio domiciliar, é o domicílio do pai, ou se êste tiver falecido ou fôr desconhecido, o da mãe, ao tempo do nascimento do filho (Dr. M. M. Serpa Lopes). 3º) A se admitir o critério do domicílio para regular a constituição do nome civil, deverá ser adotado o domicílio de origem (Dr. M. M. Serpa Lopes). 4º) A nulidade e a anulação do casamento se devem regular pela mesma lei que foi competente para regular as condições de validade do casamento. *De jure constituendo*, impõe-se a consagração dessa regra, da qual se afastou o § 3º do art. 7º da nova Introdução (Prof. Amílcar de Castro). 5º) A lei reguladora do regime de bens do casamento no Direito Internacional Privado brasileiro

Em razão desse descompasso temporal, o Direito Internacional Privado está em crise.<sup>133</sup> Diante de um mundo em que proliferam relações civis internacionais, não se verifica o mesmo crescimento exponencial de casos nos tribunais brasileiros com a aplicação das regras típicas de conflito existentes nos artigos 7º a 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Questiona-se se há, pois, um conjunto normativo "abandonado", cuja inobservância, apesar de não lhe retirar a eficácia jurídica,<sup>134</sup> lhe tolhe a eficácia prática, pois

---

será: a) para os casos de manifestação expressa da vontade, a que foi escolhida pelos nubentes; b) na ausência daquela manifestação, a lei do primeiro domicílio conjugal (Dra. Rosy M. Pinheiro Lima). 6.º) Deve ser revogada a disposição do § 5o do art. 7o da nova Lei de Introdução, que estabelece um sistema preferencial para o naturalizado e o estrangeiro, em matéria de regime de bens (Dra. Rosy M. Pinheiro Lima). 7.º) A lei reguladora das modalidades da execução das obrigações, isto é, em sua forma, tempo, lugar, moeda, tradição, quitação e indenizações conseqüentes é, salvo estipulação em contrário, a *lex loci solutionis* (Prof. Mário Guimarães de Souza). 8.º) A vontade individual deve ser adotada como elemento de conexão particularmente para a substância e efeitos das obrigações e o regime de bens do casamento (Dr. Otto de Andrade Gil). 9.º) A lei reguladora da competência do juiz ou tribunal prolator da sentença estrangeira homologanda é a lei do lugar da ação, do fôro onde se intentou a demanda cuja sentença vai ser homologada, salvas as limitações de ordem pública internacional (Dr. Fortunato Azulay)".

<sup>133</sup> "We are living in a 'crisis'. Everyone, therefore, finds crisis in his sphere. My Field being domestic and international trade law, I find crisis there. In International Trade, the rules on Conflict of Laws show their practical and inevitable effect. And yet some might consider an observer of International Trade and International Business Organization writing on basic problems of conflict, a trespasser. He reminds one of a common craftsman coming into a philosophical or logical society discussing the deep logica of human life. For this poor craftsman there are moments when he has to forget all humility and tell the learned society about vital changes in the factual conditions, on which they base all their rules and scientific formulae. He has to warn them when the highly intellectual exercises of the scientific society are being used to influence factual conditions in a way dangerous to the craftsman's very existence. He should be encouraged to suggest at least preliminary steps to remedy the situation, but he on his part should be very happy if he succeeds in opening or fostering discussion on the issue". In : KRONSTEIN, Heinrich. Crisis of conflict of laws. **The Georgetown law journal**, v. 37, nº 4, p. 483, mai./1949. CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 27. AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 219-398.

<sup>134</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 83.

deixa de "se fazer ser observado e de atingir suas finalidades".<sup>135</sup>

No mundo contemporâneo, à igualdade formal preconizada pelo direito de outrora se contrapôs a desigualdade material, social.<sup>136</sup> Esse efeito se mostrou mais evidente no direito dos contratos, em que a difusão da prática de contratualização de conteúdo *standard* e a manifestação de agentes econômico-sociais que dispunham de concentrado poder de barganha e controle de informação, em especial nas relações de consumo, a *mass media* e outros meios de manipulação do corpo social desmantelaram, empiricamente, o dogma individualista. Está-se diante de uma nova percepção de mundo. Isso deve provocar uma reação do direito. À sociedade, o direito de seu tempo.

Como visto, os comentaristas ou pós-glosadores desde o século XVI classificaram todas as leis em três categorias, os estatutos pessoais (referentes ao estado e a capacidade das pessoas), os estatutos reais (referente aos bens) e os estatutos mistos (referente às relações entre pessoas e bens).<sup>137</sup> Essa influência se fez presente no direito internacional privado continental europeu do século XIX<sup>138</sup> e, por influência indireta, no princípio da sistematização do direito internacional

---

<sup>135</sup> FARIAS, João Albino de Medeiros. A eficácia do Direito como instrumento de justiça na sociedade multicultural globalizada. In: CERVI, Taciana Marconatto Damo; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Org.). **Direito fundamentais e cidadania: a busca pela efetividade**. Campinas: Millennium, 2013, pp.33-54. p. 38.

<sup>136</sup> A massificação social despessoaliza a vontade humana. Conforme Judith Martins Costa, "não se pode enquadrar esse 'conjuntos humanos' uniformes e padronizados em seus estilos de vida, em seu comportamento social, em seu raciocínio, nas formas de sua vestimenta e nas necessidades criadas ou dirigidas pelo mercado de consumo, na mesma moldura recortada por séculos ao indivíduo, homem isolado em sua singularidade, sobre o qual se assentou, como base ou justificativa, o padrão da igualdade formal e da liberdade, inscrito no substrato político do dogma da livre manifestação da vontade". In: COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista da Ajuris**, n. 56, ano XIX, nov./1992, p.70.

<sup>137</sup> ASSER, Tobias M. C. **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1884. p 09-10.

<sup>138</sup> BROCHER, Charles. **Nouveau traité de droit international privé: au double point de vue de la théorie et de la pratique**. Paris: E. Thorin, H. Georg, 1876. 454 p.

privado brasileiro do final do século XIX.<sup>139</sup> Observe-se que essa influência ainda se faz presente no direito internacional privado brasileiro. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a estrutura que apresenta desde o Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, a mesma construção tripartite das teorias estatutárias, que foram recepcionadas inicialmente pelas teorias modernas do final do século XIX, apresentando o regramento do "estatuto pessoal" no artigo 7º, do "estatuto real" no artigo 8º e do "estatuto misto" no artigo 9º.

Logo, o paradigma da regra de conflito e da justiça formal ainda deve ser superado na prática pelo direito internacional privado brasileiro. Não é mais concebível que o direito internacional privado permaneça no século XX, em uma ilha de formalismo, como se isolado fosse do ordenamento jurídico brasileiro e das modificações sociais globais pelas quais se passou nas últimas décadas. Como outrora afirmado por João Grandino Rodas, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, "*substituenda est lex introductoria*". Ainda é.<sup>140</sup> A pergunta que ora se põe, sobretudo, é o questionamento do como. Como promover essa evolução, para além da doutrina? Devemos, então, recorrer a outras fontes do direito, especialmente a lei em sentido estrito e a jurisprudência.

Na legislação brasileira, o paradigma da regra de conflito permanece inquestionável, incólume e, em alguma medida, distante da discussão que ocorreu nos Estados Unidos e na Europa. Com a entrada em vigor, em 1917, do Código Civil brasileiro, passou a vigorar,

---

<sup>139</sup> As teorias estatutárias influenciaram o trabalho pioneiro de Pimenta Bueno no Brasil, que distinguia as leis pessoais, das leis reais e das leis que regem os atos. O objeto do direito internacional privado seria o "conflito dos estatutos ou leis". In: PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brazil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 13-15 e 22-27.

<sup>140</sup> RODAS, João Grandino. "Substituenda est lex introductoria". **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 630, p. 243, abr./1988.

também, a Lei de Introdução ao Código Civil com artigos dedicados ao conflito de leis no espaço (aspecto do Direito Internacional Privado).<sup>141</sup> Posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, revogou a lei introdutória anterior, inaugurando "nova" Lei de Introdução ao Código Civil, com outros artigos dedicados ao conflito de leis no espaço (Direito Internacional Privado), assim como pontuais regras processuais para os casos em que, subjacente ao mérito da causa, encontram-se relações civis internacionais.

Quando se toma, atualmente, a disciplina dos direitos humanos no âmbito internacional, e mesmo interno, nas relações civis internacionais, a solução de litígio não pode ser tão somente, no que diz respeito ao Direito Internacional Privado, exclusivamente formal, sem qualquer preocupação com o resultado, pondo fim apenas a um "conflito de leis " sem perquirir se a situação fática que pleiteia reconhecimento terá ou não efetividade no território local. Feitas tais considerações, não se pode desconsiderar que o direito privado brasileiro sofreu profundas alterações em 2002, com a edição do novo Código Civil (Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002). A (re)adequação da normativa civilista deu-

---

<sup>141</sup> RODAS, João Grandino. "Substituenda est lex introductoria". **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 630, p. 243, abr./1988. Afirma o autor que: "Com a promulgação do Código Civil (LGL\2002\400) em 1916 e sua entrada em vigor em 1917, o Brasil passou a dispor, pela primeira vez, de um corpo orgânico de normas conflituais, consubstanciado na *Introdução* ao mesmo. Dois aspectos, no entanto, não seguiram o anteprojeto. A designação ficou sendo meramente "Introdução" e muitas normas projetadas de Direito Internacional Privado acabaram por não figurar. A doutrina, na época, lamentou essa última mutilação ocorrida. As deficiências da *Introdução* fizeram com que fosse nomeada, em 1939, uma comissão objetivando sua reforma, bem como do próprio Código Civil (LGL\2002\400). O anteprojeto de reforma da referida *Introdução*, preparado pela comissão composta por Filadelfo Azevedo, Hahnemmann Guimarães e Orozimbo Nonato, acabou por converter-se no Dec.-lei 4.657, de 4.9.42, que promulgou a *Lei de Introdução*, que entraria em vigor em 24 de outubro do mesmo ano, ab-rogando a *Introdução* de 1916. O novo diploma, basicamente, introduziu o princípio domiciliar para a determinação da lei pessoal, proibiu o reenvio e editou regras sobre as qualificações, sem, todavia, modernizar uma estrutura que datava do fim do século anterior. Alguns dos defeitos desde logo apontados acabaram por ser sanados por legislação posterior, como a Lei 3.238, de 1.8.57. Sua mácula estrutural, contudo, permanece, qual seja: a exigüidade de soluções oferecidas, muito aquém das necessidades de nosso Direito Internacional Privado".

se, sobretudo, pela necessidade de compatibilização do Código Civil com a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, que (re)definiu o ordenamento jurídico pátrio sobre o fundamento essencial da dignidade da pessoa humana. O mesmo não ocorreu, entretanto, com as normas de direito internacional privado constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que apesar da novel nomenclatura inaugurada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, em nada alterou materialmente as disposições então existentes.<sup>142</sup> Há, pois, que se buscar os fundamentos constitucionais

---

<sup>142</sup> Refira-se, entretanto, que desde a edição do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, pontuais inserções e alterações foram realizadas na Lei de Introdução, naquilo que diz respeito ao direito internacional privado. Foi assim que a Lei nº 3.238, de 01 de agosto de 1957, alterou o §2º, do artigo 7º, da redação “o casamento de estrangeiros pode celebrar-se perante as autoridades diplomáticas ou consulares do país em que um dos nubentes seja domiciliado” para “o casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”. A mesma lei alterou a redação do artigo 18, de “tratando-se de brasileiros ausentes de seu domicílio no país, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento, assim como para exercer as funções de tabelião e de oficial do registro civil em atos a eles relativos no estrangeiro” para “tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado”, de modo a manter a coesão. Após, a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), alterou a redação do §5º, do artigo 7º, de “o estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime da comunhão universal de bens, respeitados os direitos de terceiro e dada esta adoção ao competente registro” para “o estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro”. Alterou ainda o §6º, do artigo 7º, que antes determinava o não reconhecimento do divórcio de brasileiros, e nos casos de um cônjuge brasileiro apenas, não reconhecer-lhe o divórcio mas sim apenas ao cônjuge estrangeiro, sem permitir-lhe, em qualquer caso, novo casamento no Brasil, para a redação “o divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais”. Esse mesmo §6º, do artigo 7º, foi posteriormente alterado pela Lei nº 12.036, de 01 de outubro de 2009, com os seguintes termos “o divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido

para afirmar a interpretação conforme a Constituição das normas de direito internacional privado brasileiras constantes na atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse sentido:

*Dans la plupart des situations contractuelles se traduisant par une grande disparité de puissance entre les contractants, s'en tenir à la loi d'autonomie c'est en réalité accepter de donner effet à la volonté d'une seule partie, en l'occurrence la plus forte. Le droit international privé ne saurait justifier cette position par la neutralité de la règle de conflit car c'est cette neutralité même qui conduit à un résultat manifestement contraire au postulat de cette règle. Lorsque l'une des parties est dans la position de dicter le choix de la loi applicable et de la juridiction compétente à l'autre partie, et que ce choix est motivé par la volonté de soustraire le contrat aux dispositions d'un droit protecteur, la référence à la loi d'autonomie devient une pure fiction. Ignorer cette réalité c'est accepter la consécration de la loi du plus fort. C'est aussi pousser à l'extrême l'idée selon laquelle la fonction du droit international privé est exclusivement une fonction de répartition et de classement indifférente au contenu des*

---

antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais". Houve, ainda, a alteração do §1º, do artigo 10, pela Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995, da redação original "a vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil. será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio" para "a sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus". E por fim, a as inclusões da Lei nº 12.874, de 29 de outubro de 2013, no artigo 18, que passou a contra com o §1º, segundo o qual "as autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento", e com o § 2º, segundo o qual "é indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública".

*règles du droit substantiel.*<sup>143</sup>

Portanto, aceitar a regra de conflito do artigo 9º, *caput* e parágrafo segundo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em uma interpretação estritamente literal, sem ancorá-la no texto da Constituição, implicaria em aplicar indistintamente a lei do local em que celebrado o contrato e, sendo o contrato celebrado entre ausentes, a ficção jurídica de que o contrato teria sido celebrado no local da sede ou domicílio do proponente, o que indistintamente acarretaria a aplicação da "lei do mais forte".<sup>144</sup> Indispensável, pois, que se estabeleçam regras de correção no ordenamento jurídico brasileiro a fim de reverberar, no sistema de direito internacional privado, a finalidade protetiva da legislação material, o que somente se faz possível a partir da reconcepção material do direito internacional privado explicitada anteriormente, de modo a "*incorporant des considérations de justice matérielle, de telles règles s'éloignent de l'image d'une méthode conflictualiste fonction-nant de manière neutre et quasi mécanique*".<sup>145</sup> Os critérios tradicionais da Lei de Introdução (1942) mostram-se insuficientes.<sup>146</sup> Para Nádia de Araújo:

O DIPr brasileiro clama pela substituição da ultrapassada Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 por uma lei que incorpore as mudanças ocorridas no cenário mundial – incluídas no ordenamento jurídico pelas convenções internacionais e, no plano interno, pela Constituição de 1988 e pelo Novo Código Civil. A proteção da dignidade da pessoa humana como chave da mudança de paradigma

---

<sup>143</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 164-165.

<sup>144</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 165.

<sup>145</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 165.

<sup>146</sup> MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 21.

proporcionada pela Constituição de 1988, que a colocou no topo da pirâmide normativa, também deve irradiar-se para o DIPr. Mas enquanto o legislador restar inerte, cabe às demais fontes – doutrina e jurisprudência – apontarem para uma viragem interpretativa que ilumine os novos caminhos. Somente uma interpretação das normas de DIPr comandada pelos princípios e utilizando uma perspectiva retórico-argumentativa possibilitará a preservação de sua metodologia clássica. O método conflitual não pode prescindir de uma noção do princípio da ordem pública que tenha como baliza a realização dos valores universais consubstanciados nos direitos humanos, positivados na ordem constitucional brasileira como direitos fundamentais.<sup>147</sup>

*Lex introcturia est substituenda!*<sup>148</sup> Na doutrina brasileira de direito internacional privado, a crise ainda não parece ter desencadeado uma postura “revolucionária” dos juristas de direito internacional privado. Mesmo autores contemporâneos continuam, em suas obras, a replicar a ideia de que o direito internacional privado tem por objeto apenas a solução do conflito de leis no espaço.<sup>149</sup> A reação ainda é tímida. A Lei de Introdução ainda permanece a mesma, em que pese a

---

<sup>147</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4ª. edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 582.

<sup>148</sup> RODAS, João Grandino. "Substituenda est lex introductoria". **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 630, p. 243, abr./1988.

<sup>149</sup> LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours gèneral de droit international prive. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, p. 10. Para Hans Lewald, "nous ne considèrerons donc pas comme objet proprement dit de la règle de droit international privé le rapport juridique". PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 551, afirma que "o objeto do direito internacional privado é disciplinar a solução dos conflitos de leis no espaço, definindo qual o ordenamento jurídico nacional aplicável a uma relação privada com conexão internacional. Cabe enfatizar que o objeto do direito internacional privado não é regular a situação conflituosa em si, mas apenas indicar qual a norma, nacional ou estrangeira, que deve ser aplicada ao caso". Segue a linha de pensamento de AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 9ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 06. Na segunda, abordaremos as condições jurídicas do estrangeiro e os direitos adquiridos". O enfoque no conflito de leis em si também é dado pela conceituação de Haroldo Valladão. Segundo o autor "o Direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica que resolve os conflitos de leis no espaço, disciplinando os fatos em conexão no espaço com leis divergentes." In: VALLADÃO, Haroldo. Definição, objeto e denominação do direito internacional privado. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 146, fev./2012.

constatação, em algumas obras nacionais, da presença dos elementos de uma crise instaurada em nosso direito internacional privado. Vive-se um período de transição entre paradigmas no direito internacional privado brasileiro. Aqui, talvez, esteja-se já em atraso quanto às primeiras reações. Está-se na fase da adaptação do paradigma.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 33.

## 2. O RECOMEÇO: A BUSCA PELO PARADIGMA DOS DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CIVIS INTERNACIONAIS

No Capítulo 1.1 foi apresentado, material e historicamente, o paradigma da regra conflitual bilateral como método de um direito internacional privado cujo objetivo primordial, senão exclusivo, era a realização da justiça formal na solução do conflito de leis no espaço, originado de relações privadas internacionais. Fruto da racionalização do direito do século XIX, a contribuição da revolução savignyana<sup>151</sup> para a ciência jurídica moderna<sup>152</sup> em direito internacional privado mostrou-se de suma importância para a compreensão do modelo de direito internacional privado que se tem no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, a complexidade da vida contemporânea apontou as insuficiências da regra conflitual bilateral na forma em que tradicionalmente foi concebida. Foram, então, expostas as tentativas de adequação das novas realidades sociais ao paradigma vigente das regras conflituais, a partir da sua adaptação, em uma perspectiva de

---

<sup>151</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 66. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869. 435 p.

<sup>152</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 21.

direito internacional privado "pós-moderno",<sup>153</sup> que gerou uma pluralidade de métodos e alternativas à regra de conflito tradicional.<sup>154</sup>

Porém, a análise do sistema de direito internacional privado brasileiro, realizada na parte final do Capítulo retro, expôs a insuficiência das regras conflituais da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a deflagração da sua crise. Restou evidenciado que o direito internacional privado brasileiro não incorporou positivamente o pluralismo de métodos como forma de adequação da ciência ao paradigma vigente, salvo excepcionalmente, mantendo-se acorrentado ao paradigma da regra conflitual bilateral nos moldes mecânicos em que estabelecida a partir do fim do século XIX.

Essa mecanicidade avalorativa da regra de conflito instiga à busca por novas soluções para os problemas contemporâneos de direito internacional privado. Nesse sentido foi que Georges Droz questionou o porquê (e qual o valor subjacente) de se aplicar de forma mecânica a lei do local do ato ilícito, por exemplo, para todos os casos de responsabilidade civil, mesmo nos casos em que as partes que integram a relação jurídica não têm qualquer conexão com aquele ordenamento jurídico, senão a eventualidade do ilícito ter lá ocorrido,<sup>155</sup> tal qual

---

<sup>153</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 9-268.

<sup>154</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 79.

<sup>155</sup> DROZ, Georges André Léopold. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 34: "On a reproché à la méthode bilatéraliste son caractère abstrait trop mécanique, la désignation de la loi applicable risquant d'être faite sans qu'il soit tenu compte des intérêts et des buts poursuivis par les lois en conflit ou risquant d'aboutir à des situations inéquitables, la solution étant injustifiée dans le cas d'espèce. Pourquoi, a-t-on fait valoir, appliquer mécaniquement la loi du lieu du délit dans un cas où les parties intéressées n'ont eu d'autres points de contact avec ce lieu que l'événement fortuit et imprévisible qui a provoqué le dommage?"

ocorreu no caso *Babcock vs. Jackson*.<sup>156</sup> Uma resposta positiva para justificar a manutenção da regra de conflito de característica "abstrata-mecânica"<sup>157</sup> com base na segurança jurídica da solução do conflito de leis no espaço faria com que se desconsiderasse os objetivos maiores do direito, como a equidade e a justiça.<sup>158</sup> Essas e outras situações provocaram, e cada vez mais provocam, anomalias no direito internacional privado. Porém, se a "anomalia" permanece sem solução efetiva pelo paradigma por um longo período de tempo, ou se novas "anomalias" surgem e geram insegurança na comunidade científica acerca da validade científica do paradigma, aprofunda-se o período de "crise".<sup>159</sup> Com o tempo, em direito internacional privado, os fatores de "desestabilização", diante da igualdade formal da regra de conflito bilateral, aumentaram. Busca-se, então, por um novo "modelo

---

<sup>156</sup> Vide a análise de CHAPPELL JR., R. Harvey. *Lex loci delicti and Babcock v. Jackson*. **William & Mary Law Review**, v. 7, n. 2, 1966.

<sup>157</sup> DROZ, Georges André Léopold. *Cours général de droit international privé*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, volume IV, ano 1991, p. 34.

<sup>158</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 51-52: "Começarei pela tese que se imagina erroneamente ser a mais bem conhecida: nada mais banal do que atribuir como fim ao ofício do direito a justiça Essa definição é tradicional. [...] Mas, que o direito vise a justiça, que seja a aplicação da justiça, esta fórmula não tem hoje nenhum sentido. É uma dessas frases que repetimos por hábito da linguagem, e que por terem sido demasiadamente utilizadas embotaram-se, perderam a substância. O que quer dizer para nós que o direito busca a justiça? Nada de preciso, que se possa explicitar". MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law**: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 04-09: «The key to resolving these problems is that justifications for private international law do not (and should not) speak only of 'expectations' but of 'legitimate' or 'reasonable' expectations. An inquiry into the legitimate expectations of the parties does not focus on their subjective expectations (their psychological state, background and context) but on the expectations of a reasonable person in their position—on the assumption that there are no rules of private international law. Thus, despite the approach ostensibly adopted by the courts, the analysis of party expectations is not a subjective test which serves private party interests, but a claim that objective standards may be found through consideration of a hypothetical ».

<sup>159</sup> CAMPOS, Julio D. González. *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 31.

teórico”,<sup>160</sup> ou um novo “paradigma”<sup>161</sup> a suplantando o anterior, de modo a pôr fim à crise instalada.<sup>162</sup>

Cumpra, portanto, estabelecer no Capítulo II desta tese o fundamento para o recomeço, para uma transição rumo a um novo direito internacional privado brasileiro. Para tanto, o argumento será apresentado na seguinte forma.

No Capítulo 2.1. será proposto um retorno à origem do direito internacional privado. Ter-se-á como referencial parte do modelo savignyano, tomando como ponto de partida do direito internacional privado não o conflito de leis (conflito de soberanias), mas a relação

---

<sup>160</sup> *“Aussi le droit international privé, loin d’offrir une image ‘apollinienne’ séduisante par le classicisme des formes, doit-il se contenter d’une image ‘dionysiaque’ qui serait celle du chaos. Enfin, en ce qui concerne son aspect spatial, on peut constater que, si la première ‘déstabilisation’ a certainement été le résultat de la révolution du conflit aux Etats-Unis d’Amérique, elle a aussi eu lieu en Europe, sous diverses formes. Dès lors, la ‘crise’ s’étend sur les deux continents et, sous leur influence, dans le reste du monde”.* In: CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers, p. 28.

<sup>161</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 218.

<sup>162</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998, p. 116: “As crises podem terminar de três maneiras. Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema que provoca a crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área de estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, o caso que mais nos interessa: uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação. [...] A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos”.

jurídica subjacente. Demonstrar-se-á a estreita intersecção entre o direito privado e o direito internacional privado, compartilhando seus objetivos e fazendo com que o direito internacional privado seja analisado no contexto das relações privadas.

A partir da exposição da ideia de que o direito internacional privado guarda estreita relação com o direito privado, no Capítulo 2.2. serão expostos os argumentos que sustentam a impossibilidade de dissociar, plenamente, o direito privado do direito público, de modo que se concluirá pela existência de uma marcante intersecção entre o direito público e o direito internacional privado. O direito internacional privado também tem em si aplicados preceitos de direito público, especialmente a persecução de uma eficácia plena dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Por fim, o Capítulo 2.3. determinará a via de reconstrução do direito internacional privado de modo a superar o formalismo e a mecanicidade da regra de conflito bilateral nos moldes em que concebida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para tanto, utilizar-se-á a Constituição Federal de 1988 como elemento de coesão do sistema que, por via dialogada, insere no direito internacional privado valores de ancoragem e referência, em prol de uma justiça material para as relações privadas internacionais, reconstruindo a regra de conflito bilateral sob o prisma de um "formalismo valorativo".<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, volume nº 137, jul./2006, p. 07.

## 2.1. O RETORNO À ORIGEM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PREOCUPAÇÃO COM A SOLUÇÃO MATERIAL DA RELAÇÃO PRIVADA INTERNACIONAL (INTERSECÇÃO COM O DIREITO PRIVADO)

Quando Pierre Lalive abre seu curso na Academia de Direito Internacional de Haia em 1977 perguntando “por que um direito internacional privado?”, não se trata de questionamento retórico. Trata-se de, de alguma forma, retornar às premissas básicas que determinam os fundamentos e finalidade do ramo do direito (e da ciência) e, portanto, que justificam a existência dos métodos próprios da disciplina e a sua própria existência autônoma.<sup>164</sup>

O ponto de partida do argumento do recomeço é na verdade um retorno às origens. Pretende-se, ainda que brevemente, recuperar historicamente os fundamentos do direito internacional privado e identificar a natureza da relação jurídica que estará submetida a esse regramento. Objetiva-se, com isso, demonstrar que o direito internacional privado não tem como fim último a solução do conflito de leis no espaço, mas sim que a solução do conflito de leis no espaço é uma etapa intermediária em direção ao fim último do direito internacional privado, que é reger e solucionar materialmente de forma justa os conflitos que possam surgir a partir das relações privadas internacionais. Diante dessa dinâmica, passa-se necessariamente pela retomada dos preceitos e premissas que justificam inclusive a existência da disciplina, no caso, o critério diferenciador dessas relações jurídicas que suscitaria um conjunto normativo-principiológico específico, próprio.

---

<sup>164</sup> "Pourquoi un droit international privé? Tout simplement parce que le monde n'est pas un, du point de vue des lois qui le régissent, et que, dans leur très grande majorité, les hommes ne vivent pas, ou plus, dans des sociétés closes, comme les populations insulaires, montagnardes ou rurales d'autrefois.". LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé: tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 14.

Compatilha-se, portanto, o ponto de vista savignyano,<sup>165</sup> segundo o qual a análise deve ter como ponto de partida a relação jurídica,<sup>166</sup> e não a extensão territorial (ou extraterritorial) da lei.<sup>167</sup>

É senso comum, na doutrina de direito internacional privado, referências a como os avanços tecnológicos permitiram, nas últimas décadas, uma nova forma de interação humana, apresentando uma frequência maior de relações internacionais, que transcendem de

---

<sup>165</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869, p. 05-06: "*It is the function of the rules of law to govern legal relations. But what is the extent of sphere of their authority? What legal relations (cases) are brought under their control? The force and import of this question becomes apparent when we contemplate the nature of positive law, which does not happen to be one and the same all over the world, but varies with each nation and state; being derived in every community, partly from principles common to mankind, and partly from the operation of special agencies. It is this diversity of positive laws which makes it necessary to mark off for each, in sharp outline, the area of its authority, to fix the limits of different positive laws in respect to one another. Only by such demarcation does it become possible to decide all the conceivable questions arising from the conflict of different systems of positive law in reference to the decision of a given case. The converse mode of procedure may also be followed, in order to the solution of such questions. When a legal relation presents itself for adjudication, we seek for a rule of law to which it is subject, and in accordance with it is to be decided; and since we have to choose between several rules belonging to different positive systems, we come back to the sphere of action marked off for each, and to conflicts resulting from such a limitation. The two modes of procedure differ only in the points from which they start. The question itself is the same, and the solution cannot turn out differently in the two cases*".

<sup>166</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 563.

<sup>167</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869, p. 06-13: "*Most writers on this subject beginning with the question of conflicts or collisions, deal with these as the only problems requiring solution. No satisfactory results can arise from this method of procedure. The natural sequence of thought is rather the following. As to the rules of law, the question is, what legal relations do they affect? As to legal relations, to what rules of law are they subject? Within what limits certain rules of law operate,- how far the province of each extends,- and when they come into collision, are, in their very nature, secondary and subordinate questions. [...] Every right presents itself in its primary aspect as a power belonging to the person, and, accordingly, as a quality of that person; and from this most direct and rudimentary standpoint we have to regard legal relations also as attributes of persons. In this way the question with which we are engaged would be viewed thus: over what persons does each rule of law extend its authority? Or, conversely: what are the laws to which a given person is subject?*".

alguma forma as fronteiras físicas dos Estados.<sup>168</sup> A partir da década de 1990 essas relações se acentuam exponencialmente. As redes sociais *online* e o *e-commerce* alteraram a noção de realidade, proporcionando uma ainda maior "internacionalização das relações humanas", que "relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos",<sup>169</sup> gerando questionamentos de fundo

---

<sup>168</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-3.

<sup>169</sup> Interessante caso foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011, com enfrentamento dos danos praticados a partir de violação de direitos em ambiente virtual. Em que pese, tecnicamente, o julgado cinja-se à análise da competência internacional do juiz brasileiro, nos termos dos artigos 88 e 89, do então Código de Processo Civil, tratou-se de um dos primeiros casos em que o tribunal defrontou-se com a ideia espacial do ambiente virtual. No particular, ressalte-se a necessidade de conciliar um mundo que "pulverizou as fronteiras territoriais" (virtual) com o direito baseado "nas fronteiras geográficas". "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. 1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos. 2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas. 3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente. 4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral. 5. Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. 6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR", efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes. 7. O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade,

filosófico que suscitam o repensar o mundo e a própria distinção (será que ainda existente?) entre o "real" e o "virtual".<sup>170</sup> Nesse sentido, "a sociabilidade humana não para nas fronteiras do Estado"<sup>171</sup> e é potencializada pela digitalização do mundo, eis que parte da essência

---

investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência. No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio. 8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social. 9. A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regule a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual. 10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. 11. É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Precedentes. 12. A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira. 13. Ademais, a imputação de utilização indevida da imagem da autora é um "posterius" em relação ao contato de prestação de serviço, ou seja, o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente. A ação de indenização movida pela autora não é baseada, portanto, no contrato em si, mas em fotografias e imagens utilizadas pela ré, sem seu consentimento, razão pela qual não há se falar em foro de eleição contratual. 14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC. 15. Recurso especial a que se nega provimento." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011)

<sup>170</sup> LEVY, Pierre. **O que é o virtual?**. São Paulo: Editora 34, 1996. 157 p.

<sup>171</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

humana dualística da "integração social" e da "satisfação pessoal",<sup>172</sup>

Assim, diariamente contratos são estabelecidos entre empresas localizadas em diferentes países, consumidores adquirem bens a um clique de fornecedores estabelecidos do outro lado do mundo, turistas estrangeiros de passagem pelo território de outro país contratam hospedagem, consomem em restaurante, crianças são adotadas por famílias de país diverso de seu local de nascimento, uniões afetivas se formam entre pessoas de diferentes nacionalidades, propriedades são adquiridas, danos são causados, enfim. Percebe-se que em todas as relações postas, em essência, há a intervenção do direito empresarial, do direito dos contratos, do direito das obrigações, do direito do consumidor, do direito de família, do direito das coisas, da responsabilidade civil, do direito das sucessões.<sup>173</sup> Tratam-se, em sua natureza, de relações de direito civil.<sup>174</sup>

A todas essas relações, reais ou virtuais, que transcendem a fronteira do Estado, a fim de distingui-las das demais, pode-se denominar relações privadas internacionais.<sup>175</sup> Note-se que são assim

---

<sup>172</sup> SIMMEL, Georg. **The philosophy of money**. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2004. 582 p.

<sup>173</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 18.

<sup>174</sup> Há quem fale em Direito Civil Internacional. *In*: PEREIRA, Luiz César Ramos. Aspectos gerais sobre as regras nacionais de direito internacional privado relativas às obrigações: análise do art.9º da lei de introdução ao código civil. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, v. 4, p. 1299, fev./2012.

<sup>175</sup> SANTOS, António Marques dos. Direito internacional privado. *In*: ARAÚJO, Nádida de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29. RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Das relações privadas internacionais**: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 408 p. Já Pierre Lalive, por sua vez, aponta que a terminologia mais adequada seria relação transnacional, porquanto trata-se de relação privada que transcende a limitação da jurisdição pelas fronteiras do Estado. LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 15.

compreendidas aquelas relações de direito privado<sup>176</sup> (portanto “interindividuais”<sup>177</sup>) que se caracterizam por um elemento de estraneidade ou elemento estrangeiro à ordem jurídica do país em que o indivíduo, sob cujo ponto de vista está a demanda, se encontra.<sup>178</sup> A estraneidade pode se fazer presente na relação civil a partir da análise das pessoas que participam da relação, do objeto jurídico da relação jurídica ou mesmo do ato ou fato que tenha constituído, modificado ou extinguido a relação.<sup>179</sup>

Esses elementos de estraneidade, como elementos diferenciadores e caracterizadores, na qualidade de “laços que ligam a situação a outros Estados”,<sup>180</sup> devem ter um mínimo de relevância para a situação específica considerada, de modo que um mesmo elemento de estraneidade, em uma mesma relação jurídica, pode ser ou não relevante, dependendo da matéria objeto da controvérsia.<sup>181</sup> Portanto,

---

<sup>176</sup> Para Luís de Lima Pinheiro são “situações transnacionais todas aquelas em que se coloque um problema de determinação do Direito aplicável que deva ser resolvido pelo Direito Internacional Privado”, sejam de Direito Civil ou não. De acordo com o autor, evitar-se-ia a confusão terminológica com as relações internacionais interestatais próprias do Direito Internacional Público. *In*: PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 18.

