

PLURALIDADE DAS FONTES E O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

PLURALITY OF SOURCES AND THE NEW PRIVATE INTERNATIONAL LAW

*André de Carvalho Ramos**

Resumo:

O artigo objetiva analisar as fontes do Direito Internacional Privado no Brasil, explicitando as principais fontes nacionais e as fontes internacionais, seu diálogo e, com isso, elaborar um retrato com as principais características da matéria na atualidade.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Fontes do Direito. Diálogo das Fontes.

Abstract:

The paper aims to analyze the sources of the private international law in Brazil, showing the main national and international sources, their dialogue, and, therefore, achieving a scheme of the main features of the subject in the XXI century.

Keywords: Private International Law. Sources of Law. "Sources Dialogue".

Introdução

O estudo das fontes do direito é imprescindível em qualquer disciplina jurídica, pois delimita o conjunto das normas que a compõe. No caso do Direito Internacional Privado (DIPr), a temática é complexa, pois exige, previamente, a análise do objeto do próprio DIPr, que é variável na doutrina ao longo dos séculos.

A partir da definição de objeto, podemos, então, detectar as diversas fontes nacionais e internacionais da disciplina e palmilhar as novas dimensões do Direito Internacional Privado no século XXI.

O presente artigo objetiva analisar as fontes do Direito Internacional Privado (DIPr) no Brasil, explicitando as principais fontes nacionais e as fontes internacionais. Pelo maior número, serão estudados os tratados celebrados sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, bem como a participação do Brasil na codificação

* Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional Universidade de São Paulo. *Visiting Fellow* do Lauterpacht Centre for International Law (Cambridge). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

interamericana. Também focaremos o impacto no Brasil da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (CNUDCI ou UNCITRAL) e da UNIDROIT. Será analisado o chamado DIPr do Mercosul e os tratados de cooperação jurídica internacional.

À guisa de conclusão, elaboraremos um breve retrato do novo Direito Internacional Privado no Brasil à luz das fontes do direito. Nesse sentido, verificaremos a pluralidade das fontes da disciplina, o que exige, do intérprete, a busca do “diálogo das fontes”, de modo a compreender os fenômenos de harmonia e dissenso entre tais fontes. Também verificaremos a inclinação *internacional* em detrimento da fonte nacional, pelo aumento intenso do número de tratados celebrados nos últimos anos. Por fim, observamos, pela análise das fontes, que as novidades do DIPr no Brasil são de cunho predominantemente processual, bem como consideramos ser imprescindível que tenha um forte vínculo com a gramática de direitos humanos.

1. Objeto do DIPr no século XXI

O Direito Internacional Privado consiste em um conjunto de normas (nacionais ou internacionais) que rege (i) a escolha de uma regra regulatória de fatos transnacionais (também chamados de fatos mistos, fatos interjurisdicionais ou fatos anormais), bem como a (ii) determinação de uma jurisdição para solucionar eventuais litígios sobre tais fatos, além de estudar as (iii) fórmulas de cooperação jurídica internacional entre Estados.

O objeto central do Direito Internacional Privado é coordenar a *aplicação de normas* incidentes sobre fatos sociais que ultrapassam, por qualquer motivo, as fronteiras de um Estado. Essa coordenação é feita em três momentos: (i) na determinação da lei aplicável; (ii) na fixação da jurisdição e (iii) na cooperação jurídica internacional, que abarca o reconhecimento e a execução interna de pedidos de colaboração com outra jurisdição. Parte da doutrina sustenta que o objeto do DIPr também abarca a (iv) nacionalidade e (v) condição jurídica do estrangeiro.¹ Em que pese a importância da nacionalidade como critério para a escolha da lei aplicável ou mesmo do reconhecimento de direitos de estrangeiros no foro (por exemplo, direitos adquiridos em seu Estado patrial para serem invocados em outro Estado), o estudo desses dois tópicos não pertence diretamente à disciplina de DIPr, podendo ser abordados na disciplinas de Direito Constitucional e Direito Internacional Público.

Quanto ao *tipo* de fato transnacional analisado, para expressiva parte da doutrina, o DIPr dedica-se ao *fato transnacional de Direito Privado*, em uma tentativa

¹ Por todos, ver DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

de formar um corpo de normas pretensamente neutras e apolíticas, voltadas à regência de facetas da vida privada de cunho transfronteiriço.

A obsessão em separar os temas de direito privado dos temas de direito público é explicada, por Horwitt, como parte de um *esforço em separar o direito da política*. As relações privadas deveriam estar protegidas, no *seio da autonomia da vontade*, das possíveis tendências redistributivistas engendradas pelo predomínio, na segunda metade do século XX, do Estado Social de Direito (*Welfare State*) em diversos países.² Por isso, a doutrina do Direito Internacional Privado passou a defender, com mais ênfase a partir das décadas finais do século XX, que a matéria abrangeria tão somente os fatos transnacionais privados, não abarcando fatos de disciplinas de Direito Público.

Anteriormente, no século XIX até a metade do século XX, o DIPr incluía, tradicionalmente, temas de ramos do direito público no estudo da matéria. Pimenta Bueno, na primeira obra sobre o DIPr publicada no Brasil (1863), sustentou que a disciplina engloba o “complexo de leis positivas, atos, precedentes, máximas e princípios recebidos ou racionais, segundo os quais as nações civilizadas aplicam as suas leis particulares, ou consentem na aplicação de leis privadas estrangeiras dentro de seu território nas questões de caráter particular, que afetam súditos estrangeiros em matéria de *direito civil, comercial, criminal, e mesmo administrativo*”.³ No século XX, Strenger⁴ também defendeu que o Direito Internacional Privado abarca as relações jurídicas transnacionais *tanto de natureza privada ou pública*.

A partir do século XX, com a intervenção maior do Estado na economia, a dicotomia “direito público x direito privado” ficou esvaziada.⁵ Além disso, não abordar

² *In verbis*: “What were the concerns that created a virtual obsession with separating public and private law, both conceptually and practically, during the nineteenth century? Above all was the effort of orthodox judges and jurists to create a legal science that would sharply separate law from politics. By creating a neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning free from what was thought to be the dangerous and unstable redistributive tendencies of democratic politics, legal thinkers hoped to temper the problem of “tyranny of the majority”. HORWITZ, Morton J. The history of the public/private distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, 1423, 1424, 1982.

³ Grifo meu. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1863. p. 12.

⁴ Para Strenger, antigo Professor Titular de Direito Internacional Privado das Arcadas, o “Direito Internacional Privado é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais”. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 77.

⁵ BOBBIO, Noberto. A grande dicotomia: público/privado. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1988. SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MUIR WATT, Horatia. Droit public et droitprivédans les rapports internationaux (versunepublicisation des conflits de lois ?). *Archives Philosophiques du Droit*, t. 41, p. 207-214, 1997.

o fato transnacional de outros ramos do direito (como, por exemplo, o fato transnacional do Direito do Trabalho, do Direito da Concorrência, do Direito Penal, etc.) implica em desigualdade de tratamento e denegação de justiça. A proteção ao indivíduo e seus fluxos transfronteiriços seria amesquinhada caso a disciplina fosse restrita aos fatos transnacionais privados.

