NADIA DE ARAUJO

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

TEORIA E PRÁTICA BRASILEIRA

De acordo com o Novo CPC

6ª EDIÇÃO

NADIA DE ARAUJO

Doutora em Direito Internacional, Universidade de São Paulo
Mestre em Direito Comparado, George Washington University
Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aposentada, e Advogada

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Teoria e Prática Brasileira

6ª. edição

Atualizada e ampliada

De acordo com o Novo CPC

2016

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D598

Araujo, Nadia de

Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira / Nadia de Araujo. – 1. ed. – Porto Alegre : Revolução eBook, 2016.

Recurso digital : il.

Formato: ePub 2.0
Requisitos do sistema: Adobe Digital Editions
Mode de acesso: World Wide Web
ISBN 9788569333517

1. Direito internacional privado. 2. Conferência da Haia. 3. Contratos internacionais. 4. Arbitragem internacional. 5. Cooperação jurídica internacional. 6. Carta rogatória. 7. Auxílio direto. 8. Sentença estrangeira. 9. Imunidade de jurisdição. 10. Direito de família internacional. I. Título.

CDD: 340
CDU: 341.9

Arquivo ePub produzido por **Revolução eBok**

Para meus alunos

Pelas trocas constantes

Todos esses anos

Sumário

Prefácio

Introdução à 6ª Edição

Introdução e apresentação à 1ª edição

I. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO MUNDO

1. O Novo DIPr e os Direitos Humanos
1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais — a proteção da pessoa humana
2. O Direito Internacional Privado: os sujeitos e seu conteúdo nuclear
3. O Método de DIPr
3.1. O método conflitual tradicional
3.2. O sistema unilateral — a Revolução Americana
4. A Codificação Internacional dos Métodos de DIPr
4.1. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
5. A Codificação Regional dos Métodos de DIPr
5.1. O Exemplo da codificação comunitária
5.2. A codificação nas Américas
    5.2.1. A codificação nas CIDIPs
    5.2.2. A codificação no Mercosul

II. O DIPR NO BRASIL

6. A Codificação do DIPr no Brasil
7. Os limites à aplicação da lei estrangeira
7.1. Ordem pública e regras de caráter imperativo
7.2. Ordem pública e normas de caráter imperativo no DIPr e os direitos fundamentais
    7.2.1. A aplicação da nova concepção de ordem pública no DIPr atual
    7.2.2. A aplicação do princípio da ordem pública pelo STF e STJ
8. Fontes de DIPr e seus Conflitos
8.1. Histórico do ensino do DIPr no Brasil e sua literatura
8.2. Fontes do DIPr no Brasil
    8.2.1. Fontes de origem nacional
    8.2.2. Fontes de origem internacional
8.3. Conflitos de fontes
    8.3.1. Incorporação dos tratados no direito interno brasileiro
    8.3.2. Fases da incorporação dos tratados
    8.3.3. A polêmica entre os dualistas e monistas
    8.3.4. A classificação dos tratados e a Convenção de Viena
    8.3.5. A jurisprudência sobre conflito de fontes
    8.3.6. O §3º do Art.5º da CF

III. PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL NO BRASIL

9. Processo Civil Internacional
10. Competência Internacional no Brasil

10.1. Competência concorrente
10.1.1. Eleição de Foro
10.2. Competência exclusiva
11. Imunidade de Jurisdição
11.1. Desenvolvimento histórico do conceito de imunidade de jurisdição
11.2. Convenções internacionais
11.3. No Brasil
11.3.1. Regulamentação na legislação brasileira
11.3.2. Posição da jurisprudência brasileira
11.4. A sujeição do Estado Brasileiro à justiça estrangeira
12. Aplicação e prova do direito estrangeiro
13. A caução de estrangeiro ou pessoa jurídica domiciliada no exterior
14. Cooperação Jurídica Internacional
14.1 Modalidades de CJI
14.2. Auxílio direto
14.3. Cartas rogatórias
14.3.1. Requisitos e situação atual das cartas rogatórias passivas
14.3.2. Convenções internacionais
14.3.3. A jurisprudência do STF e do STJ
14.4. Sentenças estrangeiras
14.4.1. Requisitos da homologação de sentenças estrangeiras

IV. A FAMÍLIA NO DIPR

15. Direito de Família no DIPr
15.1. O casamento e seus efeitos para o DIPr
15.1.1. Casamento celebrado no Brasil
15.1.2. Habilitação de nubente divorciado no estrangeiro
15.1.3. Casamento consular celebrado no Brasil
15.1.4. Casamentos celebrados no exterior
15.1.5. Casamento celebrado no exterior perante a autoridade consular brasileira
15.1.6. Os efeitos pessoais do casamento e as regras de DIPr
15.1.7. Efeitos patrimoniais do casamento
15.2. A dissolução do casamento
16. Sucessão Internacional
16.1. A sucessão e o DIPr
16.2. O testamento com efeitos em outro país
17. Alimentos
17.1. A legislação brasileira: normas de origem interna e internacional
17.2. Iniciativas globais e regionais
17.2.1. A Convenção de Nova York
17.2.2. A Convenção Interamericana
17.3. Jurisprudência brasileira sobre alimentos no plano internacional
17.4. Iniciativa global no tema de alimentos: a nova convenção da Conferência da Haia
18. Aspectos civis do Sequestro Internacional de Menores
18.1. A regulamentação brasileira
18.2. Convenções internacionais e sua aplicação no Brasil
18.2.1 A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Menores e sua

aplicação no Brasil
18.2.2. Jurisprudência brasileira da Convenção
18.2.3. Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores

V. OS NEGÓCIOS NO DIPR

19. Contratos Internacionais
19.1. A metodologia das regras de conexão
19.2. O princípio da autonomia da vontade
19.2.1. O princípio no Brasil
19.2.2. O CDC, os contratos com os consumidores e a proposta de mudança do Art. 9º da LINDB
19.3. A metodologia do dépéçage
19.4. O enfrentamento da questão pela jurisprudência
20. Arbitragem Internacional
20.1. Histórico no Brasil
20.2. Validade, reconhecimento e força executiva perante o Judiciário local
20.3. Arbitragem interna e internacional: admissibilidade
20.4. A prática arbitral

BIBLIOGRAFIA

Preface

This book presents a new look at a centuries-old subject. It combines the classic conflicts approach with modern tendencies, which favor a result-oriented method for choice of law in the light of constitutional values which have become human rights.

Brazilian private international law has been undergoing a change in the last years. The new Civil Code, which has come into force on January 1st, 2003, does not contain a new codification of private international law. The Code, nevertheless, reflects new scopes and ideals based on the Brazilian Constitution. The dignity of the person becomes the "center of gravity". The author has the great merit to have already shown, in an excellent book, the importance of party autonomy for transboundary private relations. To be sure, in Brazil, party autonomy is not yet recognized as a conflicts law principle, but it may be achieved by indirect means, such as choosing the place of the contract or a domicile thus influencing choice of law.

Private International Law aims at reaching the harmony of decisions by choosing connecting factors, which are in accord with an international standard. The book includes chapters of Comparative Conflicts Law. The European experience is shown in its tendency to favor integration in a regional market and, thus, as a development parallel to the MERCOSUL. In addition, public international law and the codifications of conflicts rules by treaties have become increasingly important. In Brazil as in Latin America there has been a long tradition of such attempts to reach internationally recognized solutions by treaties. The book has the advantage to show clearly the conflicts of sources and to suggest methods to overcome such conflicts.

Recent codifications of private international law in Europe (Italy, Slovenia, Switzerland) include problems of international civil procedure such as questions of jurisdiction and recognition of foreign judgments. In addition, the ascertainment of the content of the foreign law applicable to an international situation — the foreign law is seen either as fact or as "law" — becomes crucial for the outcome of conflicts cases. The book presents conflicts law in its entirety illuminating the close connection between jurisdiction and choice of law.

International arbitration is seen as an alternative to proceedings of state courts.

For the understanding of how a system works in practice, court decisions are of great importance. In the history of private international law leading cases have shaped the rules, which have later become codified law. The book analyses the "law in action" giving thus an insight into Brazilian court practice.

Perhaps the greatest merit of the book is its contribution to the finding of a cultural identity

of the Brazilian conflicts system, which disposes of its own voice in the international concert. Brazil appears, on the one hand, linked to the Latin American tradition of international treaties and isolated national conflicts rules. On the other hand, there have been several original developments in Brazil which show a "third" way of solving conflicts situations, half way between the American "best practical result" approach of the Babcock revolution, and the return of European private international to its roots of "conflicts justice". The book opens the world to the reader and, at the same time, shows a national system in the making. May many readers benefit from these balanced results of fruitful research and learning.

Erik Jayme,
Prof. Dr. Dr.h.c.mult.
University of Heidelberg
January, 2003.

Prefácio

Este livro apresenta um novo enfoque sobre uma matéria centenária. Combina o método conflitual clássico com as modernas tendências que favorecem um método de escolha da leiaplicável do ponto de vista do resultado desejado, à luz dos valores constitucionais que se tornaram os direitos humanos.

O direito internacional privado brasileiro vem passando por mudanças nos últimos anos. O novo Código Civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, não contém uma nova codificação de direito internacional privado.[1] Entretanto, reflete novos objetivos e ideias baseados na Constituição Brasileira. A dignidade da pessoa humana torna-se o seu "centro de gravidade". A autora possui o grande mérito de já ter mostrado num excelente livro[2] a importância da autonomia da vontade das partes nas relações privadas transnacionais. É certo que, no Brasil, a autonomia da vontade das partes ainda não está reconhecida como princípio cogente nos conflitos de lei, mas pode ser alcançada por vias indiretas, como a eleição do local do contrato ou um domicílio que influencie a escolha da legislação. [3]

O direito internacional privado tem como objeto a harmonia das decisões pela escolha dos elementos de conexão que estiverem de acordo com os padrões internacionais. O livro inclui capítulos a respeito de conflitos de direito comparado. A experiência europeia é examinada na

sua tendência de favorecer a integração de um mercado regional e, deste modo, como um fenômeno paralelo ao do Mercosul. Além disto, o direito internacional público e as codificações das regras de conflitos (conflicts rules) mediante tratados têm se tornado cada vez mais importantes. No Brasil, bem como na América Latina, existe uma longa tradição de se tentar alcançcar soluções internacionalmente reconhecidas através de tratados. O livro tem a vantagem de mostrar claramente os conflitos entre fontes e sugerir métodos para superá-los.

As recentes codificações de direito internacional privado na Europa (Itállia, Eslovenia, Suíça) incluem questões de processo civil internacional, como as relativas à jurisdição e ao reconhecimento de sentenças estangeiras. Além disso, a determinação do conteúdo da lei estrangeira aplicável a uma situação internacional – sendo a legislação estrangeira vista como um "direito"—torna-se crucial para o resultado dos casos de conflitos de leis, iluminando as estreitas conexões entre jurisdição e escolha da lei aplicável.

A arbitragem internacional é vista como uma alternativa ao processo dos tribunais locais.

As sentenças dos tribunais são de grande importância para se compreender o funcionamento prático de um sistema.

Na historia do direito internacional privado os leading cases deram forma a regras que mais tarde foram codificadas. O livro analisa o " direito em ação", fornecendo uma visão privilegiada do funcionamento prático dos processos nos tribunais brasileiros.

Talvez o maior mérito do livro seja sua contribuição para a descoberta da identidade cultural do sistema brasileiro de solução de conflito de leis, que possui voz própria no concerto internacional. Por um lado, o Brasil se apresenta vinculado à tradição latino-americana de celebrar tratados internacionais e utilizar regras nacionais para conflitos isolados. Por outro lado, ocorreram vários desenvolvimentos originais no Brasil, o que demonstra a existência de uma "terceira via" para solução de situações conflituais, um meio-termo entre o sistema americano, baseado no caso Babcock, de " melhor resultado prático", e o sistema europeu, de retorno às suas raízes de "justiça conflitual". O livro abre o mundo para o leitor e ao mesmo tempo mostra um sistema nacional em construção. Que os leitores se beneficiem do resultado equilibrado desses estudos e pesquisas tão proveitosos.

Erik Jayme,
Prof. Dr. Dr.h.c.mult.
Universidade de Heidelberg
Janeiro de 2003

Introdução à 6ª Edição

As modificações feitas nesta 6ª edição foram expressivas. Na verdade, o livro foi inteiramente reestruturado para refletir não apenas as mudanças ocorridas nos últimos cinco anos - desde a 5ª edição -, mas também as mudanças decorrentes da minha experiência como advogada especializada na área de direito internacional, desde que me aposentei do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 2012.

O livro agora está dividido em cinco partes que refletem os grandes tópicos de DIPr. A primeira parte é dedicada à exposição do Direito Internacional Privado no mundo. Inicia com a visão da disciplina a partir da ótica dos direitos humanos, passando a seus sujeitos e conteúdo, à diversidade de métodos conflituais empregados, e por fim trata da codificação de caráter global e regional.

A segunda parte foca no Direito Internacional Privado sob a perspectiva nacional. Inicia com a análise da codificação nacional, e em seguida trata dos limites à aplicação da lei estrangeira, núcleo duro da disciplina com o olhar sobre o funcionamento da ordem pública, tanto no seu aspecto negativo - quando impede a aplicação do direito estrangeiro - quanto no seu aspecto positivo, quando impõe sua aplicação. Em seguida, cuida das fontes da disciplina e de seus conflitos, com alentada análise da situação no Brasil da questão tratado internacional x lei interna. Essa questão, em especial, sofreu substanciais alterações vis a vis edições passadas do livro, em decorrência do dinamismo da jurisprudência dos tribunais superiores.

A terceira parte aborda o Processo Civil Internacional, sendo esse tópico o de maior amplitude. Foi largamente modificado, em especial tendo em vista a entrada em vigor do Novo CPC em 2016, que promoveu extensas alterações. O capítulo 10, em especial, cuida da jurisdição internacional, alvo de grandes novidades no novo regramento, sobretudo em consequência do reconhecimento da autonomia da vontade para a escolha do foro em contratos internacionais. Igualmente são abordados os tópicos da imunidade de jurisdição, prova do direito estrangeiro e caução para casos internacionais. O último núcleo do tema diz respeito à cooperação jurídica internacional. O tema mereceu extensa revisão, dada sua inclusão no novo CPC e a farta jurisprudência do STJ nos últimos anos. O texto inicia-se pela análise geral da cooperação jurídica internacional, passando em seguida à análise de suas modalidades: a carta rogatória, o auxílio direto e a sentença estrangeira.

A quarta parte aborda o direito de família internacional em quatro tópicos essenciais: casamento, sucessão, alimentos e sequestro internacional de menores. Novamente, houve vasta revisão da jurisprudência e da análise do papel das autoridades centrais na cooperação jurídica

internacional, além da análise dos principais tratados internacionais sobre a matéria, com ênfase no trabalho desenvolvido pela Conferência da Haia.

Finalmente, a última parte do livro se concentra nos contratos internacionais e mecanismos de solução de controvérsias, sobretudo a arbitragem internacional, sob o prisma dos interesses econômicos subjacentes aos litígios submetidos ao juízo judicial ou arbitral. Especial destaque merece a eminente mudança do Art. 9º da LINDB na atualização em curso do Código de Defesa do Consumidor, por meio do qual o princípio da autonomia da vontade receberá acolhida expressa em nossa legislação.

Meu principal objetivo com este livro permanece inalterado: que ele seja uma fonte atualizada e acessível das questões de DIPr, tanto a alunos quanto a profissionais do direito. Para tanto, procurei utilizar um sistema uniforme de citações e de extensa pesquisa jurisprudencial privilegiou as decisões do STF e do STJ, este último sem dúvida o maior protagonista da cooperação jurídica internacional. Também foram incorporados ao longo do texto reflexões e conclusões das pesquisas realizadas nos últimos anos e publicadas em outros foros especializados, inclusive no exterior.

Uma grande novidade nesta edição é a mudança de editora. A proposta desse livro é de que sua publicação seja no formato eletrônico, a fim de torna-lo mais acessível a seu público alvo. Agora, a relação entre autores e leitores com o livro adquiriu uma nova dimensão.

Ao final, não poderia deixar de acrescentar os agradecimentos aos que de diversas maneiras foram essenciais para a versão final desta edição. Em primeiro lugar, a todos os integrantes do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça, aos que já se foram e aos que ainda estão por lá, e com os quais tenho colaborado desde a criação do Departamento, pela oportunidade de troca de informações a respeito da cooperação jurídica internacional e pela amizade demonstrada ao longo dos anos. Também aos que trabalham na área internacional da Advocacia Geral da União e do Ministério Público Federal, com quem tive sempre o imenso prazer de colaborar em diversas oportunidades. O trabalho desenvolvido com todos esses órgãos tem sido uma via de mão dupla, importante no amadurecimento das minhas reflexões, cujos comentários e conclusões foram desenvolvidos ao longo do trabalho, e pelos quais assumo integral responsabilidade.

Para os meus queridos companheiros de disciplina na PUC-Rio, Daniela Vargas, Lauro Gama Jr e Theophilo Miguel, minha eterna dívida por tudo que compartilhamos ao longo dos anos e, sobretudo, pela amizade fraterna que nos une.

Meu terceiro agradecimento é para as minhas sócias Lidia Spitz e Carolina Noronha, pela alegria que têm me proporcionado ao poder compartilhar com elas uma sociedade de advogados

cujo norte é a reflexão sobre o direito internacional privado com a finalidade de auxiliar a solução dos intrincados problemas com os quais nos deparamos diuturnamente ao longo dessa jornada, e que solidificam nossa relação de amizade, respeito e confiança.

Não poderia deixar de fazer um agradecimento especial para Carolina Noronha, que foi incansável na revisão do texto, das notas de rodapé. Além disso, ao longo dos últimos três meses, em que esse trabalho me consumiu intensamente, Carolina com sua característica percuciência e curiosidade, não deixou nenhum tópico desse texto sem uma pergunta ou questionamento, o que me obrigou a trabalhar em cada um deles para melhorar o texto e sua compreensão.