<sup>177</sup> SANTOS, António Marques dos. Direito internacional privado. *In*: ARAÚJO, Nádida de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

<sup>178</sup> LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 16.

<sup>179</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**: con especial consideración del de España y de la América Luso-Hispanica. 2ª edição. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952-1954, p. 29. PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Internacional Privado**: Introdução e direito de conflitos: Parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 25.

<sup>180</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 25.

<sup>181</sup> Um exemplo, trazido por Pierre Lalive, elucida a afirmação: “*le fait qu’un contrat conclu en Allemagne entre deux ressortissants allemands aurait été rédigé et signé sur du papier fabriqué, par hypothèse, en Italie constitue en un sens un élément ‘étranger’ : mais cet élément – on le ressent d’emblée – est sans pertinence juridique. Il est vrai qu’un simple sentiment ne suffit pas. Cette absence de signification, du point de vue juridique, ne peut que résulter d’un jugement de valeur, soit d’une appréciation faite au regard d’un certain système de références, d’un ordre juridique. De quel ordre*”

há se verificar o grau de perturbação que o elemento de estraneidade causa no ordenamento jurídico chamado a solucionar a lide a fim de determinar a internacionalidade da relação jurídica. Não havendo tal perturbação, ou sendo ela insignificante, a relação jurídica deverá ser igualada às demais relações privadas internas, e o caso deverá ser resolvido pelo macrossistema de direito civil do foro.

Assim, há, portanto, um quê de relatividade e mutabilidade na definição do elemento de estraneidade como caracterizador da relação privada como internacional. Relatividade porque a estraneidade dependerá (subjektivamente) do ponto de vista do observador:<sup>182</sup> suponha-se uma relação jurídica havida entre dois brasileiros domiciliados na Alemanha; para o juiz alemão, o elemento de estraneidade está na nacionalidade das partes; em contrapartida, na perspectiva do juiz brasileiro, a estraneidade está, não na nacionalidade, mas no domicílio das partes, que conecta o caso com ordenamento jurídico estrangeiro, no caso o alemão. Mutabilidade porque uma relação que, em sua origem, é estritamente interna, pode, com o passar do tempo, adquirir um elemento de estraneidade, com a perda e aquisição de nova nacionalidade por um indivíduo ou mesmo com a mudança de seu domicílio. De qualquer forma, persiste, ainda mais nessa hipótese, o problema da relevância do elemento de estraneidade.<sup>183</sup>

---

*juridique s'agit-il ? Il appartiendrait au droit international privé de décider si la question doit se poser pratiquement. Reprenons l'exemple d'une vente conclue aux Pays-Bas entre deux Néerlandais. Que l'objet de la vente soit une automobile anglaise ou française constitue, en soi, un élément 'étranger' ; mais, dira-t-on aussitôt que l'élément d'extranéité, c'est-à-dire l'origine étrangère du véhicule, pourrait revêtir une importance. [...] C'est exprimer la relativité du caractère 'international' de la situation considérée."* LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 18.

<sup>182</sup> LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 20.

<sup>183</sup> "En résumé, il n'est pas possible de se contenter de la constatation, sommaire, que la situation ou la relation à juger est 'interne' ou 'internationale' selon qu'elle ne

Logo, *a priori*, deve-se determinar a relevância jurídica do elemento de estraneidade a fim de caracterizar a relação juridicamente (e não meramente faticamente) como internacional, o que somente pode dar-se caso a caso, em vista da relevância do elemento de estraneidade para a relação.<sup>184</sup> Entretanto, em se constatando a presença de um ou mais elementos de estraneidade na relação privada, relevantes para o foro, estar-se-á diante de uma relação jurídica diferente. A expectativa das partes na solução de eventual conflito dependerá de sua cultura jurídica e da possibilidade daquela relação sofrer influência de diferentes ordenamentos jurídicos a fim de se preservar essa identidade.

Nesse contexto, o direito internacional privado pode ser compreendido como um "direito dos diferentes", como afirmam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem,<sup>185</sup> um direito privado dos diferentes. A diferença está marcada no d.n.a. do direito internacional privado. Somos todos iguais e somos todos diferentes. No direito contemporâneo, "o comum, o igual, não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor", eis que a "pluralidade reaparece como valor jurídico".<sup>186</sup> O direito "privilegia o direito de ser diferente".<sup>187</sup> Justifica-se a existência

---

*comporte pas, ou au contraire implique, un ou plusieurs éléments d'extranéité. Encore faut-il rechercher si cet élément, si ce 'contact étranger' ou avec l'étranger présente une signification au regard de la question posée, et la réponse à cette question découle nécessairement d'un jugement de valeur, politico-juridique, de celui qui est appelé à en décider, consultant, avocat, juge ou arbitre. Ce jugement de valeur repose sur un certain système de références ayant pour objet de déterminer quand il existe un élément d'extranéité pertinent". In: LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 22.*

<sup>184</sup> LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 22.

<sup>185</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

<sup>186</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, volume nº759, jan./1999, p. 27.

<sup>187</sup> Erik Jayme apresenta a antinomia do século XXI, qual seja, uma tendência à integração por um lado, com a livre circulação de pessoas em mercados comuns

de um sistema vinculado ao direito privado,<sup>188</sup> no caso o direito internacional privado, com fontes e com um conjunto normativo-principiológico específico para regular essas relações privadas “dos diferentes”, pois clama-se tratar de forma diferenciada os diferentes, de modo a preservar a diferença e implementar uma solução materialmente justa para as controvérsias que dali possam surgir.

Sob o ponto de vista da relação jurídica, sustenta-se, aqui, que o direito internacional privado é um “direito especial”<sup>189</sup> de direito privado porque “todo o direito que regula relações privadas é direito privado”, ao menos em essência.<sup>190</sup> Não se descuida que há certa polêmica sobre o melhor enquadramento do direito internacional privado, se ramo do direito internacional público,<sup>191</sup> do direito privado ou

---

legalmente instituídos pelo direito da integração, e a contratendência, de proteção das particularidade do indivíduo edos grupos familiares, com a tutela da “identidade cultural”. Em razão da ubiquidade e velocidade do mundo contemporâneo, o direito europeu privilegiou a circulação e o reconhecimento de decisões em um primeiro momento, sem cuidar, tanto, da lei aplicável. “As diferenças entre as leis aplicáveis não mais importam. O princípio do reconhecimento recíproco substitui, pois, as normas de confitos.” In: JAYME, Erik. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI: conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002, PUC-Rio. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22-23.

<sup>188</sup> De acordo co Fritz Schwind, “*Il est inéluctable que ce changement dans le droit orivé ait une répercussion sur le droit international privé et que le relâchement du système du droit civil se fait également sentir dans ce domaine bien que la structure et les notions du droit international privé diffèrent sensiblement de la structure et des notions du droit civil. Dans la même mesure que cette déstabilisation du système civiliste se produit partout, le changement du droit international privé n’est pas limité à un certain pays. La tendance d’adaptation du droit à l’idéal de l’équité, présent aussi dans les droits continentaux, se réalise plus facilement dans les pays qui n’ont pas un système codifié et qui même temps manifestent une attitude libérale à l’égard des précédents*”. In: SCHWIND, Fritz. Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 187, v. 4, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 25-26.

<sup>189</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 175.

<sup>190</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07. PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

<sup>191</sup> VERHOEVEN, Joe. Droit international prive et droit international public: ou est la difference. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, v. 32, 1987, p. 23-34. PILLET, Antoine. **El derecho internacional privado**: considerado en sus relaciones con el

do direito público.<sup>192</sup> Contudo, sob o apelo do objeto, que é a regulação das relações privadas internacionais, é inegável a intersecção estreita do direito internacional privado com o direito privado. Por conta disso, "o complexo de fins subjacentes ao Direito Internacional Privado se identifica ou está intimamente relacionado com os fins prosseguidos pelo Direito material privado", de modo que "naturalmente [...] a regulação conflitual tem de ser adequada ao domínio jurídico-material em causa".<sup>193</sup>

Assim, tem-se o direito internacional privado muito mais como um "ramo do direito privado", no sentido que realiza a intermediação e regula a solução de relações privadas internacionais, do que um ramo do direito público propriamente dito.<sup>194</sup>

Historicamente tido como "o" problema científico do direito internacional privado, diante de relações civis internacionais, conectadas por natureza com dois ou mais ordenamentos jurídicos diversos, a determinação do ordenamento jurídico aplicável deve ser orientada para

---

derecho internacional público: estudio sistemático y metódico. Salamanca: Tip. Popular, 1925. 87 p. ORTIZ MARTIN, Gonzalo. Puntos de contacto entre el derecho internacional privado y el derecho internacional publico: soberania y orden publica. In: Organização dos Estados Americanos. Comitê Jurídico Interamericano. **Curso de derecho internacional**. Washington: OEA, 1981. p. 391-403.

<sup>192</sup> Vide, todavia, as ressalvas de Haroldo Valladão: "Orientando-se, instintivamente, por tal critério, os modernos autores passaram, a propósito de certo ramo do direito, v. g., comercial, marítimo, trabalhista, aéreo, a subdividi-lo (?!) em duas partes: *público* e *privado*. O que se impõe não é tal divisão genérica e inorgânica, mas, a propósito de qualquer instituto nas várias disciplinas jurídicas, separar as respectivas normas em duas categorias, *as de natureza pública* e *as de natureza privada*. Eis aí uma distinção importante e fecunda, pelo valer da norma, que adotamos em nosso curso desde 1930, pois dá ao jurista a diretriz necessária para saber até onde vai, na matéria, o domínio da liberdade individual. Haverá, pois, um DIP de natureza pública, de normas cogentes, e um DIP de caráter privado, de normas supletivas, omissivas, dependentes da autonomia individual". VALLADÃO, Haroldo. Posição do direito internacional privado frente às divisões: internacional interno e público - privado primado da ordem jurídica superior. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 315, n. 186, jan./1962.

<sup>193</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 175.

<sup>194</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 123.

a solução das controvérsias materiais.<sup>195</sup> Sob o prisma da relação jurídica, a solução do conflito de leis não é um fim em si mesmo.<sup>196</sup> A solução do conflito de leis se justifica na medida em que atende às finalidades de justiça material da relação privada internacional subjacente.<sup>197</sup> Ou seja, qual o ordenamento jurídico, dentre aqueles que guardam alguma conexão com o litígio, deve ser aplicado para fins de regulação jurídica dos direitos e obrigações, assim como, em que medida e sob quais parâmetros se pode propor um "diálogo de coordenação"<sup>198</sup> (comunicação)<sup>199</sup> entre os diferentes ordenamentos jurídicos autônomos que guardem vínculo com aquela relação jurídica.

Logo, pode-se fixar a seguinte premissa: a concepção e, eventualmente, a reconstrução do direito internacional privado, parte da

---

<sup>195</sup> "É este problema que a norma de conflitos resolve, no quadro do sistema de Direito de Conflitos a que pertence. [...] Não que isto dizer que a missão do Direito Internacional Privado se esgote com a designação do Direito aplicável. Há todo um caminho a percorrer até à obtenção da solução do caso concreto. Veremos que este caminho não se limita aos problemas de interpretação e aplicação da ordem jurídica designada. [...] Na regulação das situações transnacionais o Direito Internacional Privado não opera apenas através do Direito de Conflitos, entendido *stricto sensu*, mas também mediante o reconhecimento das situações jurídicas fixadas por decisão estrangeira, sob certas condições. Assim, o Direito Internacional Privado, enquanto ramo do Direito, engloba o Direito de Conflitos e o Direito de Reconhecimento. O processo de regulação operado por via do reconhecimento de efeitos de decisões estrangeiras ainda é um processo conflitual ou indirecto." PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Internacional Privado: Introdução e direito de conflitos: Parte geral.** Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 29.

<sup>196</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time.** Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869, p. 25. Sobre o surgimento do problema, "*A judge of our state has to decide upon a case (legal relation), which, owing to the factus which lie at its foundation (e.g. the place where a contract may be entered into, or where the thing in dispute is situated), comes in contact with the law of a foreign state, different from our positive law. Besides this, it is possible that both parties may be natives or both foreigners, or that the one may belong to the country of the judge, the other to the foreign country. Which of the different territorial laws here competing shall the judge apply?*"

<sup>197</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.** 4ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31

<sup>198</sup> MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 544 p.

<sup>199</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 331.

percepção de que as pessoas não vivem mais em sociedades fechadas (há, inegavelmente, uma "*mobilité croissante des personnes*"), mas sim, mantêm entre si relações jurídicas que se originam a partir da crescente mobilidade humana,<sup>200</sup> entre diferentes nações, e da interação virtual, com cada vez mais frequência. Essas relações privadas são "diferentes", pois fazem colidir culturas e direitos, tendo em vista que as pessoas se relacionam não em um mundo uno, mas sim em um mundo fracionado em diferentes Estados e, respectivamente, jurisdicionados sob diferentes ordenamentos jurídicos autônomos<sup>201</sup> ("*morcellement jurídico-politique*").<sup>202</sup>

Pode-se dizer, então, que "à pluralidade de sistemas jurídicos corresponde uma diversidade de regulação jurídica das mesmas situações da vida", a que o direito internacional privado deve coordenar, para regular e solucionar materialmente de forma justa conflitos advindos dessa relação privada diferenciada, que é a relação privada internacional.<sup>203</sup> Essa premissa conduz ao Capítulo 2.2.. Questiona-se a que justiça se busca, pois "não é hoje possível traçar uma separação rígida entre finalidades do Direito privado e finalidades do Direito público".<sup>204</sup>

É, portanto, na constitucionalização do direito privado e na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas que se encontrará o norte material para as relações privadas internacionais.

---

<sup>200</sup> Já em 1863 Pimenta Bueno falava na tendência a aumentar o número de relações internacionais. PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brazil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 07.

<sup>201</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

<sup>202</sup> LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, p. 16.

<sup>203</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

<sup>204</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 175.

## **2.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CIVIS INTERNACIONAIS (INTERSECÇÃO COM O DIREITO PÚBLICO)**

A doutrina tem alertado para a aproximação entre o direito público e o direito privado, no sentido de que há, cada vez mais, a proteção de interesses e direitos coletivos e difusos e a funcionalização de institutos típicos do direito. Nesse sentido, não se pode negar a quebra paradigmática na estrutura das relações privadas, enraizadas no dogma voluntarista e da manifestação de vontade livre como postulado da justiça, que então descuidava da "integração social" e da visão sociológica dualística do ser humano, estigmatizando a "satisfação pessoal".<sup>205</sup> Esse modelo de direito privado aos poucos apresentou suas imperfeições, demonstrando-se insustentável com as relações massificadas no século XX. A massificação social "despersonalizou" a vontade humana<sup>206</sup> e inseriu as relações privadas no contexto do interesse da coletividade.

Especialmente no âmbito contratual, a percepção do desequilíbrio existente em determinadas relações jurídicas, em razão da vulnerabilidade técnica, jurídica e/ou econômica, como a do consumidor, por exemplo, está consagrada na Constituição Federal de 1988, que alçou à categoria de direito fundamental a sua proteção (artigo 5º, inciso XXXII) e, ao tratar da ordem econômica e financeira, estabeleceu como princípio a sua defesa (artigo 170, inciso V). Justamente no sentido de concretizar tais valores e de cumprir o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), adveio a Lei nº 8.078,

---

<sup>205</sup> SIMMEL, Georg. **The philosophy of money**. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2004. 582 p.

<sup>206</sup> COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista da Ajuris**, n. 56, ano XIX, nov./1992, p. 70.

de 11 de setembro de 1990. O Código de Defesa do Consumidor surgiu como um sistema de direito, com princípios próprios e inspirado pela normativa constitucional de 1988 e pelas modificações sociais. Representa, pois, um marco legislativo, pois se positivaram preceitos que restringiram a autonomia privada, deslocando a lógica contratual para o equilíbrio (artigo 4º, inciso III), teorização que inspirou a dogmática civilista a repensar, inclusive, o próprio direito privado como um todo, ao que hoje se tem, no Código Civil de 2002, semelhante lógica evolutiva.<sup>207</sup> Questiona-se, então, até que ponto essa refundamentação do direito civil, e essa influência do direito público nas relações privadas, impacta o direito internacional privado, a partir da premissa supraconstituída de que o direito internacional privado é, essencialmente, um sistema que busca regular e solucionar materialmente os conflitos advindos das relações privadas internacionais.

À diferença das ciências exatas, as ciências sociais produzem um conhecimento estabelecido sobre a apreciação valorativa de certos momentos sócio-culturais, eis que “o fenômeno jurídico, porque se desenvolve no 'tempo axiológico' está necessariamente relacionado aos valores prevalentemente significantes de cada tempo cultural e, por isto, em cada um deles, prevalentemente significativos”.<sup>208</sup> É o Direito que normativiza os fatos, valorando-os de acordo com o pensamento sócio-cultural e político de certa época e certo lugar,<sup>209</sup> reconhecendo-lhes importância e repercussão jurídica: “o Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada

---

<sup>207</sup> CALAIS-AULOY, Jean. L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. **Revue Trimestrielle du Droit Civil**, abril/junho de 1994, n. 2, p. 239-254.

<sup>208</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 208.

<sup>209</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

coletividade”.<sup>210</sup>

A ingerência do Estado Social nas relações privadas promoveu a edição de diversas leis reguladoras da vida privada. As necessidades sociais, antes de serem respondidas com políticas de governo, foram sendo respondidas com atos legislativos. A cultura jurídica romano-germânica experimentou, então, um fenômeno de pulverização legal na derradeira metade do século XX, a “era da descodificação” na expressão de Natalino Irti.<sup>211</sup>

Não diferentemente ocorreu na República Federativa do Brasil. Nas últimas décadas, constata-se uma partição da completude do direito privado brasileiro com a regulamentação exaustiva de diversas disciplinas essenciais à vida privada fora do corpo textual do próprio Código Civil. Por exemplo, cite-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), sobre concorrência (Leis nº 12.529/2011 e 8.884/94), a Lei das Locações (Lei nº 8.245/91) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), talvez o maior representante do fracionamento sistemático. O Código Civil brasileiro perdeu,

---

<sup>210</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115.

<sup>211</sup> Natalino Irti assevera que “*L’età della decodificazione – ossia gli anni che viviamo e che ci attendono nel vicino futuro – è dinanzi ai nostri occhi nella nettezza della sua fisionomia. Il codice civile há perduto il carattere di centralità nel sistema delle fonti: non più sede di garanzie dell’individuo, ormai assunte e svolte dalla Costituzione; non più sede de principi generali, ormai espressi, per singoli categorie di beni o classi di soggetti, dalle leggi esterne. (...) La fuga dal codice civile riguarda fondamentali istituti ed interi complessi di rapporti (così, la disciplina del divorzio e lo statuto dei lavoratori); e si intensifica ed allarga a mano a mano che gruppi sociali o cerchie di soggetti strappano, dopo aspri e tormentati negoziati con i poteri pubblici, leggi particolari e tavole di privilegi.*” In: IRTI, Natalino. **L’età della codificazione**. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1999, p. 44-45.

derradeiramente, sua função precípua de direito geral,<sup>212</sup> de "constituição" das relações entre privados. Aplica-o sim o jurista, mas subsidiariamente frente às leis especiais.

No âmbito do direito internacional privado, em que pese a concentração (ainda que não exclusiva) das regras de conflito na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nota-se a mesma partição da completude do "código", com a adoção e promulgação, pela República Federativa do Brasil, de diversos tratados que regem materialmente as relações privadas internacionais. Por exemplo, cite-se a Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procuраções para serem Utilizadas no Exterior (1975)(Decreto nº 1.213/94), a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores (1989)(Decreto nº 1.212/94), a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (1989)(Decreto nº 2.428/97), a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980)(Decreto nº 3.413/2000) e a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993)(Decreto nº 3.087/99).

Apesar dessa "intervenção" estatal em aspectos do direito privado, a distinção básica entre direito público e direito privado foi apresentada por "todos os países da família romano-germânica" historicamente.<sup>213</sup> Essa relação entre o direito público e o direito privado sempre se apresentou como reflexo de uma cultura científica que buscava a categorização abstrata e a classificação dos fenômenos,

---

<sup>212</sup> Conforme Natalino Irti *"Il codice civile subisce così un rovesciamento di funzione: non diritto generale, ma residuale; non disciplina di fattispecie piè ampie, ma di fattispecie vuote, pirve, cioè, di quegli elementi di fatto, di quelle note individuanti, che suscitano l'emersione di nuovi principi nelle leggi speciali."* In: IRTI, Natalino. **L'età della codificazione**. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1999, p. 40.

<sup>213</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

oscilando entre períodos de preponderância de um e outro,<sup>214</sup> como se fosse necessário estabelecer, ainda que artificialmente, uma suposta hierarquia entre direito público e direito privado, ou mesmo como se necessário fosse estabelecer a própria propalada distinção.<sup>215</sup> Todavia, a

---

<sup>214</sup> Interessante análise histórica da distinção entre direito público e direito privado pode ser lida em MUNIZ, Veyzon Campos. Distinção entre o direito público e direito privado: limites, enfraquecimento e consequências operacionais a partir de uma análise hermenêutica. **Revista de Direito Privado**, v. 55, p. 11, jul./2013. Aponta o autor que “segundo a referida dicotomia seminal e a partir da divisão entre público e privado observada no período histórico referido no exemplo dado, pontua-se como fundamental à análise contemporânea perceber como evoluiu essa distinção, em campo interpretativo, nos períodos históricos consequentes. Para tanto, seccionam-se três cenários distintos. O primeiro deles corresponde a um cenário de primazia do privado sobre o público. Notam-se, no momento pós-Revolução Francesa, com o estabelecimento do Estado Liberal no século XIX, a adoção de valores ligados ao individualismo e o fenômeno da *codificação*. A intervenção estatal se limita à defesa de liberdades individuais e as atividades socioeconômicas mostram-se pautadas pela valorização dos interesses privados. As codificações oitocentistas são exemplificativas da concepção defensiva de um direito privado frente ao Poder Público que outrora era absoluto. O interprete, nesse contexto, volta-se *a priori* à autonomia privada e se pauta exclusivamente em atividade cognitiva “avalorativa” do arcabouço jurídico. O segundo cenário se refere ao período de primazia do público sobre o privado. Percebe-se, sobretudo, a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, a significância do Estado Social, que, emergente das crises econômicas das décadas iniciais do século XX, se filia a valores ligados à solidariedade. A intervenção estatal objetiva corrigir desequilíbrios socioeconômicos, ao passo que a promoção de bem-estar social e a garantia de um mínimo existencial aos indivíduos desvelam a ideia de valorização de interesses coletivos. Nota-se o fenômeno da *descodificação*, enquanto “deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo, adotando-se microsistemas” normativos. Fixa-se, nesse contexto, a concepção de supremacia do interesse público frente ao direito privado. Por derradeiro, um terceiro cenário hermenêutico pode ser visualizado ao se atentar à realidade da sociedade contemporânea. Aceitando a ideia de movimento pendular de preponderância ora do direito público ora do direito privado, nesse cenário atual: [...] O interprete contemporâneo volta-se *a priori* ao Texto Constitucional, seu marco axiológico fundamental, relativizando, quando necessário ou oportuno, a autonomia privada e não se desviando da atividade valorativa em sua prática. Assim, há um claro esmorecimento da dicotomia seminal entre direito público e direito privado”.

<sup>215</sup> MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law**. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. Acrescenta Eugênio Facchini Neto: “[...]o público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direitos privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e consequentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos [...]. Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado [...]” In: FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang

funcionalização do direito privado, atribuindo-lhe outras finalidades a serem cumpridas, que não apenas a satisfação pessoal,<sup>216</sup> e desde então a necessária comunicação com o direito público, foi catalisada a partir do neoconstitucionalismo pós 1945, cujos preceitos, em especial a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, influenciam todo o direito.

Fruto de um momento político histórico, os direitos humanos são um construído, obtidos pelo consenso político das nações do ocidente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Da mesma forma, do ponto de vista histórico, enraizado na concepção liberal envolta pelos mesmos mantos do ideário da burguesia francesa do século XVIII, eram os direitos fundamentais direitos de proteção contra o Estado, resguardando área de autonomia privada dos indivíduos. Essa historicidade dos direitos ressalta sua dimensão subjetiva, pois diz para com os direitos subjetivos que passa a titular o indivíduo para exigir que o Estado não interfira no âmbito de sua autonomia privada. Os direitos fundamentais, nesse sentido, são “posições jurídicas subjetivas individuais”<sup>217</sup> posições de defesa que exigem omissões do Estado.

Gradualmente, os direitos fundamentais assumiram, concomitantemente, uma dimensão objetiva. Note-se que a evolução normativa dos direitos fundamentais nas Constituições acompanha, em

---

(Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26.

<sup>216</sup> Luis Renato Ferreira da Silva destaca que “ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função. Mais do que um poder atribuído ao titular (no sentido de direito subjetivo atributivo de faculdades) está-se falando de um poder-dever, ou seja, uma faculdade que está umbilicalmente ligada ao cumprimento do fim por conta do qual é aceita no direito”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 134.

<sup>217</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133.

grande medida, a própria conformação histórica da noção de Estado Democrático de Direito, impondo-se progressivamente pela cultura ocidental.<sup>218</sup> Na medida em que o Estado abre-se à participação política de todos, reconhecendo direitos fundamentais políticos, compromete-se com os anseios de toda sociedade e novos direitos fundamentais são reconhecidos, direitos a prestações, e não omissões do Estado. Como bem diz Javier Royo “*el Estado social es, pues, una consecuencia del proceso de democratización del Estado*”, e portanto, “*el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social*”.<sup>219</sup>

Desde então, “o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição propõe; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva”.<sup>220</sup> E nesse ponto não se pode descuidar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um “projeto constitucional”,<sup>221</sup> cujos contornos delineiam-se desde seu preâmbulo, segundo o qual o texto foi promulgado para instituir um Estado Democrático cujo fim é “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

---

<sup>218</sup> De acordo com Judith Martins Costa, são três os fatores que alavancaram a nova teoria dos direitos fundamentais, a saber, a sociedade de massas (fator sociológico), a expansão dos direitos da personalidade (fator jurídico) e novos cânones interpretativos (fator hermenêutico). In: COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 68.

<sup>219</sup> ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 9ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 202.

<sup>220</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 253.

<sup>221</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coordenadores). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 118.

Inevitavelmente os direitos fundamentais adquiriram força normativa assentada no consenso sobre sua justificação na dignidade da pessoa humana. O Estado Democrático de Direito é comprometido com a realização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, por isso depende de um aparato institucional democrático e efetivo.<sup>222</sup> Não é por outra razão que Constituição Federal de 1988 trouxe direitos liberdades, cumulados com direitos sociais e direitos políticos. E o que são esses valores senão a criação de condições para que cada indivíduo, nacional ou estrangeiro, persiga seu bem dentro da comunidade, desde que não impeça ao outro também perseguir seu bem, ainda que ideologicamente diverso, onde quer que estejam, em respeito às diferenças. A dignidade da pessoa humana centraliza o conceito de bem comum e da finalidade do Estado.

Tem-se, com isso, um novo paradigma axiológico do direito, a dignidade da pessoa humana, originado do direito público, e o direito internacional privado não pode ficar avesso a isso, pois pertencente ao mesmo ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais constituem uma ordem pública axiológico-normativa que transversalmente perpassa todos os demais campos do direito. A objetivação dos direitos fundamentais<sup>223</sup> constitui a base do pacto social. Os direitos

---

<sup>222</sup> Jorge Miranda aponta quatro elementos de transformação político-constitucional no século XXI: (a) desaparecimento ou queda dos regimes totalitários e autoritários; (b) o Estado fundamentalista islâmico; (c) a crise do Estado-providência; (d) degradação ambiental e desigualdades econômicas, consumismo, manipulação da mídia. In: MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54-55.

<sup>223</sup> *Leading case* no reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi a decisão do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) no famoso Caso Lüth. Brevemente, Enrich Lüth fizera campanha pública de boicote à divulgação e exibição de filme produzido após a segunda guerra mundial pelo diretor Veit Harlan, que produzira propaganda nazista anti-semita; o Tribunal Constitucional entendeu que, primordialmente estão os direitos fundamentais, e que a aplicação do artigo do diploma civil afrontaria o direito fundamental à liberdade de expressão, razão pela qual reformou a decisão do tribunal a quo para fazer prevalecer o direito de Lüth proclamar o boicote. Para uma apreciação crítica da decisão, vide CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. 165 p. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos**

fundamentais são valores em si, e como tais, devem ser concretizados e defendidos no âmbito de todos os seus âmbitos. Assim considerados objetivamente, os direitos fundamentais ensejam sua irradiação a todo ordenamento<sup>224</sup>, bem como um dever de proteção do Estado contra qualquer atentado à sua incolumidade,<sup>225</sup> jurisdicizando constitucionalmente os valores da sociedade contemporânea.

O primeiro efeito dessa irradiação é a limitação do próprio Estado Democrático de Direito, que se dá pela vinculação de todas funções estatais aos direitos fundamentais<sup>226</sup> e, internacionalmente, aos direitos humanos. Toda atividade estatal, seja nas funções de governo, legislativa ou jurisdicional, está adstrita à dignidade da pessoa humana e à promoção dos valores normatizados na Constituição.

Contudo, tal proteção, de concepção liberal, não é suficiente. O Estado tem função de promover a pessoa humana, através de

---

**fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 223-243. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte alemã. In: **Revista dos Tribunais**, número 27, abril/junho de 1999, pp.33-44. HECK, Luis Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. In: **Revista do direito do consumidor**, número 29, janeiro/março de 1999, pp. 40-54.

<sup>224</sup> Sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais à todo ordenamento, Ingo Sarlet aponta que "estes, na condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme à Constituição." In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 145.

<sup>225</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: Sampaio, José Adércio Leite (Organizador). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 284: "A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como boa-fé, ordem pública, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais".

<sup>226</sup> "Y la Constitución es ciertamente el orden jurídico fundamental de la Comunidad. Pero en forma alguna regula todo, sino sólo singulares aspectos – por lo general particularmente importantes – de la vida estatal y social, abandonando el resto de la configuración a los poderes estatales por ella constituídos, en particular al legislador democrático." In: HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado.** Madrid: Civitas, 1995, p. 82-83.

proporcionar condições efetivas (ordem pública dos direitos fundamentais) para que cada indivíduo (seja ele brasileiro ou estrangeiro) desenvolva suas potencialidades. As potencialidades humanas somente podem ser desenvolvidas em um ambiente acolhedor aos direitos fundamentais, e ofensas aos direitos fundamentais podem partir de particulares. Em tais casos, se o Estado for complacente e tolerá-las, desfaz-se o ambiente propício para o bom desenvolver das potencialidades do humano e o Estado não cumpre sua função maior. Afinal, o Estado existe para a pessoa humana e em razão desta<sup>227</sup> e a ofensa à ordem pública dos direitos fundamentais pode ser ocasionada por um particular ou por uma norma. Negar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (internas ou internacionais) é fechar os olhos do Estado para a vida social que nele se desenrola; em outras palavras, é negar o próprio Estado, pois é retirar-lhe sua função precípua. Daí a necessidade de proteger a pessoa humana, mesmo além dos espaços públicos. Ao Estado é, assim, atribuído um dever de proteção, de que a dignidade da pessoa humana não será violada por outro particular.<sup>228</sup>

Assim, o Estado, mais que um dever de abstenção de ingerência nas liberdades privadas, assume “deveres de proteção”.<sup>229</sup> O

---

<sup>227</sup> Nesse sentido, conforme Canaris, são funções dos direitos fundamentais: (a) direitos de defesa em relação ao Estado (*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*); (b) deveres de proteção (*Schutzgebote*). CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 237.

<sup>228</sup> Sobre a teoria do dever de proteção, importante os ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade, segundo o qual “esse dever de proteção não se resumiria ao cumprimento pontual daquelas imposições expressamente estabelecidas na Constituição, constituiria, para além disso, um dever geral, decorrente do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estadual da autoridade e do uso da força legítima, visto que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas”. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 279.

<sup>229</sup> A doutrina e case law norte-americanas desenvolveram técnica peculiar a seu sistema, mas que merece menção. Os direitos fundamentais, seguindo a tradição

particular titula direito subjetivo, inclusive ao préstimo jurisdicional, de requisitar tutela ao Estado quando for ofendido em sua dignidade humana. Como visto, é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto valores do todo jurídico que ensejam o dever de proteção<sup>230</sup>. É esse dever geral de proteção que aproxima o direito público do direito privado e, conseqüentemente, do direito internacional privado. Assim, o diálogo entre a Constituição Federal de 1988 e o direito infraconstitucional serve para “promover, dirigir e impulsionar a pessoa”.<sup>231</sup> Quando se toma, atualmente, a disciplina dos direitos humanos no âmbito internacional, e mesmo interno, nas relações civis internacionais, a solução do litígio não pode ser, no que diz respeito ao direito internacional privado, exclusivamente formal, sem qualquer preocupação com o resultado, pondo fim apenas a um “conflito de leis”.

É no direito privado que a vida do indivíduo se desenvolve e mistura-se com o conteúdo social, afinal, o “comportamento humano é

---

liberal, são exclusivamente direcionados ao Estado, sendo passíveis de defesa somente perante uma ação do Estado (state action doctrine). A Supreme Court, contudo, mitigou a doutrina da ação estatal em diversos casos, ampliando o seu conceito para atingir, também, casos em que: (a) particular exerce função pública típica; (b) reconhece-se uma vinculação estatal significativa. Ver o estudo guia de Juan María Bilbao Ubillos (1997). UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado**: la noción de state action em la jurisprudencia norteamericana. Madrid: McGraw-Hill, 1997. 195 p. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 299-338.

<sup>230</sup> Gilmar Ferreira Mendes traz em destaque a classificação que pode ser feita dos deveres de proteção baseada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão: “(a) Dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir determinada conduta; (b) Dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; (c) Dever de evitar riscos (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.” In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 210.

<sup>231</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142.

sempre um comportamento social”, o que “pressupõe o conhecimento de que nos interessa a nós e ao próximo; que a sua pessoa e a minha pertençam a uma estrutura de responsabilização comum”.<sup>232</sup> Portanto, faz-se “necessário restaurar uma continuidade entre a perspectiva pessoal e a comunitária; nossas convicções têm que se encaixar de alguma forma nos ideais básicos da comunidade”.<sup>233</sup> É necessário ser no todo, e não apenas ser em si. Isso implica na “aceitação do não conciliável”, do diferente,<sup>234</sup> que se evidencia sobremaneira nas relações privadas internacionais, marcadas pela estraneidade. Todos os ramos do direito, especialmente as expressões da vida privada, devem buscar uma “ancoragem nos valores”<sup>235</sup> da Constituição, tendo como norte os direitos fundamentais e os direitos humanos, que ora invadem a escuridão outrora meramente formal da concepção de direito internacional privado, humanizando-o ao centralizar o direito no conceito de pessoa humana.