Como defende Valladão, “A finalidade do DIP, de exigir uma opção na divergência legislativa para o acatamento da personalidade humana através de sua circulação no espaço, verifica-se em todas estas matérias jurídicas e ficaria *frustrada, completamente*, se se restringisse apenas ao Direito Civil”.⁶

De fato, o DIPr estuda a regência de fatos transnacionais que interessam ao indivíduo, cuja esfera de proteção seria sensivelmente diminuída caso não houvesse a possibilidade de se aplicar o direito estrangeiro em áreas *além* das referentes ao *direito privado* tradicional. Discute-se, então, a aplicação de direito estrangeiro, reconhecimento e implementação de decisões estrangeiras em matérias como direito do trabalho, direito penal, direito da concorrência, etc.

Por isso, a percepção contemporânea do DIPr vivencia o pluralismo: *de fontes, de objetivos e de valores*, de acordo com a expressão de Hélène Gaudemet-Tallon.⁷ O presente artigo visa estudar justamente o *pluralismo de fontes*, que é visto pela diversidade da origem das normas de DIPr (fontes internacionais e nacionais), gerando diversas questões envolvendo a coexistência e o conflito de fontes.

2. A pluralidade das fontes do DIPr

A expressão *fontes do direito* é, antes de tudo, polissêmica: retrata, por um ângulo, os modos pelos quais as normas jurídicas são produzidas (fontes formais) e, por outro, os eventos sociais que geram as necessidades a serem reguladas pelas normas jurídicas (fontes materiais).

As fontes materiais do DIPr são consequências da “sociedade que se move” e não obedece as fronteiras políticas de um estado: os *fatos transnacionais* são aqueles eventos do mundo fenomênico com *elemento (ou vínculo) de estraneidade*.

Tal vínculo de estraneidade pode ser classificado como (i) *de fato*, que é aquele gerado por uma situação de fato, como, por exemplo, a existência de bens localizados em diversos países (gerando dúvida quanto à sucessão); ou (ii) *de direito*, que é aquele

⁶ Grifo meu. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 42.

⁷ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, n. 312, p. 9-40, 2005.

gerado por um ato jurídico, como, por exemplo, a cláusula contratual - fruto da autonomia da vontade - determinando o uso de lei estrangeira. A proliferação de relações jurídicas transnacionais - gerada pela facilidade de comunicação (vide a internet) - massificou o Direito Internacional Privado, multiplicando os fatos com *vínculos de estraneidade* que uma pessoa pode se envolver ao longo de sua vida.

Já as fontes formais correspondem às normas que contém as regras a serem aplicadas a tais fatos transnacionais.

Elas podem ser classificadas quanto à origem de duas formas: (i) fontes nacionais, que são aquelas contidas em normas produzidas em cada Estado e (ii) fontes internacionais, que são aquelas contidas em normas do Direito Internacional. Entre as fontes internacionais, incluo também as normas internacionais do Direito da Integração, como, por exemplo, as normas de DIPr da União Europeia ou do Mercosul.

O Direito Internacional Privado, como os mais diversos ramos do direito, possui normas internas e internacionais. Essa realidade não é nova: desde o século XIX, com os tratados de Lima e Montevideu (vide abaixo), há intenso processo de produção de normas internacionais de DIPr. Ocorre, como veremos, que, lentamente, há um predomínio de normas internacionais na matéria, o que, obviamente, é consequência de seu próprio objeto, nitidamente transnacional, na qual um Estado teria dificuldade de, sozinho e por leis internas, regular.

3. O Brasil e a pluralidade das fontes: a inclinação pela internacionalização

3.1. As fontes nacionais

A Constituição brasileira é, naturalmente, fonte do Direito Internacional Privado, ao dispor, genericamente, que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo *princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (art. 4º, inciso IX). Em termos focados na integração latino-americana, prevê o art. 4º, § único, que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Pairando sobre esses dispositivos, há ainda a menção, como *fundamento do Estado Democrático de Direito* brasileiro, da promoção da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III).

Esses dispositivos constitucionais gerais permitem o rechaço de uma eventual visão *xenófoba* e chauvinista, refratária à essência do DIPr, que é a *gestão da diversidade jurídica*, aplicada aos fatos transnacionais. Assim, eventual recusa sem motivo à (i) aplicação da lei estrangeira, ou (ii) rechaço injustificado à jurisdição estrangeira, bem como (iii) à cooperação jurídica internacional (os três objetos do DIPr), devem ser tidos

como inconstitucionais, pois ameaçam à cooperação entre os povos e amesquinham a *idêntica dignidade entre nacionais e estrangeiros*.

Claro que a Constituição não veda a recusa *justificada* à aplicação da lei estrangeira, o que, na minha visão, deve se dar com fundamento na *gramática dos direitos humanos*. Da mesma maneira que o respeito à dignidade de todos (não só de nacionais) impulsiona a aceitação do Brasil à aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro, essa mesma dignidade pode servir para impedir a escolha de uma lei discriminatória ou uma cooperação jurídica internacional na qual se solicite, ao Brasil, que auxilie na violação de direitos de determinado indivíduo.

Além desses dispositivos genéricos, a CF/88 ainda possui regras específicas sobre cooperação jurídica internacional, ao regular a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, (art. 105, I, “i”), bem como a extradição (art. 5º, LII e art. 102, I, “g”).

No plano infraconstitucional, destacam-se as seguintes leis, sobre a pluralidade de objeto do DIPr: (i) a Lei n. 12.376/10 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que, altera meramente a epígrafe da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tratando do DIPr dos arts. 7º a 19;⁸ (ii) Código de Processo Civil (temas de jurisdição e cooperação jurídica internacional); (iii) Código de Processo Penal (temas de jurisdição e cooperação jurídica internacional) e (iv) Lei n. 9.307/96 (escolha da lei e jurisdição), sem contar outras leis extravagantes, como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86 - arts. 1º a 10).

A dispersão é evidente: não há um único diploma normativo de cunho legal que abranja toda a *tríade contemporânea do DIPr*; a saber: (i) concurso de leis, (ii) determinação da jurisdição e (iii) cooperação jurídica internacional. Mesmo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é incompleta, pois se origina da ideia de se adotar normas de Direito Internacional Privado em uma Lei de Introdução ao Código Civil. Essa ideia constava do anteprojeto de Clóvis Beviláqua à Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, que entrou em vigor em 1917, sendo, por sua vez, influência do modelo adotado pelo legislador alemão de 1896, de regular o conflito das leis no espaço em uma Lei de Introdução ao Código Civil. Em 1942, a ditadura de Vargas atualizou os comandos de Direito Internacional Privado pela adoção - novamente - de uma Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei n. 4.657/42). Em 2010, a Lei n. 12.376 meramente mudou o nome do Dec.-Lei n. 4.657, que passou a ser denominado “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

⁸ A Lei n. 12.376/10 apenas modificou a epígrafe da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Dec.-Lei n. 4.657, de 24 de outubro de 1942). A LICC de 1942 substituiu a Lei de Introdução ao Código Civil de 01 de janeiro de 1917.

Não há perspectiva de alteração nesse quadro, pois iniciativas passadas de atualização e sistematização das normas de Direito Internacional Privado fracassaram. Dois projetos não aprovados merecerem destaque: (i) o originado no anteprojeto de 1964, de Haroldo Valladão, denominado *Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas* e o (ii) Projeto de Lei n. 4.905/95.