Introdução e apresentação à 1ª edição

Nos últimos anos o ensino do DIPr difundiu-se bastante no Brasil, sem que o material didático tenha acompanhado essa expansão. Como professora da disciplina, desde 1985, sentia falta de um livro voltado para a teoria do DIPR brasileiro, com uma visão prática e ancorado não só nas fontes internacionais e internas mais recentes, como na jurisprudência pátria.

O DIPr brasileiro merece também uma reflexão sobre as modificações ocorridas no último século e suas conseqüências para a aplicação do sistema conflitual tradicional, ainda vigente no país. A ótica da disciplina precisa ter como baliza os direitos fundamentais do indivíduo, apontando essa vertente para uma nova métodica interpretativa das regras de DIPr para os países da América Latina em geral, e para o Brasil, em particular.

No caso brasileiro, as regras de DIPr precisam se adequar não só à realidade constitucional iniciada em 1988, como à Constituição de 1988, chamada de Cidadã, e ao novo Código Civil Brasileiro. A imutabilidade de sua principal fonte normativa, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, apesar da mudança do Código Civil em 2002, resulta em sua inadequação à complexidade e à diversidade do momento atual e na ausência de soluções para os novos rumos da disciplina. A resposta a este desafio necessita do auxílio da hermenêutica jurídica baseada em um matiz principiológico, que se espraiou no último quartel do século XX, pela Europa e países anglo-saxões. Sua universalização encontrou eco não só no plano interno de diversos países, como na arena internacional. O DIPr brasileiro, atento a essas tendências, precisa adequar-se ao paradigma dos direitos humanos. A noção de ordem pública — tanto no aspecto positivo como negativo —, tem papel fundamental para equilibrar a aplicação do método conflitual. O aplicador da lei precisa de parâmetros para fazê-lo, o que só é possível quando se utiliza uma perspectiva retórico-argumentativa, cujo objetivo na direção da solução justa segue a lógica do razoável, e não mais a lógica das razões de Estado.

Essas as idéias-mestras que direcionaram a elaboração deste livro, que sem esgotar o assunto, analisam de forma pontual as questões mais atuais do DIPr brasileiro. Quis responder-se a três perguntas: onde acionar, que lei aplicar e a eficácia no Brasil de atos provenientes da justiça estrangeira.

O livro foi dividido em três partes. Na parte I, cuida-se dos antecedentes históricos da disciplina e uma visão panorâmica de sua situação atual na Europa e Américas, da metodologia do DIPr e suas fontes, e do problema do conflito entre as fontes. Na parte II, do direito processual internacional, mudança de ordem que se impôs porque as questões relativas à competência internacional se apresentam cronologicamente em momento anterior à questão da lei aplicável.

Além disso, inclui-se a disciplina da imunidade dos estados, e da aplicação do direito estrangeiro, finalizando-se com a cooperação interjurisdicional (cartas rogatórias e execução de sentenças estrangeiras). Na parte III, elegeram-se dois temas de interesse: os contratos internacionais e arbitragem internacional; o direito de família e sucessão internacional. Em ambos deu-se ênfase à análise da jurisprudência brasileira.

A organização do material procurou enfatizar o aspecto didático, pois se destina, primordialmente, aos alunos dos cursos de graduação e pós-graduação e aos que, já formados, precisam obter informações para resolver casos práticos. O texto é acompanhado de notas bibliográficas, explicativas e jurisprudenciais (com as respectivas ementas, trechos e informações sobre sua fonte) para que o estudo possa ser complementado pelos interessados. Optou-se por um estilo direto, trazendo, sempre que possível, no rodapé, a complementação das discussões dos demais autores nacionais e estrangeiros.

Este livro já estava em gestação há muitos anos. Alguns capítulos foram publicados, em versões preliminares, em periódicos nacionais e estrangeiros. Mas estas versões serviram apenas com base inicial ao texto final, que foi acrescido de pesquisa mais recente, atualizado com a legislação e a jurisprudência. O Código Civil de 2002 já foi inteiramente incorporado, bem como a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a Reforma do Judiciário, que teve reflexos na disciplina. Além disso, o material foi todo adaptado segundo regras comuns, para garantir a unidade da proposta.

Muitos contribuiram para esta obra e na longa caminhada pelos labirintos do direito internacional privado, é necessário agradecer o auxilio recebido ao longo dos anos de tantas pessoas queridas, desde já sabendo que esta lista será sempre incompleta.

Aos mestres que apoiaram minha iniciação nessa jornada, Jacob Dolinger, desde a faculdade e por toda a vida; João Grandino Rodas, no doutorado na USP; e Erik Jayme, com seu pensamento cristalino e avançado da matéria.

Ao longo dos anos, compartilhei muitas ideias da disciplina com outros professores dos quais destaco: Claudia Lima Marques, da UFGRS; Marilda Rosado, da UERJ; Paulo Casella, da USP; André de Carvalho Ramos, da USP; Carlos Eduardo de Abreu Boucault, da UNESP; Inez Lopes, da UNB; Fabricio Polido, da UFMG; Ricardo Perlingeiro, da UFF; Fabiana D'Andrea Ramos, UFF e agora UFGRS.

Ex-alunos, agora já profissionais experientes em vários ramos do direito, seja na advocacia ou na carreira pública, com quem dialoguei ao longo dos anos, destaco Frederico Magalhães

Marques, Ricardo Ramalho Almeida, Olivia Furst, e Márcio Monteiro Reis.

No rol dos professores amigos de outras disciplinas, com os quais as trocas constantes ao longo dos anos muito enriqueceram meus estudos, gostaria de destacar Antonio Carlos Cavalcanti Maia, Ana Lucia Lyra Tavares, Margarida Camargo, Antenor Madruga e Letícia Martel de Campos Velho.

No plano pessoal, agradeço o empenho de meu pai, Presidio Carlos Araujo Filho, na revisão da 1ª edição; minha mãe, in memoriam, Mariana Herescu, que sempre apoiou meus projetos, e minha filha Isabela, de quem tomei tanto tempo nas primeiras edições, mas que agora já esta trilhando seu próprio percurso.

I. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO MUNDO

O Novo DIPr e os Direitos Humanos

Nos dias atuais, a preocupação com os direitos humanos ultrapassou os limites do Direito Internacional Público e se espraiou por vários outros ramos jurídicos. Uma reflexão acerca do Direito Internacional Privado (DIPr) não poderia continuar imune à universalidade dos direitos humanos, protegidos por uma plêiade de tratados internacionais e já integrados ao direito interno dos Estados, seja pela incorporação desses tratados, seja na esteira das modificações e reformas constitucionais ocorridas em diversos países nos últimos vinte anos.[4] Na América Latina é relevante esse movimento,[5] como se verificou na redemocratização do continente, após período marcado por governos ditatoriais em vários países. Os novos governos assimilaram os princípios protetivos dos Direitos Humanos nas reformas legais efetuadas nesse processo de redemocratização. Reconhecidos como princípios fundamentais, deve-se assegurar a sua adoção e aplicação nos ordenamentos positivos, em especial no DIPr.

A proteção da pessoa humana é hoje o objetivo precípuo de todo o ordenamento jurídico, integrando os princípios norteadores do direito constitucional[6] e influenciando também a sistemática do DIPr. Assume cada dia mais relevância a interpretação e a utilização dadas à questão da proteção da pessoa humana e de sua dignidade, em todas as áreas do direito, em especial no direito privado. Antes fortemente marcado pelas doutrinas individualistas dos séculos XVIII e XIX, o direito privado foi aos poucos invadido pela ótica constitucionalista.[7]

A inspiração para discorrer sobre esses novos caminhos do DIPr foi o convite para o XXVIII Curso da OEA[8] sobre Direito Internacional, cuja temática proposta, "A pessoa humana no Direito Internacional Contemporâneo", atesta sua atualidade e pertinência. Passados quinze anos daquele convite, o foco continua atual.

O objetivo de toda a reflexão é analisar o papel da influência da moderna concepção de direitos humanos — e de direitos fundamentais no plano interno —, na aplicação do DIPr.[9] Continuar com o sistema do DIPr do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos ao aplicar a regra de conexão, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas. Utiliza-se uma técnica sofisticada — o método conflitual —, mas cega às necessidades do

indivíduo. O DIPr não pode prescindir dessa ótica principiológica, devendo, ele também, adotar os preceitos constitucionais nas suas metodologias operacional e interpretativa.[10] Nos últimos anos, essa tendência pode ser observada nos países europeus — como a Alemanha, a França e Portugal, onde as regras conflituais sofreram grande modificação —, especialmente em vista das peculiaridades da construção européia e da atuação da regulamentação regional específica dos direitos humanos.[11]

Erik Jayme definiu a ordem pública como sendo o conjunto de princípios gerais de base de um sistema jurídico, os quais se apresentam como um obstáculo à aplicação da lei estrangeira, figurando, dentre eles, os direitos fundamentais do indivíduo, protegidos constitucionalmente.[12] No mesmo sentido, Léna Gannagé[13] explica o modelo francês, em que o Conselho Constitucional, desde 1971, faz a apreciação da conformidade de uma lei não só com relação ao texto da Constituição, como também ao seu preâmbulo, à Declaração de Direitos do Homem e aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, conjunto chamado por ela de bloco constitucional, abrindo a porta para a proeminência dos direitos fundamentais nessa temática.

A partir do marco estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 — com referência expressa à proteção da dignidade do indivíduo — introduziu-se a concepção contemporânea de que esses direitos são caracterizados por sua universalidade e indivisibilidade.[14] Espalhou-se esta noção de proteção para outras áreas do Direito. Erik Jayme afirma que os direitos humanos têm um papel primordial na atual cultura jurídica contemporânea, também pela sua função de aproximar o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado. Ao invés de continuarem seu caminho em dois círculos separados, com temáticas distintas — o Direito Internacional Público tratando das relações entre os Estados, e o Direito Internacional Privado somente das pessoas privadas —, encontraram-se em um novo espaço, tendo ao centro a preocupação com a pessoa humana.[15]

O eixo axiológico dos direitos humanos é o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacionalmente (nos tratados de direitos humanos), quanto no plano interno (nas constituições). A Constituição brasileira a elevou a categoria de princípio fundamental (Art. 1º, III), constituindo o núcleo informador de todo o ordenamento jurídico.[16]

Os direitos do homem assumem a cada dia maior relevância para o DIPr, no regramento do conflito de leis.[17] A proteção à dignidade da pessoa humana, e os princípios daí decorrentes passam a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização da metodologia própria do DIPr. Essas condições de aplicação conjugam as regras de conexão clássicas com outras técnicas de caráter principiológico e dotadas de maior flexibilidade —

regras materiais de DIPr, regras flexíveis, regras alternativas, normas narrativas e cláusulas de exceção. Todas não podem prescindir do que Erik Jayme chama de "double coding". É o entendimento da norma sob uma dupla perspectiva, de frente, quanto à sua finalidade, e de reverso, quanto a outros pontos atingidos por ela. A norma não é intrinsecamente neutra. Traz em si, além do objetivo precípuo, uma proteção dos valores constitucionais, especialmente os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica.[18] É um exemplo a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que visa proteger o menor, não só do ponto de vista econômico, mas também do ponto de vista de sua identidade cultural.[19]

Essas novas construções teóricas passam a definir o DIPr como um ramo do Direito que participa igualmente da tarefa de formação da sociedade.[20] Acentua-se sua permeabilidade e a abertura a valores ou princípios do Direito Público (interno ou internacional).[21] As normas narrativas, que não obrigam diretamente, mas descrevem valores, prescrevem um processo para ser seguido na solução dos conflitos de leis, dentro dessa ótica.[22]

O DIPr, reduzido a um direito apenas de regras conflituais, fruto de um excessivo formalismo[23] (com a norma de conexão atuando como um jogo predeterminado e caprichoso) está sendo superado pelos novos topoi (lugares-comuns) criados e pelas soluções substanciais e flexíveis, surgidas na jurisprudência e na doutrina americana e posteriormente adotadas na Europa.[24] Esta orientação metodológica está comprometida com uma jurisprudência de interesses e valores, em favor de decisões que, ao solucionar o conflito de leis, não ignoram as conseqüências do caminho encontrado. Não é fácil colocar em prática essa maneira de pensar, pois o intérprete deve orientar seu labor interpretativo pelos princípios constitucionais e materiais extraídos das fontes legais.

Essa jurisprudência está se construindo a partir da perspectiva de um sistema nacional tendo como vértices a Constituição, e, sobretudo, a universalização dos direitos fundamentais. O papel do juiz, como intérprete do ordenamento jurídico, na aplicação do DIPr, está condicionado não só à observância das leis internas especializadas sobre a matéria (LINDB, Código Civil e Código de Processo Civil, no Brasil), mas também aos direitos humanos. Estes possuem proteção especial no plano interno — pelas regras constantes do bloco constitucional, que incluem os princípios —, e no plano internacional — em sua dimensão global e regional. O DIPr precisa dispor de uma metodologia que incorpore o viés de um pensamento jurídico retórico-argumentativo, e não mais lógico-sistemático ou formalista, próprio das concepções positivistas. Só desta forma se poderá chegar às soluções desejadas no momento atual: uma ressurreição do pensamento tópico e casuístico, que está nas origens do DIPr da escola italiana.[25] Por isso, as

regras de DIPr precisam obedecer ao sistema de regra/exceção, tendo os direitos humanos como baliza das soluções encontradas pelo método conflitual, não sendo a lei aplicável a única solução possível para um problema plurilocalizado.

Esta metodologia não implica na total ausência de normas de conflitos, mas sim numa flexibilização do sistema existente, através de técnicas novas: pela introdução do princípio de proximidade[26] — como se vê em leis europeias;[27] através de cláusulas de exceção; através de regras materiais de DIPr, orientadas para a solução global do problema, comprometidas com os valores e não mais somente a sua função localizadora.[28] O aumento do número de indivíduos atingidos por problemas legais decorrentes de situações plurilocalizadas impôs aos operadores jurídicos nova compreensão da disciplina. No passado, seu número era limitado, pois apenas as elites podiam viajar ou ter relações privadas com caráter internacional, mas a situação modificou-se completamente.[29] A expansão das situações privadas internacionais se deu através da globalização, que, com a abertura de novos mercados possibilitou um maior movimento de trabalhadores no plano internacional, com suas correntes migratórias de cunho econômico; as advindas do incremento do turismo de massa; as migrações por motivos políticos, com grandes grupos de refugiados deslocados para outras comunidades, levando consigo seus valores culturais, que precisam ser respeitados, inclusive no que diz respeito à lei aplicável.[30]

Os princípios protetivos dos direitos humanos interferem na operacionalização do método de solução de conflitos do Direito Internacional Privado de duas formas: na sua aplicação positiva e na sua aplicação negativa.[31] Aplicação positiva porque a manutenção do método garante os direitos individuais de respeito ao patrimônio jurídico que os indivíduos carregam consigo.[32]

Não aplicar a regra de DIPr, que remete ao direito estrangeiro, em favor da lei local sem que haja justificativa aparente dentro das exceções já previstas no método conflitual (leis imperativas e ordem pública) implicaria em um territorialismo exacerbado e um desrespeito aos direitos do indivíduo, com relação ao seu estatuto pessoal, em uma sociedade pluralista. Portanto, aplicar a um indivíduo a lei designada pela regra de conflito preserva sua identidade cultural, em um mundo em que a crescente mundialização do comércio e das relações privadas. A manutenção do método conflitual, dentro de uma perspectiva mais flexível, representa uma maneira positiva de respeitar os direitos humanos, pois há uma ligação efetiva entre a regra a ser utilizada e o indivíduo. É o respeito ao direito à diferença, acentuado por Erik Jayme,[33] pois a civilização pós-moderna se caracteriza por um pluralismo de estilos e de valores, desconhecidos anteriormente. Só o método conflitual garante aos indivíduos os seus direitos à diferença no que tange à proteção da identidade cultural.[34]

Para evitar que a escolha seja meramente mecânica, "cega" aos valores de justiça material, "neutra" ou indiferente ao conteúdo das normas materiais encontradas, serve o conceito de direitos humanos de baliza também no seu aspecto negativo, ou seja, quando a aplicação da lei estrangeira levar a uma violação dos direitos humanos.[35] O resultado obtido pela aplicação do método conflitual precisa ter limites definidos, tarefa realizada pela utilização do princípio da ordem pública. Evita-se contrariar, com a aplicação da regra de DIPr, os direitos fundamentais.[36]

Só através de uma concepção valorativa da aplicação do DIPr será possível o respeito aos direitos humanos constitucionalmente protegidos para se atingir os objetivos da disciplina. A técnica da norma indireta continua adequada para resolver os conflitos plurilocalizados, porque a exceção da ordem pública é usada para garantir o respeito aos direitos fundamentais, no plano interno, e o respeito aos direitos humanos, no plano internacional. A utilização da regra de conexão não é a única maneira de resolver os conflitos de leis, em face das novas técnicas. Promove-se, desta forma, harmonia e segurança jurídica no plano internacional, pois a solução será a mais justa, depois de proceder-se à valoração do caso concreto.[37] O conceito de ordem pública atua como válvula de escape para o funcionamento do sistema, evitando a ocorrência de situações potencialmente explosivas do ponto de vista da justiça material. Seu caráter indeterminado, mutante e de difícil definição só pode ser entendido pela ótica dos direitos humanos, e não apenas de acordo com as conveniências legislativas do Estado. Segundo Moura Ramos, o que pode levar um tribunal a recusar a aplicação da lei estrangeira não é qualquer imperativo que se ancore no interesse estatal, mas sim quando em jogo um princípio de ordem constitucional.[38] Sua noção é composta pelos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, e pelos direitos humanos descritos nos tratados internacionais.

Outro aspecto impeditivo da aplicação do método de DIPr, preliminar a qualquer ato, são as leis de aplicação imediata: as chamadas lois de police. Quando determinada situação merece do direito local proteção especial, não se permite a aplicação da lei estrangeira, e o método não é sequer utilizado, pois essa modalidade de norma se impõe a todos no território do Estado do foro.[39] É o caso de normas para correção de certos desequilíbrios, v.g., as regras de direito do consumidor,[40] que podem se sobrepor àquela que seria aplicável em função da regra de conexão.