### 2.3. A “ANCORAGEM NOS VALORES” E O DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JUSTIÇA MATERIAL EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Diante da fragmentação generalizada que pôs em xeque a própria noção de unidade<sup>236</sup> do sistema jurídico, pois cada ramo do

---

<sup>232</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 710.

<sup>233</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 232.

<sup>234</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, volume nº759, jan./1999, p. 29.

<sup>235</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 232.

<sup>236</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 129-130: “*L’idée de l’unité du système juridique ne tend pas seulement à éviter les contradictions, mais cherche également à maintenir une certaine cohérence de sens (Sinnzusammenhang) de l’ordre juridique.*”

direito aparenta possuir uma lógica própria, princípios próprios que os orientam e promovem, são muitas as incertezas.<sup>237</sup> Por tal motivo, de modo a evitar ou minimizar a contradição<sup>238</sup> interna das normas que compõem o sistema, faz-se necessário um elemento unificador de confluência para integração dos sistemas a uma ordem jurídica.<sup>239</sup> A norma fundamental,<sup>240</sup> imperativo da razão prática, é o pressuposto lógico da Constituição, e assim, é o elemento de coesão do sistema. A busca pela norma fundamental é que dá unidade aos sistemas autônomos, pois todas as normas devem, de alguma maneira, buscar seu fundamento na norma superior, inclusive as normas de direito internacional privado. Portanto, a reconstrução da unidade sistemática passa pela Constituição, e pelo imprescindível diálogo entre o direito público e o direito privado. Assim, também o direito internacional privado deve buscar a "coerência"<sup>241</sup> de suas regras de conflito e outras dentro do sentimento unitário do sistema interno.

---

*L'on cherche de plus à éviter les conflits de valeurs. A cette fin, une interprétation cohérente des règles de droit est nécessaire, tâche qu'assume la jurisprudence dans la pratique quotidienne. L'on constate en outre que le législateur règle les conditions et les effets des institutions juridiques en tenant compte des interdépendances de leur portée. Si, par exemple, le législateur facilite la mise en oeuvre du divorce, il cherche, simultanément, à protéger l'époux économiquement faible. C'est ici que l'idée de la cohérence du système juridique devient manifeste".*

<sup>237</sup> GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. 9ª edição. São Paulo: Pioneira, 1998. 379 p.

<sup>238</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 129.

<sup>239</sup> Hans Kelsen extrai a coesão a partir da norma fundamental. Chama-se de norma fundamental a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem. In: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 163.

<sup>240</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.

<sup>241</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 130.

Ante tal panorama constitucional, não é de agora<sup>242</sup> que se fala em uma “constitucionalização” do Direito, inclusive das relações privadas,<sup>243</sup> que em sendo internas serão reguladas pelo direito civil,<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> O problema não é novo. Conforme Judith Martins Costa, “um tema de debate há décadas na doutrina europeia – e que já chegou entre nós, produzindo alguns substanciosos estudos – diz respeito à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Em traços muito esquemáticos, o que se discute é se, para além da eficácia ‘vertical’ (ligando o Poder Público aos direitos fundamentais) há, também uma eficácia ‘externa’ ou ‘horizontal’ (ligando os particulares entre si), e nesse caso, se ela é mediata ou imediata, isto é, se os particulares podem recorrer diretamente a esses direitos nas suas relações mútuas, de modo que uma pessoa oponha o direito fundamental de que é titular a outra pessoa[...]” In: COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 62-63.

<sup>243</sup> O auspicioso projeto revolucionário, de criar um corpo de normas em si mesmo fechado e íntegro de maneira tão completa que em si bastasse para regular todas as relações entre particulares resultou da recriação do Corpus Juris Civilis: o Code Napoleon, obra máxime do processo de codificação (e que ainda hoje vige, passados mais de duzentos anos de sua promulgação), pretendeu regular exaustivamente as relações no âmbito da autonomia privada, ou seja, na esfera de individualidade onde ao Estado não é permitido imiscuir-se. Sob esse pano de fundo ideológico, inevitavelmente lógica foi a acentuada distinção entre o direito público e o direito privado. E de outra maneira não poderia ser, pois a experiência absolutista deixara enraizadas chagas na sociedade burguesa, sendo imperativo, então, resguardar o espaço de liberdade. Ordens estanques e distintas, o direito privado era sistema fechado em si mesmo, envolto por uma redoma liberal que o separava, completamente, do direito público. Se a ideologia que impregnou o Code foi a liberal burguesa do século XVIII, assentada nos preceitos de liberdade, igualdade formal e propriedade, também a República Federativa do Brasil perseguiu os ideais liberais com o Código Civil brasileiro/1916. As prementes necessidades sociais que se impuseram a partir da Revolução Industrial culminaram naturalmente em uma sociedade massificada, em que outras forças sociais efetivas que não o Estado impuseram-se pela prática, e na qual os dogmas da autonomia privada e da completude das codificações, que sustentavam o direito privado, se mostraram inadequados para suprir as exigências da vida, provocando o Estado à participação ativa. Sobre a “constitucionalização do direito civil” no Brasil, vide, dentre outros: FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 11-60. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 355 p. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.87-104. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. 88 p. LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, número 141, ano 36, Brasília, janeiro/março de 1999, pp.99-109. LORENZETTI, Ricardo Luis. Analisis crítico de la autonomía privada contractual. In: **Revista de Direito do Consumidor**, número 14, abril/junho de 1995, p. 5-19. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613 p. LOURENÇO, José. O dirigismo

e em sendo internacionais, pelo direito internacional privado.<sup>245</sup> Não se pode descuidar, nesse sentido, que o cerne valorativo da Constituição Federal de 1988 é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), capitaneada pela tutela dos direitos fundamentais (artigo 5º) e pela prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), como estabelecido no Capítulo 2.2.. A inserção de normas de natureza privatista nos corpos constitucionais positivados de alguma maneira corroborou esse entendimento, pois, ainda que tais normas permaneçam com sua natureza inalterada, a opção da comunidade política ao organizar o Estado foi de estabelecer, também, certos parâmetros valorativo-normativos para as condutas humanas em torno

---

contratual, a publicização do Direito Privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coordenadores). **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. pp.335-351. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte alemã. **Revista dos Tribunais**, nº 27, abr./jun. de 1999, pp.33-44. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**, número 65, São Paulo, julho/setembro de 1993, pp.21-32. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359 p. TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coordenadores). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 115-130. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 583 p.

<sup>244</sup> *"En droit interne, il y a une relation étroite entre les catégories d'Etat, d'individu et de loi et le développement des échanges économiques. Historiquement, en effet, c'est à travers la constitution de territoires marquant les limites à l'intérieur desquelles les individus agrégés autour d'un pouvoir souverain acquièrent un 'espace de marché organisé', dont ils tirent les bénéfices d'une identité sociale et des droits qui l'accompagnent, que l'économie libérale a vu le jour. L'affirmation de la loi, expression de la volonté générale et norme abstraite garantissant la prévisibilité des relations juridiques et, partant, la sécurité des transactions, l'érection de l'individu en sujet de droit 'dont la volonté habite les choses mêmes' et qui, en vertu du principe cardinal de l'égalité civile, ne peut être lié que par un accord de volontés librement souscrit, la soumission du règlement des litiges à l'autorité d'une justice dont l'organisation pyramidale traduit le souci de précision et d'unification du droit indispensable à la fixation des règles du jeu bilatéral, ont été les outils du développement de l'échange marchand."* MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 155.

<sup>245</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 136. Para a autora, "a questão da publicização do Direito Internacional Privado, a nosso ver, segue o mesmo rumo da proposta por um direito civil constitucional feita por Pietro Pierlingieri [...]".

de um consenso que se assenta, sobretudo, na categoria dos direitos fundamentais.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> É inegável que o direito brasileiro recebeu, e continuará a receber, a influência do direito estrangeiro. Como afirma Erik Jayme, “A pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser. Para que se construa uma visão dos reflexos da pós-modernidade no direito, mister propor algumas teses, discuti-las e analisá-las, como as observações a seguir pretendem ser e reascender. A minha tese principal é a seguinte: o direito comparado moderno perseguia o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsame*), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*). A segunda tese afirma que, enquanto o direito comparado moderno queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas (*Rechtssätze*), o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro (*dem Flüchtigen*). Menos para o que ficou, para aquilo que a história desenvolveu, e sim, mais, para o atual, para o contemporâneo (*Zeitgenössische*), cujo destino histórico e permanência ainda são incertos. A terceira tese de trabalho é interdisciplinar e afirma que o objeto da pesquisa de direito comparado atual deveria ser a diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura de pensamento pós-modernos (*postmoderne Werte und Denkstrukturen*)”: JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, volume nº759, jan./1999, p. 24. Isso não significa que institutos de direito estrangeiro ou mesmo a doutrina estrangeira devam ser aplicados indiscriminadamente no direito brasileiro, como se melhor fossem. Pelo contrário. Deve-se, sobretudo, buscar uma “identidade cultural” do direito brasileiro, e também do direito internacional privado brasileiro. Isso não significa que devemos abandonar a influência do direito estrangeiro, mas sim compreender sua experiência a fim de fazer evoluir o direito pátrio, naquilo que for inspirador a mudanças personalizadas, compatíveis com a nossa tradição jurídico-cultural. Por tais motivos, entendemos que a pertinente crítica de Beat Walter Rechsteiner naquilo que diz respeito à nacionalização sem critério de institutos jurídicos estrangeiros, peca em sua conclusão, ao afastar a influência do direito estrangeiro e retroceder a uma formalização que, diante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é, no mínimo, indesejada. Sobre a crítica, vide RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13-17. Afirma o autor: “Em busca de soluções alternativas, a doutrina começou a rediscutir a questão sobre em que medida o direito internacional privado deveria levar em consideração aspectos da justiça material. O debate não está ainda encerrado. No Brasil, a insigne professora Nádia de Araújo entende que na realidade a primeira finalidade do direito internacional privado seja a proteção da pessoa humana, devendo os limites em relação à solução de conflitos de lei ser traçado pelos direitos humanos. *In abstracto*, a conclusão está correta, pois a proteção da pessoa humana e de seus direitos fundamentais tem caráter universal, e não deverá esbarrar nas Constituições nacionais dos diferentes países. [...] Cumpre esclarecer, neste contexto, porém, que a indicação de um direito material ou substantivo estrangeiro conforme as normas de direito internacional privado da *lex fori*, num caso concreto com conexão internacional, por si só não constitui violação de qualquer direito humano. Em particular, também não tem caráter discriminatório, pois às normas de direito internacional privado é inerente a aplicação do direito material ou substantivo interno ou estrangeiro, de acordo com o elemento de conexão da ser levado em consideração pelo juiz no caso concreto. Ao contrário do que ocorre no Brasil e na

Nesse "novo" direito, a pessoa humana<sup>247</sup> se juridiciza por seu valor intrínseco reconhecido na experiência da história, de um consenso da razão prática para proteger a sua dignidade, criando condições de convivência adequada para que cada pessoa, na sua individualidade, possa buscar sua felicidade e sua auto-realização, onde

---

América Latina em geral, na Alemanha, por exemplo, predomina até os dias de hoje o elemento de conexão da nacionalidade em detrimento daquele do domicílio e/ou da residência habitual em relação aos estatuto pessoal da pessoa física. No Brasil e nos demais países da região o elemento de conexão correspondente é exclusivamente aquele do domicílio. Isto posto, existe uma tendência natural do juiz brasileiro a aplicar o direito brasileiro, diferente do juiz alemão, que atuará de acordo com as normas de direito internacional privado da *lex fori* direito estrangeiro quando a pessoas tiver nacionalidade estrangeira, ainda que a mesma pessoa tivesse o domicílio na Alemanha. Foi justamente por esse motivo que surgiu naquele país a discussão sobre a influência dos direitos humanos em nossa disciplina, visto que nele vivem muitos imigrantes, especificamente de países com tradições sociais e jurídicas totalmente diferentes daquelas existentes na Alemanha, em particular no âmbito do direito de família. Nádya de Araújo parece ter-se baseado fortemente, para defesa de sua tese, na doutrina desse país, em especial naquela da 'identidade cultural' em relação ao direito internacional privado, desenvolvida pelo renomado Professor emérito da Universidade de Heidelberg Erik Jayme, teoria, porém, controversa na Alemanha. [...] Em suma, em relação à aplicação no Brasil da tese defendida pela ilustre professora carioca, a nosso ver deverá ser levada em consideração a situação jurídica diferente que existe na Alemanha, o que tem como consequência que em nosso país quase não possui aplicação prática. É de salientar aqui, outrossim, que o objetivo do direito internacional privado não é a aplicação do direito 'melhor'. O principal argumento contra esse método é o de que, na prática, a avaliação de um direito conforme a sua qualidade é muito relativa. As teorias desenvolvidas nesse sentido, como aquela de origem americana, denominada *better law approach*, não merecem o nosso aplauso, pela dificuldade de sua execução na prática. Ademais, mediante claros critérios indicadores do direito aplicável, favorece-se a segurança jurídica (*sécurité de droit*), o que faz com que a sua aplicação seja previsível para as partes em uma relação jurídica com conexão internacional. A realização desse tipo de justiça formal perante a nossa disciplina predomina, em face daquela vinculada a aspectos do direito material, embora esta não pudesse ser negligenciada pelo legislador, como frisa a doutrina moderna." Nesse sentido, as mesmas tendências opostas apontadas pelo mestre de Heidelberg entre integração e preservação da "identidade cultural" podem ser, em alguma medida, constatadas na América Latina, obviamente, com um processo de integração jurídica ainda menos sofisticado que o veiculado pela União Europeia. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. Recueil des cours*: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 33.

<sup>247</sup> A origem da noção de pessoa humana remonta a período muito anterior à Kant (a quem é corriqueiramente atribuída). Foi no século IV que pela primeira vez o teólogo cristão Boécio utilizou o termo para distinguir e evitar confusões entre a pessoa divina e a pessoa humana (com a Santíssima Trindade, o humano foi divinizado, daí o esboço de proteção da pessoa humana). Definiu-a como "Rationalis naturae individua substantia". Ver, sobre o tema, MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.105-147.

estiver. Subjaz a concepção segundo a qual se tem consciência de que na sociedade há pensamentos, objetivos e culturas diferentes, mas que isso não impede a co-habitação pacífica, o tráfico de bens e o bom relacionar humano transfronteiriço. Se o direito é resultado da cultura, também o são os direitos fundamentais e os direitos humanos.<sup>248</sup>

O transcurso do século XX foi particularmente o período de consolidação dos direitos fundamentais em sua relação com a primazia da Constituição,<sup>249</sup> corolários de um Estado de Direito. Seguindo a esteira do constitucionalismo de valores, a Constituição Federal de 1988 incorporou no seu texto não apenas o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões,<sup>250</sup> mas também normas-princípio de direito privado, suscitando o debate sobre a viabilidade lógico-jurídica da manutenção da separação total entre direito constitucional e as relações privadas. Conforme Diego Fernandez Arroyo, “não poderia ser de outro modo”. Se pensarmos na posição hierárquica que a Constituição exerce no ordenamento jurídico e na posição central que tal norma possui, todos os “subsistemas” que a ela se submetem, como um “núcleo duro”,<sup>251</sup> inclusive o direito

---

<sup>248</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que os direitos fundamentais são fruto da cultura ocidental, remontando seus fundamentos filosóficos à antiguidade helênica, ao estoicismo e à dramaturgia de Sófocles, na tragédia Antígona, que invoca um direito acima dos homens. Como tal, não são, e nem serão, de fácil aceitação pela cultura oriental (da qual o autor destaca o direito islâmico), obstaculizando qualquer tentativa de verdadeira universalização dos direitos humanos, que só seria possível, potencialmente, caso se buscasse um mínimo essencial (racional) do núcleo dos direitos humanos que pudesse ser aceito por todas culturas: “o fundamental do fundamental dentre os direitos humanos”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A cultura dos direitos fundamentais**. In: Sampaio, José Adércio Leite (Organizador). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 250.

<sup>249</sup> HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. 88 p.

<sup>250</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. 197p.

<sup>251</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 337.

internacional privado, são “logicamente impregnados dos valores e princípios consagrados na norma fundamental”. No âmbito do direito internacional privado, ao legislador não é autorizado a criação de regras de conflito que contradigam ou violem os ditames constitucionais, assim como não se pode tolerar a aplicação das regras de conflito e do direito internacional privado de tal forma que impliquem em violação ou contradição aos ditames constitucionais, especialmente aos direitos humanos e direitos fundamentais.<sup>252</sup> Ademais, deve-se funcionalizar as normas existentes a fim de adequá-las aos valores da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é a norma que dá coesão ao sistema. Isso se dá porque é a Constituição, enquanto último nível de direito legislado interno, o que mais se aproxima do imperativo da norma fundamental (pois na Constituição estão normatizados os valores consensuais basilares do pacto social, oriundos da razão prática da comunidade política), o que proporciona o endereçamento aos fins colimados pela República Federativa do Brasil consagrados no artigo 1º do Texto Constitucional, em uma verdadeira “ancoragem nos valores”, que lastreia o navegar da vida em comunidade.<sup>253</sup>

Perceba-se que não se trata tão-somente de uma hierarquia

---

<sup>252</sup> “Los fundamentos actuales de la cooperación jurídica internacional no pueden cifrarse en la tradicional consideración de la obligación, más o menos natural, que tendrían los Estados de prestarse asistencia mutua (obligación habitualmente ligada a la exigencia de reciprocidad). Hoy en día la internacionalización de la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquéllas frente a las situaciones privadas internacionales. El derecho de los particulares a ser tutelados judicialmente de manera efectiva va transformando en obligatorias las actitudes estatales otrora realizadas con una cierta espontaneidad”. In: ARROYO, Diego P. Fernández. El derecho internacional privado en el inicio Del siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101.

<sup>253</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 232.

lógico-formal como propugnava Hans Kelsen.<sup>254</sup> Também é uma repartição teleológica, conforme Georg Jellinek. A primazia da Constituição<sup>255</sup> é uma primazia material, pois ocupa o topo da cadeia hierárquica de normas que, em conjunto, compõem os limites e fins substanciais de todo o ordenamento, inclusive o direito internacional privado,<sup>256</sup> sendo a pedra-de-toque do sistema. Os sistemas devem, por imperativo lógico-axiológico do ordenamento jurídico, funcionalizarem-se aos valores consagrados na Constituição Federal de 1988.<sup>257</sup>

O direito privado é, dessa forma, o instrumental do direito constitucional nas relações privadas. Há uma diretriz de solidariedade na Constituição Federal de 1988, que estabelece como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I) e como fundamento de todo ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). A partir da premissa de que a norma constitucional é a “razão primária e justificadora” de todas as relações jurídicas que sob ela se perfectibilizam juridicamente na vida, não pode ser o seu teor resumido (minimizado) a mera norma interpretativa, mas sim deve ser aplicado

---

<sup>254</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.

<sup>255</sup> De acordo com J.J. Gomes Canotilho a supremacia normativa da Constituição é a simbiose entre uma “superlegalidade formal” (fonte de produção de normas) e uma “superlegalidade material” (conformidade substancial dos demais atos normativos para com ela). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição, revista. Coimbra: Almedina, 1996, p. 956 e ss.

<sup>256</sup> SANTOS, António Marques dos. Direito internacional privado. In: ARAÚJO, Nácia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

<sup>257</sup> Como bem aponta Maria Celina Bodin de Moraes, sobre a hierarquia das leis, “Não se sustenta tal perspectiva metodológica, contudo, tão-somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai-se além, reconhecendo, ou pressupondo, que são valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza.” In: MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.

como norma substantiva (“norma de comportamento”).<sup>258</sup>

De tal modo, é necessário haver um diálogo<sup>259</sup> entre a Constituição Federal de 1988 e o direito privado. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Dessa maneira inicia a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, afirmando ser a pessoa humana a razão de ser do Estado. Justifica-se tal referência na medida em que é “hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são pressupostos elementares de uma vida humana digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”.<sup>260</sup> Como expôs Claudia Lima Marques:

A teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes insere-se nesta grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma nova perspectiva mais humanista sobre a relação entre as normas, como se o sistema interno e externo [...] pudesse ser transplantado para uma visão unitária e coerente do direito internacional, ordenado pelos direitos humanos, valores maiores e fundantes desta ordem. Transferindo esta ideia para o direito interno, os direitos fundamentais e o direito privado, a *Drittwirkung* e a interpretação conforme à Constituição guiarão o sistema. Ou, nos conflitos entre o direito interno e o direito internacional público, os valores-guias seriam a valorização dos direitos humanos e a interpretação pro homine.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

<sup>259</sup> MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 544 p.

<sup>260</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª. edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 114.

<sup>261</sup> MARQUES, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo**

Portanto, a Constituição Federal de 1988 mudou o *topos* discursivo do direito como um todo: do patrimonialismo à dignidade da pessoa humana, pois as normas dialogam e compartilham, em última análise, a mesma carta de fins últimos estipulada no artigo 1º do Texto Constitucional. Não apenas tendo em vista o princípio constitucional consagrado no artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, mas sobretudo, diante de uma análise internacionalista, da necessidade de concretização da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *standard* mínimo de proteção internacional da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana e a tutela dos direitos fundamentais passam a ser fundamento axiológico do sistema de direito internacional privado. Com isso, há uma inversão da lógica do sistema, pois a dignidade da pessoa humana<sup>262</sup> é o novo paradigma do Direito, centro gravitacional do ordenamento jurídico.

Com o decurso da revolução industrial, que em todos os estados industrializados, independentemente da forma e dimensão das transformações sociais, deu ao quarto estado uma cidadania plena e estabeleceu, em vez da sociedade de empresários em que cidadania correspondia à propriedade, uma sociedade baseada (mais ou menos abertamente) nas funções dos seus membros, o *pathos* político e o *ethos* econômico da antiga sociedade burguesa foram desaparecendo cada vez mais. Estes já não bastavam para a legitimação da ordem jurídica privada perante a consciência social. Em todos estes estados, a legislação, a administração, a jurisprudência e a opinião pública são cada vez mais dominados pelo *pathos* e pelo

---

**das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

<sup>262</sup> Judith Martins Costa depura a visão de Miguel Reale, afirmando que “a pessoa que assim visualiza não é, porém, o ser abstrato, desvinculado da histórica, o ser que mereceu ‘uma consideração puramente estática ou ôntico-formal na obra de Boécio, o ente a quem foi dirigida a apreciação puramente deontológica de Kant. A ‘grande tarefa dos nossos dias’, dirá, ‘é reconquistar o enlace ôntico-axiológico essencial ao conceito integral de pessoa. E a pessoa humana assim considerada é a que está situada em sua concreção social e histórica, a que é o perspectivada compositamente, da perspectiva da subjetividade e da objetividade histórica, o ser enquanto realidade histórica e idealidade, visualizado, enfim, na incindível unidade de sua dimensão social e existencial”. In: COSTA, Judith Martins. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, volume 51, número 202, 2001, p. 217.

*ethos* do estado social; este *pathos* ainda aumentou com a evolução do estado-providência para a sociedade do bem-estar, em virtude das crescentes expectativas individuais de felicidade. Com isto, atenuou-se progressivamente a separação nítida, característica do estado constitucional do século XIX, entre os poderes públicos e a sociedade dos sujeitos privados, entre o direito e a actividade económica. Entre os particulares e os estados introduzem-se os poderes legítimos e ilegítimos dos grupos, poderes que se tornaram a sede e a origem do direito social. O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade.<sup>263</sup>

Como visto, o Estado Social tem como marca um maior desenvolvimento do papel do Estado, implicando em uma aproximação crescente entre aquilo que outrora se delimitava, claramente, como público e privado.<sup>264</sup> A relação entre o público e o privado sempre apresentou nuances culturais, que ora faziam preponderar o direito público, ora o direito privado, não se verificando uma “evolução linear”. Entretanto, o público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos, e por outro lado, também o direito privado “se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na

---

<sup>263</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 718-719.

<sup>264</sup> MAEKELT, Tatiana B. de. Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 57.

funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado [...].”<sup>265</sup>

No âmbito do direito internacional privado, há uma “*justification fonctionnelle*” das regras de conflito,<sup>266</sup> que passam a veicular uma política (*pathos* político)<sup>267</sup> de direito material,<sup>268</sup> ancorada

---

<sup>265</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 26.

<sup>266</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 271.

<sup>267</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 718-719.

<sup>268</sup> MUIR-WATT, Horatia. Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?). **Archives de philosophie du droit**, n° 41, 1997, p. 211: “ *La mutation la plus significative vient de la réintroduction, au sein des fondements mêmes des solutions des conflits de lois, de considérations fortement teintées de droit public. En premier lieu, on relève l’infléchissement des rattachements sous l’effet de politiques impératives tout aussi extérieures au conflit de lois qu’étrangères aux besoins de droit privé qu’on y décèle habituellement. Ainsi, l’instauration du marché unique européen conduit à orienter la teneur des règles de conflit opérant dans les divers domaines qui ressortissent à l’activité économique (contrats, délits, droit d’auteur) dans le sens du respect du principe d’origine, initialement forgé pour canaliser les activités des autorités dministratives à l’égard des prestataires de services établis sur le territoire communautaire 14. Ce principe conduit en effet à éliminer tout obstacle à la libre circulation des services, y compris celui tenant à la divergence des lois en présence, qui rendrait plus onéreuse l’activité considérée dans l’État d’accueil du prestataire. Le rattachement appliqué par les tribunaux de ce dernier pays doit par conséquent soit assurer l’applicabilité de la loi d’origine, soit accepter de subir un correctif chaque fois que le contenu de celle-ci s’avère plus favorable au bénéficiaire que la loi désignée. La règle de conflit véhicule alors une politique de droit substantiel qui n’est aucunement dictée par les besoins spécifiques des intérêts privés en conflit. À ce phénomène, on peut rapprocher l’emploi de plus en plus fréquent – caractéristique certes pour l’instant de domaines régis par des instruments conventionnels – de la méthode bilatérale pour assurer l’application de dispositions internationalement impératives, telles celles qui, en matière de rapport de travail, concernent l’organisation du travail et la protection du salarié. Le rattachement est dicté par la visée politique de la loi et non par la considération du meilleur règlement du conflit au regard du droit privé, même si le fond conventionnel de communauté de droit sur lequel cette méthode est appelée à jouer pourvoit sans doute à leur coïncidence. Quoiqu’il en soit de ce dernier point, la modification affectant le fondement du rattachement ne peut manquer d’influer sur la mise en œuvre du procédé de règlement utilisé, freinant les manipulations qu’autorise, entre les mains du juge, une perception exclusivement privatiste des intérêts en jeu. Dès lors en effet que la règle de conflit de lois est elle-même le prolongement d’une politique impérative de l’État, commandant le respect de l’identité des dispositions désignées, il est clair que se trouve condamné tout ajustement du règlement mû par la recherche de la solution la plus satisfaisante au regard de considérations qui n’ont plus droit de cité parmi celles qui fondent la règle de conflit. Au demeurant, force est de constater que sur le terrain de la loi désignée, la concordance généralement affirmée entre le domaine de la*

nos valores da Constituição Federal de 1988, caracterizando uma ruptura com o modelo de formalismo excessivo da regra conflitual bilateral.

Sob a ótica do formalismo estrito, se poderia encarar o direito internacional privado como um “direito sobre direito” permeado de técnicas “procedimentais” a fim de apurar, ao final de um concatenar objetivo de atos, qual a lei aplicável à determinada relação civil internacional. O formalismo não se resume à forma de cada ato, mas à totalidade formal da aplicação do direito,<sup>269</sup> de modo que poder-se-ia narrar, efetivamente, um passo-a-passo de aplicação do direito internacional privado, tal qual um *script* ou manual de instruções para seu operador sem margem de desvio, sem ponderação sobre as particularidades do caso concreto. Assim, da identificação da relação civil internacional passar-se-ia à análise da competência; superada a questão da fixação da competência do juízo, impor-se-ia a qualificação da relação (da questão principal e das questões prévias); qualificado o objeto de conexão, identificar-se-ia a regra de conflito previamente inserida na legislação, para que então se chegasse ao elemento de conexão;<sup>270</sup> identificado o direito aplicável, enfim, se analisaria sua compatibilidade com a exceção de ordem pública.

---

*règle de conflit et celui du droit privé, est illusoire. Ainsi qu'on l'a récemment démontré, la publicisation de ce dernier ne peut manquer d'importer dans le champ du conflit de lois des dispositions de droit public 15. Or, de telles dispositions répugnent certainement à se plier aux exigences des objectifs de droit privé qui commandent généralement la solution du conflit."*

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, volume nº 137, jul./2006, p. 07.

<sup>270</sup> LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, p. 21. "Ces circonstances sont extrêmement diverses. L'élément de rattachement peut consister dans le lien que existe entre une personne et un Etat déterminé, par exemple, celui dont la personne est le ressortissant, ou celui sur le territoire duquel elle a son domicile ou seulement sa résidence. Il peut concerner la chose qui est l'objet du rapport à localiser, tel que le lieu où la chose est située. D'autres exemples de circonstances de ce genre nous sont fournis par le lieu de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par le lieu où un fait illicite a été commis, etc".

Note-se que, aqui, não se nega certo formalismo da regra de conflito bilateral. O formalismo produz no meio social maior segurança jurídica, na medida em que previamente estabelece as premissas da aplicação do direito, permitindo uma maior antecipação do resultado. Não se nega sua natureza de “direito sobre direito”, de um conjunto de técnicas jurídicas para a identificação da lei material aplicável a determinada relação civil internacional. O que se postula é que o direito internacional privado não esgota ali o seu papel. O que se postula é que a segurança do procedimento objetivo não encerra, em si, a justiça do direito internacional privado. O que se aponta é que mesmo na forma há valores que devem ser observados pelo simples motivo que a forma encerra-se no resultado material e existe em razão deste, pois “os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma determinada finalidade”.<sup>271</sup>

Tal qual ocorreu com o processo civil, também em direito internacional privado o formalismo deve ser revigorado com os valores da cultura da sociedade consagrados juridicamente na Constituição Federal de 1988, orientados pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais e direitos humanos.<sup>272</sup> A identificação da lei aplicável não deve ser resultado matemático de uma “operação automática” de uma regra de conflito, mas sim deve resultar da busca pela “decisão justa” para o caso, sob parâmetros positivados.<sup>273</sup> Assim, para além da designação da lei aplicável, a função do direito internacional privado é regular as relações privadas internacionais como

---

<sup>271</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, volume nº 137, jul./2006, p. 07.

<sup>272</sup> Sendo o direito parte da cultura, fala-se em direito pós-moderno. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 35.

<sup>273</sup> CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problema. **Harvard Law Review**, nº47, pp. 173-208, 1933.

um todo.<sup>274</sup> Nesse sentido, propugna-se seja apropriado à forma do direito internacional privado um novo formalismo, um “formalismo-valorativo”.<sup>275</sup>

Tal qual ocorre nos períodos de “crise” nas ciências, paradigmas convivem,<sup>276</sup> os velhos, buscando sua manutenção, os novos, sua afirmação em substituição aos velhos. Em tal período científico, deve-se “ouvir” o que as diferentes fontes articulam, “para depois procurar a coexistência entre os diversos, [...] não o

---

<sup>274</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 29. Ressalte-se, porém, que o autor prefere a terminologia situações transnacionais.

<sup>275</sup> "Desses aspectos fundamentais do fenômeno do formalismo é indissociável outra reflexão: o processo não se encontra *in res* natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são ahistóricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma. [...] Por isso mesmo mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade. [...] Por consequência, mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental. Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social". In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, volume nº 137, jul./2006, p. 07.

<sup>276</sup> MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28.

confronto”,<sup>277</sup> sem excluí-las totalmente, mas buscando o senso comum que as inspira de modo a “reconstruir a coerência do sistema do direito”<sup>278</sup> por meio do “diálogo” de valores.<sup>279</sup>

No direito internacional privado brasileiro convivem normas na Lei de Introdução, na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto do Estrangeiro, e em tratados e convenções internacionais. Diante da constatação empírica da existência de uma pluralidade de fontes do direito internacional privado e de uma pluralidade de métodos de direito internacional privado, algumas aparentes incongruências internas podem aparecer, fragilizando a própria noção de sistema jurídico.<sup>280</sup> Por essas razões, é necessário estabelecer um “método que tende a coordenar as fontes”<sup>281</sup> para resolver os conflitos que possam surgir dentro do sistema, especialmente entre as normas de direito interno e as normas previstas

---

<sup>277</sup> MARIGHETTO, Andrea. O ‘diálogo das fontes’ como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

<sup>278</sup> MARQUES, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19.

<sup>279</sup> *“Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux : toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement ; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent”*. In: JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 259.

<sup>280</sup> De acordo com Amílcar de Castro, o conjunto de “critérios pelos quais devem ser juridicamente apreciadas as relações sociais dos membros de uma comunidade”. As fontes desses critérios, ou normas, estão na legislação, na jurisprudência, nos princípios gerais, na doutrina e mesmo nos costumes, de forma explícita ou implícita, em uma “reta disposição das coisas”, que forma um “conjunto organizado” que se pode denominar sistema jurídico. In: CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6ª edição, atualizada com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 09.

<sup>281</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 60-61.

nas convenções e tratados internacionais, assegurando-lhes coesão.

A eficácia direta dos direitos humanos e direitos fundamentais nas relações privadas (sejam elas internas ou internacionais)<sup>282</sup> contrasta com o formalismo estrito atribuído ao direito internacional privado nos estudos do século passado. Assim, no novo direito internacional privado, "*le remède doit être recherché dans une mise en perspective publiciste du droit international privé*".<sup>283</sup> Nesse ponto, compartilha-se a opinião de Claudia Lima Marques, para quem os "direitos humanos podem servir como uma ponte entre o direito internacional privado e o direito internacional público".<sup>284</sup> Nessa "ancoragem nos valores", há de se atribuir uma "*justification fonctionnelle*" às regras de conflito,<sup>285</sup> tendo como norte os valores constitucionais.

Está estabelecido o argumento do Capítulo II. Todavia, há, sem dúvida, uma visão parcial da realidade jurídica na argumentação supraposta. Isso porque, paradoxalmente, apesar da tendência de "fragmentação das fontes",<sup>286</sup> com o estabelecimento de regramento específico e diferenciado para situações cujas características pontuais estabelecem a necessidade de um tratamento para além do ordinário,

---

<sup>282</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001. 180 p.

<sup>283</sup> MUIR-WATT, Horatia. Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?). **Archives de philosophie du droit**, n° 41, 1997, p. 214.