No primeiro caso, o anteprojeto era completo e visava a substituição do modelo de “Lei de Introdução ao Código Civil” para tratar do DIPr. Possuía 91 artigos e não se restringia a regulação da aplicação espacial da lei de direito privado, abrangendo, também, relações de trabalho, direito marítimo e aéreo, direitos de autor, direito cambial e de propriedade intelectual, jurisdição e cooperação jurídica internacional. Seu art. 16 era emblemático e previa o novo Direito Internacional Privado de *objeto amplo* (muito além de uma introdução ao Código Civil...) que Valladão ambicionava: “aplicam-se, de forma direta ou indireta, normas de direito brasileiro no exterior e de direito estrangeiro no Brasil com o fim de assegurar a continuidade espacial da *vida jurídica das pessoas*, em virtude de regras de direito internacional privado (...)”. Em 1970, o anteprojeto foi ligeiramente alterado pela Comissão Revisora, formada por Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, pelos Professores Oscar Tenório e Valladão, recebendo a denominação de “Código de Aplicação das Normas Jurídicas” e passando a conter 93 artigos. Foi introduzido, por sugestão de Oscar Tenório, dispositivo de *coordenação* com os tratados de DIPr, pelo qual “os preceitos dos artigos anteriores aplicam-se, no que couber, sem prejuízo de convenções internacionais ratificadas pelo Brasil”.⁹

Outra iniciativa de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, foi elaborada por comissão composta pelos Professores Limongi França, Grandino Rodas (ambos da Universidade de São Paulo), Inocêncio Mártires Coelho (Universidade de Brasília) e Jacob Dolinger (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), que redundou no Projeto de Lei n. 4.905/1995. O projeto era sensivelmente menos ambicioso do que o anteprojeto Valladão, contendo apenas 25 artigos (a LINDB possui 19 artigos). Buscava, antes de mais nada, em um contexto de reforma neoliberal do Governo Fernando Henrique Cardoso, o reforço da autonomia da vontade, em uma visão de estímulo a segurança jurídica de investidores estrangeiros. Ponto positivo foi a introdução, no Capítulo III (“Direito Internacional Privado”), de uma seção específica para “Cooperação Jurídica Internacional”, apesar de limitada as duas espécies tradicionais (carta rogatória e ação de homologação de sentença estrangeira). Também esse projeto não foi aprovado.

⁹ Texto integral e ainda exposição de Valladão sobre seu anteprojeto, bem como relatório da comissão revisora constam de VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Direito Intertemporal, introdução e história do direito. Material de Classe. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 108-169.

Atualmente, continua em trâmite o Projeto de Lei do Senado Federal n. 269, apresentado em 2004, pelo Senador Pedro Simon, que consiste em reapresentação do Projeto de Lei n. 4.905/95.

Porém, mais de 20 anos depois, é hora para um novo projeto de lei, que busque (i) sistematizar o Direito Internacional Privado como um todo (abrangendo toda a tríade e indo além do fato transnacional jusprivatista) e (ii) possuir normas de coordenação e diálogo com os inúmeros tratados de DIPr, celebrados pelo Brasil nessas décadas.¹⁰

Por outro lado, a cooperação jurídica internacional (CIJ) ocupa papel de destaque no DIPr contemporâneo, pois regula o “conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira”.¹¹ Assim, consiste em importante parte do DIPr, uma vez que os pleitos cooperacionais contêm *direito estrangeiro*, podendo, inclusive, serem negados com base na ordem pública e outros institutos tradicionais do DIPr.

As fontes nacionais da CIJ também estão dispersas e fragmentadas. Há dispositivos no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, sobre carta rogatória e homologação de sentença estrangeira, além de previsões sobre extradição na Lei n. 6.815/80. No plano infralegal, o Superior Tribunal de Justiça adotou a Resolução n. 09/2005, que contém regras sobre a concessão do *exequatur* às Cartas Rogatórias e à homologação de sentença estrangeira. O Supremo Tribunal Federal regula o processamento das extradições em seu regimento interno.

Nota-se, novamente, a ausência de uma “Lei Geral da Cooperação Jurídica Internacional”, que poderia, minimamente, dar organicidade e sistematicidade às regras cooperacionais cíveis e criminais aceitas pelo Brasil.

3.2. As fontes internacionais

Como visto acima, as fontes nacionais do DIPr ainda encontram-se vinculadas ao modelo de “introdução ao Código Civil” trazido, pela primeira vez, pela Lei de Introdução ao Código Civil, de 1917. Contudo, as fontes internacionais mostram vitalidade impressionante, em especial no que tange aos *tratados internacionais*. Não nego a importância do estudo das demais fontes do direito internacional, em especial

¹⁰ Esse pleito por um novo projeto de lei também foi sustentado por um dos membros da Comissão, Prof. João Grandino Rodas em RODAS, João Grandino. Falta a lei de introdução do Código Civil. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 21 de setembro de 2001.

¹¹ ABADÉ, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

os costumes e os princípios gerais, um ambiente da pós-modernidade do Direito Internacional,¹² mas tal análise excederia o espaço disponível neste artigo.

Por isso, concentro-me, no momento, na análise dos tratados celebrados pelo Brasil que, rapidamente, se transformaram na maior fonte do DIPr no Brasil.

3.2.1. Os tratados celebrados sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

O esforço de codificação nacional do DIPr do século XIX estimulou a busca de uniformização de suas regras no plano internacional, o que seria, na visão da época, desejável para assegurar uma decisão uniforme dos conflitos entre os diferentes ordenamentos cíveis e criminais. Em 1875, o Instituto de Direito Internacional, impulsionado por Mancini, adotou, em sua segunda sessão, uma moção pela qual reconhece a necessidade de adoção de tratados, por “Estados civilizados” (*États civilisés*), contendo regras obrigatórias e uniformes de direito internacional privado, em especial sobre questões referentes às pessoas, sucessões, bens, atos, procedimentos e execução de julgamentos estrangeiros.¹³ Nesse espírito, o governo holandês convidou, em 1892, os Estados europeus a participarem de uma conferência para a codificação do Direito Internacional Privado, que se realizou na Haia em 1893, com a participação de 13 Estados. Iniciou-se a *primeira fase* da Conferência da Haia, de 1893 a 1951, que é marcada por reuniões episódicas de natureza diplomática (entre governos).

Pelas próprias características da Conferência da Haia nessa fase (reuniões episódicas), o resultado é precário e assistemático: alguns temas (como sucessões) foram mantidos na pauta em diversas conferências; outros temas eram superficialmente abordados ou logo retirados da pauta.¹⁴ Em 1951, inaugura-se uma segunda fase da Conferência da Haia, com a convocação da VII Conferência, na qual foi adotado um estatuto (que entrou em vigor em 1955). A Conferência ganhou o formato de uma organização internacional, com um *Bureau* e, com isso, perenidade, apoio administrativo

¹² Sobre a pós-modernidade no Direito Internacional, ver as indispensáveis obras de Paulo Casella. CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

¹³ Em 1874, Mancini produz um estudo para o *Institut de Droit International*, cujo título é autoexplicativo: “De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs tratés internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”. Conferir NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, p. 303-430. Em especial p. 351.

¹⁴ NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, p. 303-430. Em especial p. 370.

mínimo (secretariado, arquivos) e a indispensável segurança para que pudesse continuar os esforços de codificação sem temer interrupção.

A fase institucional da Conferência possui as seguintes características, como apontado por Overbeck: (i) continuidade da opção pela “codificação por temas”, ao invés da elaboração de um grande tratado de direito internacional privado; (ii) composição heterogênea das delegações, com a presença de diplomatas, professores e práticos do Direito e (iii) tendência de foco em aspectos processuais do Direito Internacional Privado (cooperação jurídica internacional).¹⁵

O Brasil foi parte do Estatuto da Conferência de 1972 a 1978. Em 2001, voltou a ser parte do Estatuto,¹⁶ tendo já ratificado *quatro convenções*, a saber: 1) Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1980 (incorporada internamente pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000); 2) Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993 (incorporada internamente pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999); 3) Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em matéria Civil ou Comercial, assinada na Haia, em 18 de março de 1970 e 4) Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça firmada na Haia, em 25 de outubro de 1980 (ambas no aguardo da publicação do decreto de promulgação).