Para a disciplina do DIPr, a proteção da pessoa humana é a sua finalidade primeira, e ao continuar utilizando o método multilateral como forma de solucionar os conflitos de lei, seus limites devem ser informados pelos direitos humanos. Esse processo de publicização leva o intérprete do direito a usar como referência primordial e imediata as normas constitucionais.[41] Também nesse sentido, François Rigaux[42] afirma que os instrumentos internacionais de proteção a todas as pessoas humanas implicam no reconhecimento da qualidade de sujeito aos

estrangeiros e às demais pessoas, conforme estabelecido em diversas convenções internacionais. Embora os tratados de direitos humanos não contenham expressamente regra para o conflito de leis ou de jurisdição, têm influência considerável na aplicação do DIPr interno.

Procura-se — através da reflexão sobre as modificações ocorridas no sistema conflitual tradicional, a partir dos direitos fundamentais do indivíduo —, apontar para uma nova vertente interpretativa das regras de DIPr. Os países da América Latina em geral, e o Brasil, em particular, enfrentam essa nova realidade. No Brasil, as regras de DIPr precisam se adequar à sistemática constitucional a partir de 1988, e ainda aos cânones do Código Civil, pois a LINDB, principal fonte normativa do DIPr, de 1942, permanece inalterada. Sua metodologia clássica do DIPr — inspirada nos modelos do século XIX —, mostra-se inadequada à complexidade e à diversidade do momento. E ao mesmo tempo em que essa lei é mantida, o DIPr brasileiro moderniza-se em outros diplomas legais, como as novas regras de competência internacional e cooperação jurídica internacional do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), e a atualização do Código do Consumidor, que deve promover a mudança do artigo 9º da LINDB. Ao mesmo tempo, o Brasil começa a adotar tratados internacionais que trazem novos ventos para o DIPr, especialmente aqueles oriundos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Portanto, o aggiornamento desejado das normas de DIPr brasileiras precisa caminhar para a frente e esse caminho se faz pela leitura dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, cuja universalização encontrou eco nos planos interno e internacional, interfere na metodologia do DIPr, que não pode ficar alheia a sua disseminação. É preciso adequar a sua utilização ao paradigma dos direitos humanos. A ordem pública tem papel fundamental de equilibrar a aplicação do método conflitual, especialmente se for dado ao aplicador da lei parâmetros para fazê-lo, o que só é possível se for utilizada a perspectiva retórico-argumentativa, estribada no desejo de encontrar a solução justa, a partir da lógica do razoável, e não mais apenas nas razões de Estado.

1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais — a proteção da pessoa humana

> "The Rights of Man, supposedly inalienable, proved to be unenforceable — even in countries whose constitutions were based upon them — whenever people appeared who were no longer citizens of any sovereign state. To this fact disturbing enough in itself, one must add the confusion created by many recent attempts to frame a new Bill of Human Rights, which have demonstrated that no one seems able to define with any assurance what these general human rights, as distinguished from the rights of citizen, really are. Although everyone seems to agree

that the plight of these people consists precisely in the loss of the Rights of Man, no one seems to know which rights they lost when they lost these human rights."

Hannah Arendt[43]

A definição do que sejam direitos humanos[44] só pode ser feita através da análise de sua conceituação histórica.[45] Estabelecem-se como marco as declarações inseridas em textos constitucionais a partir do século XVIII, pois através delas se procurou contemplar esses direitos com uma dimensão permanente e segura.[46] A partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, as iniciativas globais foram mais longe do que um mero programa de intenções, instaurando-se um catálogo não só de direitos, mas de formas específicas para sua aplicação. Uma nova disciplina nasce com a finalidade precípua de proteger a pessoa humana e sua dignidade: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[47] Trata-se de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados.[48]

Ancorado no valor da pessoa humana, encontrou sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. Sobre essa tutela, com ênfase primordial na pessoa, pronuncia-se Norberto Bobbio:

> "Concepção individualista significa que antes vem o indivíduo, notem, o indivíduo isolado, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado e não o contrário; que o Estado é feito pelo indivíduo e não o indivíduo pelo Estado; aliás, para citar o famoso Art. 2º da Declaração de 89, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem é `o objetivo de qualquer associação política'.
>
> O caminho da paz e da liberdade certamente passa pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos do homem, a começar pelo direito à liberdade de culto e de consciência, que foi o primeiro a ser proclamado durante as guerras religiosas que ensangüentaram a Europa durante um século, até os novos direitos (como o direito à privacidade e à tutela da própria imagem) que vão surgindo contra novas formas de opressão e desumanização tornadas possíveis pelo vertiginoso crescimento do poder manipulador do homem sobre si mesmo e sobre a natureza."[49]

Com o tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as Constituições e os instrumentos internacionais oferecem solenemente aos indivíduos e às coletividades.[50] Há uma

indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo aquela um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.[51]

Para Ingo Sarlet, segundo a Declaração Universal da ONU, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana continua a ser conduzido pela matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.[52] Seu respeito implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais, assegurando proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, v.g., as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.[53] A partir do marco da Declaração, a transgressão desses direitos não poderia mais ser concebida como uma questão apenas de jurisdição doméstica do Estado, sobressaindo, ao contrário, sua relevância universal. A soberania estatal deixou de ser considerada como princípio absoluto, e os indivíduos passaram a apresentar, ao lado dos Estados, o status de sujeitos de direito internacional. Multiplicaram-se, ao longo dos últimos anos, os instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem.

O início dessa nova vis directiva no campo dos valores (no plano internacional) alçando a proteção dos direitos humanos à condição de tema global da humanidade, surge a partir da urgência da comunidade internacional em dar uma resposta aos horrores ocorridos na Segunda Guerra, por causa da ruptura ocasionada pela ação do Estado totalitário. Para Hannah Arendt, essa ruptura do Estado totalitário com os demais criou um novo grupo de indivíduos no cenário internacional, os sem-direitos [rightless], pois, desprovidos de nacionalidade ou qualquer vínculo a um Estado nacional, perderam sua condição humana. Passaram a viver em um estágio de invisibilidade diante dos demais setores, seja o Estado de sua proveniência, seja aquele ao qual se dirigiam. As instituições internacionais deram-se conta da sua incapacidade de prover-lhes qualquer tipo de proteção.

A Declaração Universal foi uma resposta a esses novos tempos, consubstanciando o direito a uma hospitalidade universal propugnada por Kant em sua paz perpétua, com o fito de impedir o surgimento de apátridas em larga escala.[54] Esse processo de universalização permitiu a formação de um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos, tanto no plano regional — sistema da OEA—, quanto no plano global — sistema da ONU —, no qual o Brasil tem participado ativamente, iniciando a incorporação desses atos internacionais a partir da Constituição de 1988.[55]

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam natureza subsidiária, pois atuam como garantias adicionais de proteção após falharem os sistemas nacionais. A responsabilidade primária pela tutela dos direitos fundamentais continua no âmbito

do Estado, mas pode ser transferida à comunidade internacional quando sua interferência se mostrar necessária para suprir omissões ou deficiências. Para a utilização desses instrumentos de caráter internacional no plano interno, é preciso proceder à sua recepção pelo nosso ordenamento jurídico. Tal questão remete a uma velha discussão da doutrina e da jurisprudência acerca do status que assumem os tratados internacionais no nosso ordenamento.

No Brasil, os tratados internacionais entram em vigor após a aprovação congressual e promulgação pelo Presidente da República, situando-se no mesmo plano hierárquico que as leis ordinárias.[56] Com a EC nº 45/2004, acrescentou-se o §3º ao Art. 5º da Constituição, que criou um novo degrau na hierarquia dos tratados internacionais: os de direitos humanos, equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados com quorum especial de 3/5 e votação em dois turnos. O primeiro tratado a ser aprovado desta forma foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada em 2009 ao ordenamento jurídico brasileiro com status equivalente ao de emenda constitucional, por meio do Decreto nº 6.949/2009.[57]

O DIPr — ao utilizar o método conflitual para determinar a lei aplicável a uma situação plurilocalizada —, precisa legitimar suas escolhas, seus preceitos e suas soluções com o respeito aos direitos humanos. A inexauribilidade dos direitos humanos como vetor de conduta tem aparecido cada vez mais no dia-a-dia dos hard cases[58] de DIPr. A aplicação desses princípios ao DIPr segue uma lógica de que deve haver respeito à diferença dos sistemas jurídicos. Para Lafer, "a construção da tolerância passa pela afirmação da indivisibilidade dos direitos humanos, e neste sentido, sua agenda é um dos ingredientes de governabilidade do sistema internacional dos nossos dias".[59] A utilização dos direitos humanos como balizador da aplicação do método conflitual também é um dos ingredientes fundamentais para a adaptação da metodologia da disciplina aos dias atuais. Por isso, é desnecessário recorrer a novas teorizações ou criar novas exceções à utilização do sistema conflitual, baseadas somente no interesse da lex fori ou de uma pretensa justiça material.

Patrick Glenn foi enfático ao explicitar em seu curso geral de 2011 que "vivemos em uma época de direitos fundamentais"[60]. A Europa foi a primeira a sentir o impacto dessa nova perspectiva no direito internacional privado. Depois de alguns casos internos, como na Alemanha, onde a Corte Constitucional deixou de utilizar o direito espanhol designado pela regra de conflito por ferir os direitos fundamentais, a Corte Europeia de Direitos Humanos assumiu a liderança dessa nova perspectiva. A temática surgiu Em especial nos casos relativos à igualdade de direitos entre filhos naturais e legítimos. A decisão da Corte no Caso Mackx foi pioneira e declarou como contrária aos direitos protegidos pelos artigos 8 e 14 da Convenção Europeia dos

Direitos do Homen a existência de disposições discriminatórias entre filhos na legislação belga, que posteriormente foi modificada. Depois disso, há uma farta jurisprudência a respeito que tem provocado inúmeras mudanças nas leis internas dos Estados membros. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos submeteu situações em que se aplicavam as regras de direito internacional privado a um controle juridico próprio, para assegurar a compatibilidade da solução jurídica com os direitos fundamentais[61].

No plano global, a Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado tem sido responsável pela elaboração de normas horizontais de proteção aos direitos fundamentais, especialmente na área de proteção da infância. A Convenção sobre a cobrança internacional de alimentos para crianças e outros membros da família, e seu Protocolo Adicional sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares de 2007 são o exemplo mais recente dessa tendência. Nos últimos anos o Brasil tem sido mais presente nas atividades da Conferência da Haia e a consciência desse papel da organização fica clara na mensagem de remessa ao Congresso Nacional da convenção supra citada, ao declarar que esta dá continuidade a aspectos da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990.[62]

2. O Direito Internacional Privado: os sujeitos e seu conteúdo nuclear

"O Direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de caráter internacional. São essas relações (ou situações) aquelas que entram em contato, através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo: são relações `plurilocalizadas'."

Ferrer Correa[63]

"Le droit international privé trouve sa raison d'être dans la diversité des lois des Etats, d'une part, et la nécessite de trouver les solutions justes dans la communauté internationale."

Erik Jayme[64]

Vive-se hoje em um mundo globalizado e instantâneo. As pessoas físicas e jurídicas não mais circunscrevem 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.[65] Nesses casos, há necessidade de uma regulamentação própria.[66]

Cada Estado possui, inserido em seu ordenamento jurídico, um conjunto de regras para resolver as questões atinentes a essas situações multiconectadas.[67] A aplicação de leis estrangeiras, por força dessas regras especiais, é hoje um princípio de direito comum às nações. Todos os países permitem a aplicação do direito estrangeiro nas relações privadas transnacionais, quando determinado pelo sistema de DIPr, excluindo-se, nesse momento, as normas internas sobre a matéria.[68] Pretende-se atingir a harmonia jurídica internacional,

assegurando a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas,[69] além do interesse da boa administração da justiça.

Cada vez mais está subjacente ao conflito de leis a questão do conflito de civilizações. A diferença do DIPr em relação ao direito interno é, tão-somente, a existência de um elemento de estraneidade na relação, quando há um elo com o direito material de um Estado estrangeiro, além daquele no qual a questão está sendo julgada. Diante dessa pluralidade de sistemas jurídicos, ocorre o conflito de leis no qual a situação jurídica poderá ser regulada por mais de um ordenamento. As situações multiconectadas possuem características próprias e distintas das situações internas, necessitando de regulamentação específica.[70] A determinação dos sujeitos do DIPr serve para distinguir o objeto desta disciplina da do Direito Internacional Público, o qual, na sua forma clássica, se dedica às relações entre os Estados.

Disciplina jurídica autônoma, sua denominação, apesar de imperfeita, está consagrada.[71] Não é internacional, nem privado, pois é ramo do direito público interno.[72] Suas regras determinam quando o direito estrangeiro será aplicável dentro do território nacional. Os manuais da disciplina sempre se preocupam em delimitar o seu âmbito de aplicação, pois o conflito de leis não é o único tema estudado.[73]

Seu ensino na América Latina foi fortemente influenciado pela escola francesa — questões relativas à nacionalidade e à condição jurídica do estrangeiro ainda fazem parte de vários currículos —, mas este trabalho filia-se à corrente anglo-saxônica, que procura responder a três perguntas nucleares da disciplina:

1) Em que local acionar — as questões do direito processual civil internacional, especialmente as relativas à competência internacional, também chamada de conflito de jurisdição;

2) Qual a lei aplicável — a utilização do método conflitual e suas regras, bem como as novas tendências da disciplina; e

3) Como executar atos e decisões estrangeiras — a cooperação interjurisdicional entre os Estados, especialmente nas questões relativas ao reconhecimento das decisões proferidas pela justiça estrangeira.

A primeira pergunta diz respeito à definição do local em que pode ser inicada a ação. Como a determinação da jurisdição é uma questão atinente à soberania estatal, não é incomum que uma situação plurilocalizada possa ser alvo de uma ação judicial em mais de um Estado. A maioria dos Estados possui regras para casos com elementos internacionais, antes que se

proceda à definição das regras de competência interna. Somente depois de definido se o país tem competência para julgar a ação, passar-se-á a analisar outras questões do direito internacional privado, a saber, a determinação da lei aplicável. No Brasil, essas regras encontram-se no Código de Processo Civil, mais precisamente no capítulo denominado "dos limites da jurisdição nacional", e a elas são dedicados os artigos 21 a 25.

A segunda pergunta, sobre a lei aplicável, poderia ser identificada como o coração do DIPr. Depois da determinação da jurisdição, e sendo o juiz nacional competente, o próximo passo é identificar qual a lei aplicável ao problema que está conectado a mais de um sistema. Esta tarefa que deverá ser exercida pelo juiz encarregado do julgamento da lide, e exige a utilização do método conflitual. Exemplifica-se: se houver um litígio no Brasil a respeito de um contrato que fora celebrado com partes situadas em mais de um país, é preciso saber qual a lei a ele aplicável, se do país A ou do país B. Para saber qual das leis deve ser aplicável à situação, recorre-se à regra de conexão elencada no Art. 9º da LINDB vigente no Brasil, que tem como regra para as obrigações a lei do local de sua celebração. Assim, se o contrato tiver sido celebrado no Brasil, será aplicável a lei brasileira. Se, do contrário, tiver sido assinado em Nova Iorque, o juiz brasileiro deverá utilizar a Lei de Nova Iorque. A LINDB deve ser aplicada pelo juiz de oficio, ou seja, é obrigatória a aplicação do direito estrangeiro se a norma de conexão assim o determinar.

Cada ordenamento jurídico tem uma norma própria para se chegar ao direito aplicável. Essa norma é chamada de regra de conexão, e seu comando é indireto, apontnado o critério a ser utilizado para se chegar à lei material aplicável: para as questões de capacidade e de direito de família, a regra é a do domicilio; para os bens, a do local onde estão situados; para a responsabilidade civil, a do local onde o dano ocorreu; para os contratos, a do local de sua celebração, e para a sucessão, a do último domicílio do de cujus.

A terceira e última indagação diz respeito a uma situação em que, no curso de um processo judicial, há necessidade de se recorrer ao juiz estrangeiro, ou vice versa para o cumprimento de alguma medida. Há regras para que esses procedimentos possam ser levados a cabo. Além do mais, decisões proferidas no exterior podem ser aqui reconhecidas através da ação de homologação das sentenças estrangeiras. No caso de pedidos e decisões provenientes do exterior, é imperioso que antes de seu cumprimento haja um procedimento preliminar, que segundo a Constituição brasileira é de competência originária do STJ, desde o advento da EC nº 45/04. As regras que regulam a atuação do STJ na cooperação jurídica internacional passiva encontram-se no Regimento Interno do STJ, que incorporou as regras da Resolução nº 9.[74] Essas regras foram incorporadas ao Novo Código de Processo Civil, conferindo, assim, maior segurança jurídica aos operadores do direito e às partes, uma vez que não serão passíveis de modificação

sem a atuação do Congresso Nacional.

Nos últimos tempos há grande preocupação com a área relativa à cooperação jurídica internacional, na qual há prevalência de tratados de caráter multilateral, regional e bilateral, tendo o Brasil adotado vários nos últimos anos, a maioria com a designação de uma autoridade brasileira responsável por coordenar o esforço de cooperação com os outros países.[75] Por exemplo, o trabalho desenvolvido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado está cada vez mais voltado para a cooperação administrativa entre autoridades centrais em casos internacionais, como ocorre na Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores, na Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, e na Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e outros Membros da Família, e seu Protocolo Adicional sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares.

3. O Método de DIPr

"Quelle que soit la défiance de beaucoup d'esprits à l'égard du mot certitude en droit, il serait difficile de récuser la recherche d'un minimum de prévisibilité; il serait paradoxal que les discussions actuelles, nées pour partie d'un reproche de complication adresse au droit international privé qu'on commence aujourd'hui à appeler classique, aboutissent à une incertitude beaucoup plus radicale parce que touchant à la méthode même de la discipline. C'est d'ailleurs et au surplus l'objet même de cette discipline qui se trouverait mise(n) question, donc son existence comme telle."

Henri Battifol[76]

O Direito Internacional Privado é um "direito sobre o direito". Consubstancia regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional.[77] Em todos os sistemas jurídicos há regras criadas expressamente para essas categorias de situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas de regras de conexão ou normas indiretas. O sistema, consolidado no século XIX, está passando por grandes mudanças, em face da flexibilização da tradicional regra de conflito.[78]

Hoje, as regras indiretas perderam sua exclusividade no DIPr. Há regras de caráter material, regras alternativas, especialmente na área de proteção ao consumidor e à infância, e regras que exigem do aplicador uma busca do direito mais adequado ao caso concreto, como o princípio da proximidade.