<sup>284</sup> MARQUES, Claudia Lima. Human rights as bridge between private international law and public international law: the protection of individuals (as consumers) in the global market. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario**. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 365.

<sup>285</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 271.

<sup>286</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

constata-se uma tendência à “unificação das fontes”,<sup>287</sup> com o estabelecimento de alguns princípios-base que perpassam todos os ramos do direito, espécimes de fios-condutores do ordenamento jurídico, que têm como objetivo garantir-lhe coesão como se um “tecido orgânico”<sup>288</sup> fosse. Justificada a existência do direito internacional privado, e sua consolidação como um sistema que cuida de relações de direito civil (direito de família, sucessões, direitos reais, obrigações, contratos, responsabilidade civil, dentre outras) que, pela presença de um ou mais elementos de estraneidade, possuem conexões que “atravessam fronteiras”,<sup>289</sup> deve-se perquirir qual o valor que deve orientar esse sistema. O valor essencial, todavia, que perpassa atualmente todo o sistema jurídico marcado pela pluralidade de fontes,<sup>290</sup> funcionando como *leitmotiv*<sup>291</sup> ou fio-condutor que assegura,

---

<sup>287</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

<sup>288</sup> Sobre o patrimônio jurídico do direito brasileiro e a organicidade do ordenamento jurídico, refira-se ao texto de Clóvis Bevilacqua originariamente publicado em 1935, que lançava olhar ao direito brasileiro visionando o futuro (o nosso hoje), como pertence ao espírito do pesquisador, tal qual hoje lançamos o olhar ao futuro: “Temos, felizmente, um patrimônio jurídico, apesar das reacções negativistas, que o têm por vezes damnificado. É feito de um tecido organico, em que se penetram os principios dominantes na legislação fundamental, a tradição dos autores, o esforço dos magistrados, dos professores e dos advogados, e constitue um ambiente social, em que dominam os impulsos da liberdade e da justiça dentro da ordem”. *In*: BEVILAQUA, Clóvis. O momento jurídico do mundo e perspectivas do direito brasileiro. **Doutrinas essenciais de direito civil**, vol. 1, out./2010, Revista dos Tribunais, p. 205.

<sup>289</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

<sup>290</sup> “A vida contemporânea se internacionalizou, completamente, e, no estudo de qualquer problema jurídico de nossos dias, o jurista precisa procurar logo, no assunto, quais as regras internacionais e quais as internas existentes, e, nestas, as constitucionais, as legais e as decorrentes da própria vontade das partes. A distinção entre as internacionais e as internas, qual nestas a diferenciação entre a as constitucionais e as legais, não pode, assim, ser de ordem material, pela sua substância, mas apenas formal, pelas suas fontes, pelo seu grau de eficácia, pela sua importância. Um Tratado, uma Constituição, uma Lei, não se separam pelo seu objeto, pois podem abranger qualquer tema jurídico, divergem apenas pelo grau de obrigatoriedade, de validade de cada um, descendentes, do primeiro ao último.” VALLADÃO, Haroldo. Posição do direito internacional privado frente às divisões: internacional interno e público - privado primado da ordem jurídica superior. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 315, n. 186, p. xx-xx, jan./1962.

<sup>291</sup> Os direitos humanos se apresentam, justamente, como a intersecção entre o direito internacional público e o direito internacional privado. O direito internacional público

*lato sensu*, a coesão do sistema, é a proteção da pessoa humana,<sup>292</sup> consagrada especialmente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive no que tange às relações privadas, e na concretização da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *standard* mínimo de proteção internacional da pessoa humana (narração).<sup>293</sup>

Nessa superação, a norma de conflito passa a ser “orientada por um resultado material” que incontestavelmente perde sua neutralidade, inclusive para proteger o vulnerável, como se demonstrará no Capítulo III.<sup>294</sup>

---

deixa de ser um direito que regula exclusivamente as relações entre Estados e inclui os particulares dentre aqueles que têm direitos previstos em suas normas e, mesmo, obrigações. Haveria nesse direito internacional privado pós-moderno um certo "retorno ao monismo". JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 37.

<sup>292</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96.

<sup>293</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 335.

<sup>294</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 363.

### **3. A RECONSTRUÇÃO: A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS COMO PARADIGMA PARA A RECONSTRUÇÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO (RETORNO DOS SENTIMENTOS)**

Conforme estabelecido no Capítulo II, o segundo argumento que sustém a presente tese diz respeito à intersecção (comunicação) entre o direito público e o direito privado (e, conseqüentemente, com o direito internacional privado), que se dá por meio da ordem pública e das normas de aplicação imediata,<sup>295</sup> em um “diálogo” de influências recíprocas mas que consagra, ao final, a “primazia da Constituição”<sup>296</sup> e dos tratados que versam sobre direitos humanos.<sup>297</sup> Note-se que essa influência da Constituição no direito privado não é, entretanto, nova. Já em 1935, o insigne Clóvis Bevilacqua apontara que “as Constituições são fontes primarias do direito positivo. [...] As suas theses se dilatam ou flexionam dentro do seu systema legislativo, para se ajustar às relações humanas, de verdade indefinida”.<sup>298</sup> Afinal, o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, determina que o juiz na aplicação da lei atenderá aos “fins sociais” e às “exigências do bem

---

<sup>295</sup> MAEKELT, Tatiana B. de. Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 48.

<sup>296</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. 576 p.

<sup>297</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 889, p. 105, Nov./2009.

<sup>298</sup> BEVILAGUA, Clóvis. A constituição e o código civil. **Doutrinas essenciais de direito civil**, vol. 2, out./2010, Revista dos Tribunais, p. 931.

comum”.<sup>299</sup> Estabeleceu-se, pois, o fundamento para o recomeço e para uma transição rumo a um novo direito internacional privado brasileiro.

Cumpre, então, no Capítulo III, propor a reconstrução valorativa do direito internacional privado brasileiro. Desse modo, no Capítulo 3.1. será apresentado o princípio da igualdade como o princípio a ser salvaguardado teleologicamente no direito internacional privado. Na medida em que o direito internacional privado é, essencialmente, um direito dos diferentes, quando a diferença caracterizar uma desigualdade material que coloque um dos sujeitos em situação de vulnerabilidade, deve-se utilizar das garantias constitucionais para operar a produção do reequilíbrio. Demonstrar-se-á que o princípio da igualdade e a proteção dos vulneráveis está presente no direito privado brasileiro, orientado pelos valores constitucionais, de modo que, em não sendo um princípio estranho à ordem jurídica nacional e estando o direito internacional privado inserido no sistema de direito privado, deve esse mesmo princípio se fazer presente no direito internacional privado.

A partir da exposição da ideia de que o direito internacional privado está orientado pelo princípio da igualdade e da proteção do vulnerável, no Capítulo 3.2. serão expostos os argumentos que sustentam a possibilidade de se utilizar a ordem pública e as normas de aplicação imediata como uma tentativa de proteção dos vulneráveis em direito internacional privado, mesmo no contexto do método conflitual biltateral, tradicional, ainda não abandonado pelo direito internacional privado brasileiro. A partir da eficácia negativa do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), como mecanismo de defesa, se demonstrará que quando a lei material indicada pela regra de conflito não atender às exigências constitucionais de proteção do vulnerável e tutela da igualdade, deverão seus efeitos ser negados no

---

<sup>299</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 120.

foro. Em contrapartida, o surgimento de normas de aplicação imediata impõem a aplicação da *lex fori*, em determinados casos de proteção dos vulneráveis, afastando o jogo da regra de conflito. Todavia, demonstrar-se-á que essa proteção é insipiente, residual e não atende à proteção mais plena.

Por fim, o Capítulo 3.3. determinará a via de reconstrução do direito internacional privado a fim de superar o formalismo. Será proposta uma alteração legislativa, para o estabelecimento positivado da conexão mais favorável ao vulnerável como o instrumento mais efetivo de proteção dos vulneráveis em direito internacional privado. Alternativamente, enquanto não sobrevem a atualização da legislação, propõe-se uma interpretação do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), como cláusula aberta para a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações privadas internacionais, possibilitando aplicar a lei mais favorável ao vulnerável como forma de efetivação positiva da ordem pública.

Como se buscará atestar, a consolidação e a efetivação dos elementos componentes da justiça material no direito internacional privado dependem de uma aproximação estreita entre as regras de conflito e os princípios da Constituição Federal de 1988, a fim de corrigir as regras de conflito para que atinjam plenamente as finalidades constitucionais.

### 3.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A partir da Revolução Burguesa, o direito privado, às evidências, reflete uma concepção que se plasma na "liberdade dos modernos", para utilizar a célebre expressão cunhada por Benjamin Constant.<sup>300</sup> A essência humana fundamenta-se em princípios de direito natural, a liberdade e a igualdade, sendo a manifestação de vontade sua maior expressão. Os ideais libertários apregoados pelos revolucionários franco-burgueses do século XVIII desaguaram em um corpo normativo que se pretendeu pleno, uma ordem jurídica própria dos privados, zona afastada das ingerências do público e das forças políticas.

Exigia-se do Estado não intervir (liberdade negativa),<sup>301</sup> pois "a não atuação estatal significava liberdade".<sup>302</sup> A igualdade formal fruto das declarações de direitos do final do século XVIII cinge-se ao postulado de que todos são iguais perante a lei ("sujeito de direito abstrato"). No sentido atribuído à igualdade para os "modernos", essa

---

<sup>300</sup> Originalmente, o discurso *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* foi proferido no Athénée Royal de Paris em 1819. CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, nº 02, p. 01, 1985: "Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade. É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, é o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração".

<sup>301</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 70.

<sup>302</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

subsumir-se-ia ao direito de toda pessoa humana se submeter à lei e apenas à lei, como sentido da liberdade e contra a arbitrariedade do Estado.<sup>303</sup> Sob esse pano de fundo ideológico insere-se o direito internacional privado "clássico", norteado pela igualdade formal e pelo paradigma da segurança jurídica garantido pela completude da legislação.

Em direito internacional privado, a igualdade formal pode ser reduzida à aplicação, em todos os casos, independentemente de suas características particulares e diferenciadoras, das mesmas regras abstratas de conflito, previamente estabelecidas na legislação. Nesse sentido, formalmente falando, ao comprador que celebrou contrato de compra e venda entre ausentes, abstratamente, seja ele consumidor ou empresário, aplicar-se-ia a mesma solução para o conflito de leis no espaço, por via da regra insculpida no artigo 9º, §2º, da Lei de Introdução. Portanto, deve-se "repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante esta nova perspectiva é possível transitar da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva".<sup>304</sup>

Inclusive no direito internacional, começam a proliferar instrumentos cuja proteção destaca o sujeito de direito em suas especificidades, endereçando direitos não a todos mas a todos que pertencem a determinada categoria ou que possuem determinado *status* ("sujeito de direito concreto"),<sup>305</sup> vide, por exemplo, a Convenção Internacional contra todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto

---

<sup>303</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

<sup>304</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

<sup>305</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

nº 65.810/69), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto nº4.377/2002) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90).

A partir da extensão da titularidade de direitos, há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Dai apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo "especificado", considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc. Consolida-se, gradativamente, um aparato normativo especial de proteção endereçado à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. Os sistemas normativos internacional e nacional passam a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros.<sup>306</sup>

Com fundamento nesses tratados, Flávia Piovesan conclui que "discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade".<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

<sup>307</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

Para evitar a discriminação, "o momento atual é de prevalência de normas materiais em casos internacionais". Esse "valor social"<sup>308</sup> ancora-se<sup>309</sup> sobretudo no artigo 1º, inciso IV, e artigo 3º, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988, de modo que "o direito privado não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição".<sup>310</sup>

Em outras palavras, em tempos pós-modernos estes novos sujeitos identificados pelo direito reivindicarão sua própria lei, leis especiais subjetivas e protetivas do diferente, do vulnerável. Assim o serão o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, entre outros diplomas legais. Essas leis, então, acabam por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o sujeito, no caso, o direito civil. Trata-se porém, de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade.<sup>311</sup>

Está-se diante de uma igualdade material. Trata-se do ideal do "novo como igual",<sup>312</sup> do diferente como igual, ou melhor, do diferente como igual sujeito de direito, titular das garantias constitucionais e protetivas da pessoa humana, independentemente de

---

<sup>308</sup> BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 239, ano 1993, p. 25.

<sup>309</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 232.

<sup>310</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>311</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

<sup>312</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

seu domicílio ou nacionalidade, cuja "identidade cultural"<sup>313</sup> e cujo direito de ser deve, por igual, ser preservado. Nesse contexto, estabelecida a premissa de que a distinção absoluta entre o público e o privado se mostra inadequada à solução da complexidade da vida contemporânea, e estabelecido que o direito infraconstitucional (inclusive o direito privado) deve ancorar-se nos valores jurisdicizados na Constituição, Bernard Audit já apontara uma tendência a modificar as regras de conflito para adequá-las aos princípios constitucionais, especialmente o princípio da igualdade (não-discriminação).<sup>314</sup>

Assim, o princípio de coesão do sistema de direito internacional privado há de ser o princípio da igualdade, como "princípio de preferência",<sup>315</sup> cujo valor apresentado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 aponta norma explícita no artigo 5º, segundo o qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". O princípio da igualdade, pode-se dizer, trata-se de princípio geral do direito, consagrado, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), especialmente diante do artigo 1º<sup>316</sup>, do artigo 2º<sup>317</sup> e do artigo 7º.<sup>318</sup>

---

<sup>313</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 37.

<sup>314</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 363.

<sup>315</sup> CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v. 47, nº2, dez./1933.

<sup>316</sup> Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

<sup>317</sup> Artigo 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do

É difícil identificar no mundo contemporâneo uma comunidade nacional em que – de modo mais ou menos definido – não se afirme o princípio da igualdade. O cerne da questão será, contudo, a perquirição sobre os critérios de determinação da igualdade consagrados no respectivo ordenamento jurídico. Assim poderá ser estabelecido o reconhecimento da igualdade a partir do critério do sexo, de modo que a um tratamento igual submetam-se apenas as pessoas de sexo masculino ou feminino. O que a primeira vista se observa impensável na maior parte, senão na totalidade dos Estados ocidentais modernos, desaba se observarmos que, embora em linhas gerais os países ocidentais reconhecem a igualdade entre homem e mulher, também estabelecem – ou pelo menos não atuam para coibir – a desigualdade parcial entre eles em determinados aspectos. [...] Não se há de dizer a priori que o reconhecimento de determinadas relações pela ordem jurídica, em vez de outras, seja mais ou menos correto.<sup>319</sup>

A fim de concretizar o princípio da igualdade, passa-se, então, a se identificar social e juridicamente determinados indivíduos, ou grupo de indivíduos, reconhecendo-lhes<sup>320</sup> certa identidade,<sup>321</sup> para os quais se faz necessário um conjunto de proteção material a fim de que, em concreto, se assegure que a igualdade (material) será preservada. Esses sujeitos, que estão em situação de vulnerabilidade, suscitam novas respostas do direito, com um viés mais protetivo.

A necessidade de proteção do vulnerável pode ser constatada a partir de duas circunstâncias distintas, das quais emerge. A primeira delas decorre de uma condição de vulnerabilidade do

---

país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

<sup>318</sup> Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

<sup>319</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 315.

<sup>320</sup> HONNETH, Axel. **The struggle for recognition**: the moral grammar of social conflicts. Traduzido por Joel Anderson. Cambridge: The MIT Press, 1995, p.179.

<sup>321</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 9-268.

indivíduo perante a comunidade como um todo, especialmente consagrada aos grupos<sup>322</sup> de minorias,<sup>323</sup> a fim de restabelecer um

---

<sup>322</sup> "A questão dos direitos humanos constitui um desafio para a integração no Mercosul. A existência de grupos socialmente vulneráveis revela a necessidade de articulação de uma política entre os países que promova a igualdade entre os diferentes estratos sociais. Devem ser priorizados: a) Populações indígenas: há a necessidade de avanços nas políticas voltadas para demarcação de terras e garantia de preservação da cultura, inclusive através da educação multicultural. b) População negra: avanços na legislação anti-racista e o fomento de políticas que promovam a igualdade. No Mercosul, o principal motivo dessas disparidades sociais é atribuída à excessiva concentração de riqueza e de oportunidades. No Brasil, por exemplo, o enquadramento da discriminação como ilícito penal só ocorreu em 1951, com a aprovação da "Lei Afonso Arinos". Posteriormente, a CF/88 passou a tipificar racismo como crime inafiançável. A Lei n. 8.081/90 estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios de preconceito de raça, cor, religião e etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por qualquer publicação de outra natureza. Já a Lei 9.459/97 introduziu no Código Penal Brasileiro a "injúria racial". O ADCT, artigo 68, revela a adoção de uma política compensatória para os descendentes de escravos, ao reconhecer a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades e quilombos. No Chile, o tema da discriminação refere-se aos grupos indígenas, devido a quase inexistência de população negra no país. c) Portadores de deficiência: necessidade de implementação de legislação e programas específicos, na linha dos que existem no Uruguai. d) Mulheres: a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher foi aprovada em 1979 e ratificada por todos os países do Mercosul entre 1984 a 1989. Outro grande avanço internacional nesse sentido, foi a aprovação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra mulher. A proteção da mulher também é objeto de tutela nas Constituições dos países do Mercosul, embora ainda mereça tratamento mais aprofundado. Para se ter uma noção, na Constituição do Paraguai faz breve menção (Artigo 48) à isonomia no tratamento entre homem e mulher, ressaltando que "O Estado promoverá Condições e mecanismos adequados para que a igualdade se efetive acabando com todos os obstáculos que impeçam ou dificultem seu exercício e facilitando a participação da mulher em todos os âmbitos da vida nacional". Na Constituição do Uruguai, só se encontra referência da mulher em assuntos de trabalho e maternidade. Já na Constituição da Argentina estes direitos estão elencados nos Tratados Internacionais que a Constituição prevê. Em última análise, é reservada à Constituição de cada um desses países uma proteção mínima e essencial, ficando esta ao encargo dos Códigos Civil, Penal e do Trabalho". In: GUERRA, Sidney; OLIVEIRA, Camila Lourenço de; SILVA, Patrícia Regina Barbosa Teixeira de Andrade e. Os desafios à integração regional no âmbito do mercosul. **Revista de direito da Unigranrio**, v. 2, nº 2, 2009. Obtido em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/issue/view/58>

<sup>323</sup> "La revolución de las comunicaciones incide asimismo en una sociedad cada vez menos transparente, más plural e incluso caótica, en la que residen las esperanzas de emancipación de los individuos y de las minorías. Los fenómenos migratorios y la sociedad de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad. Este intercambio de valores y culturas aboga, en el Derecho internacional privado, por soluciones distintas al clásico modelo localizador, tratando de integrar soluciones coordinadas o integrativas, "deconstructivas" para algunos. Pero, sobre todo, convierte al Derecho internacional privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de "ius communicationis"o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica." In: LORENZO, Sixto Sánchez. Estado democrático,

equilíbrio necessário de possibilidades e proteção de um perante todos, como no caso da proteção dos menores.<sup>324</sup> A filosofia neo-hegeliana tem se incorporado ao discurso do direito contemporâneo, como sociologia do conhecimento, e assim tem permeado os ramos do direito o conceito de "reconhecimento"<sup>325</sup> como política de identidade. As preocupações sociais têm conduzido a um foco no coletivo, ou no indivíduo ancorado no coletivo, demonstrando uma preocupação com o outro, apontado por Horatia Muir como o "diferente, o discriminado, ou o minoritário".<sup>326</sup>

Na Grécia Antiga, a ética se desenvolveu justamente a partir da visualização do 'outro' (alter), do diferente que chegou com os crescentes contatos com outros povos e pessoas de outras cidades e línguas. Em outras palavras, foi a visualização do diferente, do outro, do estrangeiro que levou os filósofos gregos a refletirem sobre as bases e fundamentos de suas decisões, de sua moral, de duas 'diferenças' e identidades, de suas regras e de seu direito. Aqui o 'outro' é usado como um 'espelho', espelho para enxergar e analisar a si próprio, mas também para analisar a sociedade grega e suas características (sua moral, seus costumes, seu direito). Esta ideia do 'outro como espelho' nos é muito importante, pois marca até hoje a nossa visão da 'diferença': a imagem refletida é sempre uma 'verdade' invertida, igual, mas diferente! Em outras palavras, o 'outro', o 'diferente' serve para nos olharmos, daí que se valoriza ao extremo a diferença. Esta visão do outro como espelho destaca também a 'distância' entre um e outro estamento ou status, valorizando as diferenças e considerando que o tratamento deve ser 'protetivo' e evitar qualquer discriminação do mais fraco. A figura de linguagem do espelho traz também um segundo elemento importante para nossa análise neste capítulo, que é a 'localização': enxergar o outro ou a si próprio, no espelho, é localizar as diferenças, identificar elementos de 'igualdade' e 'desigualdade' ('vulnus', feridas

---

postmodernismo y el derecho internacional privado. **Revista de Estudios Jurídicos**, nº 10, Universidad de Jaén (España), 2010, p. 7-8.

<sup>324</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 350.

<sup>325</sup> HONNETH, Axel. **The struggle for recognition**: the moral grammar of social conflicts. Traduzido por Joel Anderson. Cambridge: The MIT Press, 1995. 213 p.

<sup>326</sup> MUIR-WATT, Horatia. Fundamental rights and recognition in private international law. **European journal of human rights**, v. 409, p. 412.

ou fragilidades) no espaço e no tempo. Aqui o novo ideal: o 'outro como igual'. Esta visão do outro como igual significa os atuais esforços do Direito de superar a desigualdade criada pela diferença ou, em nossa análise, pela vulnerabilidade, pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais. Isto é, ao espelhar a si próprio, ao ser comparado com as suas próprias chances e talentos, é possível passar a ver o 'outro' como necessariamente um 'igual', mesmo se identificadas e localizadas as diferenças".<sup>327</sup>

Essa proteção ampla<sup>328</sup> não depende especificamente de uma relação jurídica bilateral do indivíduo objeto de proteção com outrem, mais forte, mas uma esfera de direitos de proteção oponíveis *erga omnes*. A segunda, decorre de uma posição que o indivíduo assume em uma relação jurídica obrigacional, normalmente em um contrato, como no caso do consumidor.<sup>329</sup>

*Les situations de faiblesse sont variées. Certaines faiblesses sont inhérentes à la personne de l'un des contractants. Il s'agit des faiblesses liées à l'âge ou aux déficiences des facultés mentales de l'individu. Elles sont facilement prises en compte aussi bien par le droit substantiel que par le droit international privé et nous ne les retiendrons pas ici dans la mesure où elles ne soulèvent pas de difficultés particulières. Il en va autrement des faiblesses qui se rapportent à la position économique et sociale de l'un des contractants. Dans la mesure où elles concernent des personnes civilement capables, on pressent que le droit ne va s'y intéresser que si elles présentent un certain degré de gravité. Il en est ainsi de la faiblesse liée à l'état d'ignorance et de besoin dans lequel l'une des parties se trouve vis-à-vis de l'autre.*<sup>330</sup>

Conforme Mohamed Salah Mohamed Mahmoud apresentou,

---

<sup>327</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 108-109.

<sup>328</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Protección de menores en general. In: **Derecho internacional privado de los estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2002 p. 583-613.

<sup>329</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 351.

<sup>330</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 168.

as situações de vulnerabilidade que "interessam" ao direito internacional privado podem ser classificadas em quatro, da seguinte forma: (i) vulnerabilidade em razão do contrato internacional; (ii) vulnerabilidade em razão da posição econômica da parte contratual; (iii) exclusão da vulnerabilidade presumida a partir da lógica de funcionamento da ordem econômica mundial; (iv) vulnerabilidade das relações entre profissionais.<sup>331</sup> Não parece, portanto, adequado, presumir-se a situação de vulnerabilidade nos contratos empresariais típicos, ou seja, aqueles celebrados entre empresas que, no exercício de seus objetivos econômicos, adentram no espaço do comércio internacional, que funciona sobre a "base de uma lógica liberal". Porém, o fato de se estar diante de um contrato celebrado entre profissionais, *per se*, não afasta a possibilidade de constatação de uma vulnerabilidade *in concreto* de uma das partes.<sup>332 333</sup>

Por tal motivo, o direito da concorrência, por exemplo, limita certas contratações entre particulares, a fim de garantir o livre mercado e o não controle. Assim, defende Mohamed Mahmoud que:

---

<sup>331</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 166 e ss.

<sup>332</sup> A situação enseja discussões no direito internacional privado: "Les internationalistes demeurent cependant réticents, voire hostiles, à la prise en compte de la faiblesse dans les rapports entre professionnels au motif que les contrats concernant de tels rapports sont « pour la plupart, avant tout, des contrats commerciaux ... [qui] mettent en jeu les intérêts du commerce international » et que « le déséquilibre des forces en présence ne doit pas mener à une mise à l'écart du principe d'autonomie » ». In : MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 174.

<sup>333</sup> « La doctrine de droit économique a ainsi très tôt décrit le décalage existant entre l'indépendance juridique et la subordination économique de certains professionnels dans leurs rapports contractuels avec d'autres. Aperçu à propos du contrat de concession commerciale, ce décalage a été également mis en lumière à propos d'autres contrats de distribution et dans les contrats d'intégration agricole. Certains autres parlent de contrat de dépendance économique pour qualifier les contrats dans lesquels « la survie économique de l'une des parties peut dépendre de la poursuite des relations engagées avec son partenaire ». In : MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 173.

*Nourri des leçons du droit économique, il faut poser comme règle que seules les faiblesses qui annihilent les possibilités effectives de choix de l'une des parties au moment de la formation du contrat, ou qui conduisent à un état de subordination qui transforment le sujet en agent, justifient une protection au titre du droit international privé. Formulée autrement, chaque fois que l'application de la loi d'autonomie ne peut conduire, compte tenu de la nature du contrat ou du contenu des rapports qu'il met en place, qu'à l'expression d'une volonté unilatérale, le droit international privé doit prévoir une protection spécifique. L'affirmation de cette règle est d'autant plus nécessaire que, à l'heure où la mondialisation étend démesurément la sphère d'influence des pouvoirs privés économiques qui, utilisant les ressources de l'ingénierie juridique, tentent de s'affranchir de toute réglementation impérative, un attachement excessif à la loi de l'autonomie impliquerait la réduction significative de la portée des règles protectrices.*<sup>334</sup>

As questões relacionadas com o direito de família, em geral, são regidas pela lei do domicílio, assim dispõe o artigo 7º, *caput*, da Lei de Introdução. Entretanto, como bem apontado por Georges Droz, no direito de família o “verdadeiro problema” em direito internacional privado está na “proteção dos incapazes”.<sup>335</sup> Como justificar a aplicação indiscriminada da lei do domicílio do menor se, porventura, a lei de sua nacionalidade for a lei que, substancialmente, atende à concretização mais efetiva do princípio do melhor interesse do menor, cuja previsão legal encontramos da exegese do próprio texto da Constituição Federal de 1988. Constata-se, pois, uma intersecção estreita entre o direito privado e o direito público, entre o direito internacional privado e o direito internacional público, no âmbito da proteção destinada aos menores, porque as medidas destinadas a proteção do menor pelo direito privado são muitas vezes executadas por autoridades administrativas, ao passo que as medidas administrativas e penais

---

<sup>334</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 175.

<sup>335</sup> DROZ, Georges A. L.. Regards sur le droit international privé comparé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, ano 1991, p. 118.

colaboram para a prevenção da violação dos direitos previstos na esfera privada.<sup>336</sup> Também a proteção do idoso encontra esse amparo.

Ainda, o Direito do Consumidor tem uma "vocação internacional".<sup>337</sup> Essa voca o, nas últimas décadas, tem se concretizado na "sociedade da informa o", com o advento e prolifera o dos meios eletr nicos e de transporte facilitadores da forma o de rela es jurídicas entre particulares que transcendem a fronteira dos Estados. O consumidor internacional não   mais apenas o turista, que se desloca ao local do estabelecimento do fornecedor, situado em outro país, para lá adquirir bem/serviço de consumo e retornar ao seu país de origem (consumidor-ativo ou *aktive verbraucher*)<sup>338</sup>, mas também, e cada vez mais, aquele que contrata diretamente de seu domicílio, sem se deslocar para outro país, via de regra por meio eletrônico (consumidor-passivo ou *passive verbraucher*).<sup>339</sup> Como ocorre nas rela es internacionais privadas, surge então o problema da identifica o da lei aplicável aos contratos de consumo. Considerando que na maioria das rela es jurídicas, e o direito contratual   profícuo nesse sentido, há uma disparidade de forças entre as partes, a autonomia da vontade,<sup>340</sup> na prática, significa a

---

<sup>336</sup> STEIGER, Werner E. von. La protection des mineurs en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964, p. 485.

<sup>337</sup> Diante da defasagem do direito internacional privado no que diz respeito   prote o do consumidor, Cl dia Lima Marques sugere uma "soluço regional", como o "caminho mais fácil e efetivo" nos termos atuais, na esteira do direito comunitário europeu. MARQUES, Cl dia Lima. A insuficiente prote o do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de um convenço interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e rela es de consumo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1097, abr./2011.

<sup>338</sup> MARQUES, Cl dia Lima. A insuficiente prote o do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de um convenço interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e rela es de consumo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1097, abr./2011.

<sup>339</sup> KLAUSNER, Eduardo Ant nio. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito Internacional Privado**: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378-379.

<sup>340</sup> Lembra Nádia de Araújo que "no caso específico do Brasil, por causa da linguagem no artigo 13 da Introdu o do Código Civil, de 1916, foi interpretada como existente e

imposição de uma única vontade. Assim, para Mohamed Mahmoud, "*pour qu'une situation de faiblesse intéresse le droit international privé, il faut d'abord qu'elle se manifeste à l'occasion d'un contrat international*".<sup>341</sup> <sup>342</sup> A teoria clássica do contrato percebe na vontade

---

permitida pela doutrina, mas nunca admitida pela jurisprudência. Discutia-se, àquela época, a questão de seus limites. Com a nova Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, continuou a discussão sobre a sua existência, em face da supressão da expressão 'salvo estipulação em contrário', que para muitos significou a vontade do legislador em eliminá-la, enquanto para outros a simples inexistência dos termos anteriores não significava sua proibição. A partir dos anos cinqüenta, a questão da autonomia da vontade passou a ser tratada diretamente nos foros internacionais, e a tendência mundial revelou-se no sentido de a autorizar expressamente em textos convencionais e em regras conflituais internas. Entretanto, na América Latina a maioria dos países eram contrários à teoria, e a situação só mudou a partir dos princípios adotados na CIDIP IV e posteriormente consagrados na CIDIP V, com a conclusão da Convenção do México, em 1994. (...) Concluindo o presente trabalho, achamos que a lei brasileira precisa ser mudada para permitir a adoção da autonomia da vontade, de forma expressa, em seu texto. E à luz da posição tomada pelo Brasil durante a Conferência do México, não faria sentido adotar aquela Convenção para reger entre os países signatários e adotar outra sistemática para as relações com os demais países não signatários, pelo que entendemos que o único caminho a tomar é o adotado pelo direito dos países europeus (...)." In: ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Atualizado com a Lei de Arbitragem. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 181-183.

<sup>341</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 166.

<sup>342</sup> A questão sobre a internacionalidade do contrato é tormentosa e enseja profícuo debate acadêmico. São diversos os critérios que podem ser adotados. Adota-se, para fins desse estudo, a visão que o contrato é internacional quando possui elemento(s) que o conectam a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. Por exemplo, partes com estabelecimentos em Estados diversos, lugar de celebração do contrato, lugar de execução do contrato, nacionalidade dos contratantes, bens situados em Estados diversos, circulação internacional financeira ou de bens, etc. Nos dizeres de Suzan Lee Rovira "o contrato internacional, em suma, praticamente se confunde com o próprio comércio internacional". In: ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1995, p. 53. O estudo aprofundado da autora aponta alguma doutrina que procurou identificar o contrato como internacional. Assim, compartilha-se a posição de que o que caracteriza o contrato como internacional é sua conexão, ainda que potencial, com dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. Afinal, o contrato de compra e venda, em essência, é o mesmo da ordem interna. A análise da internacionalidade do contrato deve ser feita caso a caso, alheia a fórmulas prontas. Isso porque estabelecer a conexão jurídica com dois ou mais ordenamentos pode conduzir a um equívoco de avaliação. Veja-se a hipótese em que uma empresa com sede no Brasil e uma empresa com sede na Argentina firmam contrato de compra e venda, regido pela lei brasileira, redigido em português, bens localizados no território brasileiro, entrega prevista para uma cidade brasileira. Ora, o mero fato de uma das partes ter a sede localizada na Argentina não basta para determinar a internacionalidade do contrato: tratar-se-ia de um contrato de direito interno, com uma parte estrangeira. Assim, o critério estritamente de conexão

intersubjetiva o fundamento último dos contratos, à medida em que sob tal perspectiva o homem é, antes de tudo, um ser livre, e o contrato é o campo por excelência de atuação do indivíduo para regular seus interesses. Afinal, o homem só se obriga por aquilo que quer. A vontade é fonte da justiça, pois ninguém livremente se vincularia a algo que lhe prejudicasse, ou que fosse injusto.<sup>343</sup> Assim, para a teoria clássica, é justo o conteúdo pactuado porque manifestação da vontade livre e soberana das partes: *qui dit contractuel, dit juste* é a célebre expressão do direito francês<sup>344</sup>. Por isso o conteúdo do contrato, nesse primeiro momento, é intangível. É justo *per se*, já que a justiça do contrato está na liberalidade das partes, e por isso deve ser cumprido: *pacta sunt servanda* porque, enquanto manifestações de vontades livres e soberanas, corresponderiam ao justo. A autonomia privada, mas principalmente a vontade livre como a fonte primordial do conteúdo contratual é também útil ao sistema que então se propunha. Somente uma ordem econômica que deixa ao mercado, pela oferta e demanda, sua auto-regulação, pode promover a plena circulação de bens, de modo que é útil ao sistema econômico que se defendia então o afastamento

---

com mais de um ordenamento jurídico é insuficiente para determinar um contrato como internacional. Daí que as conexões devem ser relevantes suficientemente para justificar a conexão efetiva com mais de um ordenamento. Há se verificar o “efeito internacionalizante” do elemento de conexão. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais**: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13. A necessidade de verificar a relevância do elemento caso a caso para definir o critério jurídico fora também apontada por Maristela Basso. Para além do critério jurídico, agrega a autora o critério econômico, de “fluxo e refluxo de bens, valores e capitais” extrafronteiras. In: BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio**: negociação – conclusão – prática. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 12. Sobre a distinção entre a teoria jurídica e a econômica, vide MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 166-167.