3.2.2. O Brasil e a codificação interamericana

Inicialmente, a influência de Mancini e dos internacionalistas do *Institut de Droit International* repercutiram com mais vigor na América do Sul, cujos governos ansiavam mimetizar aquilo que era considerado avançado pelos juristas europeus no plano internacional, *desde que* não gerasse dificuldades internas.

Em 1877, por iniciativa do Peru, foi realizada a “Conferência de Juristas sul-americanos” em Lima, com a participação de Delegações do Peru, Argentina, Venezuela, Costa Rica, Bolívia, Equador e Chile. Nessa conferência, foi aprovado - em 1878 - um pioneiro projeto contendo regras de direito internacional privado, direito penal e processo internacionais. Foram adotadas regras como a lei do local da situação dos bens, lei do local

¹⁵ OVERBECK, Alfred E. von. La contribution de la Conference de La Haye au developpment du droit international privé. 233 *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Haye, n. 233, p. 13-98, 1992. Em especial p. 22-24. Sobre os aspectos processuais do Direito Internacional Privado e a Conferência da Haya, ver também DROZ, Georges André Léopoldand Michel Pelichet. La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent: Bilan et perspectives. 168 *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 3, n. 168, p. 123-268, 1980. Em especial p. 159.

¹⁶ O Estatuto foi incorporado internamente pelo Decreto n. 3.832 de 1º de junho de 2001.

da celebração dos contratos, etc., que já eram comuns em codificações nacionais. Contudo, essa primeira codificação internacional não gerou nenhuma consequência prática, não tendo seu texto sido ratificado pelos participantes.¹⁷ No Brasil imperial e escravagista, a reação foi avessa à codificação americana: o então Ministério dos Negócios Exteriores emitiu nota contra a participação brasileira em Lima, entendendo que o Império deveria aguardar a codificação europeia.¹⁸

Em 1887, Gonzalo Ramirez, diplomata uruguaio, elaborou, a pedido do seu governo, projeto de tratado de direito internacional privado, denominado “Projeto de Código de Direito Internacional Privado”. Em 1888, os governos da Argentina e Uruguai convidaram, em conjunto, diversos Estados da América do Sul para participarem do “Congresso de Direito Internacional Privado de Montevideú”, realizada de agosto de 1888 a fevereiro de 1889. Pelos vínculos entre Brasil e Uruguai, o Brasil imperial enviou delegação. Participaram, além do Brasil, da reunião de Montevideú delegações da Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai. Entre os tratados elaborados, estavam um tratado sobre conflito de leis no direito civil (chamado de tratado de direito civil internacional) e um tratado sobre conflito de leis comerciais (chamado de tratado de direito comercial internacional).

A delegação brasileira notabilizou-se por se opor ao projeto, pela defesa da *lei da nacionalidade* para reger a capacidade e personalidade, sob a influência de Mancini, mas que destoava da opção dos demais países receptores de imigrantes. Pelo contrário, os delegados dos demais países estavam conscientes do risco de falta de coerência e fragmentação da lei aplicável, se fossem adotadas as leis nacionais dos imigrantes.¹⁹ Contudo, para o Império brasileiro, o princípio da nacionalidade seria um atrativo ao estrangeiro, que, sem ele, não seria estimulado a aceitar a imigração à América do Sul. O Brasil não ratificou nenhum dos tratados aprovados na Conferência.

Os próximos passos foram mais lentos e foram realizados no ambiente das Conferências Panamericanas. Tais conferências eram reuniões periódicas dos Estados americanos, sob patrocínio dos Estados Unidos, tendo originado a União Panamericana (1910), cujo secretariado foi estabelecido em Washington e serviu para fornecer o suporte

¹⁷ NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, p. 303-430. Em especial p. 353.

¹⁸ SAMTLEBEN, Jürgen. A codificação interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Integração jurídica interamericana*. As convenções interamericanas de direito internacional privado e o direito brasileiro. São Paulo: Ltr, 1998. p. 25-45. Em especial p. 28.

¹⁹ NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, p. 303-430. Em especial p. 356.

administrativo para as Conferências periódicas até ser sucedida pela Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948).

Na I Conferência Panamericana, realizada em Washington (1889-1890), os debates referentes ao DIPr limitaram-se à busca e ratificações dos tratados de Montevideú. Já na II Conferência, realizada no México (1901-1902), o Brasil propôs a criação de uma comissão para organizar a codificação do Direito Internacional Público e Privado. Somente em 1925, o projeto elaborado por Antonio Sanchez Bustamante y Sirven, jurista cubano, foi aprovado pela Comissão de juristas indicada pela União Panamericana. Dessa vez, buscou-se uma fórmula de conciliação entre a lei da nacionalidade e a lei do domicílio, para que o Brasil pudesse ratificar a futura Convenção: de acordo com o projeto aprovado, cada Estado poderia usar seu critério.

Assim, com essa fórmula, o projeto foi analisado e aprovado na VI Conferência Panamericana de Havana (1928), em comissão sob a relatoria de Eduardo Espínola.²⁰ Foi editada a Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado, também denominada Código Bustamante, ratificada pelo Brasil²¹ e 14 outros Estados. Sua fórmula de conciliação entre a nacionalidade e o domicílio foi considerada uma vitória da diplomacia, mas gerou reação dos Estados comprometidos com a lei do domicílio estabelecida no Congresso de Montevideú: com a exceção da Bolívia, os demais Estados Partes dos Tratados de Montevideú não ratificaram o Código Bustamante.

O Código é imenso (437 artigos), dividido em quatro livros: Direito Civil Internacional, Direito Comercial Internacional, Direito Penal Internacional e Direito Processual Internacional. Sua principal característica é o compromisso entre a opção brasileira pela nacionalidade (ao melhor estilo da “Escola de Mancini”) e a opção dos demais Estados pela lei do domicílio: adotou-se uma ambígua “lei pessoal” prevista no art. 7º do Código (“Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicílio, as da nacionalidade ou as que tenham adotado ou adote no futuro a sua legislação interna”). Com essa ambiguidade, Bustamante viabilizou a aceitação da Convenção pelo Brasil (até então isolado), mas perdeu a essência do esforço de codificação que é a obtenção de uma solução uniforme para os conflitos de lei.

Contudo, o Código foi inovador ao definir certo conteúdo mínimo para ordem pública no DIPr, dispondo que “os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional (art. 4º)”.

²⁰ SAMTLEBEN, Jürgen. A codificação interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Integração jurídica interamericana*. As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro. São Paulo: Ltr, 1998. p. 25-45. Em especial p. 34.

²¹ Incorporado internamente pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

Por outro lado, o Código definiu o objeto do Direito Internacional Privado para *além dos fatos transnacionais de direito privado*: há menção aos fatos transfronteiriços penais (Livro III) e à cooperação jurídica internacional em matéria penal, além da cível (Livro IV, em especial quanto à extradição), demonstrando a tendência do século XX e XXI.