O método conflitual surgiu na Idade Média,[79] por obra dos professores de Bolonha, ao resolverem os conflitos surgidos da colisão de regras oriundas dos estatutos das cidades-estado italianas, em sua maioria relacionados aos contatos dos mercadores locais com aqueles provenientes de outras cidades — escola estatutária italiana.[80] Posteriormente, desenvolveu-se a escola francesa — com Dumoulin, formulador do princípio da autonomia da vontade, e D'Argentré, precursor do territorialismo depois seguido pela escola holandesa.[81] Esta última teve Huber como um de seus maiores expoentes, desenvolvendo o territorialismo, mas assegurando à lei um efeito extraterritorial, por conta da comitas gentium (cortesia) que deveria reger as relações entre entes soberanos, desde que sem prejuízo para os soberanos ou terceiros.[82] A doutrina holandesa teve grande sucesso na Inglaterra e nos Estados Unidos, pela obra de Joseph

Story.

O século XIX inaugura o DIPr positivo, com regras inseridas nas grandes codificações, e o surgimento das teorias de Savigny[83] e Mancini[84]. O primeiro desenvolveu a noção de que vivemos em uma comunidade de direito internacional, em cujo âmbito é possível resolver os conflitos de leis de caráter internacional através da paridade de tratamento entre a lei do foro e a lei estrangeira. Sua ideia principal é a de que toda relação jurídica possui uma sede, que é imposta pela natureza das coisas. Mancini, cujas teorias em prol da nacionalidade como lei reguladora do estatuto pessoal promoviam a unificação do nascente Estado italiano, foi um dos grandes impulsionadores do movimento de codificação internacional do DIPr.[85] Posteriormente, Pillet — que, como Mancini, entendia que a lei pessoal deveria ser a lei nacional do indivíduo — acrescentou noções a respeito da ordem pública e da proteção aos direitos adquiridos.

As doutrinas do século XIX são todas de caráter universalista — o DIPr deveria ser o mesmo em todos os Estados, trazendo mais vantagens para as pessoas, destinatárias dessas regras. Foi a tendência dominante até a Primeira Guerra Mundial.[86] Já para os particularistas, como os chamava Batiffol, a diversidade de sistemas nacionais era uma realidade legítima em razão da diversidade estrutural dos Estados, especialmente no que dizia respeito às suas normas de direito privado, indissociáveis daquelas destinadas ao conflito de leis.[87] Há, ainda, a terceira corrente que cultuava a utilização do direito comparado para resolver os conflitos de leis, que teve em Rabel um de seus maiores defensores.[88]

As grandes diferenças entre as normas adotadas resultaram em uma falta de uniformidade, ao arrepio do que o DIPr necessitava. Um exemplo dessa situação era a diversidade de normas a respeito da regulamentação do estatuto pessoal. Na Europa seguia-se o critério da nacionalidade (e no Brasil também, até a LINDB) e nos países da América Latina e Estados Unidos, o critério do domicílio.

O entre-guerras viu o declínio da tendência universalista, pois os ressentimentos deixados pela Primeira Guerra Mundial e o aumento das relações comerciais internacionais resultaram em um maior particularismo, e mesmo em um certo nacionalismo. Mas houve também grande reação ao particularismo positivista, a partir da ideia de que o DIPr deveria inspirar-se no interesse dos indivíduos, com uma maior utilização da investigação comparativa e ênfase em soluções codificadoras de caráter internacional na jurisprudência, como o que ocorreu na América Latina, e na Europa, com o trabalho da Conferência Permanente de Direito Internacional da Haia.[89]

O papel da América Latina no desenvolvimento do DIPr não pode ser negligenciado. Foi no continente americano que pela primeira vez se promoveu a codificação internacional da matéria,

com as grandes codificações do século XIX —Tratado de Lima (1877) e Tratados de Montevidéu (1889/90) — e início do século XX — Código Bustamante (1928) —, continuando este labor sob os auspícios da OEA, com a realização das Conferências Especializadas, as CIDIPs.[90]

Após a Segunda Guerra Mundial, com a multiplicação de situações internacionais que exigiam a utilização das regras de conflitos, um maior número de países envolvidos, em decorrência da descolonização, e uma maior intervenção do Estado ocasionaram mudanças paulatinas no DIPr, que fazia face então a problemas novos e de difícil solução. Surgiram cada vez mais regras materiais de DIPr, que atuam diretamente na situação jurídica, ao invés da procura da lei aplicável pela regra indireta, mediadora entre os sistemas jurídicos envolvidos. A questão relativa ao conflito de jurisdições e à busca do juiz competente para o feito de certa forma enfraquece a noção de conflito de leis, predominando a primeira sobre a segunda.[91]

Além disso, em função da proeminência e ingerência da ação estatal na vida privada, começaram a surgir leis cujo campo de aplicação é determinado de forma imperativa, desdenhando-se o surgimento de situações com possibilidade de escolha da lei estrangeira. São as chamadas normas imperativas ou leis de aplicação imediata, ou, ainda, lois de police, para os franceses.

Uma interessante análise dos problemas do DIPr foi desenvolvida por O. Kahn Freund.[92] Para ele, a evolução das regras de DIPr está ligada ao desenvolvimento das esferas da vida social em que esses conflitos fora de uma determinada localidade ocorriam.[93] Assim, até o século XVII e XVIII não havia conflitos relativos ao direito de familia na Europa já que a lei canônica tudo regulava, de maneira uniforme. E sendo a terra a maior fonte de riqueza, o problema surgia principalmente na interação das relações de casamento entre nobres de diversos países e no conflito das regras relativas à propriedade que se cruzavam com aquelas relativas ao regime de bens e das sucessões. Já com relação aos contratos, as questões relativas ao direito marítimo surgiram quando se desenvolveu o transporte a vapor e os contratos entre partes em mais de um país se tornaram mais comuns, em meados do século XIX. Finalmente um exemplo do século XX é a movimentação de massa dos consumidores em viagens internacionais de turismo que aumentaram sobremaneira as questões internacionais relativas à responsabilidade civil.

3.1. O método conflitual tradicional

O método conflitual tradicional, ainda utilizado pelo Direito Internacional Privado dos países da Europa e da América Latina, com as modificações que a seguir serão comentadas, tem

como particularidade a existência de uma regra de DIPr — a regra de conflito, que dá a solução de uma questão de direito contendo um conflito de leis através da designação da lei aplicável pela utilização da norma indireta.[94] Não compete ao DIPr fornecer a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável deverá ser buscada.[95] Para a concepção clássica do DIPr, é através de normas de conflitos que o DIPr cumpre a sua missão de prover a regulamentação da vida jurídica internacional.[96]

Um problema de DIPr (para a concepção clássica) não é um problema de justiça material, e sim de escolha da lei aplicável indicada pela norma de conflito. O seu objetivo consiste em promover e garantir a continuidade e a estabilidade das situações jurídicas multinacionais, através da uniformidade da respectiva valoração por parte dos diversos sistemas interessados. Com isso, evita-se a frustração das partes e terceiros.[97] Esse sistema não cuida da utilização de suas normas, mas sim das conectadas à questão.[98] Ainda segundo Ferrer Correa,[99] não se trata de escolher a melhor lei, mas a melhor colocada para intervir — em razão da localização dos fatos, ou da relação dela com as pessoas a que estes respeitam. Os valores predominantes são os da segurança e certeza jurídica, cuidando de atingir uma justiça formal, pois seu objetivo é garantir a continuidade e estabilidade das situações jurídicas.

Erik Jayme define os objetivos do DIPr tradicional como sendo: a igualdade do tratamento das pessoas; a harmonia das decisões sobre uma mesma relação jurídica; a previsibilidade das soluções encontradas; as relações jurídicas universais. Para o autor, sua expressão técnica era a regra bilateral de conflito de leis.[100]

Os problemas da aplicação desse método são de três ordens, todos ameaçando o objetivo da disciplina de promover a segurança jurídica. Na primeira, possuindo cada Estado regras próprias para o DIPr, que são aplicadas internamente, há a possibilidade da mesma situação ser resolvida de forma diferente em cada Estado na qual for julgada. Na segunda, dependendo do sistema adotado, uma decisão válida em um, não o será no outro. Na terceira, as partes podem procurar beneficiar-se das diferenças entre os sistemas e promover um verdadeiro forum shopping, em busca da solução que lhes pareça mais favorável.

Nos últimos anos, essa metodologia tem sido muito criticada por sua indiferença com o resultado concreto.[101] O sistema americano a atacou frontalmente, primando pela escolha das normas a partir do resultado final, sem se basear em normas bilaterais. Na Europa, a metodologia também sofreu modificações com a aceitação do pluralismo de métodos e da flexibilização das normas de conflitos. Isso se deu através da elaboração de regras materiais de DIPr, em convenções internacionais, da utilização de regras alternativas, da cláusula de exceção, do

reconhecimento da autonomia da vontade em outras áreas do direito, e da incidência princípios mais flexíveis, como o da proximidade.[102]

Outra maneira de enfrentar essas diferenças entre as regras conflituais, pela sua diversidade de país a país, foi a criação de normas conflituais internacionais uniformes. Para Dolinger, esse seria um DIPr uniformizado, em oposição àquele já existente quando se trata de uma determinada área de direito substantivo, resultante do esforço comum de cooperação de dois ou mais Estados.[103] Há também iniciativas que visam uniformizar regras substantivas, como por exemplo a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, da UNCITRAL — ao contrário da acima descrita, com relação às normas conflituais uniformes, elimina o conflito de lei ao promover a modificação e unificação de uma parcela do Direito Privado Material —, e os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, do UNIDROIT.[104]

Atualmente o objetivo do DIPr não é mais apenas promover a segurança jurídica, com a utilização matemática do método conflitual. Há consciência em diversos países de que é preciso adequar essa metodologia aos conceitos de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. Esses direitos passaram a constar de novos diplomas internacionais — como parte da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos —, que, ao serem incorporados, somaram-se aos das Constituições e ao chamado "bloco constitucional" dos Estados-partícipes. Esse conjunto de direitos, que reflete a existência de um patrimônio comum de valores jurídicos, passa a ter aplicação não só vertical, ou diretamente, mas também horizontal, influindo na aplicação do DIPr, pois, em caso de colisão com a solução obtida através da norma de conflito, prevalecerá sobre esta.

3.2. O sistema unilateral — a Revolução Americana

O outro sistema, chamado de unilateral, é aquele no qual a norma que soluciona o problema de uma relação multiconectada propõe-se apenas a delimitar o domínio de aplicação das leis materiais do ordenamento jurídico onde vigora, preconizando o primado da lei do foro. Nos Estados Unidos, Cavers[105] contestou o método conflitual tradicional que era utilizado, a partir dos princípios introduzidos por Joseph Story e, posteriormente, por Joseph Beale, redator do Restatement on the Conflicts of Law de 1934.[106] Em sua opinião, os tribunais não faziam escolhas livres de valoração quando determinavam a lei aplicável a uma relação jurídica com matizes internacionais, pois sempre tinham em conta o resultado final. Advogava uma metodologia unilateralista, pela qual determinava-se, por um lado, o alcance espacial das regras, e, por outro, uma análise orientada pelo resultado final substantivo. Sugeria como modus operandi que se

fizesse uma análise pormenorizada da situação sub judice: a comparação dos resultados obtidos pela aplicação em concreto das leis em contato com a situação, e, afinal, a avaliação dos resultados, em função das considerações de justiça social, para então se decidir qual das leis aplicar à situação concreta.[107] Esse método foi muito empregado, desde então, na doutrina e na jurisprudência americana.

Continuando na linha de pensamento de Cavers, Brainerd Currie criou uma teoria intitulada interest analysis. Currie acreditava que os Estados tinham um interesse na implementação dos propósitos das leis que os governavam, não só para os casos locais, como também para os multiconectados.[108] Para ele, o sistema conflitual não levava esses fatores em consideração e subvertia a importância dos interesses do foro, ao aplicar a lei de um outro Estado. Ferrenho defensor da supremacia da aplicação da lei local, os limites de aplicação espacial das leis materiais eram determinados a partir da análise das políticas legislativas das quais resultavam.

Para Leflar, outro expoente da doutrina americana, a aplicação da regra de DIPr dependia de uma análise teleológica do problema, levando-se em conta uma série de considerações em busca da proteção mais adequada à vítima de um fato ilícito, the better law approach.[109] Ehrenzweig defendia a aplicação da lei do foro como regra básica, e a aplicação da lei estrangeira apenas em casos excepcionais. Artur Von Mehren propugnava pela elaboração de regras materiais especiais para regular as situações de DIPr. Willis Reese, principal responsável pelo Restatement 2nd on Conflicts of Law, é que consagrou a noção dos vínculos mais estreitos.[110]

Juenger classifica essa fórmula de mos americanus, explicando que a maior parte dos tribunais proclama seguir a "análise de interesses", considerando principalmente o alcance territorial das normas jurídicas, com ênfase no resultado e não no método utilizado, ao contrário dos europeus, para os quais o método multilateral é mais valorizado do que o seu resultado concreto.[111]

O caso Babcock[112] foi o caso difícil do novo sistema americano, utilizando pela primeira vez teorias preconizadas por Currie e seus seguidores. O Tribunal de Nova York deixou de aplicar a regra clássica da lex loci delictii, para aplicar a lei de Nova York a um acidente de trânsito ocorrido em Ontário, Canadá. Para o tribunal aplicar a lei de Ontário somente porque o acidente lá ocorreu, enquanto todos os outros pontos de contato levavam a Nova York, seria injusto e anômalo.[113] Os pontos de contato eram: o carro era registrado em Nova York, o motorista morava em Nova York, a passageira que se acidentou morava em Nova York e o seguro do carro era de Nova York. Se fosse aplicada a lei de Ontário, onde ocorreu o acidente, a passageira carona não teria direito a qualquer indenização, enquanto a lei nova-iorquina previa a indenização desejada.

Juenger, comentando sobre a chamada revolução americana[114], observa que, ao fugirem do sistema tradicional e aplicarem o novo método — muitas vezes sem uma metodologia visível e sem garantir a certeza jurídica —, os tribunais americanos tinham como objetivo proteger as vítimas de situações multiconectadas, em que se apurava a responsabilidade civil (torts) dos autores, às expensas da claridade e da certeza que o método tradicional trazia com seus resultados muitas vezes injustos.[115]

A união das opiniões doutrinárias com a jurisprudência, todas no sentido de dar soluções adequadas aos casos concretos, desembocou na revisão do Restatement, o que ocorreu em 1971, com o Restatement 2nd on the Conflicts of Law, que adotou um sistema eclético para a resolução do conflito de leis. O estabelecimento do princípio da proximidade, também chamado de princípio dos "vínculos mais estreitos", aliou-se a evocação de uma série de diretrizes para sua descoberta no caso concreto. Firmou-se um compromisso entre as antigas regras bilaterais e a necessidade de buscar soluções substanciais para os problemas de DIPr. O Art. 6º, §2º, por exemplo, enumera os fatores que devem ser levados em consideração para a determinação da lei aplicável a uma relação jurídica.[116] No sistema americano, a questão deve ser vista a partir de seu resultado, sendo a seleção feita de acordo com o conteúdo do problema em questão, procurando-se a melhor norma material para solucioná-lo.

Juenger critica os tribunais americanos, que ao utilizar os princípios do Restatment 2nd, produzem decisões internamente inconsistentes, ao se valerem de enfoques incompatíveis entre si. Mas, para o autor, há método nesta loucura, pois a maior parte dos casos em que os tribunais americanos aplicaram o Restatment 2nd foram ações de responsabilidade civil por ato ilícito [tort actions]. Essas ações apresentavam um padrão estereotipado, pois o réu — agente do dano — procura em sua defesa a aplicação de uma lei proveniente de outra jurisdição e que contenha uma limitação legal ao ressarcimento. O advogado da vítima apresenta então à corte uma série de razões para não se dar guarida à aplicação daquela monstruosidade estrangeira, mas sim à norma interna, mais conveniente. É "extremamente surpreendente que a maioria destas decisões resultem na aplicação da lei favorável ao autor".[117]

Essa nova maneira de solucionar os conflitos de leis causou um cisma entre o sistema europeu e o americano. Mas a divergência se mostrou, com o tempo, menor do que as aparências indicavam. Juenger, nos anos 80 do século XX, demonstra com argúcia e sensibilidade os conflitos entre os dois continentes:

"Por que então nosso direito conflitual parece tão estranho para observadores europeus? Como nós, eles deveriam estar acostumados ao ecletismo judicial e à coexistência de opiniões

doutrinárias divergentes. As seguintes razões podem explicar sua perplexidade: primeiro, nossa revolução dos conflitos aconteceu no campo da responsabilidade civil por ato ilícito [tort law], enquanto na Europa as pressões para a mudança são sentidas primordialmente no campo do direito de família [domestic relations]. Segundo: o grande volume de decisões americanas divulgadas, em conjunto com um número sem precedentes de obras doutrinárias sobre conflitos, é esmagador. Terceiro: muitos de nossos autores americanos de direito internacional privado publicam deliberadamente em um jargão profissional prolixo e incoerente. Quarto: os europeus ficam perturbados com a falta de cerimônia com que a maior parte dos tribunais e autores americanos parecem descartar todas as regras para engajar-se em uma análise de estilo livre. Finalmente, a rapidez da transição de um rígido conservadorismo para um aparente anarquismo pode ser recebida como um choque para o observador externo."[118]

Também Alejandre Garro destaca que o famoso mos americanus teve maior repercussão no campo da responsabilidade civil, no qual a solução da regra bilateral era altamente insatisfatória, e na área contratual, com o desenvolvimento do princípio de proximidade. Outras áreas não sofreram modificação desta ordem, continuando o direito real — através da lex rei sitae —, o direito de família e o sucessório a serem regidos pela lei do domicílio.