<sup>343</sup> Jacques Ghestin acrescenta que “selon cette doctrine la justice contractuelle, qu’exprimait auparavant la recherche du juste pris sous l’influence des théologiens et du droit économique, ne peut être déterminée de l’extérieur et de façon objective. Ce sont les conventions elles-mêmes, par le libre jeu de l’offre et de la demande, qui créent le juste”. In: GHESTIN, Jacques. *L’utile et le juste dans les contrats*. In: **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, p. 37.

<sup>344</sup> A fórmula é de Fouillée, na segunda metade do século XIX. GHESTIN, Jacques. *L’utile et le juste dans les contrats*. In: **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, p. 36.

de qualquer entrave à liberdade contratual.<sup>345</sup> Disso a disposição clássica do direito civil francês de que o contrato faz lei entre as partes.<sup>346</sup>

O contrato obriga porque é justo e útil.<sup>347</sup> A lógica contratual era vislumbrada como eminentemente subjetiva, forte na liberdade da manifestação de vontade. A lógica contratual é a lógica da vontade. O contrato, por justo em si, eis que produto da manifestação de vontade de homens livres e “iguais”, não era perquirido em sua lógica interna. O conteúdo configurado nas disposições contratuais revestia-se de força obrigatória *ex pronto* e deveria ser cumprido tal e qual. Por isso era vedado ao juiz intervir em seu conteúdo. Abria-se já a exceção para os elementos externos e naturais supervenientes, do caso fortuito ou força maior<sup>348</sup>. Força maior e caso fortuito que provocassem a impossibilidade concreta do cumprimento da obrigação como fator único e externo que pudesse afastar o pactuado, eximindo o contratante de dar cumprimento à palavra dada e nos termos em que fora dada.

---

<sup>345</sup> GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. In: **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, p. 36.

<sup>346</sup> O artigo 1.134 do Código Civil francês dispõe: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

<sup>347</sup> GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. In: **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, p. 40: “C'est finalement la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, en fixe les conditions et les limites, autrement dit le regime du contrat, dans son ensemble. Dans cette optique le juste et l'utile n'apparaissent plus comme des éléments objectifs, extérieurs au contrat, et permettant de le contrôler au nom de l'intérêt general et de la justice contractuelle. Le juste et l'utile sont els fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, d'où se deduirá l'ensemble de son regime.”

<sup>348</sup> Ainda hoje permanece disposição similar no artigo 393 do Código Civil, eximindo o devedor de responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da força maior ou caso fortuito, a menos que tenha expressamente assumido tal ônus. Isso denota com mais clareza que os velhos princípios convivem com os novos princípios do direito contratual em nosso ordenamento jurídico. San Tiago Dantas já aponta tais limitações na teorização clássica do contrato: “(...) o único limite ao princípio da obrigatoriedade. Requisito dessa impossibilidade é que ela seja objetiva e absoluta; uma impossibilidade subjetiva e relativa, ainda que tornasse excepcionalmente gravosa a obrigação, não teria a força de liberar o devedor.”. In: DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. In: **Revista Forense**, volume 139, fascículos 583 e 584, ano 49, janeiro/fevereiro de 1952, p. 07.

Contudo, o conceito clássico de contrato, enraizado no dogma voluntarista, aos poucos apresentou suas imperfeições, demonstrando-se insustentável com o *boom* das relações de consumo no século XX<sup>349</sup>. À igualdade formal contrapôs-se a desigualdade material, social. A difusão da prática de contratualização de conteúdo *standard* e a manifestação de agentes econômico-sociais que dispunham de concentrado poder de barganha e controle de informação, em especial nas relações de consumo, a *mass media* e outros meios de manipulação do corpo social desmantelaram, empiricamente, o dogma da vontade. Em um sistema econômico em que a vontade é manipulada pela comunicação, pelo consumismo visual, em que uma parte apenas adere a um conjunto pré-estipulado de regras sobre as quais não pode negociar, a vontade esvai-se em seu significado original. A premissa ideológica-filosófica sobre a qual fora construída a teoria do contrato foi substituída por uma nova percepção de mundo.

Apercebeu-se o jurista que a vontade não pode ser mais o fundamento único da força obrigatória dos contratos na sociedade de consumo. Nas relações contratuais formalizadas pela adesão, a vontade tem relevância mínima na estipulação do conteúdo contratual, pois a vontade não é conformadora, é formadora do contrato, resumindo-se à liberalidade (às vezes necessidade) de aderir ou não; nos atos existenciais<sup>350</sup>, tão corriqueiros, o agir social, independentemente da vontade, gera o vínculo. Isso provocou uma reação do direito, e o direito

---

<sup>349</sup> COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista da Ajuris**, n. 56, ano XIX, nov./1992, p.70.

<sup>350</sup> Enzo Roppo faz algumas aferições quanto a tutela das relações contratuais de fato. O próprio Código Civil de 2002 estipula que a forma do negócio jurídico (categoria abstrato-jurídica da pandectística alemã oitocentista que apresenta-se pela primeira vez na legislação brasileira, é certo que com atraso e alheia às mais modernas teorias do direito, como categoria autônoma de direito) é livre, quando não prevista em lei. Pois, sendo livre a forma, a operação econômica que realmente se realiza faticamente por um ato de inequívoca manifestação/repercussão social, merece a tutela do ordenamento jurídico e reveste-se dos atributos de contrato. Não contrato-papel, mas contrato-fato. In: ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, 303 p.

internacional privado não pode "descartar" essa evolução:

*"Si la définition de cette notion peut prêter à discussion, il n'est pas douteux que le développement d'une réglementation spéciale, rattachée en droit interne, à l'ordre public économique, correspond au souci de tenir compte des abus structurels engendrés par la société de consommation en masse. Le droit international privé ne pouvait rester à l'écart de cette évolution. Il est intervenu en combinant la référence à la loi d'autonomie avec d'autres rattachements dont on examinera la portée ci-après".<sup>351</sup>*

Tradicionalmente, incumbe ao Direito Internacional Privado a solução do conflito de leis no espaço,<sup>352</sup> ou seja, a indicação, por seu método, do direito material (substantivo) que irá resolver um caso referente a uma relação multiconectada ou plurilocalizada,<sup>353</sup> que potencialmente, em razão de seus vínculos, poderia ser regulada por um ou outro ordenamento jurídico. Atualmente, superado o dogma estritamente formalista da solução do conflito de leis no espaço, pode-se afirmar que, antes de tudo, a função das normas de Direito Internacional Privado, mesmo das normas conflituais tradicionais, é assegurar "soluções racionais e justas" em casos com "elementos estrangeiros".<sup>354</sup> A identificação da lei aplicável é, sobretudo, uma opção valorativa do foro que, no caso das relações internacionais de consumo, não pode descuidar da proteção do consumidor como objetivo último.

O Direito Internacional Privado, de fontes ainda preponderantemente internas, intrinsecamente apresenta o embate

---

<sup>351</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 169.

<sup>352</sup> VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Direito Internacional Privado e a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, número 35, p. 24-50, 2001.

<sup>353</sup> ARAÚJO, Nádida de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 4ª. edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32-33.

<sup>354</sup> EEK, Hilding. Peremptory norms and private international law. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 17.

existente na dicotomia nacionalismo *versus* internacionalismo, alertado por Anne-Marie Slaughter, cuja crítica ao “paroquialismo” e à “pobreza de imaginação” do primeiro ressalta a importância do segundo.<sup>355</sup> Inequivocamente contrapõe-se à pluralidade normativa de diferentes Estados a necessidade finalística da ordem internacional de efetivar soluções justas, com a aplicação do direito mais adequado ao caso e com a circulação efetiva das decisões.<sup>356</sup> Todavia se almeje o internacionalismo (ou regionalismo, com regulamentação material da proteção do consumidor nos âmbitos do Mercosul e da Organização dos Estados Americanos), desde que traga consigo proteção efetiva e ampla, não se pode descuidar que no Direito Internacional Privado brasileiro preponderam as normas conflituais tradicionais, internamente previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visto que, atualmente, o Código de Defesa do Consumidor não regula expressamente as relações internacionais de consumo.

De pronto, se aponta uma insuficiência<sup>357</sup> das conexões comumente existentes nas normas conflituais tradicionais de Direito Internacional Privado relacionadas aos contratos, tais como a *lex loci contractus* (presente no artigo 9º, *caput*, da LINDB), a *lex loci executionis* (presente no artigo 9º, parágrafo primeiro, da LINDB) ou a lei do estabelecimento do proponente/ofertante (presente no artigo 9º, parágrafo segundo, da LINDB). Isso porque tais conexões, próprias para a regulamentação do comércio internacional, “tem como base o

---

<sup>355</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *Nationalism v. Internationalism: Another Look*. **New York University Journal of International Law and Policy**, número 26, p. 585, 1994.

<sup>356</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 37.

<sup>357</sup> Diante da defasagem do direito internacional privado no que diz respeito à proteção do consumidor, Claudia Lima Marques sugere uma “solução regional”, como o “caminho mais fácil e efetivo” nos termos atuais, na esteira do direito comunitário europeu. MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de um convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1097, abr./2011.

equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes (ambos profissionais) envolvidos”,<sup>358</sup> o que não ocorre, em geral, nas relações de consumo, cuja marca é a vulnerabilidade do consumidor (vide o artigo 4º, do CDC). Nas relações internacionais de consumo o desequilíbrio “informativo e de especialização” é mais evidente, há uma inegável “falta de continuidade”, pois as relações são pontuais, os valores monetários discutidos na maioria dos casos são pouco expressivos e há uma dificuldade na determinação da (re)execução da obrigação.<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de um convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1097, abr./2011.

<sup>359</sup> "A primeira das especificidades do consumo internacional é, pois, o desequilíbrio intrínseco informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais face ao *status* leigo e vulnerável do parceiro-consumidor. O comércio internacional, as relações de compra e venda ou de prestação de serviços entre pessoas com sede em países diferentes, geralmente ocorre entre pessoas jurídicas ou profissionais, comerciantes e empresários, logo, especialistas e profissionais para poderem se movimentar no cenário dos negócios internacionais. No consumo internacional não é esta a realidade. O parceiro-consumidor é atraído ou por métodos agressivos de marketing (por exemplo, telemarketing, teleshopping, vendas emocionais de time-sharing para turistas) ou por preços reduzidos (descontos, redução nos tributos, envio gratuito etc.), pelo senso de aventura (por jogos, apostas, prêmios), ou por sua própria ignorância quanto às dificuldades nas transações transnacionais (parco conhecimento da língua para entender a oferta ou a publicidade, mito da qualidade superior dos produtos importados, produtos-novidade, desconhecidos em países emergentes, pela falta de conselhos jurídicos ou de um departamento jurídico para a negociação, confiança que a marca terá serviços pós-venda em seu país etc.). [...] Outra especificidade do consumo internacional é a sua falta de "continuidade" ou sua "descontinuidade". Os atos de comércio caracterizam-se pela repetição e mesmo os contratos internacionais tendem a abrir mercados e relações bastantes cooperativas e duradouras. Os contratos de consumo internacionais, ao contrário, são geralmente de troca, não possuem longa duração, nem se beneficiam do sistema financeiro internacional ou transferem tecnologia no sentido estrito da palavra. [...] As outras especificidades são o pequeno valor, a massificação e a difícil reexecução. O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc. Individualmente considerado o contrato internacional de consumo tem, porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Este pequeno valor dificulta em muito o acesso à justiça, faz com que a lide fique reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados, seja para reclamar, para procurar novamente o fornecedor, para fazer valer sua garantia etc. O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral, sua re-execução, em caso de frustração das expectativas do contratante consumidor é bastante dificultosa". *In:*

Logo, tratando o direito internacional privado, em essência, da tutela de relações privadas (internacionais), a proteção dos vulneráveis e da pessoa humana será simultaneamente um objetivo do direito privado e do direito internacional privado. Como afirmara Fausto Pocar, *“la protection du faible, et plus en général la protection de la personne humaine, serait donc en même temps un objectif du droit interne et du droit international privé”*.<sup>360</sup> Nesse sentido, na medida em que um dos valores do ordenamento jurídico brasileiro é a proteção do vulnerável, sustém o direito internacional privado o mesmo objetivo, sistematicamente, consubstanciando o “paralelismo da função protetiva”,<sup>361</sup> apesar do diferente papel que as regras materiais e as regras de conflito desempenham.

Para tanto, deve-se reformular o método conflitual bilateral, o qual pressupõe uma “pretensa neutralidade”<sup>362</sup> valorativa do direito internacional privado, como se a forma não fosse determinante para o resultado material da regulamentação jurídica. Pelo contrário, no momento em que o Direito Internacional Privado indica determinado ordenamento jurídico como aplicável para o regramento da relação civil internacional está indicando, também, o conteúdo de justiça material e os “valores sociais nos quais aquelas ordens jurídicas se inspiram”, e

---

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de um convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1097, abr./2011.

<sup>360</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 349.

<sup>361</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 353.

<sup>362</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 356.

que serão determinantes para a solução do caso.<sup>363</sup> Por tal motivo, pode-se falar em valor extrínseco da regra de conflito, tendo em vista que ao indicar o ordenamento jurídico aplicável o Direito Internacional Privado faz uma escolha por valores sociais e conteúdo de justiça material que devem, de alguma forma, se compatibilizar (ou pelo menos não violar em essência) com os valores sociais e o conteúdo de justiça material do ordenamento jurídico do próprio foro (o que se pode denotar do próprio artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), segundo o qual “as leis [...] de outro país [...] não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”).<sup>364</sup>

Ainda, pode-se constatar que a regra de conflito apresenta um valor intrínseco, estabelecido na opção, abstrata, pelo critério de conexão utilizado por determinado ordenamento jurídico a fim de resolver o conflito de leis diante de determinado objeto de conexão. Na

---

<sup>363</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 356.

<sup>364</sup> “*Tout d'abord, j'ai l'impression que l'affirmation d'une distinction radicale entre justice matérielle et justice conflictuelle se rapporte à l'idée d'un droit international privé « neutre » à l'égard de la réglementation d'une relation juridique, d'un droit qui n'a pas une dimension sociale ou qui, tout au plus, possède une dimension sociale autonome, distincte de la dimension sociale du droit matériel. Cette neutralité semble cependant difficile à retenir, si l'on considère, d'une part, que les règles de droit international privé sont le produit de la même société étatique dans laquelle le droit matériel se forme et, d'autre part, que dans ce cadre toute règle juridique est destinée, comme fin ultime, à une solution matérielle satisfaisante des relations juridiques qui touchent, même avec des éléments d'extranéité, la communauté nationale. Cette constatation n'implique pas de mélanger la fonction de la règle de conflit et de la règle matérielle, ou de nier que la justice conflictuelle soit en premier lieu dirigée à rechercher la loi compétente et se résolve donc dans la justice du choix. Mais la recherche de la règle de droit la plus appropriée à la solution d'un cas donné ne doit pas nécessairement, et en principe ne peut pas, faire abstraction des valeurs sociales, économiques ou politiques desquelles s'inspire le droit matériel, car elle est le produit de la même société. La justice conflictuelle doit, en d'autres termes, s'harmoniser avec la justice matérielle : c'est un point que l'on doit retenir même s'il ne s'agit que d'un premier élément à cette fin, si l'on veut atteindre une harmonisation des solutions des cas avec éléments d'extranéité, qui représente, selon une grande partie de la doctrine à partir de Savigny, un principe fondamental du droit international privé*”. In: POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 355.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), pode-se apontar a alternatividade entre a lei brasileira e a lei pessoal do *de cuius*, apresentada no artigo 10, §1º, em favor do cônjuge ou filho brasileiro na sucessão de bens de estrangeiro situados no país, como uma forma de atribuir valor intrínseco à regra de conflito. A alternatividade do elemento de conexão aparece, ainda, e então de forma explícita, na Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (promulgada pelo Decreto nº 2.428, de 17 de dezembro de 1997), cujo artigo 6º determina que “a obrigação alimentar, bem como as qualidades de credor e de devedor de alimentos, serão reguladas pela ordem jurídica que, a critério da autoridade competente, for mais favorável ao credor, dentre as seguintes: a) ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do credor; b) ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor”.

Quando o direito indicado pela regra de conflito não traz proteção suficiente ao vulnerável, ou se proteção maior poderia ser encontrada em outro direito potencialmente aplicável ao caso, com razoável conexão com o litígio, dar aplicabilidade à literalidade da regra de conflito da Lei de Introdução em detrimento da aplicação do direito potencialmente aplicável mais favorável ao vulnerável significaria violar princípio/valor maior, qual seja, o da proteção do vulnerável. Note-se que nessa circunstância, aplicar a Lei de Introdução sem cuidar do resultado implicaria no não atendimento do dever fundamental de proteger o vulnerável. Assim, a relação jurídica pertence<sup>365</sup> à lei que é mais favorável ao vulnerável. Nesse caso, e esse é o argumento fundamental, a aplicação formal da regra de conflito que conduza a um

---

<sup>365</sup> "Our inquiry has now brought us to this result, that in deciding cases (legal relations) which come in contact with different independent states, the judge has to apply that local law to which the case (legal relation) pertains, whether it is the law of his own country or the law of a foreign state". SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869, p. 33.

resultado que privilegie a vontade do mais forte, sob o pretexto da igualdade, simplesmente perpetua e consagra a desigualdade. Admitir-se isso equivaleria a levar ao máximo a justiça formal do direito internacional privado, sem atribuir-lhe qualquer preocupação quanto ao resultado.<sup>366</sup>

Diante da orientação posta pela Constituição<sup>367</sup> e pelos direitos humanos, não é mais possível para o direito internacional privado "ignorar [...] o imperativo de proteção da parte vulnerável".<sup>368</sup> O surgimento das regras de conflito com conexões alternativas,<sup>369</sup> no contexto mundial do direito internacional privado, demonstra a "sensibilidade" do novo direito internacional privado para com os "imperativos da justiça de direito material",<sup>370</sup> de modo que se tenha regras de conflito não preocupadas apenas com a solução do conflito de leis, mas com a solução atinente à própria relação privada internacional. Simultaneamente, se por um lado o direito internacional privado e o direito aplicável devem fazer prevalecer um sistema de regras materiais

---

<sup>366</sup> "Le droit international privé ne saurait justifier cette position par la neutralité de la règle de conflit car c'est cette neutralité même qui conduit à un résultat manifestement contraire au postulat de cette règle. Lorsque l'une des parties est dans la position de dicter le choix de la loi applicable et de la juridiction compétente à l'autre partie, et que ce choix est motivé par la volonté de soustraire le contrat aux dispositions d'un droit protecteur, la référence à la loi d'autonomie devient une pure fiction. Ignorer cette réalité c'est accepter la consécration de la loi du plus fort. C'est aussi pousser à l'extrême l'idée selon laquelle la fonction du droit international privé est exclusivement une fonction de répartition et de classement indifférente au contenu des règles du droit substantiel". MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 164-165.

<sup>367</sup> ARROYO, Diego P. Fernández. El derecho internacional privado en el inicio Del siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101.

<sup>368</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 164.

<sup>369</sup> Veja-se que a ideia da conexão alternativa ela é tolerada pelo direito internacional privado brasileiro, conforme se depreende da regras estabelecida no §1º do artigo 10, da Lei de Introdução.

<sup>370</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 177.

que protejam o vulnerável, o mesmo direito internacional privado deve se comprometer com a realização de princípios outros estabelecidos na própria Constituição e no direito internacional público, como a garantia de livre comércio.<sup>371</sup>

*Au moyen de rattachements alternatifs, ou successifs, donc, on indique plusieurs lois, parmi lesquelles on donne la préférence à la loi qui assure un certain résultat matériel qu'on veut atteindre. Mais, de cette manière, on subordonne l'application de la règle de conflit au contenu des lois en présence pour appliquer celle qui correspond le mieux au règlement matériel de la relation juridique considérée. Il y a là, ainsi qu'on l'a observé, « des éléments de justice matérielle qui se combinent à des éléments de justice conflictuelle » ou, pour dire autrement, il y a une fonction protectrice du droit international privé parallèle à celle du droit matériel. Cette combinaison de la méthode conflictuelle avec l'examen du contenu du droit désigné par la règle de conflit — qui pourrait trouver d'autres confirmations dans des règles poursuivant des buts différents de celui de protection d'une partie, ce qui se produit par exemple dans plusieurs ordres juridiques à propos des règles concernant la forme des actes, dans lesquelles on prévoit tout à fait normalement une pluralité de rattachements alternatifs en considérant valable l'acte même s'il ne répond qu'aux conditions établies par une seule des lois désignées — se distingue de l'intervention de l'exception d'ordre public, car elle se fonde essentiellement sur les critères de rattachement ; mais elle présente également des liens avec cette dernière, en ce sens qu'on écarte l'application d'une loi étrangère, en limitant le jeu de la règle de conflit, en faveur d'une autre loi qui assure une solution matérielle plus satisfaisante. Et il semble bien évident qu'il y ait encore une liaison dans le sens que le recours à des combinaisons de ce genre, au moyen de critères de rattachement alternatifs, va limiter d'une manière correspondante le recours à l'ordre public en tant que moyen d'assurer une justice matérielle.<sup>372</sup>*

O direito internacional privado brasileiro parou no tempo. Acorrentou-se na história a um “positivismo ilegítimo”, como se

---

<sup>371</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 178.

<sup>372</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 360.

incondicionado fosse por princípios entabulados em normas hierarquicamente superiores. Diante da observação da realidade social e jurídica positivista existentes, deve-se buscar uma "conformação metodológica-sistemática"<sup>373</sup> do direito internacional privado brasileiro. Portanto, "*certaines mécanismes classiques de contrôle comme l'exception d'ordre public ne seraient pas, paradoxalement, appelés à connaître une nouvelle jeunesse*".<sup>374</sup>

O pluralismo contemporâneo,<sup>375</sup> do confronto com o diferente, faz pensar e repensar as próprias concepções valorativas do ordenamento do foro. De tal confronto surge, inclusive, a promoção e evolução do Direito, reconcebendo preceitos que não se mostrem compatíveis com o reconhecimento e adaptação dos valores constitucionais, fundamentados na proteção da pessoa humana e na tutela ampla dos direitos fundamentais (princípio da máxima eficácia). É indispensável, portanto, ao menos como postulado ético, que "o cidadão se reconheça e reconheça o outro como cidadão do mundo".<sup>376</sup>

O direito público é por natureza vertical, com *ius imperi* e generalizante: a lei impõe a conduta e deveres gerais, assegura direitos subjetivos abstratos e perante a todos. O direito privado é horizontal, geralmente dispositivo, acaba individualizado e acaba tendo uma função negativa ou indireta no assegurar a igualdade. Assim, por mais que o direito objetivo (a lei) imponha deveres de igualdade na sociedade, mister que este 'direito' entre no patrimônio do

---

<sup>373</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 716.

<sup>374</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 151.

<sup>375</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádya de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328.

<sup>376</sup> LUNARDI, Luthianne Perin Ferreira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Cidadania e direitos fundamentais: em busca do horizonte perdido. In: CERVI, Taciana Marconatto Damo; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Org.). **Direito fundamentais e cidadania**: a busca pela efetividade. Campinas: Millennium, 2013, pp. 01-13. p. 04.

sujeito (direito subjetivo), por fato, ato ou negócio jurídico, que não dependem somente da lei: nascem (ou não) no mundo dos fatos! Em outras palavras, o instrumento de direito privado será reativo, a posteriori, quase interpretativo: o de direito público é direito e imperativo. Por exemplo, o princípio 'favor debilis' é um princípio de tutela, de proteção especial, de proteção 'diferente', logo, é ele mesmo uma 'diferença' dos outros considerados 'iguais' e que não necessitam desta proteção. Assim o próprio instrumento do direito privado criado para proteger (uma lei como o estatuto do idoso que proíbe aumentos nos planos de saúde a partir de uma determinada idade) pode criar uma discriminação (positiva, mas sem dúvida uma distinção diferenciadora) do grupo social. Em resumo, muitas vezes para proteger em direito privado é necessário distinguir, assegurar direitos especiais ao vulnerável, tratar de forma especial o mais fraco: diferenciar para proteger!<sup>377</sup>

A partir da análise descritiva de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, pode-se perceber que na primeira forma, por sua natureza vertical, preponderam as normas de aplicação direta e imediata e as normas de ordem pública. Na segunda forma (normas de natureza de direito privado), por sua natureza horizontal, há preponderar os métodos de uniformização e de elementos de conexão alternativos em direito internacional privado. Em qualquer caso, o mais importante é identificar quais relações jurídicas apresentam indivíduos em situação de diferenciação que justifiquem o tratamento diferenciado. E a proteção do vulnerável está estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro diante da Constituição e de legislação esparsa, de natureza material. Não se trata de princípio estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, muito pelo contrário: trata-se de princípio que, em busca da igualdade material, tem sido frequentemente concretizado na legislação infraconstitucional material.

Superada a dificuldade inicial, de identificar se os direitos fundamentais possuem algum nível de aplicação nas relações privadas

---

<sup>377</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 110-111.

internacionais (ou o problema do “se”<sup>378</sup>), a pergunta que subsiste é a de como se dará essa proteção. À sociedade, o direito de seu tempo. Com essa frase, que subliminarmente é mais um anseio e um questionamento do que propriamente uma solução, é que a presente tese iniciou seu argumento. É com essa frase que se pretende, pois, encerrá-lo. Para tanto, há se perguntar, que sociedade? Que direito? No ordenamento jurídico pátrio, em que pese os esforços de integração, não se verifica a tendência europeia, que colocou o direito internacional privado no centro do direito da integração da União, primeiro com as convenções<sup>379</sup> e posteriormente com a própria normativa comunitária, especialmente os regulamentos.<sup>380</sup> A jurisprudência brasileira em direito internacional privado deve, pois, abandonar a valoração formal e positivista.<sup>381</sup> Qual o método que nesse momento de crise deve ser

---

<sup>378</sup> Expressão utilizada, dentre outros, por HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. 576 p.

<sup>379</sup> JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 06.

<sup>380</sup> JAYME, Erik. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI: conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002, PUC-Rio. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

<sup>381</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Pós-positivismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, volume nº 28, jul./2011, p. 239: “O Direito é uma ciência dogmática. Mas, não é só isso. O dogmatismo é a absolutização dos dogmas. A norma gera segurança jurídica. Mas não é absoluta. O Direito e sua consequente aplicação necessitam de um despertar ético. Não apenas teórico, mas prático. A ética foi minimizada pelo peso do dogma. A modernidade foi marcada pela crença na segurança jurídica oriunda do Estado e do Direito positivo. O embasamento teórico se encontra na tese racionalista como fundamento do positivismo. É a crença iluminista no valor absoluto da razão. O pensamento do mundo moderno foi construído com base filosófica racionalista, segundo a qual a razão humana é considerada suprema em relação a outras faculdades e características humanas. Surge a ideia da autonomia da razão, com a possibilidade de construir verdades objetivas por intermédio de proposições como resultado do raciocínio lógico do ser humano. Com isso, crê-se que a lógica é capaz de construir axiomas absolutos, que representam o senso comum da sociedade. A partir daí foram construídos os sistemas jurídicos racionalistas, as catedrais da mente, que por vezes não representam os fatores e anseios da sociedade. Esse sistema é abraçado pelo positivismo jurídico e deve ser abandonado no século XXI, pois imperiosa é a necessidade de reconhecer que a vida é algo além de fórmulas lógicas, e que existem outras dimensões de real importância. O positivismo coloca a verdade dogmática acima da verdade da justiça e do Direito. Deve-se valorizar o

utilizado para as situações que envolvem vulneráveis? Para localizar a "sede da relação jurídica" deve o aplicador do direito internacional privado, portanto, compreender o elemento que constitui o "centro de gravidade" dessa relação. O método generalizador e *a priori* não é suficiente<sup>382</sup> para responder ao "quebra-cabeça" que nos é posto. Assim, *"il faut, au contraire, procéder par voie d'analyse pour trouver pour chaque rapport la loi qui convient le mieux à sa nature. C'est donc la méthode analytique qui nous paraît la plus adéquate à la tâche qui incombe au droit international privé"*,<sup>383</sup> para fazer contato mais próximo com a concepção social de Estado Democrático e para estabelecer uma "sintonia com a imagem constitucional da Lei Fundamental" em prol de um "desenvolvimento aberto do direito" que proporcione o "abandono de construções conceituais ultrapassadas e

---

Direito e a justiça. A lei deve estar submetida ao Direito e a justiça e não o contrário. Em vez de fazer da justiça e do Direito o critério para avaliação da lei, fazem da tradição dogmática o critério para a interpretação do Direito. Esse contexto é mera presunção epistemológica racionalista. A neutralidade científica é irreal, na medida em que a construção teórica, em especial, nas ciências sociais, não é neutra e arbitrária. Assim, a elaboração de uma teoria não pode ser elaborada de forma equidistante da realidade sociocultural. O grande desafio do Direito no século XXI é a reafirmação de princípios éticos, com a construção ou reconstrução escalonada de valores, sendo certo que devemos abandonar o legalismo e estabelecer uma ética de princípios fundamentada na justiça e no Direito que sirva para a realidade do mundo contemporâneo. O mundo contemporâneo não admite mais a ética legalista, moralista de acobertamento, utilitarista e pragmática, que se mostrou hipócrita. Devemos insistir nos verdadeiros fundamentos da ética: amor, justiça e verdade. A teoria do Direito tem aliado a estrutura contemporânea do Direito com pós-positivismo. No contexto pós-positivista a separação entre o Direito e a política não é encarada como absoluta. O Direito contemporâneo está ligado com a Filosofia e a Sociologia. Um traço marcante do pós-positivismo é a importância dos princípios na aplicação do Direito,<sup>34</sup> com a consequente valorização da hermenêutica. No mesmo sentido, no contexto do pós-positivismo se valoriza a atividade jurisdicional, encarando-se a jurisprudência como verdadeira fonte do Direito".

<sup>382</sup> LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, p. 24-25.

<sup>383</sup> LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, p. 24-25.

tornadas falsas”.<sup>384</sup>

### **3.2. O PAPEL DA ORDEM PÚBLICA E DAS NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA COMO TENTATIVA DE PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

A doutrina remonta às teorias estatutárias italianas<sup>385</sup> do século XIV como a fonte originária daquilo que, posteriormente, viria a ser tratado em direito internacional privado como ordem pública e limite à aplicação do direito estrangeiro.<sup>386</sup> Bartolo, jurista estatutário do medievo, mantinha distinção entre os estatutos odiosos e os estatutos favoráveis, “os primeiros não tendo efeitos fora da cidade que os

---

<sup>384</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 614. Tal qual ocorreu com o direito privado na análise de Franz Wieacker, essa evolução não se dá sem críticas e problemas inerentes à abertura do sistema no pós-positivismo. Aduz o autor que “a determinação na recusa das tradições legalistas e dogmáticas colocou novos problemas, cuja presença contínua na consciência da nova jurisprudência seria muito desejável. As novas mutações repentinas da jurisprudência e a sua tendência para uma justiça individualizada do caso prejudicaram, sem dúvida alguma, a segurança externa do direito, ou seja, a previsibilidade da decisão pelas partes processuais e pelos advogados e a igualdade da aplicação do direito, previsibilidade e igualdade que são indispensáveis, quer para a economia das pugnans forenses, quer para a fixação duma consciência jurídica dominante entre os participantes do direito. Também o progressivo recuo perante as bases sistemáticas e conceituais da grande jurisprudência do século XIX teve as suas desvantagens: a constante exigência desta dogmática rigorosa de se legitimar perante a verdade interna e a coerência do sistema e da dogmática jurídica e de controlar a consciência jurídica através de uma construção isenta de contradições (o que constitui a última justificação da dogmática jurídica) favoreceu também a justiça material e a coerência interna da ordem jurídica, ou seja, valores autênticos da ética prática do direito. E, por fim, uma confiança tão grande na justiça absoluta das valorações materiais ético-jurídicas pode mesmo ser prejudicial ao desempenho das tarefas concretas da justiça – como resulta sobretudo da história do jusnaturalismo – tarefas que não podem ser realizadas senão num constante esforço para se conseguir uma aproximação tão grande quanto possível em relação à própria justiça”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 615.

<sup>385</sup> BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 261.

<sup>386</sup> WEISS, André. **Manuel de droit international privé**. 7. edição, revista e atualizada. Paris : Recueil Sirey, 1914, p. 374.

editava, os segundos tendo efeitos extraterritoriais”.<sup>387</sup> A atribuição do *status* de odioso a estatuto estrangeiro impedia sua aplicação, tal qual a contrariedade à ordem pública, hoje, impede a aplicação do direito estrangeiro, nos seus efeitos negativos.<sup>388</sup>

Posteriormente, no século XIX, com as teorias modernas do direito internacional privado e especialmente com Friedrich Carl von Savigny<sup>389</sup> foi desenvolvida a cooperação internacional e atribuída “ênfase nas exceções”<sup>390</sup> ao direito internacional privado decorrentes de leis que uma comunidade não admite, devendo o juiz aplicar exclusivamente a lei nacional. A teoria savignyana,<sup>391</sup> pode-se dizer, é o substrato inicial para as noções contemporâneas de “ordem pública” em direito internacional privado e de “normas de aplicação imediata”,<sup>392</sup> que demonstram a intersecção entre o direito internacional privado e o “direito público interno”.<sup>393</sup>

---

<sup>387</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado elementar de direito internacional privado**. Volume II: parte especial – comentários aos arts. 7º. a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p.431.

<sup>388</sup> Nesse sentido, DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396. Questionando a origem da noção de ordem pública, vide GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho internacional privado**: derecho de la tolerancia. 8ª. edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 147.

<sup>389</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869. 435 p.

<sup>390</sup> VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 494.

<sup>391</sup> O autor aponta, basicamente, duas "classes de exceção" para a aplicação do direito estrangeiro: normas de natureza "imperativa" e a instituição desconhecida. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869, p. 34. Vide os comentários de PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 121.

<sup>392</sup> FRANCESKAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. **Revue critique de droit international privé**, nº 63, pp. 273-296.

<sup>393</sup> MAEKELT, Tatiana B. de. Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho**

No mesmo período, os três axiomas de Joseph Story orientavam similar observação dos valores do foro e da aplicação da lei local em detrimento do direito estrangeiro. A eficácia extraterritorial do direito estrangeiro no território de outro Estado depende exclusivamente do consentimento, expresso ou tácito, deste último.<sup>394</sup> Essa intervenção deliberada e protetiva do aplicador do direito na hipótese da indicação de direito estrangeiro dar-se-ia pelo paradigma da *public convenience* (conveniência pública),<sup>395</sup> segundo o qual nenhuma nação poderia ser “requerida a sacrificar seus interesses em favor de outra, ou a praticar doutrinas que, em um conceito moral ou político sejam incompatíveis com sua segurança ou felicidade, ou com sua consciência de justiça e dever”.<sup>396</sup>

Desde então, concebe-se o instituto da ordem pública como uma expressão axiológica do foro, dos valores que lhe “constituem o

---

**internacional privado y derecho internacional público:** un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 48.

<sup>394</sup> As duas primeiras máximas eram: toda nação possui soberania e jurisdição exclusiva em seu território, e nenhuma nação pode afetar diretamente ou vincular/obrigar sujeitos e bens fora de seu território.