Na década de 30, houve a continuidade do esforço de codificação parcial de determinados temas do DIPr no seio das Conferências Panamericanas, o que mostrou a insatisfação de alguns Estados americanos (especialmente Argentina e Uruguai) com o Código Bustamante. Em 1939, realizou-se o 2º Congresso Sul-Americano de Direito Internacional Privado, em Montevideú. Novamente, o Brasil foi contra a adoção da lei do domicílio, inserido no projeto de Tratado de Direito Civil Internacional adotado em 1940, na continuidade dos trabalhos do Congresso. Também foram adotados um tratado de Direito Comercial Internacional e um tratado de Direito Processual internacional, em 1940.²² Nenhum desses tratados foi ratificado pelo Brasil.

Após a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948, o foro de discussão do DIPr nas Américas ganhou novo espaço institucional. Além disso, o “cisma sul-americano” entre a lei da nacionalidade e a lei do domicílio foi superado, com a adoção da lei do domicílio pelo Brasil em 1942 (com a nova Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei n. 4.657/42).

Nos anos 50 e 60, foram realizados diversos debates no Conselho Interamericano de Juristas (hoje Comissão Jurídica Interamericana, órgão da OEA com sede no Rio de Janeiro), visando assegurar uma unificação internacional do DIPr nas Américas.²³ A partir dos anos 70, inicia-se uma segunda fase na produção de normas internacionais de DIPr nas Américas, por meio da realização das *Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado* (CIDIPs), no âmbito da OEA.

Em 1975, foi realizada a I Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-I) da OEA, na cidade do Panamá. Foram aprovados os seguintes tratados: 1) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de letras de câmbio, notas promissórias e faturas. (Brasil assinou, mas não a ratificou, pois foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 1995); 2) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de cheques (Brasil assinou, mas não

²² Ver a lista das ratificações dos tratados de Montevideú (1889 e 1940) em DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 534-567.

²³ SAMTLEBEN, Jürgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Integração jurídica interamericana*. As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro. São Paulo: Ltr, 1998. p. 25-45. Em especial p. 38-39.

ratificou, pela existência de tratado sobre o tema aprovado na CIDIP-II); 3) Convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional (Brasil ratificou-a em 31/08/95²⁴); 4) Convenção interamericana sobre cartas rogatórias (Brasil ratificou-a em 31/08/95²⁵); 6) Convenção interamericana sobre a obtenção de provas no estrangeiro; 7) Convenção interamericana sobre regime legal das procurações a serem usadas no exterior (Brasil ratificou-a em 17/03/94²⁶).

Na CIDIP-II, realizada em Montevidéu em 1979, foram aprovados os seguintes tratados: 1) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de cheques (Brasil ratificou-a em 03/05/94²⁷); 2) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em material de sociedades mercantis – (Brasil ratificou-a em 31/08/95²⁸); 3) Convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em Direito Internacional Privado – (Brasil assinou, mas ainda não a ratificou); 4) Convenção interamericana sobre o cumprimento de medidas cautelares (Brasil não assinou e não ratificou ou aderiu); 5) Convenção interamericana sobre normas gerais de Direito Internacional Privado – (Brasil ratificou-a em 31/08/95²⁹); 6) Convenção interamericana sobre a eficácia territorial de sentenças e laudos arbitrais (Brasil ratificou-a em 31/08/95³⁰); 7) Convenção interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro – (Brasil ratificou em 31/08/95³¹); 8) Protocolo adicional à convenção interamericana sobre cartas rogatórias (Brasil ratificou-o em 31/08/95³²).

Já na CIDIP-III, realizada em La Paz em 1984, foram adotados os seguintes tratados: 1) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores – (Brasil ratificou-a em 03/07/97³³); 2) Convenção interamericana sobre jurisdição na esfera internacional para a eficácia extraterritorial de sentenças estrangeiras – (Brasil apenas assinou e não ratificou); 3) Convenção interamericana sobre personalidade e capacidade das pessoas jurídicas em Direito internacional privado – (Brasil ratificou-a em 30/01/97³⁴); 4) Protocolo adicional à convenção interamericana sobre obtenção de provas no estrangeiro – (Brasil apenas assinou e não ratificou).

²⁴ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.979, de 09 de agosto de 1996.

²⁵ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.898, de 09 de maio de 1996.

²⁶ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.213, de 03 de agosto de 1994.

²⁷ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.240, de 15 de setembro de 1994.

²⁸ Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.400, de 21 de novembro de 1997.

²⁹ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.979, de 09 de agosto de 1996.

³⁰ Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.411, de 02 de dezembro de 1997.

³¹ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.925, de 10 de junho de 1996.

³² Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.022, de 07 de outubro de 1996.

³³ Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.429, de 17 de dezembro de 1997.

³⁴ Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.427, de 17 de dezembro de 1997.

Na CIDIP-IV, realizada em Montevideu (1989), foram aprovadas: 1) Convenção interamericana sobre contratos de transporte internacional rodoviário (Brasil não assinou); 2) Convenção interamericana sobre restituição internacional de menores (Brasil ratificou-a em 03/05/94³⁵); 3) Convenção interamericana sobre obrigação alimentar (Brasil ratificou-a em 16/06/97³⁶).

Já na CIDIP V, realizada na Cidade do México (1994), foram aprovadas: 1) Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores (Brasil ratificou-a em 03/07/97³⁷); 2) Convenção interamericana sobre direito aplicável nos contratos internacionais – (Brasil apenas assinou)

Finalmente, na CIDIP VI, realizada em Washington (2002), houve inovação metodológica: houve a aprovação de “lei modelo”, revelando uma inclinação da OEA para a utilização de *soft law*, comum na UNCITRAL, UNIDROIT e outros foros do Direito Internacional. Foram aprovados: 1) Lei Modelo Interamericana sobre garantias mobiliárias e 2) dois documentos interamericanos uniformes de conhecimento de carga para o transporte rodoviário internacional de mercadorias. A CIDIP-VII ainda está em andamento, com forte influência brasileira para que seja produzido um tratado de proteção ao consumidor no âmbito do DIPr.

Em resumo, durante o período de 1975 ao presente, foram adotados 22 tratados setoriais de DIPr, abrangendo tanto as normas gerais de concorrência (concurso ou escolha) de leis, quanto às regras de jurisdição e cooperação jurídica internacional. Houve também adoção de normas diretas (mudando o foco tradicional da CIDIP de aprovar tratados de conflito de leis), como se viu na edição da Convenção sobre contratos de transporte internacional rodoviário (CIDIP- IV) e a lei modelo e documentos uniformes de conhecimento de carga (CIDIP - VI). O Brasil ratificou 14 desses tratados, todos no período de 1994-1998.

A opção adotada (e mantida até hoje) foi a de produzir tratados segmentados, evitando-se o desgaste da tentativa de adoção de um código geral de DIPr, marca dos trabalhos anteriores da União Panamericana e mesmo da OEA. Essa abordagem funcionalista e gradual foi inspirada nos trabalhos da Conferência da Haia, mas também é fruto da constatação do fracasso do Código de Bustamante, que nunca conseguiu obter um número razoável de ratificações.

³⁵ Promulgada internamente pelo Decreto n. 1.212, de 03 de agosto de 1994.

³⁶ Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.428, de 17 de dezembro de 1997.

³⁷ Promulgada internamente pelo Decreto n. 2.740, de 20 de agosto de 1998.

3.2.3. O Brasil e a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (CNUDCI ou UNCITRAL)

Nos anos cinquenta do século XX, com o desmoronamento do colonialismo europeu, a entrada de países recém-independentes na Organização das Nações Unidas (ONU) gerou uma nova orientação de órgãos onusianos, voltada para os problemas do desenvolvimento e ao equilíbrio das trocas internacionais.