4. A Codificação Internacional dos Métodos de DIPr

A codificação internacional do direito internacional privado teve grande impulso no final do século XIX com as Conferências da Haia (que só se tornou uma organização internacional em 1951). Em seguida, no campo da uniformização do direito privado, tivemos o estabelecimento do UNIDROIT, e em 1968, a criação da UNCITRAL, já no contexto de agências especializadas das Nações Unidas. Para o Direito Internacional Privado, o UNIDROIT e a UNCITRAL têm um papel de carater tangencial, já que seus objetivos são a criação de normas uniformes de direito privado. No entanto, não é incomum que seus documentos acabem por trazer normas importantes de DIPr. Por seu turno, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é a organização por excelência que cuida das questões de DIPr e por isso será estudada profundidade neste Capítulo.

O UNIDROIT, Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, foi criado em 1926, mas iniciou seus trabalhos apenas em 1928. Um iniciativa da Itália, contou com o apoio do Brasil desde o início. Era um órgão auxiliar da Liga das Nações, mas sobreviveu à sua extinção de forma autônoma e não foi incorporado pelas Nações Unidas, [119] reiniciando suas atividades na década de cinquenta.

Segundo o artigo I de seu Estatuto seus objetivos são, dentre outros, o de elaborar projetos de leis ou de convenções visando a estabelecer um direito interno uniforme, elaborar projetos de acordos com vistas a facilitar as relações internacionais em matéria de direito privado, assim como empreender estudos de direito comparado nas matérias de direito privado.

Entre os trabalhos que desenvolveu nos últimos anos, destacam-se os Princípios do UNIDROIT Aplicáveis aos Contratos Internacionais do Comércio, soft law que representa o renascimento da lex mercatoria na área obrigacional[120].

O Brasil deixou de fazer parte do UNIDROIT em 1969, mas voltou a ser membro em 1993. Das suas convenções, adotou a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995[121] e a Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis e seu Protocolo Relativo a Questões Específicas ao Equipamento Aeronáutico, firmados na Cidade do Cabo, em 16 de novembro de 2001[122].

Nas Nações Unidas, o trabalho desenvolvido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional — UNCITRAL, é de suma importância para o movimento

uniformizador em andamento no mundo dos negócios.

A UNCITRAL foi criada em 1966, por meio da Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Com a finalidade de desenvolver a progressiva harmonização e modernização do direito do comércio internacional. Um ponto interessante de seu labor legislativo é que não se limitou a elaborar convenções de caráter tradicional. Nesse sentido, destaca-se a sua lei modelo sobre arbitragem comercial internacional, de 1985, com as emendas de 2006. Por sua flexibilidade em relação às convenções tradicionais, já que poderia ser adaptada ao sistema jurídico do país adotante, teve o mérito de servir de modelo para a adoção de leis internas sobre arbitragem em inúmeros países que não tinham uma legislação específica sobre o tema. O Brasil beneficiou-se das regras desse diploma quando elaborou a lei brasileira de arbitragem de 1996.

Outro exemplo de normativa de sucesso da UNCITRAL é a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, assinada em Viena, em 1980, e em vigor a partir de 1988 em 83 países.[123] No Brasil, a convenção foi internalizada por meio do Decreto nº 8.327/2014.

A organização tem procurado acompanhar de perto a evolução da jurisprudência mundial sobre a convenção. O acompanhamento é realizado a partir de uma base de dados denominada CLOUT, disponível em seu sítio da internet. A CLOUT, que já completou 25 anos, compila decisões e laudos arbitrais de todo o mundo que tenham se baseado na convenção. Esta é uma ferramenta muito util para o Brasil, pois poderá oferecer aos juízes um guia para os casos dificeis da convenção, cuja promulgação pelo Brasil ainda é recente. Também é uma demonstração de que a circulação de decisões será cada dia mais utilizada nos problemas transnacionais.

4.1. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

A Conferência Permanente de Direito Internacional Privado, sediada na Haia, é uma instituição dedicada exclusivamente ao estudo e desenvolvimento da codificação uniforme do DIPr.[124] Seu trabalho é desenvolvido por meio da elaboração de convenções sobre matérias específicas, tendo aprovado 36 convenções, no período de 1951 a 2015. Nos últimos anos, algumas Convenções da Haia adotaram regras de conflito de caráter substancial,[125] através de diversas técnicas, estabelecendo regras com vínculos alternativos, subsidiários ou cumulativos.[126]

O marco da nova fase de trabalhos da Conferência da Haia é a Convenção sobre os Conflitos de Leis em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias, de 1961. Seu objetivo era, primordialmente, garantir a validade dos testamentos, empregando, para atingir esse fim, uma

série de regras alternativas.[127] A Convenção sobre Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Menores, de 1980,[128] inaugura também um novo estilo, ao desenhar soluções cuja finalidade maior é a devolução do menor ao país de seu status quo ante, e dar ênfase ao aumento da cooperação entre os poderes judiciários envolvidos.

Outra convenção na mesma direção é a relativa à lei aplicável às obrigações alimentícias, de 1973, francamente em favor de quem deve receber alimentos, independente do direito aplicável às relações de família, o que causa inúmeros problemas na sua aplicação, como alerta Yves Lequette.[129] Esta convenção foi substituída pela Convenção Relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos no Exterior finalizada em 2007, a qual pretende substituir a Convenção de Nova York no plano global. A maior ênfase da nova convenção é na cooperação jurídica internacional, através do labor das autoridades centrais. O tema da lei aplicável foi objeto de um Protocolo Adicional em separado. O Protocolo sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentícias entrou em vigor em 01.08.2013, com sua ratificação pela União Europeia e pela Sérvia.

As disposições da Convenção da Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, de 1993,[130] também mostra a nova direção.[131] Suas normas estabelecem garantias para que a adoção sirva ao interesse superior da criança,[132] moralizando o instituto da adoção e prevenindo o tráfico de menores.[133] A Convenção possui um rol extenso de normas estabelecendo um sistema de cooperação entre autoridades judiciárias, para que se possa assegurar a constituição e o reconhecimento da decisão de adoção em conformidade com sua finalidade.[134] Monica Zapater mostra como característica da Convenção sua desconflitualização, ou seja, o abandono de normas conflituais clássicas em prol de normas materiais e normas abertas (flexíveis) que permitem resolver os casos concretos levando em conta considerações concretas, sejam elas de ordem jurídica ou extrajurídicas.[135] A Convenção sobre adoção internacional aponta para um DIPr mais pragmático, voltado para a solução das questões que preocupam esta nova conformação de sociedade internacional, na qual a confrontação de concepções jurídicas está aumentando a cada dia.[136] As novidades das Convenções da Haia têm estimulado inúmeros juristas a se debruçarem sobre suas consequências para o DIPr, especialmente com a edição de regras distantes do conceito de norma conflitual clássica.

Hélène Gaudemet-Tallon,[137] em sua análise dos diversos tipos de normas de conflito de caráter substancial, com vínculos alternativos, subsidiários ou cumulativos, elenca vantagens e desvantagens na utilização deste método. Posiciona-se contrariamente ao seu uso nas convenções internacionais, pela ausência de neutralidade no encontro da solução desejada. Para ela, se há necessidade de um acordo sobre a substância de um problema, melhor seria redigir

uma regra material de DIPr. Outra dificuldade está no tortuoso caminho dos Estados para chegarem a um consenso, impedindo-se um maior desenvolvimento de convenções especializadas em DIPr. Isso constitui um óbice à coordenação internacional e à obtenção da segurança jurídica desejável. Outro problema diz respeito à discriminação em relação a uma das partes da relação jurídica que uma regra dessa natureza pode trazer, ao estabelecer, v.g., o princípio da favor validitatis do testamento, da Convenção de 1961, com relação aos direitos dos herdeiros ab intestato.

Mas também vê vantagens no sistema. A primeira diz respeito ao eterno conflito entre a opção pelo critério da nacionalidade ou do domicílio para estabelecer a capacidade e o direito de família do indivíduo, que ainda divide diversos países. Usando-se a técnica da regra com vínculos alternativos, pode-se incluir ambos os critérios e chegar-se a um consenso. Em segundo lugar, a regra alternativa é uma solução contra o reenvio. A terceira vantagem é a limitação da utilização da ordem pública como exceção, em face da existência de mais de uma solução para o conflito de leis. Por fim, quando o vínculo se der em razão da nacionalidade, e o sujeito for nacional de mais de um país, pode-se escolher uma das nacionalidades existentes, como fez a Convenção de 1961 sobre testamentos, ao designar como lei aplicável uma entre aquelas das nacionalidades do testador.

Erik Jayme alerta para os problemas provenientes dessas iniciativas de uniformização: a interpretação desigual conferida pelos tribunais, o desconhecimento das Convenções pelos juízes, o envelhecimento das regras convencionais e a dificuldade de se promover a sua revisão. Sugere, como solução, a formação de juristas voltada para os problemas da internacionalização dos litígios.[138]

É possível dividir as convenções já celebradas em três grupos, de acordo com seu principal objetivo: o primeiro, composto pelas convenções que cuidam da proteção e cooperação, em especial na área de direito de familia (convenção de sequestro de menores, de proteção à infância, porteção de adultos, de adoção internacional e a recente sobre alimentos); o segundo, composto por aquelas dedicadas às questões de caráter processual (legalização de documentos – apostila, notificação, obtenção de prova, acesso à justiça, forma dos testamentos, clausula de foro); e o terceiro, com as convenções que tratam da lei aplicável, e que ao longo dos anos tiveram um sucesso mais modesto (em especial as convenções dos anos cinquenta sobre compra e venda, acidentes de transito, regime matrimonial, dentre outras).[139]

Um dos maiores méritos da Conferência da Haia nos últimos anos é o seu esforço nas ações chamadas de posconvencionais, voltadas para a revisão periodica do funcionamento de seus principais documentos. Nesse sentido, pode ser organizada a cada cinco anos uma comissão

especial para reunir os Estados Membros e discutir a necessária evolução do documento, que contará com estudos e questionários pertinentes do Escritório Permanente. Um exemplo de ação posconvencional em andamento é o grupo de trabalho encarregado da elaboração de um Guia de Boas Práticas a respeito da interpretação e aplicação do Artigo 13 (1)(b) da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores, já que a diversidade da aplicação desse artigo nos países signatários tem contribuído para grandes desigualdades de interpretação da convenção, minando sua aplicação uniforme.

Atualmente, no rol de seus novos projetos, a Conferência da Haia relançou o projeto de sentenças estrangeiras, o Judgments Project, iniciado em 1992, e do qual resultou a Convenção sobre a cláusula de escolha de foro, de 2005, que entrou em vigor em 2015. A partir de 2011, o tema passou a ser estudado primeiro por um grupo de especialistas e depois por um grupo de trabalho. Atualmente já existe um projeto de convenção para reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras que será objeto de discussão em uma comissão especial em 2016.[140]

Além desse projeto, em estágio mais inicial, ainda com reuniões de grupos designados de especialistas, há estudos em andamento sobre a regulamentação da maternidade de substituição e sobre a possibilidade de celebração de um documento multilateral acerca de acordos privados multifronteiriços sobre reconhecimento e execução em casos de disputas internacionais envolvendo crianças.

5. A Codificação Regional dos Métodos de DIPr

5.1. O Exemplo da codificação comunitária

"Ces infléchissements de la méthode bilatéraliste montrent que l'on est passé d'une conception répartitrice automatique et mécanique des lois dans l'espace à une conception régulatrice des rapports juridiques internationaux."

George Droz[141]

Berço da teoria do conflito de leis, com os estatutários italianos, e depois com a tese savigniana, incorporada nas grandes codificações, a Europa encontra-se mais uma vez na liderança do movimento precursor de uma nova era no DIPr.[142] Ao invés de considerá-lo um mero direito de remissão, encara-o como um verdadeiro direito de decisão. Seu objetivo maior é promover a regulamentação adequada e materialmente mais justa da questão plurilocalizada.[143] A disciplina é mais do que a designação formal de uma lei, preocupando-se com a justiça material na própria formulação das normas de conflitos.

Esse desenvolvimento fez surgir novos tipos de regras de DIPr: as materiais, as narrativas e as de aplicação imediata. Não houve um abandono do método conflitual tradicional, mas um maior ecletismo para se obter a solução do problema, tornando o pluralismo de métodos[144] uma das características do DIPr atual.[145] Enquanto no passado as regras conflituais tinham como objetivo apenas localizar a relação jurídica, hoje desenvolveram-se novos tipos, os quais, na definição de Paul Lagarde, têm como objetivo designar a ordem jurídica que permite obter o resultado desejado pelo autor da regra de conflito.[146]

Juenger[147] acentuou a convergência entre os sistemas europeu e americano, atenuando-se suas diferenças. Não há mais um repúdio às regras conflituais nos Estados Unidos, nem tampouco aversão completa dos europeus à utilização de critérios de justiça material. O surgimento de regras de conflitos materiais ou substanciais, em diversas convenções internacionais e códigos de países europeus, atesta essa tendência, considerada um dos traços dominantes do atual DIPr.

O aparecimento dessas regras se deu em diversos fóruns. Em primeiro lugar, na Conferência

da Haia, com soluções de direito convencional dentro de uma nova visão dos conflitos de leis. Em segundo lugar, no plano regional, na codificação de caráter comunitário que está se alastrando por todas as áreas do direito, inclusive no DIPr.[148] No plano interno, várias codificações nacionais foram modificadas com base na nova metodologia, dando maior flexibilidade às regras bilaterais, como no caso da lei alemã e da lei suíça.[149]

François Rigaux[150] refletiu sobre o papel e lugar do DIPr na União Europeia, concluindo que, longe de ser eliminado pela nova ordem jurídica comunitária, o DIPr se instalou em diversas instâncias e está presente em todas as fontes do Direito Comunitário como convenções, diretivas e, atualmente, com mais intensidade, regulamentos[151].

Com efeito, depois do Tratado de Amesterdã, que entrou em vigor em 1999, intensificou-se a cooperação jurídica internacional, pois a União Europeia queria ser uma área de liberdade, segurança e justiça. [152]Mas foi a partir do Tratado de Lisboa, que a legislação comunitária do Direito International Privado tomou impulso. Isso porque a questão do acesso à justiça incluiria também o princípio do reconhecimento mútuo de decisões de carater judicial e extrajudicial na esfera cível, e ainda foi aumentado o papel da harmonização das regras internas em relação às comunitárias.

Assim, além da criação de regulamentos tratando das questões de jurisdição e normas de conflito, é preciso ter em mente que em muitas áreas houve verdadeira uniformização de regras materiais, como por exemplo as diretivas relativas ao direito do consumidor, seguro e regras trabalhistas, o que contribuiu para a diminuição das questões de lei aplicável.

Por terem as normas de DIPr sido incorporadas na União Europeia por meio de Regulamentos, com o tempo ver-se-á sua interpretação caminhando uniformemente, por conta das decisões tomadas pelo Tribunal da União Europeia. Isso porque será cada dia mais comum decisões sobre as regras de DIPr comunitárias.

Várias áreas já foram objeto de regulamentação comunitária, das quais destacam-se na área de reconhecimento de decisões estrangeiras, o Regulamento (EU) nº 1215/2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial e o Regulamento (CE) nº 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões de matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (também designado "Novo Bruxelas II"). Na área contratual, o Regulamento (CE) nº 593/2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (também designado "Roma I") e o Regulamento (CE) nº 864/2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (também designado "Roma II"). Na área de família e sucessões, o Regulamento (EU) nº 650/2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao

reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu.

Além disso, é importante ressaltar que a partir de 2007, a União Europeia passou a ser membro da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Nessa qualidade, assinou e adotou a Convenção sobre a cláusula de escolha de foro, de 2005, que entrou em vigor nos países membros em 2015 por meio da Decisão do Conselho 2009/397/EC de 26 de fevereiro de 2009. Na área de família, a União Europeia também incorporou a Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2007 e seu Protocolo sobre lei aplicável.

Nos dias atuais, fala-se de um verdadeiro direito internacional privado europeu, que teria um caráter federal. Com efeito, sendo o objetivo maior da União Europeia a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, as relações transnacionais são bastante afetadas. Augusto Jaeger Jr. relata o estado da arte da discussão na Europa e menciona a proposta ainda embrionária de Paul Lagarde para as disposições gerais de um Código Europeu de Direito Internacional Privado. Elenca, ainda, algumas questões gerais que têm sido tratadas em âmbito europeu, como por exemplo a irrelevância do critério de nacionalidade para determinar o direito aplicável, a tendência por uma qualificação autônoma de viés comunitário e não mais pela lei do foro, e a prevalência da autonomia da vontade, não só no campo obrigacional mas em outros também.[153] Há, no seu sentir, inclusive um renascimento do instituto do reenvio com o novo Regulamento 650/2012, que trata das sucessões.

Não há dúvida de que a matéria terá grande desenvolvimento na União Europeia, informada pelas características da profunda integração que os países do bloco atingiram e pela possibilidade de ter uma jurisprudência que cuide da interpretação dos regulamentos europeus voltados para o direito internacional privado uniforme e aplicável em todos os países.

5.2. A codificação nas Américas

"Os esforços para a codificação do DIPr nas Américas por meio de convenções têm duas raízes históricas diferentes. Uma remonta aos primeiros congressos da América espanhola que visaram à defesa da independência frente às potências européias e à consolidação dos princípios do direito internacional destinados a regular as relações mútuas entre as novas repúblicas. A outra tem sua origem na tradição européia e nos pensamentos dos grandes internacionalistas do velho mundo que projetaram uma codificação global do direito internacional para regular o

convívio pacífico das nações."

Jürgen Samtleben[154]

As modificações do DIPr nas Américas aparecem de três maneiras: nas ocorridas pela atividade internacional promovida pela OEA, através do labor das CIDIPs;[155] em iniciativas do Mercosul com repercussão no DIPr; e na reforma da legislação interna de DIPr em alguns países. Neste capítulo, procurar-se-á traçar o desenvolvimento da codificação do DIPr nas CIDIPs e no Mercosul.