<sup>395</sup> STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict laws:** foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, as especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 24-25.

<sup>396</sup> STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict laws:** foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, as especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 26. “*No nation can be justly required to yield up its own fundamental policy and institutions in favour of those of another nation. Much less can any nation be required to sacrifice its own interests in favour of another; or to enforce doctrines, which, in a moral, or political view, are incompatible with its own safety or happiness, or conscientious regard to justice and duty. [...] there would be extreme difficulty in saying, that other nations were bound to enforce laws, institutions, or custom, so subversive of their own morals, justice, interest, or policy*”. Tradução livre: “Nação alguma pode ser justamente requerida a ceder suas conveniências políticas e instituições fundamentais em favor das de outra nação. Muito menos pode nação alguma ser requerida a sacrificar seus interesses em favor de outra, ou a praticar doutrinas que, em um conceito moral ou político sejam incompatíveis com sua segurança ou felicidade, ou com sua consciência de justiça e dever. [...] haveria extrema dificuldade em dizer que outras nações estavam obrigadas a tornar efetivas leis, instituições, ou costumes dessa nação, que fossem subversivos de sua moral, sua justiça, seu interesse ou sua política”.

sustentáculo”, ainda que implicitamente,<sup>397</sup> cujo conteúdo se desvenda por meio da extração do sentido da norma diante da interpretação sistemática do ordenamento, orientada pelos princípios constitucionais. A ordem pública, na extensão de seu conteúdo, diz respeito ao entendimento, em determinada sociedade e época, acerca daquilo que é chocante aos padrões sociais de comportamento reconhecidos pela própria comunidade, razão pela qual qualquer fato ou direito atentatório às noções basilares da sociedade da época deve ser rechaçado.<sup>398</sup> Para Jacob Dolinger, cujos estudos ocasionaram a definição consagrada na doutrina brasileira, “a ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-política-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado”.<sup>399</sup> Irineu Strenger a definiu como o conjunto das “normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”<sup>400</sup>. A ordem pública está, portanto, na construção doutrinária de seu conteúdo, angariada na noção de tutela (proteção) dos valores fundamentais ou essenciais da ordem jurídica do foro.<sup>401</sup>

A ordem pública *lato sensu*, quando aplicada às relações

---

<sup>397</sup> VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 504.

<sup>398</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 6ª edição ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 387.

<sup>399</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 6ª edição ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 386.

<sup>400</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2003, p.435. Acrescenta o autor na p.432. “Por ordem pública entende-se um conjunto de princípios implícitos ou explicitamente conhecidos na ordenação jurídica, os quais, considerados fundamentais, excluem a aplicação do direito estrangeiro. São mais implícitos que explícitos”.

<sup>401</sup> BUCHER, Andreas. L’ordre public et le but social des lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 239, ano 1993, p. 25.

internas<sup>402</sup> e quando aplicada às relações internacionais,<sup>403</sup> apresenta diferenças substanciais, especialmente quanto à forma de atuação, quanto ao conteúdo e quanto aos seus efeitos.<sup>404</sup> A primeira, ordem pública interna, destina-se ao controle das relações eminentemente internas; a segunda, ordem pública internacional, é a salvaguarda do foro na defesa de suas noções principiológicas basilares<sup>405</sup> quanto às

---

<sup>402</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 223.

<sup>403</sup> VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Direito Internacional Privado e a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, número 35, RT, 2001, p. 24-50.

<sup>404</sup> A distinção é inicialmente apresentada por SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law**: a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869, p. 34-35. *"One class of absolute laws has no other reason and end than to secure the administration of justice by certain fixed rules, so that they are enacted merely for the sake of persons who are the possessors of rights. Among these are laws which limit the capacity to act on account of age, sex, etc.; also those as to the transference of property (by mere contract or by tradition). In respect of all such statutes, there is no reason for including them among the exceptional cases. The conflicts occurring in regard to them can be better adjusted on the principle of the freest community of law; for every state can unquestionably allow foreign laws of this description to have effect within its bounds. Another class of absolute statutes, on the contrary, has its end and object beyond the province of pure law apprehended in its abstract existence, so that they are enacted not merely for the sake of the persons who are the possessors of rights. Laws of this class may rest on moral grounds. They may also rest on reasons of public interest (publica utilitas), whether these relate to politics, police, or political economy. [...] All such statutes are among the exceptional cases, so that, in regard to their application, every state appears completely separate and distinct"*. Tradução livre: "Uma classe de leis absolutas não tem outra razão e fim a não ser assegurar a administração da justiça por certas regras fixas, de modo que sejam decretadas apenas por causa de pessoas que sejam titulares de direitos. Entre elas estão as leis que limitam a capacidade de agir em conta a idade, sexo, etc.; também aquelas para a transferência de propriedade (por mero contrato ou por tradição). Em relação a todos essas leis, não há motivo para incluí-los entre os casos excepcionais. Os conflitos que ocorrem em relação a eles pode ser melhor ajustados no princípio da comunidade mais livre de direito; porque cada estado sem dúvida pode permitir que as leis estrangeiras desta descrição tenham efeito dentro de suas fronteiras. Outra classe de leis absolutas, ao contrário, tem seu fim e objeto além da província de lei pura apreendida em sua existência abstrata, de modo que sejam decretadas não apenas por causa das pessoas que são os titulares de direitos. Leis desta classe podem repousar sobre razões morais. Elas também podem repousar em razões de interesse público (publica utilitas), quer se relacionem com a política, polícia ou economia política. [...] Todas essas leis estão entre os casos excepcionais, de modo que, no que diz respeito à sua aplicação, cada estado aparece completamente separado e distinto".

<sup>405</sup> WEISS, André. **Manuel de droit international privé**. 7ª. edição, revista e atualizada. Paris : Recueil Sirey, 1914, p. 377.

relações de cunho internacional, conectadas a dois ou mais ordenamentos distintos.<sup>406</sup> Há, pois, uma expressão da ordem pública que é dita internacional,<sup>407</sup> própria de direito internacional privado, com características distintas da ordem pública interna, e que atua para obstar a aplicação da lei estrangeira ou para impedir o reconhecimento de decisões estrangeiras<sup>408</sup> (efeito negativo preponderante).<sup>409 410</sup>

---

<sup>406</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 393 e ss. Amílcar de Castro bem ponderou: “[...] a ordem pública, ou ordem social, pode ser ameaçada, ou ofendida, por atividade desenvolvida exclusivamente na jurisdição indígena, e o governo a defende por meio de leis imperativas; pode também ser ameaçada, ou ofendida, por leis, atos e sentenças de outro país, bem como por declarações de vontade feitas no estrangeiro, e o governo a resguarda, proibindo se atribua valor jurídico a essa atividade alienígena. A ordem social, ou ordem pública, entretanto, considerada em si mesma, é una e indivisível; mas como pode ser agredida de dois modos, por ataques provenientes de situações diversas, é sempre defendida por duas formas”. In: CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6ª. edição, atualizada com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 225.

<sup>407</sup> RIBEIRO, Elmo Pilla. **O princípio da ordem pública em direito internacional privado**. Porto Alegre: [s. n.], 1966. 144 p.

<sup>408</sup> Por fim, cumpre lembrar, ainda, que o Direito Internacional Privado discute a existência jurídica de um terceiro nível de ordem pública. Seria hoje possível conceber uma generalidade de princípios que são reconhecidos e defendidos pela totalidade ou pela maioria dos integrantes da comunidade internacional? Tais valores de caráter imperativo e que supostamente seriam consenso na comunidade internacional consubstanciarão aquilo que se pode chamar de ordem pública transnacional ou ordem pública verdadeiramente internacional. DOLINGER, Jacob. A evolução da ordem pública no direito internacional privado. Rio de Janeiro : Luna, 1979, p. 247: “É a ordem pública que comanda uma atitude uniforme de todos os membros componentes da sociedade internacional. Ordem pública esta que está latente em diversos tratados e organizações internacionais, especialmente aqueles que objetivam disciplinar a macro-economia internacional, que, se entregue ao *laissez faire* de cada um, levaria a humanidade a situações incontroláveis, em que os entendimentos político-militares seriam impotentes para evitar a eclosão de conflitos armados. É a grande, suprema, universal ordem pública, pela qual devem preocupar-se os governos de todos os Estados e membros de todas as nações da humanidade”. Para Jacob Dolinger, o “terceiro grau de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da Humanidade” In: DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 23, volume 90, abr./jun. 1996, p. 211. “A ordem pública mundial, ou verdadeiramente internacional, em vez de negativa, no sentido de invalidar cláusulas contratuais, impedir aplicação de leis designadas, recusar reconhecimento a sentenças estrangeiras, tem uma conotação positiva, um mandamento que visa a proteger valores que transcendem a jurisdição de um Estado, para zelar pela defesa de interesses que afetam outros povos, e às vezes o conserto das nações. Esta ordem pública é positiva porque pede às autoridades estatais que algo seja feito, visando a esses interesses maiores. Ela se manifesta de várias formas em diversos setores do

Se “por ordem pública de direito internacional privado pretende-se designar toda aquela base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para sobrevivência desse Estado”<sup>411</sup>, e tão-somente essa base fundamental e inarredável, os conceitos de ordem pública interna e internacional não têm a mesma extensão.<sup>412</sup> O conteúdo da ordem pública internacional é mais reduzido<sup>413</sup>, por isso, em que pese toda norma de ordem pública internacional seja uma norma de ordem pública interna, o oposto não é verdadeiro.<sup>414</sup> Diga-se,

---

direito". In: DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. **Revista dos Tribunais**, v. 828, p. 33, out./2004. Em que pese os indícios que corroboram a noção de uma ordem pública transnacional, comum às nações civilizadas pertencentes a uma mesma comunidade de nações, a mesma é tida por inócua para a doutrina mais conservadora, eis que a ordem pública seria a do foro, e tão-somente essa. Portanto, no estágio atual, aplica-se a noção de ordem pública internacional, vista anteriormente, para afastar os efeitos das leis, atos e sentenças de outro país. BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado elementar de direito internacional privado**. Volume II: parte especial – comentários aos arts. 7º. a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p.440-441.

<sup>409</sup> “*The mechanism of ordre public has a clearly negative function. It implies the rejection of some rules of a foreign lex causae because they are looked upon as contrary to basic principles of law and justice in the lex fori. In order to ‘keep the house clean’ some specific foreign rules are not admitted ; they are deemed contrary to the forum ‘public policy’ in a wide sense*”. EEK, Hilding. Peremptory norms and private international law. *Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law*, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 14.

<sup>410</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 93. O autor destaca o artigo 3º, II, e o artigo 4º, do Código Bustamante: “Art. 3º. Para o exercício dos direitos civis e para o gozo das garantias individuais idênticas, as leis e regras vigentes em cada Estado contratante consideram-se divididas nas três categorias seguintes: [...] II. As que obrigam por igual a todos os que reside no território, sejam ou não nacionais, - denominadas territoriais, locais ou de ordem pública internacional; [...]”, e “Art. 4º. Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”.

<sup>411</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5ª. edição. São Paulo: LTr, 2003, p. 431.

<sup>412</sup> WEISS, André. **Manuel de droit international privé**. 7. edição, revista e atualizada. Paris : Recueil Sirey, 1914, p. 378-379.

<sup>413</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1960, p.80. Sobre a restrição do conceito da ordem pública, vide FADLALLAH, Ibrahim. L’ordre public dans les sentences arbitrales. **Recueil des cours : collected courses of the Hague Academy of International Law**, tomo 249, ano 1994, p. 390-392.

<sup>414</sup> WEISS, André. **Manuel de droit international privé**. 7ª. edição, revista e atualizada. Paris : Recueil Sirey, 1914, p. 378-379. Ilustrativa a analogia de Ricardo Ramalho Almeida, segundo o qual “[...] a ordem pública interna e a ordem pública

porém, que tanto a ordem pública interna quanto a ordem pública internacional têm a mesma origem nacional, fundamentada no interesse geral da sociedade organizada.<sup>415</sup> Somente o próprio Estado de forma autônoma (expressão da própria sociedade sob sua forma organizada) pode estabelecer o conteúdo e quais são os princípios que norteiam a vida social naquela comunidade.<sup>416</sup> Os motivos pelos quais é recusada a "imitação" do uso jurídico estrangeiro são exclusivamente locais.<sup>417</sup>

Quando a ofensa decorre de fato exógeno ao ordenamento, é o plano da eficácia o afetado, eis que se suprimirão os efeitos que a lei, ato ou sentença de outro país produziram no foro. Não há uma comparação entre os direitos e seu conteúdo, mas sim, quanto aos efeitos potenciais de sua aplicação no ordenamento jurídico.<sup>418</sup> Daí a ofensa à ordem pública não poder ser tomada como abstrata. Somente proceder-se-á à aplicação da exceção de ordem pública quando os efeitos potenciais das leis, atos e sentenças de outro país forem gravemente agredir os valores essenciais do foro.<sup>419</sup> Trata-se de

---

internacional seriam graficamente representadas por dois círculos concêntricos. Ainda que possa parecer estranho à primeira vista, o círculo maior, exterior, seria o da ordem pública interna ao passo que o círculo menor, contido no maior, seria o da ordem pública internacional. Tratar-se-ia [...] do 'núcleo duro' da ordem pública". In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coordenador). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

<sup>415</sup> DOLINGER, Jacob. **Ordem pública mundial**: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 23, volume 90, abr./jun. 1996, p. 208.

<sup>416</sup> BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. **Recueil des cours** : collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 239, ano 1993, p.24.

<sup>417</sup> CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5ª. edição, aumentada e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.287.

<sup>418</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 227.

<sup>419</sup> Negi Calixto sugere que na exceção "o juiz pode afastar a lei estrangeira, como substituí-la pela *lex fori*", sendo seu papel de fundamental relevância. CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**, vol. 4, p. 1399, jun./2011. Vide, também, CALIXTO, Negi. **Ordem**

"equação momentânea para um fato que exigiu a solução pelo Direito Internacional Privado".<sup>420</sup>

Uma breve análise da legislação brasileira sobre direito internacional privado, influenciada essencialmente pelo método clássico (tradicional) da composição do conflito de leis no espaço por meio das regras de conflito tradicionais, indicativas do direito material aplicável ao caso internacional privado, mostra a exceção de ordem pública como clássico limitador da aplicação do direito estrangeiro.

Nas fontes internas, não se pode deixar de mencionar a cláusula geral que insere a noção de ordem pública, legislativamente, no direito internacional privado pátrio contemporâneo, estabelecida no artigo 17 da Lei de Introdução, segundo o qual as "leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".<sup>421</sup> Todavia, o juiz, ao afastar o efeito da lei estrangeira, termina por aplicar a *lex fori*.<sup>422</sup>

Nas fontes internacionais, a reserva de ordem pública é destacada no Código Bustamante (Convenção de Havana sobre Direito Internacional Privado de 1928, Decreto nº 18.871/29), cujo artigo 1º, dispõe que o "Estado contratante pode, por motivo de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros". Ademais, de acordo com o artigo 8º, "os direitos adquiridos segundo as regras deste Código têm plena

---

**pública:** exceção à eficácia do direito estrangeiro. Curitiba: Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. 75 p.

<sup>420</sup> CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**, vol. 4, p. 1399, jun./2011.

<sup>421</sup> BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 264. RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 11ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 181.

<sup>422</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 346.

eficácia extraterritorial nos Estados contratantes, salvo se se opuser a algum dos seus efeitos ou conseqüências uma regra de ordem pública internacional". O artigo 3º busca, inclusive, ressaltar uma distinção entre ordem pública interna (as normas que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade e que as seguem, ainda que se mudem para outro país) e ordem pública internacional (as normas que obrigam por igual a todos os que residem no território, sejam ou não nacionais), dentre as quais estariam as normas constitucionais (artigo 4º), as de proteção individual ou coletiva, os direitos políticos e administrativos (artigo 5º). No âmbito do Mercosul, o Protocolo sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Las Leñas, 1992) (Decreto nº 2.067/96) prevê a exceção de ordem pública no artigo 8º e no artigo 20, "f".

Considerando, ademais, as regras de processo civil internacional presentes no ordenamento jurídico brasileiro, é possível identificar remissões expressas à noção de ordem pública. O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), no artigo 483, parágrafo único, remete à regulamentação da matéria pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que determinava no artigo 216 que não seria homologada sentença que ofendesse "a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, atribuindo atualmente ao Superior Tribunal de Justiça a competência para homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (artigo 105, inciso I, alínea "i", da Constituição Federal), deve ser interpretado o artigo supracitado como fazendo referência ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, editou a Resolução

nº 09, de 04 de maio de 2005,<sup>423</sup> para dispor transitoriamente (até que o Plenário da Corte aprove disposições regimentais específicas) sobre as regras da competência acrescida ao tribunal pela Emenda Constitucional nº 45/2004. No artigo 6º normatiza que “não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”.<sup>424</sup>

Como se pode perceber, a ordem pública é “noção indeterminada”,<sup>425</sup> cláusula aberta<sup>426</sup> do sistema de direito internacional privado que autoriza o intérprete a concretizá-la caso a caso, na defesa dos valores do foro.<sup>427</sup> Vê-se, pois, que a ordem pública como limitadora da aplicação do direito estrangeiro e da homologação de sentença

---

<sup>423</sup> Republicada no Diário de Justiça de 10 de maio de 2005, página 163, Seção I, por ter saído com incorreção no original, no Diário de Justiça de 06 de maio de 2005, página 154, Seção I.

<sup>424</sup> A Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/96), por sua vez, estatui em seu artigo 39, inciso II, que será denegado o reconhecimento e homologação de sentença arbitral estrangeira se o Supremo Tribunal Federal (atualmente leia-se Superior Tribunal de Justiça) constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional. Na Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque de 1958, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.311/2002) o artigo V, 2, “b”, estabelece que a autoridade competente poderá recusar reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira contrária à ordem pública. Semelhante norma está prevista no artigo 5º, II, “b”, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.902/96. Cite-se, ainda como exemplo, a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Uruguai, 1979), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.411/97, e seu artigo 2º, “h”. Sobre as críticas ao uso da nomenclatura ordem pública “nacional”, vide SOUZA JR., Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999, p.422.

<sup>425</sup> BUCHER, Andreas. L’ordre public et le but social des lois. **Recueil des cours** : collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 239, ano 1993, p. 25.

<sup>426</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, volume 18, 2000, pp. 221-228.

<sup>427</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em certa oportunidade, afirmou que são normas de ordem pública: as constitucionais, as administrativas, as processuais, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam da organização da família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bem). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEC 802/US, Relator Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 17/08/2005, DJ 19/09/2005.

estrangeira é plenamente aplicável no ordenamento jurídico brasileiro e reconhecidamente aceita pela comunidade internacional. Como se percebe, em nenhum diploma legal há a definição precisa da ordem pública, ou mesmo seu conteúdo. Isso é reflexo da dificuldade, quase impossibilidade, de uma definição legal.<sup>428</sup>

A dificuldade em definir com precisão a ordem pública, bem como em estabelecer a extensão do conteúdo pleno desse conceito, deixa ao aplicador da lei, a cada caso, a árdua tarefa de perceber se a ordem pública do foro está sendo ou não ofendida. Essa indefinição levou a doutrina a afirmar que não há de se apreender *in abstracto* esse núcleo essencial, sequer formular qualquer *standard* legal que informe o conteúdo da ordem pública.<sup>429</sup> Quando acolhe/invoca o argumento de ofensa à ordem pública “o juiz declara que a ordem social do foro seria gravemente ofendida se se reproduzisse esse uso jurídico recomendado”<sup>430</sup>.<sup>431</sup>

---

<sup>428</sup> BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 262.

<sup>429</sup> CASTRO, Amilcar de. **Direito internacional privado**. 5ª. edição. Aumentada e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.277 e 281.

<sup>430</sup> CASTRO, Amilcar de. **Direito internacional privado**. 5ª. edição, aumentada e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 278 e 283.

<sup>431</sup> Discutidos, na doutrina e jurisprudência, são os casos de dívidas de jogo contraídas em cassinos situados em países nos quais a prática é lícita. Considerando que no direito brasileiro explorar jogos de azar constitui uma contravenção penal (art. 50 do Decreto-lei 3.688/41) e sua cobrança é inexigível, conforme prevê o art. 814 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), os tribunais se defrontaram especialmente com pedidos de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias para citação de indivíduos em ações de cobrança de dívidas contraídas em cassinos no exterior, onde o jogo é lícito. Por outro lado, nosso mesmo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) rejeita o enriquecimento sem causa (artigo 884) e preza pela boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422). A questão era decidida pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal monocraticamente, que indeferiam o *exequatur* às cartas rogatórias de citação por ofensa à ordem pública (vide STF, AgRg na CR 10416, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 21/11/2003, DJ 28/11/2003). Apenas durante a administração do Ministro Marco Aurélio havia o entendimento de que não havia qualquer ofensa à ordem pública (vide STF, CR 10415, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 11/12/2002, DJ 03/02/2003). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao se manifestar em relação à concessão de *exequatur* para citação de réu domiciliado no

Desse modo, a exceção de ordem pública (eficácia negativa do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) pode corrigir a regra de conflito bilateral quando o resultado da sua aplicação apontar para a aplicação de um direito material cujo conteúdo não consagra, de forma plena, a proteção dos vulneráveis inserida na Constituição Federal de 1988, consectário da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.<sup>432</sup>

Assim, a exceção de ordem pública é o limite universalmente admitido ao método conflitual bilateral clássico do direito internacional privado, porquanto obsta o reconhecimento de sentenças estrangeiras, de atos estrangeiros e a aplicação do direito estrangeiro. Embora seja um reconhecimento do direito do Estado de proteger os seus princípios e valores, trata-se de um conceito vago, de difícil definição material.

De outra sorte, despontaram no direito internacional privado, nas últimas décadas, normas chamadas imperativas, que operando de forma diversa da exceção de ordem pública (cujo efeito preponderante é negativo), clamam por aplicação imediata, direta, impositiva (cujo efeito preponderante é positivo).

---

Brasil para responder ação de cobrança de dívida de jogo contraída em cassino de Nova Jérsei, nos Estados Unidos, não identificou ofensa à ordem pública.<sup>431</sup> No voto condutor, o Ministro Humberto Gomes de Barros reafirmou o fundamento do pedido no princípio da cooperação internacional e da tutela efetiva dos direitos, e que a diferença entre os direitos (ou "se a ação que corre no Judiciário rogante teria pedido julgado procedente segundo nosso direito interno") não é motivo suficiente para negar eficácia ao ato.

<sup>432</sup> Para Fausto Pocar, « *L' intervention de l'ordre public peut conduire ainsi à une solution protectrice de la partie faible, en corrigeant le fonctionnement du rattachement à la loi désignée par la règle de conflit. Afin qu'un tel résultat puisse se produire, il faut cependant que la loi du for regarde comme principe d'ordre public la protection de la partie faible ; il s'ensuit qu'il ne peut se produire qu'à propos des contrats pour lesquels cette protection est prévue. Il s'agit donc d'un correctif de la règle de conflit qui, tout en pouvant jouer un rôle important, n'est pas susceptible de résoudre n'importe quelle situation caractérisée par le besoin de protection d'une partie. Encore, faut-il souligner que l'intervention de l'ordre public dépend des principes auxquels s'inspire le système juridique du for; il ne peut donc jouer aucun rôle si on ne peut pas dégager, du système du juge saisi, l'existence de principes de protection de la partie faible* ». POCAR, Fausto. *La protection de la partie faible en Droit International Privé. Recueil des cours*: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 397.

Talvez Phocion Franceskakis, sem a intenção de utilizar um neologismo na ocasião em que suscitou o termo *lois d'application immédiate* (leis de aplicação imediata)<sup>433</sup> tenha aberto uma “caixa de Pandora”, da qual decorreu uma profusão de escritos incertos.<sup>434</sup> As dificuldades na identificação técnico-jurídica da nomenclatura mais adequada assertivamente para o problema que se enfrenta foram deflagradas anteriormente pela doutrina. Entretanto, não se pode olvidar que a ciência jurídica contemporânea abdica da estrita compartimentalização do conhecimento para adaptar-se a propostas interdisciplinares e que tendem a resolver adequadamente, em concreto, as relações jurídicas mais complexas.

As normas de aplicação imediata tratam-se de normas cuja natureza material é autolimitada<sup>435</sup> e que, no território do Estado, claramariam por exclusividade por sua “particular intensidade valorativa”, independentemente da indicação pelas regras de conflito. As normas de aplicação imediata têm conteúdo de direito público, porque encerram um “caráter intervencionista” de imposição de prevalência sobre o direito estrangeiro,<sup>436</sup> nas relações privadas internacionais.

---

<sup>433</sup> FRANCESKAKIS, Phocion. *Lois d'application immédiate et droit du travail*. **Revue critique de droit international privé**, nº 63, pp. 273-296.

<sup>434</sup> LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, ano 1977, volume II, p. 120.

<sup>435</sup> AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois*. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 250.

<sup>436</sup> SANTOS, António Marques dos. *Dirito internacional privado*. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49 : « As normas de aplicação imediata são regras de direito material, especialmente autolimitadas, dotadas de uma particular intensidade valorativa (A. Malintropi), que definem de modo autônomo o seu âmbito de aplicação no espaço, através de regras de conflitos unilaterais ad hoc, independentemente daquele que é traçado pelo sistema geral de regras de conflitos de leis, de modo a prosseguirem as suas finalidades específicas de caráter intervencionista, e que têm precedência absoluta relativamente à lei estrangeira designada pelo sistema conflitual geral, sendo, por conseguinte, normas internacionalmente imperativas ou de aplicação necessária, como também são designadas”.

Um ponto de partida para definição da extensão do conceito de norma de aplicação imediata em direito internacional privado se pode extrair do tema tal qual tratado em direito civil.<sup>437</sup> Na teoria dos contratos, apresenta-se a legislação como fonte do conteúdo contratual, seja supletivamente ou imperativamente (divisão funcional).<sup>438</sup>

As primeiras, normas supletivas, integram as obrigações de forma subsidiária em relação à vontade das partes, ou seja, inexistindo manifestação ou regramento voluntário no ponto, naquele aspecto da relação jurídico exsurge a norma posta pela legislação, preenchendo a lacuna deixada pelo particular. Supre-se a omissão dos contratantes com disposições legais de conteúdo de direito privado. A importância de referidos dispositivos legais está no fato de que muitas vezes as partes não preveem determinada hipótese ou, por conhecerem o preceito legal, anteveem sua aplicação e dispensam a determinação específica por sua vontade<sup>439</sup>. Podem, portanto, tais normas ser afastadas expressamente pelas partes, desde que estipulem cláusulas que versem sobre os aspectos regulados por esse tipo legal.<sup>440</sup>

As segundas, ditas normas imperativas, tratam-se de normas que compõem a concretização infraconstitucional da ordem pública constitucional, que como tal, não pode ser derogada ou afastada por particulares, eis que constituem preceitos que conformam

---

<sup>437</sup> A proposta de tomar as definições do direito privado (direito civil) para estabelecer o conceito de norma imperativa (ou peremptória) pode ser verificada em EEK, Hilding. *Peremptory norms and private international law. Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law*, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 10.

<sup>438</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 187-194.

<sup>439</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 187.

<sup>440</sup> Note-se que, via de regra, as normas de caráter supletivo da vontade das partes enquanto fonte do conteúdo contratual apresentam expressões tais quais "salvo disposição em contrário", "se assim não dispuserem as partes", as quais deixam claro o intento do legislador em garantir o espaço de autonomia privada às partes para livremente disporem sobre tais aspectos do regramento contratual.

parâmetros de justiça e utilidade aos institutos privatísticos. Não se olvida que há no ordenamento jurídico um conjunto de regras e princípios que não podem ser afastados por acordos privados, refletido no brocardo romano *jus publicum privatorum pactis derogare non potest*.<sup>441</sup> No plano interno,<sup>442</sup> essas normas atuam como princípio limitador da vontade das partes, em determinados aspectos da vida privada.<sup>443</sup> Tal a disposição se encontra no artigo 166, inciso VI, do Código Civil, segundo o qual “é nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa”.<sup>444</sup> Ou seja, normas que funcionalizam os institutos do direito privado, para utilizar a expressão do artigo 421 do Código Civil. Individualizam, pois, aspectos da ordem pública constitucional e clamam por aplicação imediata por imperiosas ao “programa constitucional”<sup>445, 446</sup>

---

<sup>441</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5ª. edição. São Paulo: LTr, 2003, p. 431.

<sup>442</sup> Daí Ricardo Almeida identificar que “no direito civil, a noção de ordem pública como reserva da lei foi construída por contraste e oposição, [...] em face de outro princípio, o da autonomia da vontade, e seu principal corolário, a liberdade contratual” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coordenador). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130).

<sup>443</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 6ª. edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 385.

<sup>444</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas imperativas de direito internacional privado**. Curitiba: Fórum, 2007.

<sup>445</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coordenadores), **Direito civil**: atualidades, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 118.

<sup>446</sup> GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, p. 36 : “L'évolution du rôle de l'Etat et le développement considérable de l'ordre public, économique et social ont amené aujourd'hui à distinguer, sur ce terrain, entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Ce dernier vise à la protection de catégories de contractants se trouvant dans une position d'infériorité telle que l'exercice de leur volonté ne garantit plus la justice contractuelle, par l'exemple les salariés. En revanche, l'ordre public de direction ne vise pas à protéger une catégorie de personnes, mais à imposer une certaine conception de l'intérêt général, de l'utilité publique, par exemple la réglementation des changes ou de la monnaie nationale. Ainsi, les règles de l'ordre public économique et social pourraient être rattachées à l'utile lorsqu'il s'agit de direction, et au juste, lorsqu'il s'agit de protection”.

Pode-se dizer que se tratam de normas de intervenção positiva do Estado,<sup>447</sup> especialmente no aspecto econômico<sup>448</sup>, mas também na tutela dos direitos fundamentais ou na concreção das políticas fundamentais entabuladas na Constituição. Inserem-se neste âmbito mesmo as normas protetivas ao trabalhador (Direito do Trabalho), ao consumidor (Direito do Consumidor)<sup>449</sup> e à liberdade de

---

<sup>447</sup> “Los fundamentos actuales de la cooperación jurídica internacional no pueden cifrarse en la tradicional consideración de la obligación, más o menos natural, que tendrían los Estados de prestarse asistencia mutua (obligación habitualmente ligada a la exigencia de reciprocidad). Hoy en día la internacionalización de la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquéllas frente a las situaciones privadas internacionales. El derecho de los particulares a ser tutelados judicialmente de manera efectiva va transformando en obligatorias las actitudes estatales otrora realizadas con una cierta espontaneidad”. In: ARROYO, Diego P. Fernández. El derecho internacional privado en el inicio Del siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 99.

<sup>448</sup> LALIVE, Pierre. Tendences et méthodes en droit international privé (cours général). **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, ano 1977, volume II, p. 120.

<sup>449</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114. No sentido do Código de Defesa do Consumidor como norma de aplicação imediata, mister referir ao caso Panasonic: “Trata-se de ação rescisória proposta pela PANASONIC DO BRASIL LTDA, buscando desconstituir acórdão da egrégia Quarta Turma deste Superior Tribunal, proferido nos autos da ação proposta por PLÍNIO GUSTAVO PRADO GARCIA, em causa própria, cujo pedido visou a responsabilização da empresa por defeito apresentado em uma máquina filmadora, produto por ele adquirido em Miami, nos Estados Unidos da América, o qual não foi solucionado pela representante da multinacional no Brasil. Embasa-se a autora no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, afirmando violação aos artigos 3º e 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta, em síntese, a inexistência de nexos causal a justificar a sua condenação ao pagamento de indenização, uma vez que não foi ela a responsável pela colocação do produto no mercado, o qual foi adquirido no exterior, não se enquadrando, portanto, no conceito de fornecedora do produto, nos termos do artigo 3º do código consumerista. Após voto do relator no sentido de não conhecer do recurso especial, para afastar a responsabilidade solidária e a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira inaugurou dissidência, no que foi acompanhado pela maioria, para reconhecer o direito do autor à reparação. Na oportunidade, expendeu as seguintes considerações: “(...), tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade. Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1.850, e o Código Civil, de 1916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade de nossos dias. Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis

mercado (Direito da Econômico e da Concorrência).<sup>450</sup>

Se é possível identificar, de pronto, a diferença essencial entre os institutos da ordem pública e das normas de aplicação imediata,<sup>451</sup> enquanto a ordem pública funciona após a aplicação da

---

*de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e do mercado consumidor que representa o nosso País. O mercado consumidor, não se pode negar, vê-se hoje, 'bombardeado' por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida 'Panasonic do Brasil Ltda' da marca mundialmente conhecida 'Panasonic'. Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem, uma e outra, arcar igualmente com as conseqüências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as conseqüências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto. Claro que há, nos casos concretos, situações a ponderar. In casu, todavia, as circunstâncias favorecem o consumidor, pelo que tenho por violado o direito nacional invocado, conhecendo do recurso e, com renovada vênia, lhe dando provimento." Como cediço, somente se justifica a rescisão baseada no artigo 485, V, do Código de Processo Civil quando a lei é ofendida em sua literalidade, ensejando exegese absurda, não quando é escolhida uma interpretação dentre outras também possíveis (cf., REsp. n.º 168.836/CE, relator Ministro Ademar Maciel, DJ 1/2/1999). [...] Ante o exposto, julgo improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e, se for o caso, nos termos dos artigos 488, II, e 494, in fine, do Cód. Pr. Civil, à perda do depósito feito a título de multa". (Superior Tribunal de Justiça. AR 2.931/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 425)*

<sup>450</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 250.