A constatação do abismo entre os Estados desenvolvidos, detentores de conhecimento técnico supervalorizado (vários deles, ex-metrópoles e beneficiados por séculos pelo colonialismo) e os Estados subdesenvolvidos, exportadores de matérias-primas de baixo valor agregado, levou à busca de uma *nova ordem econômica internacional*, baseada na obtenção de um sistema de comércio internacional favorável aos países menos desenvolvidos.³⁸

Essa nova orientação também atingiu a codificação do Direito Internacional Privado, com foco no comércio internacional. Em 1966, a Assembleia Geral da ONU criou a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI ou UNCITRAL, na sigla em inglês).³⁹ Seu objetivo básico é a harmonização progressiva e unificação do Direito do Comércio Internacional, a partir da premissa de que as leis locais de comércio internacional criam barreiras protecionistas e ameaçam seu desenvolvimento. É composta por sessenta membros, eleitos pela Assembleia Geral, representando as diversas regiões do globo (mandatos de seis anos), tendo sede em Viena.

Atualmente (2014), possui seis grupos de trabalho, com foco em (i) regras sobre micro, pequenas e médias empresas; (ii) arbitragem internacional e conciliação; (iii) resolução de disputas *online*; (iv) comércio eletrônico; (v) direito falimentar e (vi) questões securitárias.⁴⁰ Os instrumentos para harmonizar as regras do comércio internacional são variados e consistem especialmente na a) adoção de tratados e b) leis modelos.

Os tratados adotados pela ONU sob o estímulo da UNCITRAL são inúmeros, tendo sido ratificados pelo Brasil: (i) a Convenção da ONU sobre Contratos Internacionais de Venda de Mercadorias (Viena, 1980⁴¹); (ii) Convenção da ONU sobre

³⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Em especial p. 382-383.

³⁹ Resolução n. 2.205(XXI) de 17 de dezembro de 1966. BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 340, p. 271-462, 2009. Em especial p. 309.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁴¹ Ratificada pelo Brasil em 2013. Entrada em vigor no plano internacional para o Brasil em 01 de abril de 2014.

Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras⁴² (Nova York, 1958), editada antes de sua criação.

3.2.4. O Brasil e a UNIDROIT

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (conhecido pela sigla UNIDROIT - mescla das palavras em francês “Unification” e “Droit”) é uma organização internacional, de natureza intergovernamental, criada a partir de proposta italiana, em 1926, para ser um órgão auxiliar da então existente Sociedade das Nações (antecessora da ONU).

O ambiente pós 1ª Guerra Mundial era promissor: buscava-se uma era de paz, ancorada em acordos internacionais entre os Estados. A unificação do Direito Privado era uma meta que contribuía para a eliminação das diferenças e obtenção da unidade. Em sua proposta original, o governo italiano sustentou que o UNIDROIT deveria examinar meios de harmonização e coordenação de regras de Direito Privado dos diferentes Estados e propor, gradualmente, uma legislação uniforme.

Seu lançamento formal deu-se em 1928, com sede em Roma, sendo seu Conselho de Direção nomeado pelo Conselho da Sociedade das Nações. Essa primeira fase do UNIDROIT não resistiu à instabilidade política da Europa: houve apenas dois projetos de lei uniforme e, com a retirada da Itália da Sociedade das Nações, o Governo fascista italiano comunicou, em 1937, sua decisão de denunciar o Acordo de 1926, ao mesmo tempo em que informava que o Instituto poderia continuar a existir na qualidade de organização internacional autônoma.⁴³

Em 1940, foi adotado um novo acordo internacional, denominado de Estatuto do UNIDROIT. No mesmo ano, o *Brasil aderiu ao estatuto*, tendo permanecido como membro do Instituto até 1969, quando dela se desligou.

Após a redemocratização e com a abertura da economia brasileira a investimentos internacionais nos anos 90 do século passado (inclusive com ampla concessão de serviços públicos outrora monopólios estatais a empresas estrangeiras, como o setor de telecomunicações), o Brasil voltou a se interessar pela unificação do direito privado. Em 1993, o Brasil depositou a carta de adesão ao Estatuto, fazendo, desde então, parte do UNIDROIT.⁴⁴

⁴² Incorporada internamente pelo Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

⁴³ LIMA, João André. *A harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. p. 30 e 31.

⁴⁴ Decreto n. 884, de 02 de agosto de 1993, que promulgou internamente o Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), concluído em Roma, em 15 de março de 1940.

Seus instrumentos são variados: desde a elaboração de tratados ofertados aos Estados até a edição de “leis modelos”, princípios gerais (dirigidos aos agentes econômicos, que podem livremente optar pela sua incidência) e guias legais.⁴⁵ Somente os tratados teriam força vinculante aos Estados; os demais instrumentos são fontes de *soft law*, ou seja, direito não vinculante, dependente de sua força persuasiva.

O Brasil celebrou, até o momento, somente a Convenção UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados (1995⁴⁶).

3.2.5. O Brasil e o DIPr do Mercosul

Como resultado das intensas negociações, foi assinado, em 26 de março de 1991, por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai o “Tratado de Assunção para Constituição do Mercado Comum do Sul”. O Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional em 25 de setembro de 1991 (Decreto Legislativo n. 197/91) e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto n. 350/91 de 22 de novembro do mesmo ano. Depois do depósito das devidas ratificações, o Tratado de Assunção entrou em vigor em 29 de novembro de 1991.

O Tratado de Assunção, de 1991, é um marco no lento processo de integração entre as economias dos Estados do Cone Sul americano ao estabelecer, como objetivo final, a constituição de um *mercado comum* entre o Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, e, a partir de 2013, Venezuela.⁴⁷ Em virtude desse ambicioso objetivo, o Mercosul preocupou-se em eliminar barreiras à criação do mercado comum, *harmonizando legislações* por meio da edição de tratados.

Esse *esforço harmonizador mercosulino* atingiu o DIPr, podendo ser mencionados os seguintes tratados celebrados:⁴⁸ 1) Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (“Protocolo de Las Leñas”, 1992)⁴⁹ 2) Protocolo de Medidas Cautelares (1994)⁵⁰ 3) Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (“Protocolo de Buenos Aires”, 1994)⁵¹; 4)

⁴⁵ GAMA Junior, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 204.

⁴⁶ Decreto n. 3.166, de 14 de setembro de 1999, que promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

⁴⁷ No âmbito interno brasileiro, ver o Decreto n. 7.859, de 06 de dezembro de 2012, que promulga o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL, firmado pelos Presidentes dos Estados Partes do MERCOSUL e da República Bolivariana da Venezuela em Caracas, em 4 de julho de 2006.

⁴⁸ Conferir em TIBURCIO, Carmen. Cooperação jurídica internacional em matéria civil. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, a. 1, n. 1, p. 61-80, 2013.

⁴⁹ Promulgado internamente pelo Decreto n. 2.067/1996.

⁵⁰ Promulgado internamente pelo Decreto n. 2.626/1998.

⁵¹ Promulgado internamente pelo Decreto n. 2.095/1996.

Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul (“Protocolo de Fortaleza”, 1997);⁵² 5) Protocolo sobre Comércio de Serviços do Mercosul (“Protocolo de Montevideú”, 1997);⁵³ 6) Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (1998);⁵⁴ 7) Acordo sobre o benefício da justiça gratuita e a assistência jurídica gratuita entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile (2000).⁵⁵

No âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal, o Mercosul possui ainda o 8) Acordo sobre Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul (1998)⁵⁶ e 9) Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (“Protocolo de San Luis”, 1996).⁵⁷

Contudo, os tratados mercosulinos listados acima não contemplaram conteúdo distinto dos demais tratados de DIPr celebrados pelo Brasil. Nenhum tratamento privilegiado ao Mercosul foi acordado, o que seria mais adequado ao que se espera de um ambiente de integração, no qual a confiança entre os membros é maior.

Por exemplo, o “Protocolo de Las Leñas” continua a utilizar o óbice da “ordem pública”, para o não cumprimento do pleito cooperacional (art. 8º) e o acordo de extradicação do Mercosul prevê a denegação da extradicação por “crime político” (art. 5º) ou ainda pela existência de “tribunal de exceção” (arts. 5º e 8º, respectivamente).

Assim, reproduziram-se requisitos tradicionais da cooperação jurídica internacional encontrados em tratados celebrados pelo Brasil com Estados terceiros, como se o pertencimento ao Mercosul não fosse um *diferencial* considerável - afinal, subjacente ao desejo de integração está uma *confiança recíproca* nas instituições democráticas de cada um dos parceiros. Por isso, na União Europeia, a cooperação jurídica internacional avança fundada em um *paradigma da confiança*, abolindo-se diversos requisitos tradicionais da matéria.⁵⁸

3.2.6. Os tratados de cooperação jurídica internacional

Na visão contemporânea do DIPr, a cooperação jurídica internacional ocupa papel de destaque, pois regula o “conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu

⁵² Promulgado internamente pelo Decreto n. 6.602/2000.

⁵³ Promulgado internamente pelo Decreto n. 6.480/2008.

⁵⁴ Promulgado internamente pelo Decreto n. 4.719/2003.

⁵⁵ Promulgado internamente pelo Decreto n. 6.679/2008.

⁵⁶ Promulgado internamente pelo Decreto n. 4.975/2004.

⁵⁷ Promulgado internamente pelo Decreto n. 3.468/2000.

⁵⁸ Sobre o paradigma da confiança, ver ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira”.⁵⁹ Assim, consiste em importante parte do DIPr, uma vez que os pleitos cooperacionais contêm *direito estrangeiro*, podendo, inclusive, serem negados com base na ordem pública e outros institutos tradicionais do DIPr.

Há, atualmente, tratados sobre todos os principais pleitos cooperacionais: envio de pessoas (tratados de extradição), assistência jurídica internacional (tratados sobre cartas rogatórias e tratados sobre auxílio direto, tanto na matéria cível quanto penal), execução de sentença estrangeira e laudos arbitrais estrangeiros (tratados de arbitragem e homologação de sentença estrangeira ou arbitral), e transferência de sentenciados.

Alguns exemplos de cooperação estão expressos nos acordos celebrados no âmbito do MERCOSUL,⁶⁰ os quais têm se tornado um pilar importante da integração

⁵⁹ ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. cit.

⁶⁰ MERCOSUL – Cooperação Jurídica Internacional: - Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, 1992. Ratificação: 16/02/1996. (Promulgação: Decreto n. 2.067, de 12 de setembro de 1996). - Protocolo de medidas cautelares, 1994. Ratificação: 18/03/1997. (Promulgação: Decreto n. 2.626, de 15 de junho de 1998). - Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, 1994. Ratificação: 07/05/1996. (Promulgação: Decreto n. 2.095, de 17 de dezembro de 1996). Protocolo de assistência mútua em matérias penais, 1996. Ratificação: 28/03/2000. (Promulgação: Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000). Protocolo de São Luís em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados Partes do Mercosul, 1996. Ratificação: 30/01/2001. (Promulgação: Decreto n. 3.856, de 03 de julho de 2001). Acordo sobre arbitragem comercial do Mercosul, 1998. Ratificação: 09/09/2002. (Promulgação: Decreto n. 4.719, de 04 de junho de 2003). Acordo sobre arbitragem comercial do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, 1998. Ratificação: 09/10/2003. (Promulgação: Decreto n. 6.891, de 02 de julho de 2009). Acordo sobre extradição entre os Estados Partes do Mercosul, 1998. Ratificação: 02/12/2003. (Promulgação: Decreto n. 4.975, de 30 de janeiro de 2004). Acordo sobre extradição entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, 1998. Ratificação: 09/09/2002. (Promulgação: Decreto n. 5.867, de 03 de agosto de 2006). Acordo sobre o benefício da justiça gratuita e a assistência jurídica gratuita entre os Estados Partes do Mercosul, 2000. Ratificação: 21/05/2004. (Promulgação: Decreto n. 6.086, de 19 de abril de 2007). Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, 2000. Ratificação: 14/11/2006. (Promulgação: Decreto n. 6.679, de 08 de dezembro de 2008). Acordo sobre Dispensa de Tradução para Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Parte do Mercosul, 2000. Ratificação: 18/10/2005. (Promulgação: Decreto n. 5.851, de 18 de julho de 2006). Acordo sobre Dispensa de Tradução para Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Parte do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, 2000. Ratificação: 23/08/2004. (Promulgação: Decreto n. 5.852, de 18 de julho de 2006). Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, 2002. Ratificação: 28/03/2006. (Promulgação: Decreto n. 6.891, de 02 de julho de 2009). Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, 2006. Ratificação: 10/09/2012. (Promulgação: Ainda não foi promulgada). Acordo sobre Jurisdição em Matéria de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre os Estados Partes do Mercosul (não vigente), 2002. Ratificação: 23/08/2004. (Promulgação: Ainda não foi promulgada). Acordo sobre Traslado de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, 2004. Ratificação: 27/11/2007. (Promulgação: Ainda não foi promulgada). Acordo sobre Traslado de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (não vigente), 2004. Ratificação: 01/10/2013. (Promulgação: Ainda não foi promulgada). Acordo para a Facilitação de Atividades Empresariais no Mercosul, 2004. Ratificação: 27/11/2007. (Promulgação: Decreto

regional. Além dos acordos mercosulinos, acrescenta-se ainda as iniciativas de cooperação presentes, também, nos acordos celebrados pela Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP),⁶¹ da qual o Brasil faz parte.

Outra face importante da cooperação jurídica internacional são as iniciativas de combate ao crime organizado transnacional, que gerou um movimento normativo e institucional no âmbito das Nações Unidas (UNODC – *United Nations Office for Drugs and Crime*)⁶² e, também, na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁶³ O Brasil, percebendo que não pode estar alheio a essas iniciativas, ratifica um conjunto de documentos sobre o tema, pois o aprofundamento da cooperação jurídica internacional torna-se vital ao combate à impunidade.

Os tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional, ratificados pelo Brasil nos mais diversos tipos de pleitos cooperacionais, também proliferam.

Abade assinala que a maior parte dos tratados celebrados pelo Brasil sobre cooperação internacional ocorreu nos últimos 25 anos, sob a égide da Constituição de 1988: 48% dos tratados de extradição, 78% dos tratados de assistência jurídica e 100% dos tratados envolvendo execução de sentença estrangeira (transferência de presos). Acertadamente, a autora conclui que a redemocratização também gerou maior

n. 6.418, de 31 de março de 2008). Agradeço a minha orientanda de Doutorado, Professora Helisane Mahlke, pela compilação.

⁶¹ Cooperação Jurídica Internacional entre os países da CPLP. Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, 2005. Ratificação: Ainda sem instrumento de ratificação. (Promulgação: Ainda não foi promulgada). Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, 2005. (Promulgação: Decreto n. 7.935, de 19 de fevereiro de 2013). Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, 2005. (Promulgação: Decreto n. 8.049, de 11 de julho de 2013). Agradeço à minha orientanda de Doutorado, Professora Helisane Mahlke, pela compilação.