5.2.1. A codificação nas CIDIPs

No plano regional, o movimento pela harmonização do DIPr teve enorme acolhida na América Latina, desde meados do século XIX, numa tentativa de uniformizar toda a matéria através de grandes codificações. O primeiro estudioso do Direito Internacional Privado na América Latina foi Andrés Bello que, em seu livro Principios de Derecho das Gentes, 1832, adotou extremado territorialismo. Para Bello, as leis de cada Estado regiam todos os assuntos que se desenvolviam no território do país, e ainda se estendiam aos atos realizados no estrangeiro, sempre que houvesse alguma conexão pessoal ou territorial com o próprio Estado.

A América Latina teve um papel de vanguarda no campo da unificação do Direito Internacional Privado, ao encampar as idéias de Mancini e promover a primeira iniciativa mundial nesse sentido, no século XIX. O governo peruano, em 1875, através de uma circular-convite, conclamou os demais governos a se reunirem em um congresso de jurisconsultos, com o fito de harmonizar as legislações dos diversos países.

A Conferência de Lima, de 1877-78, teve como resultado o Tratado de Lima, que estabeleceu regras uniformes em matéria de DIPr. De forte inspiração manciniana, por causa das influências de seus discípulos, o tratado optou pelo critério da nacionalidade para reger o estado e a capacidade das pessoas. Justificou-se tal escolha, objeto de inúmeros debates, com a alegação de que o simples fato de uma pessoa estabelecer-se em outro país não significava que tivesse perdido seu caráter de estrangeiro e também que o domicílio de uma pessoa poderia ser variável. Não era possível admitir que as qualidades das pessoas pudessem modificar-se a cada troca de domicílio. O tratado teve pouca aceitação por causa de sua opção pelo critério da nacionalidade, especialmente porque o domiciliar era o mais usado pela maioria dos países presentes. Apesar

do sucesso da reunião, o tratado foi adotado por poucos, transformando-se em material de fonte doutrinária.

A reação aos princípios adotados no Tratado de Lima vieram da parte de Gonzalo Ramirez, jurista e professor uruguaio, partidário do princípio do domicílio, e que elaborou, em 1897, um outro projeto de código de DIPr.[156] Graças às tratativas uruguaias, em 1889/90 foi realizado o Congresso de Montevidéu, uma iniciativa de uniformização da Argentina e do Uruguai, que resultou em oito tratados em diversas áreas, especialmente no Direito Civil Internacional. O Brasil compareceu à conferência, e também as delegações da Bolívia, Chile, Paraguai e Peru.[157]

O delegado do Brasil, Domingos de Andrade Figueira discordou das conclusões da conferência, em especial quanto ao tratado de Direito Civil Internacional, explicando que não foi possível conciliar suas normas com as da legislação pátria, especialmente no tocante ao estatuto pessoal. Enquanto o tratado adotava o critério do domicílio, a legislação brasileira filiava-se ao da nacionalidade.[158]

Posteriormente esses tratados foram revisados em reuniões realizadas em 1939 e 1940, para celebrar os cinquenta anos dos tratados de 1889, através do Segundo Congresso Sul-americano de Derecho Internacional Privado de Montevidéu. Seu resultado foi o Tratado de Direito Civil Internacional de Montevidéu, de 1940, ainda hoje em vigor na Argentina, no Uruguai e no Paraguai. Novamente presente, o Brasil lamentou deixar de aprovar o Tratado por três razões: a primeira, em face da adoção do critério do domicílio para reger o estatuto pessoal, enquanto o Brasil adotava o critério da nacionalidade; a segunda, por causa da adoção da lei do local da execução para reger as obrigações, enquanto éramos partidários do sistema do local da celebração; e a terceira, pela divergência em matéria de sucessões, tendo o tratado adotado o critério da pluralidade sucessória enquanto o Brasil filiava-se à corrente universalista.[159]

Em 1889, realizou-se em Washington a 1ª Conferência Pan-Americana. O início do século XX testemunhou a continuidade dessas reuniões, concomitantemente ao trabalho realizado na Europa com as Conferências da Haia. Depois da 2ª Reunião de 1901, a 3ª Reunião ocorreu no Rio de Janeiro, em 1906. Para sediar o evento, foi construído o Palácio Monroe. De importância para o desenvolvimento do movimento codificador americano foi a formação da Comissão Internacional de Jurisconsultos, embrião do atual órgão da OEA, a Comissão Jurídica Interamericana, sediada no Rio de Janeiro. Nesse início, a Comissão teve a missão de elaborar dois códigos: o primeiro sobre o Direito Internacional Público, cuja tarefa foi entregue a Epitácio Pessoa, o segundo sobre o Direito Internacional Privado, comissionado a Lafayette Rodrigues Pereira.[160]

Ambos os códigos foram apresentados na reunião da Comissão de Jurisconsultos, reunida

no Rio de Janeiro em 1912, que determinou a formação de sub-comissões para proceder à análise dos projetos. Os projetos não tiveram grande repercussão e foram abandonados com a eclosão da 1ª Guerra Mundial. As reuniões desse grupo só foram retomadas em 1927, também em reunião realizada no Rio de Janeiro, quando foi apresentado o Projeto do Código Bustamante.

No espírito de grandes codificações, o Código Bustamante é fruto da reunião realizada em Havana, em 1928. Foi incorporado ao direito brasileiro em 1932, estando vigente ainda em outros quatorze Estados[161]. Sempre foi uma legislação pouco conhecida e pouco usada pelos tribunais. No Brasil, foi utilizada também como fonte para os países não signatários, servindo para suprir lacunas da legislação interna[162].

Nos anos cinquenta, a OEA começou a estudar a viabilidade de uma atualização dos diversos tratados existentes na América Latina. Em 1965, a Comissão Jurídica Interamericana alertou a OEA sobre a necessidade de aprofundar a análise dos aspectos jurídicos para melhor implementar a integração econômica latinoamericana.[163] Os estudos apontaram para uma metodologia mais próxima da utilizada pela Conferência da Haia, através de diplomas setoriais e temáticos. Em 1971, a Assembleia Geral da OEA convocou a primeira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado. Até hoje, sete conferências foram realizadas (Conferências Interamericanas Especializadas sobre o Direito Internacional Privado, chamadas de CIDIPs, números I, II, III, IV, V, VI e VII), e em todas elas foi adotada a metodologia de reuniões técnicas setoriais, com aprovação de várias convenções.

A CIDIP I foi realizada no Panamá, em 1975. Sua importância deve-se ao fato de ter sido o primeiro passo para a renovação do movimento uniformizador latino-americano. O principal objetivo da conferência foi desenvolver uma estrutura jurídica adequada em matéria comercial, para estimular o desenvolvimento dos processos de integração regional, aprovando-se, na oportunidade, oito convenções sobre os mais diversos tópicos, dos quais destacamos a arbitragem comercial e as cartas rogatórias.[164]

A CIDIP II ocorreu em Montevidéu em 1979. A segunda conferência deu continuidade à trajetória iniciada no Panamá nas áreas de Direito Comercial e Direito Processual Internacional. Uma de suas realizações mais importantes foi a Convenção sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, que regula a base do sistema conflitual interamericano, sendo uma convenção única no seu gênero.

A CIDIP III teve lugar em La Paz, em 1984, tendo sido aprovadas ali quatro convenções. Deve-se ressaltar as recomendações para futuros estudos na área de menores e para que no campo de compra e venda internacional se ratificasse a Convenção de Viena da UNCITRAL.

Em 1989, a CIDIP IV foi realizada em Montevidéu, com a adoção de três convenções abrcando os temas da restituição internacional de menores, dos alimentos e do transporte internacional de mercadorias. No bojo de suas conclusões, recomendou-se a convocação da CIDIP V, para continuação dos trabalhos, especialmente na área dos contratos internacionais, assunto sobre o qual foram aprovados apenas os princípios gerais, visto que não houve tempo hábil para discutir uma convenção.[165]

Em 1994, realizou-se a CIDIP V, na Cidade do México, ao final da qual foram aprovadas duas convenções: a primeira, sobre contratação internacional, e a segunda, sobre os aspectos civis e penais do tráfico de menores. A Convenção sobre contratação internacional representou grande avanço no continente por conta da adoção do princípio da autonomia da vontade e, subsidiariamente, a regra de conexão dos dos vínculos mais estreitos. No entanto, não obteve senão duas ratificações, Mexico e Venezuela, pelo que o seu sistema nunca se alastrou pela America Latina nem contribuiu para maior uniformidade da contratação internacional.

A CIDIP VI realizou-se em fevereiro de 2002, em Washington, nos Estados Unidos. Aprovou uma Lei-Modelo Interamericana sobre Garantias Mobiliárias e dois documentos uniformes para o transporte rodoviário. Foi bastante inovadora em relação à metodologia utilizada pelas conferências anteriores, que executavam a uniformização através de convenções internacionais de conflitos de leis, pois optou pela técnica de Lei-Modelo, ou seja, pela uniformização do direito material, mas de caráter não-vinculante. Em relação ao documento único de transporte, é um exemplo de verdadeira unificação, pois a idéia é a de que seja utilizado em todos os países do continente, para os transportes rodoviários.

Uma das vantagens das atividades das Conferências Especializadas é a aproximação dos dois sistemas jurídicos do continente, a common law com o sistema de Direito Civil.[166] Promove-se a uniformização de ambos com a ratificação das convenções. O método utilizado nas convenções pode ser chamado de misto, pois conta com normas não só conflituais, como também substantivas, promovendo a uniformização de algumas normas de direito material dos países latino-americanos. Outras características das convenções originadas das CIDIPs são a sua concepção universal, a permissão para reservas apenas de caráter especial e a inserção de cláusulas de interpretação para a sua futura aplicação pelos juízes nacionais.[167]

O método de trabalho empregado pelas CIDIPs foi o da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, com a elaboração de convenções sobre temas específicos, em vez de um código abrangente ou a reforma do Código Bustamante.[168] As conferências especializadas interamericanas promoveram a uniformização do DIPr em diversas áreas, através da elaboração

de convenções sobre tópicos específicos.[169] Somente na CIDIP VI adotou-se uma nova metodologia de trabalho, com a elaboração de uma lei modelo, seguida pela CIDIP VII.

Uma área que se ressente de proteção especial é a do consumidor. Claudia Lima Marques[170] propôs a elaboração de uma convenção especial para a proteção dos consumidores, no âmbito da OEA. O consumo, antes restrito ao âmbito do direito interno, extrapolou as fronteiras nacionais, em face das movimentações turísticas, negócios realizados na Internet e outras formas de relações privadas deste tipo internacional. O tema interessa ao DIPr, pois tem vocação internacional,[171] e as normas internas, na sua maioria de caráter imperativo (lois de police), raramente tem disposições para os conflitos de leis. Na América Latina ainda não há proteção específica para esses contratos. Na Europa, a o Regulamento Europeu 593/2008 os excepciona de seu âmbito de aplicação, e há uma diretiva especial para sua regulamentação em todo o espaço europeu.

O tema avançou e a CIDIP VII foi convocada pela Assembléia Geral da OEA em 2003, para tratar de dois tópicos: proteção ao consumidor e registros eletrônicos. O primeiro teria por objetivo complementar a Convenção do México, que não distinguira a lei aplicável para contratos comerciais daqueles em que havia consumidores envolvidos, carentes de uma proteção mais efetiva. O segundo serviria como complementação à lei modelo sobre transações mobiliárias.

O Brasil apresentou um projeto de Convenção de lei aplicável aos contratos internacionais com os consumidores, de autoria da Professora Claudia Lima Marques. No entanto, em sessão plenária de 09.10.2009, a CIDIP VII avançou apenas no tópico relacionado a registros eletrônicos, tendo aprovado um Regulamento Modelo para Registro, regulamentando a Lei Modelo Interamericana sobre Garantias Mobiliárias aprovada na CIDIP VI. O tópico de proteção ao consumidor não avançou.[172]

Da análise das Convenções Interamericanas surgem vários exemplos do novo formato de codificação: normas de DIPr materiais; normas flexíveis; normas alternativas e normas narrativas, demonstrando que o desiderato regulamentador das CIDIPs pode auxiliar os países envolvidos no avanço das modernas tendências do DIPr.

Na Convenção sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no exterior, de 1975, há um exemplo de regra material[173] (Arts. 6 e 7),[174] pois se criam formalidades próprias às procurações internacionais.[175] Também a Convenção sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis[176] possui normas materiais, em especial quando define o que seja "lei do lugar de sua constituição" (Art. 2º).[177]

Há uma norma de caráter alternativo na Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção, de 1984 (Art. 4º)[178]. O dispositivo prevê que as questões como a capacidade e outros requisitos pessoais do adotante serão regidos pela lei do seu domicílio. Entretanto, se a lei da residência habitual do adotado tiver requisitos mais rígidos, esta é que deverá ser aplicada, em benefício do adotado. A proteção do menor é o fim colimado, exigindo-se mais [pela lei do adotado] se os requisitos da lei aplicável [para o adotante] forem menos restritivos.

A Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores de 1989 apresenta uma regra de caráter eminentemente narrativa(Art. 1º)[179], pois define como objetivo maior da convenção assegurar a pronta restituição dos menores ao país de sua residência habitual, que tenham sido transportados ilegalmente para outro país. Também há normas de caráter material que definem o que seja o direito de custódia e o direito de visita (art. 3º).[180]

Também a Convenção sobre Obrigação Alimentar,[181] de 1989, possui uma regra narrativa ao determinar que "toda pessoa tem direito a receber alimentos sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, religião, filiação, origem, situação migratória ou qualquer outro tipo de discriminação" (Art. 4º). E na mesma convenção (Art.6º)[182] há uma regra alternativa, pela qual a lei aplicável será aquela que for mais favorável ao credor, sempre seguindo o objetivo maior, que é o de assegurar a efetivação da obrigação alimentar. Ainda no campo das normas narrativas, o Art.1º[183] da Convenção sobre o Tráfico Internacional de Menores, de 1994, estabelece como seu objetivo a proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, devendo os Estados garantir a proteção do menor, sempre levando em conta seus interesses superiores, e assegurar sua pronta restituição. Há, ainda, uma série de definições do que seja menor, tráfico internacional de menores, propósitos ilícitos e meios ilícitos (Art. 2º).

As normas narrativas existentes nas convenções citadas são um importante avanço na codificação interamericana. Para Erik Jayme,[184] seu valor reside na influência que exercem sobre a decisão em questões conflituais ainda não solucionadas pelo direito autônomo. Essas normas, inseridas nos tratados internacionais, possuem função dupla: regulamentam determinados casos e permitem a criação de uma ordem de valores, pela qual podem ser medidas pelas jurisdições nacionais. É o caso da proteção dos menores, cujo objetivo precípuo é sempre cuidar de seu bem-estar, de seu retorno ao status quo. Muitas dessas convenções estão alinhadas às recentes modificações ocorridas na Europa e nos Estados Unidos, adotando as novas técnicas.

No entanto, o processo codificador da OEA se ressente de um acompanhamento efetivo de sua aplicação nos diversos Estdos Membros, a exemplo do que ocorre com a Conferência da Haia

de Direito Internacional Privado, com seu intenso trabalho pos-convencional. Tem-se a impressão de que todo o labor dos ultimos quarenta anos no âmbito da OEA não teve a devida continuidade no que diz respeito à sua aplicação. No Brasil, à exceção da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, bastante utilizada e presente na jurisprudência do STJ, não há notícias de uso pelos tribunais das demais convenções celebradas.

5.2.2. A codificação no Mercosul

O Mercosul é uma organização intergovernamental e, ao contrário da União Européia, não possui instituições dotadas de supranacionalidade. Atingiu até agora o estágio de união aduaneira imperfeita. Todas as decisões de seus órgãos precisam valer-se do processo tradicional do Direito Internacional Público de incorporação de tratados internacionais. Por conta dessa peculiaridade, o Protocolo de Ouro Preto[185] possui norma expressa para assegurar a vigência simultânea dos protocolos do Mercosul: a Secretaria Administrativa aguarda a chegada dos documentos de ratificação, e só então comunica a todos os países que o documento entrará em vigor em 30 dias.[186] Na área específica do DIPr não é diferente.

Há três maneiras distintas de solucionar controvérsias no Mercosul, todas elas acessíveis de forma simultânea aos interessados: a via institucional, quando o litígio é entre os Estados, através da arbitragem regulada pelo Protocolo de Olivos; a via judicial, quando está em questão a utilização e interpretação de uma norma do Mercosul já incorporada, quando os interesses são privados; e, a via arbitral, quando os interesses privados são resolvidos pela arbitragem comercial. Assim, com relação ao DIPr, na aplicação das regras do Mercosul, cada país poderá dar-lhes interpretação diferente, pois não há como proceder à uniformização da interpretação.

A maioria dos protocolos ligados ao DIPr incluem-se na parte relativa ao conflito de jurisdições e à cooperação internacional.[187] Muitos desses documentos foram diretamente influenciados pelo trabalho das CIDIPs. O Protocolo de Las Leñas sobre cooperação interjurisdicional possui inúmeras regras similares à Convenção sobre Cartas Rogatórias, seguindo ainda seus passos ao estabelecer o sistema de comunicação através de autoridades centrais.[188]

Os protocolos que contêm normas destinadas a resolver conflitos de leis no sentido amplo, incluindo-se a cooperação jurídica internacional, são: o Protocolo de Las Leñas, sobre cooperação e assistência em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa; o Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares; o Protocolo de São Luiz, sobre matéria de responsabilidade civil

emergente de acidentes de trânsito; o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual; o Protocolo de Santa Maria, sobre a jurisdição internacional em matéria de consumo e o Regulamento sobre a Arbitragem Comercial.

À exceção do Protocolo de Las Leñas[189], que conta com alguma jurisprudência no STF e posteriormente no STJ, não temos notícia da utilização diuturna dos demais Protocolos pelos tribunais brasileiros. Esse protocolo simplifica o sistema de cooperação jurídica internacional entre os países membros, ao permitir que decisões estrangerias sejam enviadas diretamente ao país para cumprimento por meio de cartas rogatórias (o que ocorre somente após o exequatur pelo STJ).

O Protocolo de Medidas Cautelares[190] foi objeto de utilização no STF, especialmente antes da EC nº 45/04, na época em que o STF era contrário à concessão do exequatur para medidas de caráter executório. A entrada em vigor do Protocolo viabilizava a concessão de exequatur a despeito da jurisprudência negativa da Corte. Depois, com a permissão expressa da Resolução nº 9/2005 do STJ, sua importância foi reduzida.