<sup>451</sup> "Le problème est d'autant plus délicat que la terminologie utilisée est flottante. On parle de lois d'application nécessaire, de loi d'« application impérative », de « lois d'application immédiate », quelquefois de lois de droit public ou de lois d'« ordre public ». Or, toutes ces appellations ne se recoupent pas toujours. On écartera, d'abord, moyennant quelques précisions l'appellation de lois d'« ordre public ». En droit international privé, la notion d'ordre public désigne le mécanisme qui permet au juge du for d'évincer la loi étrangère normalement compétente en raison de sa contrariété avec les principes fondamentaux du for. Elle présuppose la mise en œuvre préalable du procédé conflictuel dont elle rectifie a posteriori le résultat. Or, le propre de la loi de police est d'intervenir directement sans qu'il y ait lieu de faire jouer la règle de conflit. Assimiler l'ordre public aux lois de police serait le transformer en circonstance de rattachement. Il reste cependant que les considérations d'ordre public au sens large sont présentes dans les lois que l'on a coutume de considérer comme lois de police. Il en est ainsi des lois relatives à l'organisation de la concurrence, de celles du travail, de celles qui régissent les procédures collectives ou encore de la plupart de celles qui

regra conflitual tradicional como um limite à aplicação do direito estrangeiro identificado, as normas de aplicação imediata operam antes do “jogo da regra de conflito”<sup>452</sup> para “descartar” uma lei estrangeira potencialmente indicada como aplicável.<sup>453</sup> Nesse sentido, importante distinção é apontada por Erik Jayme: se, de um lado, a noção de ordem pública tem fim abstrato, a saber, a proteção dos valores essenciais do foro, de outro, as normas de aplicação imediata (“*dispositions imperatives*”) têm fins específicos, e se submetem, via de consequência, a regimes jurídicos distintos (“*Les dispositions imperatives suivent un régime à part*”).<sup>454</sup>

Inicialmente, mister salientar que o direito internacional privado brasileiro sustenta-se, ainda, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-lei nº 4.657/42, avesso às modificações sociais ocorridas nas últimas décadas, com um aumento significativo nas relações havidas internacionalmente entre particulares.

---

*concernent la protection des consommateurs. Si les lois de police sont aussi des lois d'ordre public, toutes les lois d'ordre public ne sont pas des lois de police.* ». In : MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 216-217.

<sup>452</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la ‘crise’ des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 250.

<sup>453</sup> NORD, Nicolas. **Ordre public et lois de police em droit international prive**. These pour le doctorat em droit. Universite Robert Schuman Strasbourg III. Strasbourg: 2003, p. 01. ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 4ª. edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109: “A diferença entre ordem pública e norma de aplicação imediata foi bastante discutida pela doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de lei. Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicá-la ara solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esse respeito. Já as regras consideradas como de aplicação imediata (*lois de police*) são aquelas cujo conjunto é considerado como do domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Dispensa a mediação normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço”.

<sup>454</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 225.

Assim, as normas de direito internacional privado brasileiras não fazem menção expressa ao instituto das normas de aplicação imediata. Atêm-se à noção de ordem pública, tão somente.

Nas fontes internacionais, a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V, México, 1994), apesar de não ter entrado em vigor no ordenamento nacional, prevê a aplicabilidade das normas imperativas do foro, e mesmo das normas imperativas do direito indicado como aplicável pelas regras conflituais de direito internacional privado ou pela autonomia da vontade. É o caso do artigo 11: "Não obstante o disposto nos artigos anteriores aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quanto revestirem caráter imperativo. Ficará à discrição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreito".

Em que pese inaplicável no Brasil, porquanto trata de normativa comunitária europeia, não há como deixar de relatar a previsão positivada da existência de normas de aplicação imediata em direito internacional privado na Convenção de Roma de 1980 (Convenção 80/934/CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais). O artigo 3.3. dispôs que a autonomia da vontade das partes contratantes, no que diz respeito à escolha da lei aplicável ao contrato (solução do conflito de leis no espaço) não é suficiente para afastar as "disposições imperativas" (disposições "não derogáveis") de ordenamento jurídico com estreito vínculo com o caso (na expressão da Convenção, "sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha").<sup>455</sup> Deve ser

---

<sup>455</sup> Outras disposições da Convenção de Roma de 1980 mencionam as normas de aplicação imediata: 5. 2. Não obstante o disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência

transcrito, ademais, o artigo 7.1.: “Ao aplicar-se, por força da presente convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o direito deste último país, essas disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação”. Complementa o artigo 7.2, que “o disposto na presente convenção não pode prejudicar a aplicação das regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato”. Já o artigo 16 trata, especificamente, da ordem pública, conferindo a ela e ao instituto das normas de aplicação imediata tratamento jurídico diverso: “A aplicação de uma disposição da lei designada pela presente convenção só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”.

Constata-se uma utilização crescente das normas imperativas como forma de proteção do vulnerável.<sup>456</sup> O objetivo da

---

habitual: - se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato ou - se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país ou - se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar. Artigo 6º Contrato individual de trabalho 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho, não pode ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na falta de escolha, por força do nº 2 do presente artigo.

<sup>456</sup> *"Un autre facteur de complication doit également être relevé. Il tient au recours croissant aux lois de police. Ces lois qui revendiquent leur application immédiate peuvent avoir comme finalité directe ou indirecte la protection de la partie faible. Historiquement, c'est d'ailleurs à travers de telles lois que le droit international privé a assuré la protection des salariés avant que n'émerge une règle spécifique de conflit largement inspirée des considérations à l'origine de la loi de police."* In: MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague

norma é o "*favor personae*".<sup>457</sup>

*Dans Le développement récent Du droit international privé émergent fréquemment des règles de conflit qui utilisent le terme de la loi la plus favorable à une partie. Je prends comme exemple la proposition d'une directive communautaire 'relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services' du 16 juin 1993. Selon son article 3 les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, le travailleur ne soit pas privé du bénéfice des conditions de travail et d'emploi en vigueur pour un travail de même nature sur le lieu où le travail est exécuté à titre temporaire. LE paragraphe 3 de article dit : 'les dispositions du paragraphe 1 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs prévues par la législation applicable'. Ces règles, tendant à protéger une partie considérée faible comme les travailleurs, présupposent une comparaison entre deux lois, par exemple entre la loi applicable à la relation de travail et la loi du lieu du travail temporaire.*<sup>458</sup>

Assim, a teoria das normas de aplicação imediata, de alguma forma, consagram um "retorno ao método unilateralista", à sombra das teorias estatutárias, pois não se trata de analisar a lei aplicável à relação a partir do ponto de vista da relação jurídica, mas sim a lei aplicável a partir da análise da própria lei, se ela autoregulamenta seus efeitos e "exige" sua aplicação ainda que para fatos ocorridos fora do território do Estado e em qualquer caso.<sup>459</sup>

Logo, as normas de aplicação imediata operam antes das regras de conflito do direito internacional privado e impõem-se *per se*,

---

Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 164.

<sup>457</sup> LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours gèneral de droit international prive. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, p. 32.

<sup>458</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 122.

<sup>459</sup> AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 251.

independentemente da aplicação da regra conflitual tradicional e de seu apontamento como a *lex causae*. O desenvolvimento do papel social do Estado pode ser apontado nessa edição de um conjunto de normas que dispensam, por assim dizer, o jogo das regras de conflito, autolimitando seu campo de atuação em exclusão da aplicação das regras de conflito (*lois de police* ou "*lois dite d'application immédiate*"). Manifestando-se, de forma mais incisiva, o Estado nas relações privadas, a ampliação material das *lois de police* ou "*lois dite d'application immédiate*", dependendo da forma em que desenvolvida, provoca, inequivocamente, uma diminuição do papel das regras de conflito, a ponto de relegá-las a papel "residual".<sup>460</sup>

Ressalte-se que, para ser aplicado no foro, o direito estrangeiro não precisa ser idêntico ao direito do foro, basta que não afronte decisivamente a ordem pública do foro. Daí que "pode-se tolerar, entre as leis respectivas, certa margem de diferença, mas que tem seus limites".<sup>461</sup> A ordem pública internacional, portanto, manifesta-se quando afasta a aplicação da lei estrangeira indicada como aplicável ao caso pela regra típica de Direito Internacional Privado, bem como impede o reconhecimento de atos perfectibilizados no exterior, sempre em caso de ofensa grave.

Quando se depara com uma lei, ato ou sentença estrangeira, realizar o exame da exceção de ordem pública é dever do juiz do foro, afinal, proteger os valores máximos de justiça do foro é atribuição sua no julgamento do caso concreto, e subscrever atentado a tais princípios norteadores seria trair sua própria investidura. Quando se depara com um caso que envolva questão de interesse de Estado, que suscite uma

---

<sup>460</sup> BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 83.

<sup>461</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado elementar de direito internacional privado**. Volume II: parte especial – comentários aos arts. 7º. a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p.432-433.

norma de aplicação imediata do foro, deve invocar a *lex fori* e dar-lhe eficácia plena. Essa excepcionalidade, que diferencia o clássico instituto da ordem pública das “normas de aplicação imediata”<sup>462</sup>, encontra amparo na expressão de Haroldo Valladão, que determina, com precisão, que “sendo um limite, a ordem pública afastará apenas o preceito absolutamente incompatível com o direito do foro”.<sup>463</sup> Portanto, sustenta-se a idéia de que a ofensa à ordem pública deve ser manifesta para ensejar a exceção. Conforme Erik Jayme, atualmente o exame da ordem pública deve ser realizado em duas fases: na primeira, devem ser comparados os efeitos potenciais das leis em conflito; na segunda, se deve verificar a ligação estreita ou não com o foro.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 224-225. A expressão teria sido cunhada por Francescakis. Relaciona-se ao conceito de “ordem pública positiva”. Há uma tendência em separar a regulação da ordem pública internacional e das leis ou normas de aplicação imediata. A ordem pública “[...] não é a única maneira de se impedir a utilização da norma estrangeira designada pela regra de conexão. Há situações em que o interesse de proteção estatal é de tal ordem que há normas imperativas ou de aplicação imediata – lois de police – impedindo o uso da lei estrangeira. São normas que se caracterizam por serem de aplicação obrigatória, usadas em situações internacionais sujeitas a um direito estrangeiro, sendo controvertido o sentido, o alcance e o limite de sua intromissão. Portanto, independentemente do sistema geral de normas de conflito de leis do país, serão estas utilizadas diretamente. A diferença entre ordem pública e norma de aplicação imediata foi bastante discutida pela doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de leis. Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicá-la para solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esse respeito. Já as regras consideradas como de aplicação imediata (lois de police) são aquelas cujo conjunto é considerado como do domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Dispensa a mediação normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço” (ARAÚJO, Nádia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 4ª. edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 107-108).

<sup>463</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos**. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 505.

<sup>464</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 227.

Deve haver algum vínculo substancial <sup>465</sup> do fundo do litígio com o ordenamento do foro para ser suscitada a exceção de ordem pública, de modo que sem esse vínculo forte, como nas relações que surgiram e se desenvolveram sob a tutela de outros ordenamentos, e que tiveram contato com o foro tão somente ao final de tudo, não há se aplicar o direito local. Há exigência de laços firmes da causa com o foro para ensejar a aplicação da exceção de ordem pública. <sup>466</sup> O juiz do foro deve sopesar a influência do foro no caso concreto, e sua repercussão, para aplicar a ordem pública ou mesmo normas de aplicação imediata. Ou seja, diante de situação determinada da vida internacional, pode o juiz do foro deixar de aplicar a exceção de ordem pública por considerá-la, *in casu*, irrelevante. <sup>467</sup>

O conflito cultural da pós-modernidade, <sup>468</sup> o qual terminou por dar ênfase à excepcionalidade da ordem pública, termina por flexibilizar sua aplicação com o reconhecimento parcial de julgados, com a valoração da repercussão do fundo do litígio no foro (ordem pública de proximidade)<sup>469</sup> e, por fim, com a renúncia à defesa do foro com base nos princípios consagrados na comunidade internacional, se assim for o caso.<sup>470</sup>

A palavra, em ambos os casos, é cautela: de um lado, uma aplicação “irrestrita” da ordem pública, e especialmente de supostas

---

<sup>465</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 11ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 181.

<sup>466</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, p. 228.

<sup>467</sup> NAÓN, Horacio A. Grigera. Orden público y arbitraje. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998, p. 82.

<sup>468</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995.

<sup>469</sup> CALDERÓN, Silvio Javier Batello. **El orden publico en el derecho internacional privado del mercosur**. Córdoba: Advocatus, 2012, p. 35.

<sup>470</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5ª. edição. São Paulo: LTr, 2003, p. 439.

normas de aplicação imediata, significa a própria “negação” do Direito Internacional Privado, implicando na aplicação irrestrita da *lex fori*<sup>471</sup>; de outro, um afastamento irrestrito da ordem pública ou de normas de aplicação imediata significa a “corrosão do sistema jurídico interno”, com a violação sistemática de seus valores mais essenciais,<sup>472</sup> mesmo porque não necessariamente a *lex fori* é a mais favorável ao vulnerável, daí sua inadequação para atingir a finalidade almejada.

Os institutos analisados não podem se tornar em panacéia<sup>473</sup>, pois se trata de sistema de refutação gravoso, que se apresenta como um elemento perturbador do direito internacional privado e da justa expectativa de aplicação do direito estrangeiro ou reconhecimento de direito adquirido no estrangeiro, e sua utilização deve dar-se com parcimônia.<sup>474</sup>

A ordem pública que funciona no Direito Internacional Privado como válvula de segurança poderá ser abusivamente utilizada por aqueles que resistem à aplicação da lei estrangeira por não assimilar adequadamente a noção de comunidade jurídica internacional. É preciso que o aplicador da lei se conscientize de que ao princípio da ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando absolutamente necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com os fundamentos do direito de cada grupo nacional. [...] A ordem pública internacional deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a

---

<sup>471</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 11ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 181.

<sup>472</sup> CAIVANO, Roque J. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998, p. 158.

<sup>473</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho internacional privado**: derecho de la tolerancia. 8ª. edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 155-156.

<sup>474</sup> BATIFFOL, Henri. **Traité élémentaire de droit international privé**. Paris: L.G.D.J., 1949, p. 374-375.

comunidade jurídica entre as nações, de construir a harmonia jurídica internacional e a segurança das relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados."<sup>475</sup>

### **3.3. A CONEXÃO MAIS FAVORÁVEL AO VULNERÁVEL COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

A regra de conflito bilateral apresenta a escolha de determinado ordenamento jurídico quanto à lei substancial aplicável ao caso. Tal ocorre pela previsão anterior da "escolha de um ponto de conexão", ou seja, pela determinação legislativa sobre qual elemento de conexão seria o mais adequado para a solução de determinado conflito. Essa escolha legislativa é, na verdade, "uma expressão das considerações fundamentais da lei do foro naquilo de concerne à realização da justiça",<sup>476</sup> afinal, "*los puntos de conexión contienen la indicación del derecho aplicable mediante una expresión variable, la cual se individualiza en atención a las particularidades del caso dado, enfocadas por aquélla*".<sup>477</sup>

Na medida em que se fala que o elemento de conexão é uma escolha do foro, legislativa, com vias de realizar em concreto a justiça, como fim último do direito, conforme sustentado anteriormente nessa

---

<sup>475</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 440.

<sup>476</sup> SCHWIND, Fritz. Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 187, v. 4, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 72.

<sup>477</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**: con especial consideración del de España y de la América Luso-Hispanica. 2ª edição. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952-1954, p. 317.

tese, não se pode falar apenas em uma justiça formal, mas em uma justiça material.<sup>478</sup> Note-se que nem mesmo a utilização de uma conexão aberta, como a propugnada por Paul Lagarde com fundamento no princípio da proximidade,<sup>479</sup> seria suficiente na concretização da melhor proteção ao vulnerável.

A efetividade da proteção da parte vulnerável nas relações privadas internacionais demanda o estabelecimento de um ou mais elementos de conexão na regra de conflito que estabeleçam objetivamente e apropriadamente sua proteção. Nesse sentido, sem abandonar o método conflitual, é possível propugnar conexões objetivas nas regras de conflito que tenham como objetivo a proteção do vulnerável. Assim, surgirá a discussão se qualquer elemento de conexão estabelecido *a priori* será suficiente para trazer em concreto a melhor proteção para o vulnerável.<sup>480</sup>

Como visto, a forma pela qual diferentes ordenamentos jurídicos têm procurado concretizar em direito internacional privado a proteção do vulnerável é por meio de uma evolução das regras de conflito, que se outrora privilegiavam uma conexão única, ora podem estabelecer conexões alternativas (pluralidade de conexões),<sup>481</sup> para

---

<sup>478</sup> SCHWIND, Fritz. Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 187, v. 4, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 72.

<sup>479</sup> LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 196, v. 1, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 29.

<sup>480</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 384.

<sup>481</sup> Interessante a classificação propugnada na obra de Werner Goldschmidt. Para o autor, em razão das características da conexão, as regras de conflito poderiam ser classificadas em: (i) de conexão não-cumulativa ou (ii) de conexão cumulativa. Dentre as primeiras, ter-se-ia as regras de conexão não-cumulativa simples, condicional subsidiária e condicional alternativa. Dentre as segundas, ter-se-ia as regras de conexão cumulativa iguais e desiguais. A regra de conexão não-cumulativa simples é a que apresenta apenas um elemento de conexão para indicação da lei substancial aplicável, como por exemplo, encontramos no artigo 7º, caput, da Lei de Introdução às

situações excepcionais,<sup>482</sup> como é o caso da proteção do vulnerável. Diga-se que a proposta brasileira para uma Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável às Relações Interamericanas de Consumo (CIDIP), em que pese seja extremamente bem-vinda e adequada ao momento atual,<sup>483</sup> resolve apenas parcialmente a questão. Primeiro, porque teria aplicação, caso adotada a CIDIP, apenas às relações de consumo realizadas entre consumidores e fornecedores localizados em Estados que façam parte da OEA. Segundo, porque a conexão alternativa

---

Normas do Direito Brasileiro; a regra de conexão não-cumulativa condicional subsidiária apresenta mais de um elemento de conexão, sendo o segundo elemento de conexão somente deve ser aplicado se a conexão principal não for bem sucedida, como ocorre no artigo 7º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; já a regra de conexão não-cumulativa condicional alternativa apresenta mais de um elemento de conexão, cuja escolha deve ser orientada por algum outro princípio, como o *favor legis*. Por fim, as regras de conexão cumulativa iguais determinam a aplicação de vários direitos para se chegar a uma solução do caso, ao passo que as regras de conflito de conexão cumulativa desiguais aplicam à questão um único direito. In: GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado: con especial consideración del de España y de la América Luso-Hispanica**. 2ª edição. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952-1954, p. 325 e ss.

<sup>482</sup> Alguns doutrinadores fazem menção a normas de conflito de caráter material. In: MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**, v. 315, ano 2005, p. 179.

<sup>483</sup> Vide os comentários de Eduardo Antônio Klausner. Segundo o autor, "a proposta apresentada pelo Brasil (CP/CAJP-2094/03 add. 3-a52), de autoria de Claudia Lima Marques, trata-se de um projeto de convenção sobre escolha do direito aplicável a transações de consumo internacionais nas Américas. Para tanto prevê regras específicas sobre a definição de consumidor e estabelece que o contrato de consumo, especialmente o concluído eletronicamente, deverá ser governado pela lei do país de domicílio do consumidor ou pela lei mais favorável ao consumidor, com exceção de alguns casos específicos cobertos por outros tratados internacionais, como os relativos a transportes e seguros. [...] A proposta brasileira, além de sua excepcional redação, tem também o mérito da brevidade. Será um pequeno tratado que, em poucos artigos, soluciona sem grande margem para dúvidas ou interpretações, o importante problema da lei aplicável às relações de consumo internacionais, propiciando que as decisões dos tribunais dos Estados-Partes sejam uniformes, dando segurança jurídica aos consumidores e fornecedores por ele beneficiados". In: KLAUSNER, Eduardo Antônio. Perspectivas para a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, nº 42, p. 59-76, jul./set. 2008. A proposta brasileira aposta na lei mais favorável ao consumidor. Para interessante comparação com a normativa comunitária europeia, vide MARIGHETTO, Andrea. A proteção dos consumidores no direito internacional privado: estudo comparativo sobre os atuais debates relativos à recente aprovação pela UE do regulamento (CE) 593 de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (civis e de consumo) e às propostas da CIDIP VII sobre a proteção interamericana dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 68, p. 117, out./2008. Sobre o regulamento (CE) 593 de 2008 vide, ainda, RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

limitada não garante a máxima proteção ao consumidor, pois o rol legislativo poderia não observar alguma conexão relevante. Terceiro, porque se restringe ao direito do consumidor e não cuida de outras situações de vulnerabilidade.

Conforme Alfred Overbeck, as regras conflituais que visam atingir um certo resultado material pré-disposto podem expressar conexões alternativas ou subsidiárias. Nas primeiras, conexões alternativas, os elementos de conexão postos na regra de conflito se sobrepõem, permitindo ao aplicador escolher dentre um ou outro, de modo a ampliar as hipóteses de atingir o resultado material esperado, seja ele a validade de um ato jurídico ou mesmo a proteção de um vulnerável. Nas segundas, conexões subsidiárias, o aplicador deverá começar por determinado elemento de conexão, e apenas caso o resultado não seja o esperado, deverá buscar a solução nas conexões posteriores.<sup>484</sup> Para Fausto Pocar:

*Dans la recherche d'un critère objectif de détermination de la loi applicable, efficace pour répondre au besoin de protection qui caractérise certains contrats, une tendance s'est manifestée qui tend à renverser le résultat auquel conduit le rattachement à la prestation caractéristique, à savoir l'application de la loi du contractant le plus fort, et à privilégier une référence à la loi propre du milieu socio-juridique dans lequel est insérée la partie faible même. Ce rattachement à la sphère juridique de la partie faible s'exprime en indiquant la loi du domicile ou de la résidence habituelle de celle-ci comme compétente pour régir les contrats qu'elle conclut avec un contractant qui agit dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle.*<sup>485</sup>

Todos esses exemplos, em que há regras de conflito com conexões alternativas, apontam uma submissão dos contratos

---

<sup>484</sup> OVERBECK, Alfred. E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 176, v. 3, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, p. 81.

<sup>485</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 392.

especialmente a uma ordem pública positiva,<sup>486</sup> que impõe a correção do desequilíbrio de forças havido dentro do contrato. Mais do que isso, apontam para um novo objetivo do direito internacional, de não apenas resolver formalmente um conflito de leis mas de prover a solução mais justa para a relação privada internacional. Há, pode-se afirmar, uma relativização da "famosa distinção" entre "justiça de direito internacional privado" e a "justiça de direito material".<sup>487</sup>

Diante das considerações que foram feitas, pode-se concluir que a análise dos critérios objetivos de conexão, qualquer que seja o adotado, seja a lei do local da conclusão do contrato, a lei do local da execução do contrato, a lei pessoal do consumidor,<sup>488</sup> ou mesmo a

---

<sup>486</sup> No presente texto a ideia de ordem pública positiva não é utilizada como sinônimo de norma de aplicação imediata. Em sentido diverso, vide RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19 e 179 : « A doutrina diferencia, também, as reservas negativa e positiva de ordem pública. A primeira impede a aplicação do direito estrangeiro, aplicável conforme as normas do direito internacional privado da Lex fori, quando os seus pressupostos estão cumpridos no caso concreto. O termo 'ordem pública positiva' não é mais usado com tanta frequência. Modernamente, a doutrina refere-se às leis de aplicação imediata quando trata da matéria".

<sup>487</sup> MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 165.

<sup>488</sup> Para uma crítica sobre a inadequação critério do domicílio para proteger o vulnerável, vide POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 392-393: "*Toutefois, bien que le rattachement à la sphère juridique de la partie faible lui donne souvent des avantages indéniables par rapport à l'application de la loi de son cocontractant, on ne peut pas affirmer nettement qu'il en soit toujours ainsi et que ce critère ne demande jamais de correctifs. En effet, l'idée que la loi de la sphère juridique de la partie faible est la plus protectrice constitue une pétition de principe qui est loin d'être démontrée et ne répond pas nécessairement à la réalité des choses. Ainsi, en ce qui concerne les contrats conclus avec les consommateurs, il ne faut pas oublier que des différences sensibles existent parmi les législations nationales et qu'à côté de législations qui depuis des années ont mis l'accent sur la nécessité de protéger le consommateur en adoptant des mesures adéquates d'autres n'ont pas développé un pareil degré de protection<sup>100</sup>. Il n'est donc pas certain que la loi la plus protectrice soit la loi du lieu où le consommateur réside ; bien au contraire, au cas où la partie qui lui fournit la prestation réside dans un Etat doté d'une législation plus avancée en cette matière, le consommateur tirerait plus d'avantages de l'application de la loi de la sphère juridique de son cocontractant. Par conséquent, ce n'est que difficilement qu'on pourrait retenir un rattachement à la sphère juridique du consommateur, qui ne soit pas assorti de la possibilité de lui apporter des correctifs permettant de l'écarter en faveur d'autres lois* ».

aplicação da *lex fori* como norma imperativa de direito internacional privado, nenhum desses critérios trará necessariamente a proteção mais satisfatória da parte vulnerável,<sup>489</sup> pois todos são fundados sobre falsas (ou inaccuradas) “presunções” de lei mais protetiva e terminam, todas, por “sacrificar as exigências de proteção em favor de uma segurança jurídica”.<sup>490</sup>

Chega-se, pois, à parte final da presente tese. No curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia de 1984, Fausto Pocar colocou, magistralmente, a questão que deve ser respondida quando se trata de proteção da parte vulnerável em direito internacional privado:

*est-il vraiment nécessaire d'intervenir à maintes reprises sur la règle de conflit — limitation de l'autonomie des parties par rapport aux règles imperatives de la loi compétente à défaut de choix, individualisation du rattachement objectif le plus adéquat, intervention de l'ordre public, utilisation des règles d'application immédiate des lois en présence — pour aboutir à une solution qui assure la protection de la partie faible à la suite de l'intervention successive de plusieurs facteurs?*<sup>491</sup>

---

<sup>489</sup> OVERBECK, Alfred. E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 176, v. 3, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, p. 76. “Mais on peut aussi se contenter de choisir un rattachement qui mette une partie à l’abri de surprises résultant du droit international privé, en lui appliquant la loi qui lui est la plus familière. Ce système peut server, soit une partie qui apparaît plus faible, soit encore une personne qui est dans une autre situation dans laquelle elle peut se fier à l’application d’un certain droit. Il faut tout de suite souligner que la loi la plus familière à une personne n’est pas nécessairement celle qui lui est matériellement la plus favorable. Ainsi, on critique comme violant l’égalité des sexes des règles de conflit soumettant, par exemple, les effets personnels du mariage à la loi nationale du mari. Or, si la loi nationale de la femme consacre la préeminence du mari, tandis que la loi nationale du mari est très progressiste et réalise l’égalité des sexes, l’intérêt matériel de la femme serait de se voir appliquer cette dernière loi. Mais on en restera à la loi nationale de la femme si l’objectif est de soumettre celle-ci à la loi qui lui est la plus familière”.

<sup>490</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 395.

<sup>491</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 404.

Todas as correções supracitadas tiveram como objetivo unicamente proteger o vulnerável, tendo em vista que essa finalidade protetiva foi delineada na presente tese, como princípio orientador do direito privado e do direito internacional privado diante dos preceitos da Constituição. De tal modo, ao invés de construir soluções tradicionais e abstratas, com a previsão anterior de elementos de conexão alternativos para que seja determinada a lei aplicável, parece-nos mais adequado obter esse mesmo resultado a partir de uma conexão que indique, explícita e subjetivamente (paradoxo pós-moderno), a lei mais favorável ao vulnerável como a lei aplicável.<sup>492</sup> A fim de proteger a parte vulnerável, trata-se de "*appliquer la loi qui, parmi plusieurs avec lesquelles l'affaire a des liens, lui est la plus favorable*".<sup>493</sup> Essa indicação de leis mais favorável pode aparecer como um elemento de interpretação das conexões alternativas,<sup>494</sup> ou como a própria conexão.

Eis, então, a primeira proposta da tese, a saber, uma recomendação de inclusão de artigo no Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012. Sugere-se a inserção de dispositivo legal na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou no Código de Defesa do Consumidor, que estabeleça o seguinte enunciado normativo: *nas relações privadas internacionais em que houver a presença de uma parte vulnerável, aplicar-se-á a lei que lhe for a mais favorável, dentre as leis com as quais a relação jurídica apresente alguma conexão. Na impossibilidade*

---

<sup>492</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 404.

<sup>493</sup> OVERBECK, Alfred. E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 176, v. 3, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, p. 86.

<sup>494</sup> OVERBECK, Alfred. E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 176, v. 3, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, p. 86. Além disso, vide, o artigo 10, parágrafo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ali não há proteção de um vulnerável, mas há a conexão alternativa subjacente.

*de identificar a lei que lhe for a mais favorável, aplicar-se-á a lei determinada nos termos dos artigos 7º a 11, observado o artigo 17.*<sup>495</sup>

Admite-se, todavia, as restrições que possam haver a tal proposição, especialmente naquilo que diz respeito à inserção da lei mais favorável ao vulnerável como elemento de conexão objetivo previsto na regra de conflito. A crítica recairá, essencialmente, sobre dois aspectos: (i) a falta de segurança jurídica que tal critério pode ocasionar na regra de conflito, e (ii) que uma determinada lei pode conter elementos mais favoráveis ao consumidor e que outra determinada lei pode conter outros elementos mais favoráveis ao consumidor, ambas aplicáveis ao mesmo caso.<sup>496</sup>

Os argumentos contrários à lei mais favorável foram apresentados, por exemplo, por Alfred Overbeck, que reconheceu a “boa-intenção” que inspira a leis mais favorável como conexão, porém alertou para os diferentes problemas que tal regra de conflito podem acarretar, especialmente na sua aplicação pelos juízes. Isso porque a lei mais favorável jamais pode ser tomada em abstrato, mas sim como a lei

---

<sup>495</sup> Não há dúvida que as ponderações de Fausto Pocar contribuem para essa conclusão: « *En abordant cette question, il semble indéniable que, le but des facteurs mentionnés étant de parvenir à appliquer la loi la plus protectrice de la partie faible, il serait plus simple d'obtenir ce résultat en indiquant simplement au juge un rattachement à la loi la plus favorable parmi les lois avec lesquelles le contrat présente un lien. Une telle solution aurait des avantages de clarté et de simplicité et éviterait une série de passages, en assurant l'application de la législation qui donne le degré de protection le plus élevé même dans la situation limite caractérisée par l'absence de règles protectrices ayant un caractère impératif tel qu'on puisse les qualifier d'application immédiate* ». In: POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 404.

<sup>496</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 405: “*On cite l'exemple du droit allemand qui n'impose pas un versement initial maximum pour une vente à tempérament, mais prévoit une protection de l'acheteur contre les clauses exonératoires de la responsabilité du vendeur, tandis que par exemple la réglementation suisse des ventes à tempérament s'exprime en sens contraire, de telle sorte que dans une affaire ayant des liens avec ces droits la décision concernant la loi la plus favorable dépendra essentiellement de l'objet du litige*130. Enfin, on remarque que la recherche de la loi la plus favorable aura pour conséquence un dépeçage du contrat quant à la loi applicable ».

mais favorável do caso concreto, que em determinada relação jurídica internacional cujo objeto é a solução de determinada *quaestio juris* a resolverá de maneira mais protetiva ao vulnerável. "*On peut enfin se poser la question de savoir ce qu'il en est si la partie que l'on veut protéger ne partage pas l'avis du juge sur la loi la plus favorable*".<sup>497</sup>

Contudo, são passíveis de refutação. Em um contrato entre iguais, quiçá, a segurança jurídica advém do tratamento igualitário (formal) pela legislação e mesmo da autonomia da vontade como critério de conexão (*qui dit contractuelle, dit juste*).<sup>498</sup> Contudo, em uma relação marcada pela desigualdade (vulnerabilidade), há uma inerente incompatibilidade entre a segurança jurídica apregoada e a justiça material, porque tratar de forma igual os que se encontram em posição de desigualdade acarreta na perpetuação da desigualdade. Logo, a fim de salvaguardar os interesses do vulnerável (e essa proteção é o interesse do ordenamento jurídico, conforme os direitos fundamentais e os direitos humanos), alguma derrogação ao princípio da segurança jurídica deve ser tolerada.<sup>499</sup> Às desvantagens (menor segurança jurídica e dificuldade de identificação da lei mais favorável), as vantagens de tal elemento de conexão objetivo suplantam. Há a proposição de uma solução unitária e, na medida em que limita a autonomia da vontade, também limita a própria imposição sem reflexão da norma local (norma de aplicação imediata).<sup>500</sup>

---

<sup>497</sup> OVERBECK, Alfred. E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 176, v. 3, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, p. 87.

<sup>498</sup> GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. In: **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, p. 36.

<sup>499</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 405.

<sup>500</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 407.

*D'autre part, il ne faut pas exagérer non plus les empêchements inhérents à la recherche de la loi la plus favorable et les inconvénients qui en découleraient en ce qui concerne la sécurité juridique. Quant aux premiers, la recherche de la loi la plus favorable implique une appréciation qui n'est nullement étrangère au droit international privé, en se présentant comme analogue à celle suivie normalement lors de l'appréciation de la compatibilité d'une loi étrangère avec l'ordre public. Au sujet de la sécurité juridique, il y a lieu de rappeler qu'on se trouve ici en dehors des grandes transactions internationales et que dans la plupart des situations — qu'il s'agisse de contrats conclus par les consommateurs ou de contrats de travail — le nombre des lois à apprécier ne peut être que très limité ; ce qui permettra de réduire à la fois les difficultés de l'harmonisation de systèmes différents et le poids de l'incertitude juridique qui serait mise à la charge de la partie forte au contrat. De toute manière, si cette constatation permet d'affirmer qu'une appréciation de toutes les lois avec lesquelles le contrat présente un lien ne se révèle pas tellement nuisible à la prévisibilité juridique par le contractant le plus fort, elle permet aussi d'apercevoir que les désavantages sous cet aspect sont largement balancés par les avantages que la partie faible en tirerait sur le plan de sa protection. En concédant quelque chose à la protection et en enlevant quelque chose à la sécurité juridique, on aboutit à une solution assurant une définition meilleure de la relation entre sécurité juridique et justice individuelle.*<sup>501</sup>

Em 1981, Haroldo Valladão, em um dos últimos textos por si elaborado e publicado, delinear a os contornos do futuro do Direito Internacional Privado, disciplina à qual dedicou sua carreira, lançando olhar sobre a temática da lei mais favorável no Direito Internacional Privado como técnica a ser incorporada pelo Direito Internacional Privado brasileiro.<sup>502</sup> Não surpreende, todavia, que à época o saudoso jusprivatista já alertara, na abertura de seu texto, que o assunto era pouco estudado no Direito Internacional Privado, porquanto propugnava um "Direito Internacional Privado progressista".

---

<sup>501</sup> POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en Droit International Privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 188, ano 1984, p. 407-408.

<sup>502</sup> VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no Direito Internacional Privado. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 549, n. 11, jul./1981.