⁶² Nações Unidas – UNODC. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, 2000. Ratificação: 29/01/2004. (Promulgação: Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004). Protocolo Adicional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (suplementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), 2000. Ratificação: 29/01/2004. (Promulgação: Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004). Protocolo Adicional sobre o relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (suplementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), 2000. Ratificação: 9/01/2004. (Promulgação: Decreto n. 5.016, de 12 de março de 2004). Protocolo Facultativo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições (suplementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), 2000. Ratificação: 31/03/2006. (Promulgação: Decreto n. 5.941, de 26 de outubro de 2006). Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, 2003. Ratificação: 15/06/2005. (Promulgação: Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006).

⁶³ Agradeço a minha orientanda de Doutorado, Professora Helisane Mahlke, pela compilação. Convenção da OCDE sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, 1997. Ratificação: 24/08/2000. (Promulgação: Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000).

cooperação e abertura do Estado brasileiro à sociedade internacional, estimulando forte desenvolvimento das fontes internacionais do Direito Internacional Privado.⁶⁴

Conclusão: breve retrato do novo Direito Internacional Privado no Brasil, à luz das fontes do direito.

Pela análise das fontes, o novo Direito Internacional Privado no Brasil possui as seguintes características, a saber:

a) *Plural*. Hoje, é corriqueiro mencionar que o DIPr brasileiro conta com fontes nacionais e internacionais, o que exige, do intérprete a busca do “diálogo das fontes”, de modo a compreender os fenômenos de harmonia e dissenso entre tais fontes.

b) *Tendencialmente internacional*. Pelos dados coletados pela pesquisa acima, é evidente que, após a redemocratização, o Brasil voltou sua atenção a tratados de DIPr. Há com crescimento exponencial do número de tratados celebrados, ao mesmo em que o Brasil participa ativamente de organizações internacionais que discutem e produzem normas referentes à tríade do DIPr (escolha da lei, determinação da jurisdição e cooperação jurídica internacional).

c) *Obsolescência e congelamento das fontes nacionais*. A falta de consenso tanto no Poder Executivo quanto no Legislativo mantém o conteúdo da LINDB (Lei n. 12.376/10) *quase que idêntico ao texto original*, aprovado em 1942 (Dec.-Lei n. 4.567/42), que, por sua vez, tinha sido calçado na Lei de Introdução ao Código Civil, de 1917. Obviamente, a sociedade brasileira, agrária e pré-industrial do início do século XX, não mais existe, o que acarreta quase o desaparecimento de casos envolvendo o direito internacional privado previsto na LIND de precedentes mais recentes do Judiciário.

d) *Predominantemente processual*. Os tratados celebrados pelo Brasil, especialmente no século XXI mostram que a produção normativa do DIPr inclinou-se para aspectos processuais. Os tratados de cooperação jurídica internacional celebrados mostram que o *enforcement* das deliberações oriundas de um Estado em outro são hoje intensamente debatidas nesse mundo globalizado. Buscam-se respostas às seguintes perguntas: Como executar um laudo arbitral estrangeiro em outro país?; Como obter o retorno de uma criança levada a outro Estado pelo rompimento ilegítimo da guarda?; Como obter provas e recuperar ativos ilicitamente obtidos? Entre outras. Essa “onda processual” do DIPr explica-se tanto pela demanda da área privada (obter a execução de laudos arbitrais, por exemplo) quanto da área pública (atuação contra a criminalidade transnacional). A proteção dos direitos humanos também gerou a luta pela cooperação

⁶⁴ ABADÉ, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 233.

jurídica internacional, na linha da defesa do *acesso à justiça* (direito previsto em diversos tratados e Constituições), que seria obstaculizada, caso os pleitos cooperacionais fossem negados.

e) *Vinculação à gramática dos direitos humanos*. Atualmente, é um truísmo a afirmação da necessidade do Direito Internacional Privado respeitar os direitos humanos, pois todo o ordenamento jurídico internacional – e nacional – deve respeito a essa nova centralidade. Assim, uma lei estrangeira que violar, por exemplo, direitos fundamentais, pode não ser aplicada.⁶⁵ Ou, por outro lado, o Direito Internacional Privado é impulsionado pelos direitos humanos, como se viu acima na defesa da cooperação jurídica internacional como forma de implementação do direito ao acesso à justiça. O importante – na minha pesquisa – é encontrar uma fórmula que dê coerência e consistência à *interpretação* que é dada a esses direitos, em um cenário de expansão e conflitos latentes entre direitos de titularidades distintas. Esse “cenário de conflitos” é típico cenário de um Direito Internacional Privado pós-moderno, no qual indivíduos distintos clamam pela *gramática dos direitos humanos* na aplicação ou rechaço do direito estrangeiro para reger suas pretensões.⁶⁶

f) *Releitura da autonomia da vontade como forma de escolha da lei e desafios da governança global*. Desde a segunda metade do século XX, com maior ou menor intensidade, o crescimento dos fluxos transfronteiriços capitalistas estimulou o apelo ao uso da autonomia da vontade como regra de conexão para a escolha da lei. Porém, no século XXI, cresce a discussão dos novos papéis - inclusive regulatórios - da escolha da lei em um contexto de *reconhecimento de direitos* (caso, por exemplo, dos consumidores no comércio eletrônico), *ativo papel do Estado para suprir falhas do funcionamento do mercado* (vide a crise mundial de 2008), formação de redes complexas

⁶⁵ Sobre os direitos humanos e o DIPr, ver, entre outras obras, MARQUES, Cláudia Lima. Human rights as a 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, C. Lima. (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011. p. 363-389. ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Em especial p. 07 e ss. Os escritos de Erik Jayme também são referência na matéria. Ver, entre outros, JAYME, Erik. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03-20. E ainda sua participação, em 2000, no *Recueil*: JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, n. 282, p. 9-40, 2000.

⁶⁶ Sobre a pós-modernidade no Direito Internacional Público, ver a imprescindível tese de Paulo Borba Casella, com a qual o citado Autor conquistou a tradicional cátedra de Direito Internacional Público das Arcadas. CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Mais voltado ao Direito Internacional Privado, conferir JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 251, p. 9-267, 1995.

transnacionais de atores estatais e privados para a criação de normas de atuação interna e internacional e, finalmente, a *intensa mobilidade humana* que aumenta a vulnerabilidade dos migrantes, o que exige discussão sobre a autonomia da vontade e a inter-relação do DIPR com a governança global.⁶⁷

À guisa de conclusão, entendo que o estudo aprofundado das fontes desse novo Direito Internacional Privado deve agora envolver a análise da resolução dos casos de dissenso entre as fontes nacionais e internacionais, com o recurso ao “diálogo entre as fontes” e outros instrumentos cabíveis nesse ambiente de pluralidade das ordens jurídicas do direito do século XXI, tema de um próximo artigo.

São Paulo, 30 de maio de 2014.

⁶⁷ Ver mais sobre o DIPr e a governança global em SCOTTI, Luciana. Los escenarios del derecho internacional privado actual: globalización, integración y multiculturalidad. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Coord.). *Derecho internacional privado y derecho de la integración: libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013. p. 147-168. Ver também FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván: tribulaciones de un ser complejo. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Coord.). *Derecho internacional privado y derecho de la integración: libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013. p. 17-35.