O Protocolo de São Luiz[191] em Matéria de Responsabilidade Civil de Acidentes de Trânsito possui normas de DIPr mais flexíveis[192] que as atuais em vigor nos países-membros. Além da regra geral da lex loci delicti commissi, elenca exceções a esta regra geral em determinados casos, utilizando-se do princípio de proximidade, estabelecendo, portanto uma alternativa à regra geral.[193]

No Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual,[194] privilegia-se a autonomia das partes em escolher o foro da causa. O Art. 5º,[195] que cuida da lei aplicável ao acordo, possui norma alternativa, dando ao juiz a diretriz a ser seguida quando ocorre a hipótese: a aplicação do direito mais favorável à validade do acordo. No Art.8º, há uma norma substantiva, explicitando o significado do "lugar de cumprimento da obrigação" e ainda para certos contratos, qual o lugar, de acordo com as suas características.

Para contrapor à autonomia da vontade permitida na escolha do foro pelo Protocolo de Buenos Aires — que expressamente exclui de seu âmbito as relações obrigacionais de consumo — no Protocolo de Santa Maria[196] (ainda pendente de incorporação no Brasil) há proteção específica para os consumidores, havendo um regime especial de jurisdição nas suas relações contratuais no Mercosul.[197] Na época de sua aprovação no Mercosul, o Protocolo de Santa Maria sofreu resistência porque somente o Brasil possuia uma codificação específica para o tema, o que já foi modificado, com as leis da Argentina, Paraguai e Uruguai. No entanto, a ideia de um

Regulamento com normas comuns para o consumidor não vingou e o Protocolo permanece sem vigência.

O Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul — Decisão CMC 3/98 (assim como o equivalente entre Mercosul, Chile e Bolívia — Decisão CMC 4/98) foi aprovado em 1998.[198] Trata-se de uma verdadeira convenção internacional de arbitragem,[199] que, de maneira detalhada, estabelece regras e princípios para as arbitragens processadas em seu âmbito. É útil para a multiplicação dos intercâmbios comerciais na região. Deixou às partes a liberdade de determinar as normas de procedimento e a lei aplicável à substância do litígio.[200]

Transcreve-se o Art. 10, que adota a autonomia da vontade como norma de DIPr:

> "As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito do comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes".

Esta é a tendência moderna: uniformizar as normas de conflitos de lei para promover a certeza jurídica necessária ao bom andamento dos negócios no comércio internacional. A autonomia da vontade nos contratos internacionais tem sido considerada, nas palavras de Ole Lando, um princípio geral do direito, reconhecido pelos países civilizados,[201] mostrando-se, portanto, o alinhamento do Mercosul às modernas tendências em vigor no resto do mundo acerca dos contratos internacionais.

Depois do impulso inicial, durante os anos 90 do século XX, o Mercosul não produziu novidades em termos de normativa na área do direito internacional privado. Tampouco há noticia de um número expressivo de decisões jurisprudenciais dos países membros sobre a interpretação e aplicação dos Protocolos acima analisados, e o mesmo se pode dizer do Tribunal Permanente de Revisão, que desde a sua criação em 2004 teve seis laudos, e três opiniões consultivas.

O STJ, tribunal responsável pela cooperação jurídica internacional, utiliza regularmente o Protocolo de Las Leñas e ocasionalmente o Protocolo de Medidas Cautelares. O Protocolo de Buenos Aires foi mencionado uma única vez, em caso a ele não relacionado, em que houve tentativa de sua aplicação no Amazonas, mas uma das partes não era proveniente de país do Mercosul, e sim do Líbano.[202]

II. O DIPR NO BRASIL

6. A Codificação do DIPr no Brasil

> "Quanto a nós, antes da promulgação do Código Civil, vigente desde 1917 (10), não tínhamos, em matéria de direito internacional privado, convertidos em lei senão alguns poucos princípios. Não nos devemos, porém, envergonhar dessa pobreza, nem ela impediu que as mais importantes questões no domínio de que nos ocupamos aqui, tivessem sido resolvidas por nossos tribunais e de acôrdo com os melhores princípios."
>
> Rodrigo Octavio[203]

Quando o Brasil iniciou sua trajetória codificadora, ainda no Império, com a elaboração da Constituição e do Código Comercial — no qual havia normas de conflito de leis para os contratos —, as normas de DIPr vigentes eram as de Portugal. Somente com a Introdução ao Código Civil de 1916, na era republicana, é que o país ganhou um conjunto autônomo de regras específicas, para a disciplina, fortemente influenciadas pela técnica europeia do conflito de leis. Essa introdução isolava o país dos demais da américa latina, por conta da adoção do critério da nacionalidade para o estatuto pessoal, pois o Brasil era o único país na America Latina a seguir esse sistema. A situação só foi modificada com a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB[204].

A maior modificação promovida pela LINDB foi a substituição do critério da nacionalidade pelo critério domiciliar, alinhando finalmente o Brasil aos demais países da América Latina.[205] Apesar de algumas tentativas, a LINDB permanece em sua essência inalterada desde sua promulgação em 1942, inclusive face ao Código Civil 2002.[206]

O DIPr positivo brasileiro continua regulado pelas noções clássicas do século XIX, com base no sistema de regras de conexão bilaterais rígidas. Enquanto se espera uma mudança na legislação, resta aos tribunais modernizar o DIPr e tentar incorporar as novas tendências.

O único exemplo de uma norma de DIPr brasileira de caráter material se faz presente na sucessão internacional. Embora o critério da nacionalidade tenha deixado de ser o regente do

estatuto pessoal e do direito de família, restou como exceção o § 1º ao Art. 10 da LINDB, segundo o qual a sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, é regulada pela lei brasileira, a menos que a lei pessoal do de cujus seja mais benéfica ao cônjuge ou aos filhos brasileiros.

Essa regra reflete a diretiva contida no inciso XXXI do Art. 5º da Constituição Federal[207]. Alçada à condição de princípio constitucional, se preocupa com o resultado.[208] É, portanto, uma norma de DIPr de caráter material, e unilateral, eis que privilegia, de forma expressa, a norma brasileira, para um grupo determinado, a partir da nacionalidade. No entanto, antes que se aplique a lei brasileira, é necessário efetuar a análise da lei estrangeira para verificar se é ou não mais benéfica do que a lei brasileira para os nacionais brasileiros envolvidos na sucessão. A opção pelo direito brasileiro só ocorre se a norma estrangeira for menos benéfica que a nossa.

O inciso XXXI do Art. 5º da Constituição Federal é, assim, um exemplo precursor da tendência constitucionalizante de inúmeras categorias do direito privado, que se inserem no conjunto de normas e princípios constitucionais nos dias de hoje do direito brasileiro.[209]

É possível afirmar que a jurisprudência dos tribunais tem seguido o caminho de prestigiar a aplicação de uma argumentação em prol dos direitos fundamentais no direito internacional privado . Por exemplo, veja-se a decisão do STF em um pedido de exequatur de uma carta rogatória proveniente da Argentina, para que fosse ouvida uma testemunha no Brasil, mas perante o juiz argentino, que aqui compareceria para a realização da diligência. O ministro Celso de Mello entendeu ser nociva à soberania nacional a concessão da autorização requerida porque feria disposição constitucional de publicidade, instituída em prol das testemunhas, constituindo-se, portanto, em direito fundamental do indivíduo.[210] O STJ tem aplicado conceitos semelhantes em algumas decisões.[211]

Enquanto a legislação permanece inalterada, o processo de mudança está ocorrendo de fora para dentro. Nos últimos anos, o país ratificou inúmeras convenções interamericanas e, recentemente, tem sido mais ativo com relação às convenções oriundas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Com relação a esta organização, já adotou há mais de dez anos a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças[212] e a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional[213]. Recentemente foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça[214]. A Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas e a Convenção relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros, mais conhecida como Convenção da Apostila, já passaram pelo Congresso Nacional e aguardam promulgação da Presidencia da República. Também se aguarda a aprovação da Convenção de Haia sobre Cobrança

Internacional de Alimentos para Crianças e seu Protocolo sobre a lei aplicável, atualmente tramitando no Congresso Nacional.[215] Este último é de especial interesse para o Brasil, porque traz regras especiais sobre a lei aplicável na cobrança de alimentos. O Art. 2º do Protocolo traz ainda uma norma de caráter universal, estendendo a aplicação do diploma ainda que a lei aplicável seja a de um país não signatário. Como nesse ponto o Brasil não possuia nenhuma norma de conflito de leis específica a respeito, somente o artigo 7º da LINDB que dá como regra de conexão para todo o direito de família a lei do domicílio, esse será um grande avanço.

Não faz sentido aplicar-se uma convenção, que tem caráter genérico, a um grupo determinado de países e manter os princípios da lei antiga para os demais. Veja-se o papel do Código Bustamante, que já foi considerado pela jurisprudência como fonte de DIPr, mesmo entre países não signatários.[216] O manejo de convenções internacionais pelos tribunais superiores não é desconhecido, como se vê com a utilização frequente dos Protocolos do Mercosul e da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975. O STJ também já possui farta jurisprudência sobre a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, uma vez que nos últimos cinco anos houve grande crescimento desses casos, sendo o Brasil frequentemente procurado por genitores brasileiros, na sua maioria a mãe, que viajam para o país sem autorização do genitor que permenece na residência habitual da criança.

Consequentemente a mudança tem se efetuado através da utilização pela jurisprudência das convenções internacionais contendo a nova metodologia (adoção de regras materiais, no lugar de regras conflituais). Com isso, atinge-se o objetivo de maior de assegurar a proteção dos direitos humanos também pela via do DIPr. Ademais, as metodologias adotadas das convenções podem ser utilizadas também como fonte também para os países não signatários, substituindo as regras da LINDB já ultrapassadas.

Por fim, resta mencionar que embora as regras de conexão do direito internacional privado brasileiro continuem sem o necessário aggiornamento, o mesmo não se pode dizer das regras que cuidam da competência internacional e da cooperação jurídica internacional que foram incorporadas no ordenamento juridico nacional com o Novo Código de Processo Civil de 2016, o que será objeto de análise no capitulo 3 deste livro.

7. Os limites à aplicação da lei estrangeira

"Le rôle primaire de la clause d'ordre public consiste en la sauvegarde des valeurs essentielles de justice, qui sont à la base de l'ordre juridique. Ces valeurs sont consacrées dans des principes sur lesquels repose la loi interne de l'Etat du for. Les règles de droit interne offrent, certes, l'expression normative des principes fondamentaux du droit du for, mais elles ne fixent pas nécessairement, en tant que telles, le seuil d'incompatibilité à l'égard de l'application de lois étrangères. Ce seuil n'est souvent pas représenté, en effet, par les règles, de fond, de forme et de procédure, par lesquelles l'Etat du for met en oeuvre les principes essentiels de son ordre juridique: l'ordre public est limité aux principes."

Andreas Bucher[217]

7.1. Ordem pública e regras de caráter imperativo

Em todos os sistemas jurídicos nacionais há previsão legal para a solução do conflito de leis em situações jurídicas multiconectadas. No sistema do método confllitual, o juiz escolhe a lei aplicável a partir das normas de DIPr, tendo como resultado a indicação da lei nacional ou estrangeira. Mas o funcionamento desse sistema de DIPr poderá ser impedido pela aplicação da exceção de ordem pública,[218] que atua como um limitador da utilização da regra de conexão.

O conceito de ordem pública é de dificil definição, mas pode ser considerado com um núcleo duro da ordem jurídica do foro, composto por seus valores essenciais de justiça. A ordem pública é, nas palavras de Bucher, consagrada a salvaguardar os principios fundamentais do direito do foro. [219] Por essa razão, também se apresenta maleável às mudanças dos costumes e à evolução temporal do direito. Hodiernamente sua noção está relacionada ao respeito aos direitos fundamentais. No país não há dúvida de que estes foram alçados ao topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico com a Constituição de 1988.

A intervenção da exceção de ordem pública quando se está diante de uma situação plurilocalizada consiste no afastamento da lei estrangeira designada pela norma de conflito. Isso gera um efeito negativo, pois a utilização da lei estrangeria importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Essa intervenção deve ser empregada em caráter excepcional. O seu uso gera, aplicando-se a lei do foro, efeitos territoriais, em detrimento do

sistema de DIPr de carater universalista. Battifol mostrou que, na França, isso era frequente antes da Segunda Guerra Mundial e que, posteriormente, os tribunais se tornaram mais tolerantes e compreensivos.[220] Apesar das críticas ao seu uso demasiado, a ordem pública é válvula de escape que pode conferir ao sistema de conflito de leis a flexibilidade necessária à sua própria manutenção, especialmente porque o método conflitual, nos moldes tradicionais, não atende as questões jurídicas atuais.[221]

Mas sua utilização gera também um efeito positivo. Andreas Boucher afirma que a evicção da lei estrangeira pela ordem pública não implica, necessariamente, a aplicação da lex fori, podendo haver uma regra material especial para ocupar o seu lugar. Ao efeito negativo, sucede, como consequência, um efeito positivo: a utilização da regra adequada à situação.[222]

Contudo, não é essa 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 internas de carater imperativo ou de aplicação imediata — lois de police — impedindo o uso da lei estrangeira. São normas que se caracterizam por serem de aplicação obrigatória no direito interno, mas são usadas em situações internacionais sujeitas a um direito estrangeiro, sendo controvertido o sentido, o alcance e o limite de sua aplicação.[223] Portanto, independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis do país, pode haver simulaneamente normas imperativas cuja aplicação é imediata e inderrogável.[224]

A diferença entre ordem pública e regra de caráter imperativo (ou norma de aplicação imediata[225]) foi bastante discutida pela doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de lei.[226] Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicar tal lei 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 de domínio da regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país.[227] Dispensam a mediação da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço.

A distinção entre ambas é tênue, e para Kassis[228] reside no mecanismo que as coloca em movimento, ou seja, no modo de intervenção pelo qual concretamente operam uma e outra. Enquanto a ordem pública é exceção a posteriori da regra de conflito, as normas de aplicação imediata o são preliminarmente e sem que o método conflitual seja utilizado, pela constatação do juiz de que os interesses em causa são de tal importância que a lex fori deve ser aplicada de plano,

e o conflito de leis nem mesmo considerado.[229]

Belandro[230] aponta para a dificuldade de conceituar uma lei imperativa como um dos grandes problemas que cercam a temática. Não são todas as leis que possuem um caráter de imperatividade de maneira a estendê-las às relações multiconectadas, pois se assim fosse, a utilização das normas de conflito nunca ocorreria. O que distingue as regras de conflito clássicas das normas imperativas é que as primeiras atendem aos ditames de uma civilização comum, ou seja, o respeito às regras de sistemas distintos, mas não incompatíveis. Já as segundas têm preocupação maior com a preservação da coerência do ordenamento jurídico interno, ou seja, não lhes interessa dar soluções distintas às situações internacionais, mas, sim, garantir o cumprimento integral da norma interna.[231] A utilização de normas imperativas deve ser circunscrita às situações em que a disposição é imprescindível à coerência do sistema, devendo intervir pontualmente e não a toda hora.

A pergunta que se faz é a respeito dos motivos que levariam à aplicação direta da lei do foro, no caso de sua imperatividade, em vez da consulta à lei estrangeira competente pela regra de conexão. Para esta questão não há uma resposta precisa, senão indicações dos caminhos que devem ser seguidos pelo juiz para tomar tal decisão, tendo por base a essencialidade da norma para a salvaguarda da ordem jurídica interna.[232] Concordam os internacionalistas possuir o juiz um poder discricionário de grande alcance, sobre o qual é difícil estabelecer um padrão de previsibilidade para as partes interessadas.[233] Por essa razão vê-se o aumento do estudo de casos, que assume grande relevo mesmo nos paises de tradição civilista.

Nos últimos anos, verificou-se uma maior incidência de normas imperativas em situações plurilocalizadas, levando ao que se convencionou chamar da existência de uma "pluralidade de métodos" para a disciplina.[234] Com isso, tem-se um diálogo entre fontes normativas, o que pode ensejar a aplicação de normas de caráter imperativo quando necessário, ao invés da regra indicada pela norma de conflito. Nas palavras de Claudia Lima Marques, exemplificando com a questão relativa à proteção do consumidor, esse diálogo se dá entre a finalidade de proteger o sujeito mais fraco (o consumidor) e a finalidade de justiça e harmonia internacional clássica do direito internacional privado. Segundo ela, o resultado deveria ser o da união entre as diversas possibilidades, de modo a atingir, ao final, a proteção necessária aquele mais vulnerável.[235]

Esse diálogo pressupõe tolerância, afinal o grande vetor do direito internacional privado, eis que um dos maiores sinais de boa convivência entre as nações é a abertura para utilização do direito alienigena quando assim indicado pelas normas internas indiretas.

A análise dos casos relatados no exterior e no Brasil demonstra que há uma premência

maior em aplicar a exceção da ordem pública nos casos relacionados ao direito de família que na seara obrigacional, à exceção dos casos relacionados aos consumidores, estes considerados como partes mais vulneráveis. O Estado tem permitido maior latitude às partes envolvidas em negócios transnacionais, facultando-lhes, inclusive, escolher a lei aplicável, pois estariam em posição de maior igualdade e mais conscientes de seus direitos. Por outro lado, nas relações familiares, o Estado tem interesse maior em proteger as crianças, e aqueles em situação de maior vulnerabilidade, e a aplicação da exceção da ordem pública permite resolver as questões jurídicas colocadas, mesmo que não haja legislação específica a respeito.[236]

Devido ao alto grau de complexidade das sociedades contemporâneas[237] e das questões jurídicas daí advindas, faz-se necessário, assim, fazer uso da metódica hermenêutica-constitucional.[238] Ao tratar o direito constitucional e o DIPr como um sistema de regras e princípios, com a prevalência desses últimos sobre as primeiras, a hermenêutica assume um papel maior para indicar os caminhos adequados a uma boa interpretação, limitando-se o poder julgador através da argumentação jurídica, informada pelos princípios da interpretação constitucional.