Assim, tal qual tantas vezes já se cogitou e criticou, é hora das "soluções justas, equitativas e brasileiras", que têm como objetivo resultados humanos, em detrimento das "regras absolutas, de extremo rigor lógico", que por diversas vezes conduzem tão somente à iniquidade.<sup>503</sup>

Um Código ou uma lei não pode ser um tratado integral de lógica ou de ciência jurídica. Constitui um guia, um roteiro para o povo e as autoridades na estrada da justiça, fundado na experiência, orientado pelo progresso, apontando marcos e encruzilhadas da planície, mas, também, salientando pontes, túneis e precipícios e, mesmo avisando das curvas e desvios necessários. E daí textos que representam simples compromissos, preceitos incapazes de ser generalizados, soluções que precisam ser incompletas e omissões que devem permanecer, pois a opção ainda não pode ser definitiva e há de ser deixada à jurisprudência e à prática, mais próximas da vida.<sup>504</sup>

Chega-se, portanto, a um impasse. Na ausência de uma norma explícita que determine expressamente a aplicação da lei mais favorável ao vulnerável, estaria o juiz de mãos atadas, sem nada poder fazer a não ser voltar-se exclusivamente para as regras de conflito da Lei de Introdução e aplicar a lei indicada? Ou então aplicar a *lex fori* indiscriminadamente, como norma de aplicação imediata? Isso conduz à segunda proposta, qual seja, a interpretação do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como cláusula aberta, que cria o dever de proteger o vulnerável no âmbito do direito internacional privado, de modo que sua eficácia máxima enquanto concretizadora dos valores constitucionais conduzirá sempre à aplicação da lei mais favorável.

Como se analisou, "mesmo que a regra de conexão indique a

---

<sup>503</sup> VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 60, p. 121-131, jan. 1965, p. 121.

<sup>504</sup> VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 60, p. 121-131, jan. 1965, p. 121.

lei estrangeira como a norma a ser aplicável ao caso concreto, se tal norma ferir algum Direito Fundamental, deverá ser afastada”. Normalmente, a solução para que não se negue jurisdição às partes é a aplicação da *lex fori* para a solução do caso, em substituição à lei indicada violadora da ordem pública. Entretanto, não há imposição legal nesse sentido: é possível aplicar “outra norma de direito estrangeiro que melhor se adapte a nosso sistema jurídico e não ofenda o princípio da ordem pública”.<sup>505</sup>

Tobias Asser, em 1884, diante das teorias estatutárias e da ausência de regras de conflito abstratamente previstas na legislação fez a mesma indagação. Constatou a mesma “anomalia” e assim a respondeu: “*mais Il faut bien reconnaître qu’il existe dès principes directeurs obligatoires, auxquels le juge doit se conformer pour déterminer la règle applicable même en l’absence d’une loi positive l’y autorisant ou l’y obligeant*”.<sup>506</sup>

Essa “ordem pública de proximidade”<sup>507</sup> é na verdade uma “ordem pública de conexão”, tendo em vista que é o critério identificado para a indicação da lei aplicável à espécie. Assim, na medida em que se dá efeito positivo à ordem pública, com a designação da lei material que vai reger o conflito, seja sob que argumento se utilize, está-se, a bem da verdade, criando uma conexão.<sup>508</sup> Isso porque a ordem pública não seria algo de todo abstrato, mas um instituto de realidade e concretude,

---

<sup>505</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 126.

<sup>506</sup> ASSER, Tobias M. C. **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1884, p. 30-31.

<sup>507</sup> LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 196, v. 1, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 97.

<sup>508</sup> ANCEL, Bertrand. **Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel**. Cours de droit international privé (2005-2006), Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l'Université Panthéon-Assas Paris 2, 2006, p. 120.

historicamente e culturalmente considerado em seu conteúdo, “*dirigida a determinar cuales son los principios y derechos básicos en un momento dado y que cataloga como fundamentales*”.<sup>509</sup>

Essa ordem pública de conexão permite ao juiz preencher a lacuna deixada pelo “legislador onde ela se revela deficiente na edição das regras de conflito”,<sup>510</sup> funcionalizando as regras de conflito aos valores da Constituição Federal de 1988. Atualmente, diante do mundo global e pós-moderno, ao passo em que se prioriza a autonomia, a mesma é atenuada com o fim da separação total entre direito público e direito privado, entre direito internacional público e direito internacional privado. Esse último, no modelo “neosavigniano” que adotamos, se aproxima mais do direito privado.<sup>511</sup>

De elemento francamente exclusivista e negativa, a ordem pública reformula-se para assumir um caráter positivo e promocional dos direitos humanos. Reflete, assim, o duplo sentido assumido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de proteção de um núcleo mínimo necessário à existência humana (sentido negativo) e garantia da liberdade de autodeterminação do indivíduo e do livre esenvolvimento da sua personalidade, tendo por exclusive limite o dever jurídico de não causar dano (sentido positivo). Trata-se de uma nova legitimação para o direito,

---

<sup>509</sup> CERDEIRA, Juan José. La jerarquia de las fuentes y el orden público en el nuevo derecho internacional privado argentino. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 824.

<sup>510</sup> “ *Il faut alors souligner que cet ordre public de proximité n’est, pour le dire avec Mme le professeur P. HAMMJE, qu’un ordre public de rattachement, une déformation de l’exception d’ordre public qui permet aux tribunaux français de remplir la tache du législateur français là où celui-ci s’est révélé déficient dans l’édiction des règles de conflit.* » In : ANCEL, Bertrand. **Analyse critique de l’érosion du paradigme conflictuel**. Cours de droit international privé (2005-2006), Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l’Université Panthéon-Assas Paris 2, 2006, p. 120.

<sup>511</sup> MAEKELT, Tatiana B. de. Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 57.

consagrando o ser humano, diretamente, como princípio e fim das normas de regulação da convivência social.<sup>512</sup>

Isso posto, questiona-se se a “ordem pública de conexão” deve necessariamente indicar a lei do foro como a mais justa a solucionar o conflito ou se, sob critérios outros, essa mesma “ordem pública de conexão” pode indicar lei estrangeira como a mais justa a solucionar o conflito, ainda que por critério de conexão diverso daqueles apresentados nos artigos 7º a 11 da Lei de Introdução. Entendo que sim. Bruno Miragem, em construtivo texto sobre a ordem pública em direito internacional privado, afirmar que a “mera rejeição em aplicar o direito estrangeiro, em situações nas quais esta é a solução indicada pelas normas de DIP, não satisfaz por si a necessidade de respeito e consideração entre os Estados nacionais”.<sup>513</sup> Ultrapassada a proteção, busca-se a “promoção” dos direitos humanos.<sup>514</sup>

O artigo 17 da Lei de Introdução não deve mais ser interpretado como uma cláusula de evicção, mas como uma cláusula aberta de concretização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, o que não deve significar necessariamente a aplicação da lei brasileira, mas sim a lei mais favorável à concretização de determinados princípios.<sup>515</sup>

---

<sup>512</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 349.

<sup>513</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 308.

<sup>514</sup> MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 343.

<sup>515</sup> CALDERÓN, Silvio Javier Batello. **El orden público en el derecho internacional privado del mercosur**. Córdoba: Advocatus, 201, p. 255: “[...] *la antigua cláusula de*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da argumentação disposta, o argumento de tese constante da presente pesquisa pode ser concluído topicamente, na forma que segue.

1. O direito internacional privado brasileiro se encontra em momento de crise científica, na medida em que permanece assentado sobre o paradigma da regra de conflito bilateral, savignyana, a qual, por sua vez, remonta em sua origem a um direito internacional privado formalista, cuja finalidade consubstanciar-se-ia, tão só, na solução do conflito de leis no espaço.

2. As regras de conflito existentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942) não se apropriaram das tentativas europeias de adequação do paradigma da regra conflitual bilateral, caracterizando uma inércia legislativa que afastou, sobremaneira, o direito internacional privado brasileiro da realidade social e histórica do mundo contemporâneo, marcado pelo intenso tráfego de pessoas entre diferentes países e, conseqüentemente, pelo incremento substancial da ocorrência de relações privadas internacionais.

---

*evicción también ha sido llamada para enfrentar nuevos desafíos culturales. Pero en este caso el orden público fue redireccionado para una aplicación menos mecánica y más sustancial. Si en el pasado era considerado como el arma necesaria para 'poner en fuga el derecho extranjero', hoy adquiere nuevos contornos, nuevas directrices para una mejor comprensión de las diferencias culturales que existen en los casos pluriconectados. El orden público internacional se ha transformado en instrumento de cooperación, integración y comprensión entre los sistemas jurídicos, cumpliendo una función dinamizadora en la búsqueda de la mejor solución para el caso concreto".*

No Capítulo I, portanto, foi exposta a crise do direito internacional privado brasileiro. A partir da identificação de uma crise na ciência, deve-se propugnar novos caminhos para o conhecimento a fim de satisfazer a solução dos conflitos sociais. Deve-se buscar novos paradigmas ou mesmo a adequação do paradigma à nova realidade a partir da difusão de novos métodos e novas regras de direito internacional privado, algumas de direito material, que têm origem nas mais diferentes fontes e convivem no ordenamento jurídico.

No Capítulo II, apresentou-se, então, a proposta de um recomeço:

1. O referencial do direito internacional privado deve ser não o conflito de leis (conflito de soberanias), mas a relação jurídica subjacente.

2. Há estreita intersecção entre o direito privado e o direito internacional privado, compartilhando seus objetivos e fazendo com que o direito internacional privado seja analisado no contexto das relações privadas.

3. Não é possível dissociar, plenamente, o direito privado do direito público, de modo que há uma marcante intersecção entre o direito público e o direito internacional privado. Na qualidade de sistema de direito privado, o direito internacional privado também tem em si aplicados preceitos de direito público, especialmente a persecução de uma eficácia plena dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

4. A mecanicidade da regra de conflito bilateral nos moldes em que concebida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro somente pode ser superada por um formalismo valorativo em direito internacional privado, utilizando-se da Constituição Federal de 1988 como elemento de coesão do sistema em prol de uma justiça material para as relações privadas internacionais.

Logo, retornou-se às origens do direito internacional privado, a fim de destacar não a solução formal do conflito de leis no espaço, mas sim a regulação e solução de conflitos materiais derivados de relações privadas internacionais.

Por fim, no Capítulo III foi proposta a reconstrução do direito internacional privado a partir dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, em concreto retorno dos sentimentos:

1. A reconstrução teleológica do direito internacional privado deve ser orientada pelos valores constitucionais, e sendo o direito internacional privado, em essência, um direito dos diferentes, sobressai o paradigma da igualdade e da proteção dos vulneráveis como concretização dos preceitos constitucionais no direito internacional privado.

2. Verificou-se que a primeira forma de atribuição de valores no direito internacional privado está no papel da ordem pública e das normas de aplicação imediata como tentativa de proteção dos vulneráveis em direito internacional privado. O Direito Internacional Privado, com suas normas conflituais tradicionais, não dá "carta branca"<sup>516</sup> à aplicação do direito estrangeiro ou à circulação de decisões, afinal, é necessária a proteção do ordenamento jurídico local. Por isso os sistemas de Direito Internacional Privado criam "válvulas de segurança"<sup>517</sup> ou salvaguardas "imunológicas"<sup>518</sup>, verdadeiras "cláusulas de reserva"<sup>519</sup> para proteger interesses fundamentais do foro. Não se

---

<sup>516</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado elementar de direito internacional privado. Volume II: parte especial – comentários aos arts. 7º. a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p.433.

<sup>517</sup> CASTRO, Amilcar de. Direito internacional privado. 5ª. edição. Aumentada e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.279.

<sup>518</sup> AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 9ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

<sup>519</sup> BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. Recueil des cours : collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 239, ano 1993,

admitirá a aplicação do direito estrangeiro, por mais que tenha sido indicado pelas normas conflituais tradicionais, se contiver preceito incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica. Nesse sentido, dois institutos intrinsecamente ligados surgem como meios de proteção do foro em Direito Internacional Privado: a ordem pública (internacional) e as normas de aplicação imediata. Nesse sentido, ambas as noções, de ordem pública (internacional) e de normas de aplicação imediata, integram o estudo e o próprio método do Direito Internacional Privado contemporâneo,<sup>520</sup> preocupado com a solução justa dos casos e não apenas com uma solução destituída de valores do conflito de leis no espaço. No particular, ambos institutos ganham importância na proteção do vulnerável.

2. A eficácia negativa da ordem pública do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e mesmo a consubstanciação de uma eficácia positiva das normas de aplicação imediata mostram-se como meros paliativos, diante da insuficiência das regras de conflito bilaterais, pois resultam na aplicação da *lex fori*, que nem sempre será a mais protetiva.

3. Recomenda-se, portanto, a inserção de dispositivo legal na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou no Código de Defesa do Consumidor, a fim de positivar no sistema de direito internacional privado a conexão mais favorável ao vulnerável, que estabeleça o seguinte enunciado normativo: *nas relações privadas*

---

p.74-75.

<sup>520</sup> EEK, Hilding. Peremptory norms and private international law. Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 09: "some of you may have seen in a historical or geographical museum medieval maps from the days when it was thought that the earth was flat. The map will explain some areas, but draw a line in front of others, and we read the following: 'Beyond this point are monsters'. The areas were not explored and not known. We are now entering another rather unknown field that needs to be explored and I may, at the end of our expedition, turn the ball over to those jurists, who devote themselves to general jurisprudence and comparative law, or at least ask for their assistance in catching the monsters."

*internacionais em que houver a presença de uma parte vulnerável, aplicar-se-á a lei que lhe for a mais favorável, dentre as leis com as quais a relação jurídica apresente alguma conexão. Na impossibilidade de identificar a lei que lhe for a mais favorável, aplicar-se-á a lei determinada nos termos dos artigos 7º a 11, observado o artigo 17.*

4. Enquanto não sobrevém a atualização da normativa, recomenda-se uma proposta interpretativa do artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que funcione como cláusula aberta para a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações privadas internacionais, possibilitando aplicar a lei mais favorável ao vulnerável como forma de efetivação positiva da ordem pública, como ordem pública de conexão.

5. Essa ordem pública de conexão permite ao juiz preencher a lacuna deixada pelo legislador. O artigo 17 da Lei de Introdução não deve mais ser interpretado como uma "cláusula de evicção", mas como uma cláusula aberta de concretização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, o que não deve significar necessariamente a aplicação da lei brasileira, mas sim a lei mais favorável à concretização de determinados princípios. Afinal, deve-se evoluir para um Direito Internacional Privado impregnado de valores sociais.

Permito-me concluir replicando as palavras de Paul Lagarde, no fechamento de seu curso da Academia de Direito Internacional de Haia de 1986. Ao propor o princípio da proximidade como um novo método de direito internacional privado, o distinto professor ressaltou que tal princípio não está mais próximo da verdade do que outros princípios. Todavia, estaria o mais próximo da vida, e esse título é "nobre". A lei mais favorável ao vulnerável não é o único critério possível de conexão que privilegie a proteção do vulnerável. Tampouco se pode afirmar que é o critério de aplicação mais singela, ou mesmo o critério mais previsível. Entretanto, parece-nos ser esse sim o critério

mais próximo da vida. O critério mais próximo da realidade pós-moderna das relações entre desiguais. E esse título é nobre.<sup>521</sup>

---

<sup>521</sup> LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 196, v. 1, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 194: "*Le seconde conclusion concerne le principe de proximité lui-même. Il ne faut surtout pas en faire le support d'une idéologie qui remplacerait les autres. Mais il faut apprendre à ne plus le caindre. Il faut chasser à son sujet la peur, 'la peur qui rampe autour des fondations'. Le principe de proximité n'est certes pas plus proches de la vérité que ne l'est par exemple le principe de souveraineté. Mais, tout simplement, il est plus proche de la vie et c'est son titre de noblesse. Il porte avec lui une leçon de modestie en nous apprenant qu'aucune volonté politique, aucun juge, quelle que soit la pureté de ses intentions, ne peut prétendre longtemps régenter selon ses lois des rapports de vie qui sont hors de sa portée*".

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, volume 18, 2000, pp. 221-228.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de direito administrativo**, número 217, 1999, pp. 67-79.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: **Revista de direito administrativo**, número 217, 1999, pp. 55-66.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129-170.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. 752 p.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 9ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 332 p.

ANCEL, Bertrand. **Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel**. Cours de droit international privé (2005-2006), Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l'Université Panthéon-Assas Paris 2, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 2004. 424 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito**

**privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 271-298.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais:** autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Atualizado com a Lei de Arbitragem. Renovar: Rio de Janeiro, 1997. 215 p.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado:** teoria e prática brasileira. 4ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 620 p.

ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional:** estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 908 p.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 352 p.

ARMINJON, Pierre. **Précis de droit international privé.** 3ª edição. Paris: Dalloz, 1947-1958. 2 v.

ARROYO, Diego P. Fernández. El derecho internacional privado en el inicio Del siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional:** estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 89-110.

ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público:** un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011. 556 p.

ASSER, Tobias M. C. **Éléments de droit international privé ou du conflit des lois.** Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1884. 297 p.

AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : sur la 'crise' des conflits de lois. **Recueil des cours:** collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 186, v. 3, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 219-398.

AUDIT, Bernard. Le droit international prive a fin du xx siecle: progres ou recu. **Revue Internationale de Droit Compare,** Paris, v. 50, n.2, abr./jun. 1998, p.421-448

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. 432 p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 55-63.

BADÁN, Didier Opertti. Derecho internacional público y derecho internacional privado: hacia un diálogo renovado. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 59-80.

BADÁN, Didier Opertti. Derecho internacional: público y privado: a modo de reflexiones adicionales sobre sus relaciones. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 429-448.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais**: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994. 222 p.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. 214 p.

BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio**: negociação – conclusão – prática. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 294 p.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009. 350 p.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado elementar de direito internacional privado**. Volume II: parte especial – comentários aos arts. 7º. a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

BATIFFOL, Henri. **Aspects philosophiques du droit international privé**. Paris: Dalloz, 1956. 346 p.

BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of

International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, pp. 79-147.

BATIFFOL, Henri. **Traité élémentaire de droit international privé**. Paris: L.G.D.J., 1949. 850 p.

BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Tradução de Mark Ritter. Londres: Sage, 1992. 260 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. A constituição e o código civil. **Doutrinas essenciais de direito civil**, vol. 2, out./2010, Revista dos Tribunais, p. 931.

BEVILÁQUA, Clóvis. O momento jurídico do mundo e perspectivas do direito brasileiro. **Doutrinas essenciais de direito civil**, vol. 1, out./2010, Revista dos Tribunais, p. 205.

BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. São Paulo: RED Livros, 2002. 364 p.

BEVILÁQUA, Clovis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1960. 368 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184 p.

BODIN, Jean. **The six books of a commonweale**. Traduzido por Richard Knolles. Livro I. Londres: I. G. Bishop, 1606. p. 794.

BOGGIANO, Antonio. **Derecho internacional privado**. 2ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1983. 3 v.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322 p.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe

07/02/2011.

BROCHER, Charles. **Nouveau traité de droit international privé**: au double point de vue de la théorie et de la pratique. Paris: E. Thorin, H. Georg, 1876. 454 p.

BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 239, ano 1993, p. 19-116.

CAIVANO, Roque J. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998. p. 138-188.

CALAIS-AULOY, Jean. L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. **Revue Trimestrielle du Droit Civil**, abril/junho de 1994, n. 2, p. 239-254.

CALAIS-AULOY, Jean. L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. In: **Revue Trimestrielle du Droit Civil**, abril/junho de 1994, número 2, pp. 239-254.

CALDERÓN, Silvio Javier Batello. **El orden publico en el derecho internacional privado del mercosur**. Córdoba: Advocatus, 2012. 274 p.

CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**, vol. 4, p. 1399, jun./2011.

CALIXTO, Negi. **Ordem pública**: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Curitiba: Ed. Universidade Federal do Parana, 1987. 75 p.

CAMPOS, Julio D. González. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 287, 2000, Martinus Nijhoff Publishers.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. 165 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 223-243.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição, revista. Coimbra: Almedina, 1996. 1228 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp.339-357.

CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6ª edição, atualizada com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 543 p.

CAVERS, David F.. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v. 47, nº2, pp. 173-208, dez./1933.

CERDEIRA, Juan José. La jerarquía de las fuentes y el orden público em el nuevo derecho internacional privado argentino. In: ARAUJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 815-829.

CHAPPELL JR., R. Harvey. Lex loci delicti and Babcock v. Jackson. **William & Mary Law Review**, v. 7, n. 2, 1966.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements. Cambridge, London : Harvard University Press, 1995. P. 417.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, nº 02, p. 01, 1985.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista da Ajuris**, número 56, ano XIX, novembro de 1992, pp. 56-86.

COSTA, Judith Martins. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, volume 51, número 202, 2001, pp. 204-219.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador).

**Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp.61-86.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 544 p.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **Revista dos tribunais**, número 628, fevereiro de 1988, pp.7-18.

CURADO, Augusto Fleury. Direito internacional privado: o anteprojeto da lei geral de aplicação das normas jurídicas de Haroldo Valladão. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 06, n. 2, p. 85-96, jul.dez. 1982.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. In: **Revista Forense**, volume 139, fascículos 583 e 584, ano 49, janeiro/fevereiro de 1952, pp. 5-13.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional privado.** 7ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 356 p.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado.** Rio de Janeiro: Luna, 1979. 282 p.

DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. **Revista dos Tribunais**, v. 828, p. 33, out./2004.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 388 p.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 6ª. edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 530 p.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 543 p.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 23, volume 90, p. 205-232,

abr./jun. 1996.

DROZ, Georges A. L.. Regards sur le droit international privé comparé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 229, ano 1991, p. 09-424.

DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125-157.

EEK, Hilding. Peremptory norms and private international law. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 139, volume II, ano 1973, p. 01-73.

EHRlich, Eugen. **I fondamenti della sociologia del diritto**. Tradução de Alberto Febbrajo. Milano: Guffrè, 1976. 614 p.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939-1943.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 11-60.

FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. In: **Revista dos tribunais**, número 757, novembro de 1998, pp.64-69.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 355 p.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.87-104.

FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 249, ano 1994, p. 373-430.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: Sampaio, José Adércio Leite (Organizador). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 239-250.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. 197p.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 85-106.

FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coordenadores). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 331 p.

FRANCESKAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. **Revue Critique de droit international privé**, número 63, pp. 273-296.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas imperativas de direito internacional privado**. Curitiba: Fórum, 2007.

FULGÊNCIO, Tito; SOUZA, Sylvio Capanema de. **Direito internacional privado**. 2ª edição. Belo Horizonte: Forense, 1979. 112 p.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. 9ª edição. São Paulo: Pioneira, 1998. 379 p.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. 9ª edição. São Paulo: Pioneira, 1998. 379 p.

GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. In: **Archives de Philosophie du Droit**, tomo 26, 1981, pp. 35-57.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho internacional privado**: derecho de la tolerancia. 8ª. edição. Buenos Aires: Depalma, 1997. 849 p.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**: con especial consideración del de España y de la América Luso-Hispanica. 2ª edição. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952-1954, 534 p.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1967. 192 p.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: M. Limonad, 1955. 286 p.

GUERRA, Sidney; OLIVEIRA, Camila Lourenço de; SILVA, Patrícia Regina Barbosa Teixeira de Andrade e. Os desafios à integração regional no âmbito do mercosul. **Revista de direito da Unigranrio**, v. 2, nº 2, 2009. Obtido em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/issue/view/58>

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 83.

HECK, Luis Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. In: **Revista do direito do consumidor**, número 29, janeiro/março de 1999, pp. 40-54.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. 88 p.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. 576 p.

HONNETH, Axel. **The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts**. Traduzido por Joel Anderson. Cambridge: The MIT Press, 1995. 213 p.

IRTI, Natalino. **L'età della codificazione**. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1999. 220 p.

JACQUES, Daniela Corrêa. **Direito internacional privado e direito do consumidor: adequação dos métodos de direito internacional privado para proteção do consumidor**. 2004. 173 f. Dissertação (mestrado). Orientação: MARQUES, Cláudia Lima. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2004.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012. 672 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: presentación de casos interesantes. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 469-494.

JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado tendências atuais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, dez. 2007, p. 100-101.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 251, ano 1995, pp. 9-268.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 03-20.

JAYME, Erik. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI: conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002, PUC-Rio. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21-28.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, volume nº759, jan./1999, p. 24.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Buenos Aires: Maipu, 1970. 602 p.

JENCKS, Charles. **What is post-modernism?** 4ª edição. Londres: Academy Editions, 1996. 80 p.

JENCKS, Charles. **What is post-modernism?** 4ª edição. Londres: Academy Editions, 1996. 80 p.

KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964, p. 91-221.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís

Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. Perspectivas para a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, nº 42, p. 59-76, jul./set. 2008.

KRONSTEIN, Heinrich. Crisis of conflict of laws. **The Georgetown law journal**, v. 37, nº 4, p. 483, mai./1949.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª edição. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998. 259 p.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 196, v. 1, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 09-238.

LALIVE, Pierre André. Cours général de droit international privé : tendances et méthodes en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 155, volume II, ano 1977, pp. 02-424.

LEVY, Pierre. **O que é o virtual?**. São Paulo: Editora 34, 1996. 157 p.

LEWALD, M. Hans. Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé. Cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 69, v. III, ano 1939, pp. 01-146.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, número 141, ano 36, Brasília, janeiro/março de 1999, pp.99-109.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Analisis crítico de la autonomía privada contractual. In: **Revista de Direito do Consumidor**, número 14, abril/junho de 1995, p. 5-19.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria de decisão judicial**: fundamentos de direito. 2ª edição revista. Tradução de Bruno Miragem. Notas da

tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. 395 p.

LORENZO, Sixto Sánchez. Estado democrático, postmodernismo y el derecho internacional privado. **Revista de Estudios Jurídicos**, nº 10, Universidad de Jaén (España), 2010.

LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do Direito Privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coordenadores). **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. pp.335-351.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 7ª.edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002. 131 p.

MAEKELT, Tatiana B. de. Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 27-58.

MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, v. 315, ano 2005, p. 141-264.

MARIGHETTO, Andrea. A proteção dos consumidores no direito internacional privado: estudo comparativo sobre os atuais debates relativos à recente aprovação pela UE do regulamento (CE) 593 de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (civis e de consumo) e às propostas da CIDIP VII sobre a proteção interamericana dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 68, p. 117, out./2008.

MARIGHETTO, Andrea. O 'diálogo das fontes' como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111-124.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 544 p.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de um convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1097, abr./2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Carta do Rio de Janeiro da ASADIP: sugerindo incluir na agenda da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado a proteção do turista-consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 21, nº 83, p. 419, jul./set. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1109 p.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas gerais. In: **Revista do Direito do Consumidor**, número 45, ano 12, janeiro/março de 2003, pp. 71-99.

MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução do Direito Internacional Privado. In: **Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 319-350.

MARQUES, Claudia Lima. Human rights as bridge between private international law and public international law: the protection of individuals (as consumers) in the global market. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 363-390.

MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

MARQUES, Cláudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. In: MENEZES, Wagner (Org.). **O direito internacional e**

**o direito brasileiro:** homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Unijui, 2004. p. 680-731.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta brasileira de convenção sobre cooperação em respeito da proteção dos turistas e visitantes estrangeiros na conferência da Haia de direito internacional privado: por uma rede de cooperação global para proteger turistas estrangeiros. In: **A proteção internacional do consumidor turista e visitante**. Brasília: Ministério do Turismo, 2014. p. 71-98.

MARQUES, Cláudia Lima. Protección de menores en general. In: **Derecho internacional privado de los estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalía, 2002 p. 583-613.

MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. **Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 4, set. 2005, p. 65-96.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATHEWS, Jessica. Power shift. **Foreign affairs**, v. 76, nº 1, p. 50, jan./fev. 1997.

MAYER, Pierre. Mandatory rules of law in international arbitration. **Arbitration international**, volume 2, número 4, dez./1986, pp. 274-293.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 889, p. 105, Nov./2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte alemã. In: **Revista dos Tribunais**, número 27, abril/junho de 1999, pp.33-44.

MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law**. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. 395 p.

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 307-354.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 546 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista de direito civil**, número 65, São Paulo, julho/setembro de 1993, pp.21-32.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.105-147.

MOROSINI, Fabio. Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre público e privado na cláusula de estabilização. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 549-572.

MUIR-WATT, Horatia. Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?). **Archives de philosophie du droit**, n° 41, 1997, p. 207-214.

MUIR-WATT, Horatia. Fundamental rights and recognition in private international law. **European journal of human rights**, v. 409, p. 411-435, 2013.

MUNIZ, Veyzon Campos. Distinção entre o direito público e direito privado: limites, enfraquecimento e consequências operacionais a partir de uma análise hermenêutica. **Revista de Direito Privado**, v. 55, p. 11, jul./2013.

NAÓN, Horacio A. Grigera. Orden público y arbitraje. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998. p. 79-112

NEUNER, Jörg. O código civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 245-270.

NUSSBAUM, Arthur. **Principios de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Depalma, 1947. 337 p.

NYGH, Peter E.. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, Hague, v. 251, p. 271-400, 1996.

OCTAVIO, Rodrigo. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. 270 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, volume nº 137, jul./2006, p. 07.

OPPETIT, Bruno. Les principes generaux en droit international prive. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, v. 32, 1987, p. 179-187.

ORTIZ MARTIN, Gonzalo. Puntos de contacto entre el derecho internacional privado y el derecho internacional publico: soberania y orden publica. In: Organização dos Estados Americanos. Comite Juridico Interamericano. **Curso de derecho internacional**. Washington: OEA, 1981. p. 391-403.

OVERBECK, Alfred. E. von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 176, v. 3, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, p. 09-258.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law : selected problems. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 210, v. 3, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, p. 09-224.

PEREIRA, Luiz César Ramos. Aspectos gerais sobre as regras nacionais de direito internacional privado relativas às obrigações: análise do art.9º da lei de introdução ao código civil. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, v. 4, p. 1299, fev./2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2ª edição, revista e aumentada. Napoli: Scientifiche Italiane, 1991. 551 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359 p.

PICONE, Paolo. La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 197, v. 2, 1986, Martinus Nijhoff Publishers, p. 229-419.

PILLET, Antoine. **El derecho internacional privado**: considerado en sus relaciones con el derecho internacional público: estudio sistemático y metódico. Salamanca: Tip. Popular, 1925. 87 p.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brazil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863. 335 p.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001. 180 p.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito internacional privado**: introdução e direito de conflitos: parte geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2001. 491 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª. edição. São Paulo : Max Limonad, 2000. 458 p.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 21, p. 139, out./1997.

POCAR, Fausto. La protection de la partie faible em droit international privé. **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye**, tomo 188, ano 1986, p. 340-417.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011. 919 p.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Das relações privadas internacionais**: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 408 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição, revista.

São Paulo: Saraiva, 2003. 391 p.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 11ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. 438 p.

REHBINDER, Manfred. **Sociología del derecho**. Madrid: Pirámides, 1981. 195 p.

RIBEIRO, Elmo Pilla. **O princípio da ordem pública em direito internacional privado**. Porto Alegre: [s. n.], 1966. 144 p.

RODAS, João Grandino. "Substituenda est lex introductoria". **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 630, p. 243, abr./1988.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. 371 p.

ROSA, Marília Zanchet. A materialização do direito internacional privado brasileiro: o cancelamento da súmula nº 207 do TST. **Cadernos do programa de pós-graduação em direito/UFRGS**, v. 8, nº 1, Porto Alegre, 2013, pp. 131-162.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1995. p. 51-90.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 9ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2003. 1135 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Organizador). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 450p.

SANTOS, António Marques dos. Direito internacional privado. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-55.

SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 319 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos**

**fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **A constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 107-164.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: Sampaio, José Adércio Leite (Organizador). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 251-314.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private international law:** a treatise on the conflict of laws, and the limits of their operation in respect of place and time. Tradução de William Guthrie. Edimburgo: T. & T. Clark Law Publishers, 1869. 435 p.

SCHOPENHAEUR, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão.** Rio de Janeiro: Topbooks, 2001. 258 p.

SCHWIND, Fritz. Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé. **Recueil des cours:** collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 187, v. 4, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, p. 09-144.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo.** São Paulo : J. Bushatsky, 1976. 225 p.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 127-150.

SIMMEL, Georg. **The philosophy of money.** Londres/Nova Iorque: Routledge, 2004. 582 p.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Pós-positivismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, volume nº 28, jul./2011, p. 239.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Nationalism v. Internationalism: Another Look. **New York University Journal of International Law and Policy**, número 26, p. 585, 1994.

SLAUGHTER, Anne-Marie. The real new world order. **Foreign Affairs**, v. 76, nº 5, p. 183, set./out 1997.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999. p.406-425.

STEIGER, Werner E. von. La protection des mineurs en droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law, tomo 112, v. 2, 1964, p. 469-549.

STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict laws**: foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, as especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834. 557 p.

STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict laws**: foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, as especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. 3ª edição. Boston: Little, Brown, 1846. 1068 p.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5ª. edição. São Paulo: LTr, 2003. 1077 p.

SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons. **Tulane Law Review**, v. 82, nº 5, 2008.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11ª edição. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1976.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª edição, revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 273p.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coordenadores), **Direito civil**: atualidades, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 115-130

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: Tepedino, Gustavo (Coordenador). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª edição, revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp.XV-XXXIII.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 583 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The saga of emancipation of the individual from his own state: thoughts on the historical recovery of the human person as subjects of the law of nations. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, Cláudia Lima; BAQUERO, Pablo Marcello; GARDETA, Juan Manuel Velázquez (org.). **Derecho internacional privado y derecho internacional público**: un encuentro necesario. Assunção: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 315-336.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 299-338.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado**: la noción de state action em la jurisprudencia norteamericana. Madrid: McGraw-Hill, 1997. 195 p.

VALLADÃO, Haroldo. A lei de introdução ao código civil e sua reforma. **Doutrinas essenciais de direito civil**, v. 2, p. 261, out./2010.

VALLADÃO, Haroldo. Definição, objeto e denominação do direito internacional privado. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 146, fev./2012.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 60, p. 121-131, jan. 1965.

VALLADÃO, Haroldo. Lei nacional e lei do domicílio. **Doutrinas essenciais de direito internacional**, v. 4, p. 123, fev./2012.

VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no Direito Internacional Privado. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 549, n. 11, jul./1981.

VALLADÃO, Haroldo. Posição do direito internacional privado frente às divisões: internacional interno e público - privado primado da ordem jurídica superior. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 315, n. 186, jan./1962.

VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Direito Internacional Privado e a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, número 35, p. 24-50, 2001.

VERHOEVEN, Joe. Droit international prive et droit international public: ou est la difference. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, v. 32, 1987, p. 23-34.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 464 p.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge University Press: Cambridge, 1999. 206 p.

WEISS, André. **Manuel de droit international privé**. 7ª edição, revista e atualizada. Paris: Recueil Sirey, 1914. 276 p.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. 765 p.