Quando se usa uma regra de conexão, o ponto de contato está estabelecido previamente, enquanto nas normas de aplicação imediata o fator que autoriza a sua utilização na relação de caráter internacional é a necessidade da preservação de uma legislação de cunho imperativo. Não sendo possível caracterizar de antemão os critérios que dão à norma a sua imperatividade e a alçam ao patamar de uso imediato, a questão continua controvertida, seja na doutrina, seja na jurisprudência, sofrendo com as mudanças temporais e espaciais por que passam continuamente os sistemas jurídicos.[239] Em razão dessa instabilidade, deve-se procurar estabelecer uma racionalidade para a determinação de tais normas, através da teoria da argumentação e da utilização dos direitos fundamentais como elementos-guia para a análise da imperatividade de uma norma interna e, ainda, na evicção da regra estrangeira contrária à ordem pública.

7.2. Ordem pública e normas de caráter imperativo no DIPr e os direitos fundamentais

A ordem pública e as normas de caráter imperativo estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. Sua valoração não prescinde de uma hermenêutica ligada à eficácia dos princípios,[240] cuja positivação pode ser encontrada nas Constituições dos Estados — v.g. Art. 5º da Constituição Brasileira — e nos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso se quer prevenir resultados inconstitucionais na aplicação da lei estrangeira, tal como ocorre com a aplicação das leis em geral no plano interno.[241]

As normas de DIPr também são baluartes de defesa desses princípios, alçados à categoria de normas-chave de todo o sistema jurídico.[242]

A aplicação dos princípios, reconhecidos como superiores às regras e colocados no topo da pirâmide normativa,[243] traduz uma supremacia que não é apenas de caráter formal, mas também material. Sua função é construtiva, aplicando-se tanto no nível vertical quanto no horizontal. Um exemplo concreto dessa nova situação faz-se presente no DIPr, quando o princípio da igualdade de tratamento do homem e da mulher implicou na abolição paulatina da regra da lei pessoal do marido — pelo critério da nacionalidade ou domicílio — então comumente aplicada na maioria dos sistemas jurídicos.

Ao colocar em prática esse sistema principiológico, é preciso evitar que o juiz decida como bem lhe aprouver. Para se ter parâmetros adequados à aplicação do DIPr é preciso considerar aqueles traçados pela nova metodologia jurídica e hermenêutica contemporânea.[244] A perspectiva retórico-argumentativa de interpretação do fenômeno jurídico é a que melhor se adequa a esta análise, assistindo-se à vinculação estreita entre a metodologia jurídica e o pensamento constitucional.[245] O DIPr não está imune a tais mudanças, aproveitando-se dos novos cânones da metodologia jurídica, na medida em relaciona sua compreensão e aplicação com a dos direitos fundamentais. A generalidade das normas de DIPr converte a disciplina em um setor particularmente necessitado de um labor interpretativo baseado na argumentação,[246] pois há muitas lacunas e pontos obscuros que só a discussão principiológica pode resolver.

Quando o intérprete se depara com um problema plurilocalizado, haverá necessidade — considerando os vazios e pontos indeterminados — da realização de um trabalho criativo de interpretação, informado mais pelos princípios do que por regras de conexão, que via de regra não estão comprometidas com a solução mais justa do caso concreto. A especialização das respostas, pela via interpretativa, é uma das chaves do DIPr.[247]

7.2.1. Breves notas sobre a argumentação jurídica

As mais recentes concepções da Filosofia do Direito, com destaque para o trabalho de Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, atuam como um divisor de águas no debate da teoria do direito, religando as cogitações da filosofia do direito às do campo da filosofia política.[248] Estribado em uma teoria hermenêutica do direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios a partir, fundamentalmente, dos chamados hard cases (casos difíceis)[249] — como elemento possibilitador da articulação entre direito e moral,

capaz de fundamentar uma crítica contundente à concepção hegemônica do positivismo analítico de H. Hart.

O DIPr está impregnado de casos difíceis, clamando por uma solução metodológica que fuja às concepções restritivas, tradicionalmente utilizadas na sua interpretação. Impende utilizar o método tópico-argumentativo para promover uma nova leitura da disciplina, e, consequentemente, interpretar a noção de ordem pública à luz dos princípios constitucionais e da proteção da pessoa humana.

Surge um campo de estudos que salienta o uso da argumentação para uma melhor compreensão do direito.[250] A importância das dimensões retórica e argumentativa no tratamento metodológico do Direito tem sido destacada nos últimos anos.[251] O trabalho pioneiro de Chaim Perelman, no início dos anos cinquenta, centrou suas reflexões em uma racionalidade prática, de forma a descartar o ceticismo do positivismo lógico e o dogmatismo metafísico.[252] Para a construção de sua "nova retórica", Perelman inspirou-se fortemente na Retórica de Aristóteles. Sustenta sua teoria da argumentação apontando para um caminho diferente da simples demonstração, até então prevalecente, e como isso escapa à hegemonia das concepções positivistas, cuja insuficiência na aplicação aos negócios humanos havia constatado. Criticava o modelo cartesiano, pois considerava a argumentação como um processo em que todos os seus elementos estavam em constante interação.[253] Perelman — em sua obra dedicada ao direito, Lógica Jurídica — Nova Retórica — mostrou como o juiz usa o seu poder discricionário para conciliar o respeito ao Direito com a procura de uma solução justa.[254]

Como propulsor das novas tendências na Europa, despontadas no segundo pós-guerra, suas ideias serviram para alimentar, no mundo francófono, a utilização da argumentação na compreensão do fenômeno jurídico, e, posteriormente, para o desenvolvimento da escola de pensamento denominada pós-positivismo, iniciada com Dworkin.[255] Perelman considerava os princípios como topoi (lugares-comuns), aos quais o juiz poderia recorrer como pontos de partida na fundamentação da decisão. As regras, esclarece, não manterão com os princípios qualquer relação de primazia necessária, podendo ambos ser utilizados na fundamentação das pretensões normativas, de acordo com o seu potencial persuasivo.[256] Margarida Camargo explica que Perelman procurou alertar para a existência de uma lógica própria ao direito, que não é a lógica formal (orientadora do pensamento matemático) mas a lógica do razoável. Para Perelman, lógico era aquilo que não era arbitrário. E como o homem decide com base na razão e não aleatoriamente, suas escolhas não poderiam ser tidas como puramente irracionais. As preferências humanas conseguem ser traduzidas por fundamentos e razões bem formuladas, o que significa deliberar. O mesmo ocorre com o direito, em que tão melhor será a interpretação

dada pelo juiz quanto melhor fundamentação apresente.[257]

O viés metodológico de Perelman foi compartilhado também por Theodor Viehweg, para quem as regras jurídicas positivas não mantêm com os princípios qualquer relação de primazia necessária. Tanto as regras como os princípios poderiam ser utilizados na fundamentação das pretensões normativas de acordo com o seu potencial persuasivo. A perspectiva tópico-retórica enfatizava o problema e não a norma ou o sistema.[258] Esse método, chamado de tópica,[259] e que foi retomado por Viehweg, inaugurou na hermenêutica contemporânea — nos dizeres de Bonavides — uma direção indubitavelmente renovadora.[260]

Mas a pergunta a respeito do que seja "argumentação jurídica",[261] muito bem colocada por Manuel Atienza em sua obra sobre as teorias da argumentação jurídica,[262] não é de fácil resposta. Para Atienza, a teoria da argumentação jurídica atinge três campos: o da produção de normas, o da aplicação de normas, e o da dogmática jurídica.[263] Enquanto o primeiro se dedica à fase legislativa das normas, o segundo pretende decidir os chamados casos difíceis relativos à interpretação e aplicação do direito. O terceiro quer oferecer aos órgãos jurídicos responsáveis pela atividade de interpretação critérios auxiliares no processo de tomada de decisão, quando uma norma deva ser aplicada ao caso concreto. Todas as ideias esposadas pelos diversos teóricos da argumentação partem do fato de que as decisões jurídicas podem e devem ser justificadas da melhor maneira possível. Desta forma, a obrigação de motivar as decisões judiciais contribui para torná-las aceitáveis, e "justificar uma decisão significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas".[264] Essa concepção foi acolhida no Novo Código de Processo Civil, que passou a exigir a devida fundamentação das sentenças, sob pena de nulidade.[265]

O papel dos princípios na solução dos casos concretos, conforme a técnica argumentativa,[266] nos leva a uma reflexão acerca da hermenêutica jurídica, passando agora ao pensamento de Dworkin, nos Estados Unidos. Os princípios fornecem diretrizes para a fundamentação das decisões jurídicas, evitando que o magistrado decida de acordo com sua vontade — reduzindo, desta forma, o seu grau de discricionariedade. Para Dworkin, a distinção entre princípios e normas jurídicas é baseada em uma lógica, havendo diferença quanto ao caráter da orientação que os estabelece: enquanto as regras seguem a dinâmica do "ou tudo ou nada", ou seja, aplicam-se ou não à situação concreta, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância, por sua abstração e alto grau de generalidade. A ausência de previsão de todas as possíveis formas de aplicação dos princípios, já que enunciam razões que indicam uma direção, faz com que seja necessário confrontá-los a cada situação, quando então se determinará

se seu conteúdo é aplicável ou não ao caso concreto.[267]

O jurista alemão Robert Alexy,[268] posicionando-se muito próximo às ideias de Dworkin, enfrentou a distinção entre regras e princípios, concluindo que, embora ambos sejam espécies de normas, podem distinguir-se pela generalidade. Enquanto os princípios são dotados de alto grau de generalidade, as regras têm um grau baixo. Acrescenta, ainda, que os princípios também diferem das regras por sua qualidade.[269] Essa diferença desponta com maior intensidade quando verificamos a colisão de princípios e o conflito de regras. Na colisão de princípios, é preciso ponderar o valor de cada um dos envolvidos, sem, contudo, promover a exclusão de qualquer um deles do sistema — ou seja, naquele caso um princípio cede lugar ao outro, mas continua válido para ser usado no futuro.[270] Com relação às normas, o conflito se desenrola na dimensão de validade, importando a prevalência de uma no afastamento da outra no caso concreto.

Os critérios para a ponderação dos princípios foram desenvolvidos pela doutrina alemã através da proporcionalidade. Este princípio[271] é usado para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representada pelo conflito entre princípios constitucionais aos quais se deve igual obediência, e é chamado de princípio dos princípios. Determina a busca de uma solução de compromisso a um caso em que dois princípios potencialmente conflitivos em teoria se apliquem. Possui três elementos que devem ser analisados para dar resposta ao caso concreto: sua adequação (todo ato deve ser adequado para produzir o resultado desejado); sua necessidade (ou proibição de excesso, ou seja, escolha do meio menos gravoso ao direito fundamental); e sua proporcionalidade em sentido estrito (meio mais vantajoso na promoção do direito fundamental, que represente o menor desrespeito possível aos outros direitos também protegidos pelo ordenamento).

7.2.2. A aplicação da nova concepção de ordem pública no DIPr atual

Quando se procura solução para uma situação de caráter internacional, procede-se a uma interpretação que leve em conta a ótica da metodologia retórico-argumentativa. Esta análise precisa considerar sempre o princípio da ordem pública.

A valoração da aplicação da lei estrangeira ordenada pela regra de conexão deve ser analisada pelo magistrado à luz de uma metodologia principiológica, que utiliza os princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico. Nesse contexto, o princípio da dignidade humana funciona como um dos principais eixos dos direitos humanos, no plano internacional, e dos

direitos fundamentais, no plano interno, tendo grande influência nas decisões dos magistrados. No momento de aplicar a norma estrangeira, o princípio tem primazia sobre a regra conflitual, especialmente se a questão girar em torno da violação à dignidade humana. Assim, a regra estrangeira, se em colisão com um princípio — dado o reconhecimento da superioridade e hegemonia deste na pirâmide normativa —, será considerada contrária ao princípio da ordem pública.[272]

Coube ao Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, dar uma nova função positiva aos direitos fundamentais, na célebre decisão Lüth,[273] na qual assentaram-se as bases teóricas para o desenvolvimento posterior dos efeitos desses direitos em outras áreas do direito, no que passou a ser denominado efeito horizontal.

O caso paradigmático da nova metodologia jurídica no DIPr se deu quando exerceu-se o controle de constitucionalidade na aplicação de uma norma de conflito de leis, na Alemanha, em 1971.[274] Tratava-se de um cidadão espanhol, solteiro, que pretendia casar-se com uma cidadã alemã, divorciada. Para o direito alemão, a capacidade era regida pelo direito nacional de cada um. Por isso, era necessário comprovar, no momento da habilitação de casamento — que se processava na Alemanha —, que a capacidade das partes respeitava a lei do país de origem. Não obteve o espanhol tal certificado, porque segundo a lei espanhola o casamento não podia ser realizado, em virtude do impedimento de uma das partes, que era divorciada — por ser o divórcio proibido na Espanha. As partes requereram a dispensa da formalidade, o que foi negado pelo tribunal, ao argumento de que não fora violada a ordem pública internacional alemã. Recorreram ao Tribunal Constitucional alegando-se a violação de um direito constitucional do indivíduo — o da liberdade de casamento. O Tribunal Constitucional decidiu pela prevalência do princípio sobre a norma, ao entender que a violação ao direito constitucional ocorrera. Nas suas razões, o tribunal também cita a proteção conferida a esse direito no Art. 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas de 1962. Com isso, anulou-se a decisão da corte de apelação, e a licença foi concedida.

Ao justificar sua decisão, o Tribunal Constitucional fez questão de frisar que a aplicação do direito estrangeiro, designado pela regra de conflito, estava sempre sujeita à Constituição. Impediu, desta forma, que o alcance da decisão pudesse ser subestimado com a alegação da sua exclusiva incidência sobre aquele caso concreto.[275] A decisão apontou para uma nova forma de entender a aplicação das regras de direito internacional privado, a partir da concepção de umnúcleo duro da ordem pública formado pelos valores protegidos pela lei maior. Com efeito, não se pode permitir que a aplicação da lei designada pela regra de conflito importe em um resultado flagrantemente inconstitucional, à semelhança do que ocorre com as regras do direito

interno. Há interferência direta da Constituição no momento da aplicação da norma escolhida pela regra conflitual, teoria esta designada de efeito horizontal dos direitos fundamentais.

Estabeleceu-se uma decisão fundada na análise principiológica do caso concreto. Entre o princípio que assegura a liberdade de contrair matrimônio e a norma espanhola designada pelo DIPr do foro, prevaleceu o primeiro. Se fosse utilizada a concepção tradicional, o pedido deveria ter sido negado, como aliás o fora em casos anteriores. Esse raciocínio, embora correto dogmaticamente, não conduz a um resultado que observe o direito fundamental do indivíduo — protegido pela Constituição — de contrair matrimônio, direito esse considerado como parte integrante do princípio da liberdade individual. Quando a Constituição alemã protege a liberdade de casar, este princípio é uma proteção genérica, não havendo como predeterminar todas as situações que engloba. Somente com o surgimento do hard case apropriado pôde uma das possíveis situações relevantes ser esclarecida. A análise feita a partir de uma lógica argumentativa[276] levou em conta os valores que se queria proteger para então chegar-se a uma conclusão. A Corte Constitucional, ao contrapor o valor maior da liberdade em relação à regra que indicava como aplicável a lei espanhola usou essa lógica.[277] Por essa ótica, sempre que houver uma hipótese de DIPr, é preciso verificar o impacto da lei aplicável no caso concreto, dando-se prevalência aos valores que esta resguarda. Essa valoração impõe uma escolha, baseada em uma ética justa, cuja primazia está com os direitos fundamentais, o que nem sempre é evidente à primeira vista. Incorporou-se à análise jurídica a valoração dos princípios em relação às regras, agora aplicados diretamente ao caso concreto.

A hermenêutica privilegia a busca do conhecimento de algo que não se apresenta de forma clara. No caso da hermenêutica jurídica, necessita-se de todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implique a compreensão total do fenômeno que se está analisando. No curso desse processo, ganham os princípios em normatividade e passam a presidir a racionalidade jurídica, pois permitem a sobrevivência do direito diante das transformações sociais que ocorrem diuturnamente. Fica patente a relevância de tal metodologia à inteligência também dos casos de DIPr. Graças à utilização de uma nova maneira de interpretar os mandamentos constitucionais, em especial aqueles decorrentes dos princípios, foram estes considerados superiores à norma mandamental do DIPr.[278] Surge o que se convencionou chamar de efeito horizontal dos direitos fundamentais.

Mais recentemente, essa visão espraiou-se pela Europa também através da compreensão de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos instituiu uma verdadeira ordem pública europeia e consiste em pauta interpretativa dos direitos fundamentais dos países signatários.[279] Ampliou-se a noção de ordem pública internacional, integrando seu conjunto de direitos

fundamentais protegidos também pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. Embora a convenção não contenha nenhuma norma específica de DIPr, opera como um limite à sua formulação. O juiz deve, ao ser chamado a aplicar o direito estrangeiro (especialmente nos casos que afetam a personalidade jurídica da pessoa e os direitos de família), ter em conta os direitos fundamentais protegidos pela Constituição, e pelas Convenções Internacionais. A ordem pública transforma-se em uma barreira à penetração de regras estrangeiras, ainda que indicadas pela regra de conexão, se em flagrante oposição aos valores fundamentais que o Direito interno quer garantir.

Exemplificadamente, veja-se o julgamento do Caso Marckx[280] pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Estava em jogo a interpretação dos artigos 8 e 14 da Convenção Europeia, que cuidam da proteção da família. O primeiro protege a vida privada e familiar, de modo a previnir qualquer ingerência arbitrária dos poderes públicos. O segundo estabelece a proibição de discriminação de qualquer espécie, consubstanciando um direito à igualdade, que é um dos princípios estruturantes do sistema europeu de proteção.[281]

Alexandra Mackx era filha de uma mãe solteira. Por ser filha natural, cuja filiação não era reconhecida pela legislação belga, sua mãe teve de adotá-la para garantir seus direitos inerentes à filiação. Inconformada, sua mãe acionou a Corte Europeia de Direitos Humanos, em face da discriminação contida na lei belga, que não assegurava à sua filha todos os direitos da filiação. A Corte declarou, em 1979, que a legislação belga violava a Convenção Europeia e deveria ser modificada. A mudança ocorreu em 1987, quando a igualdade entre filhos naturais e legítimos foi reconhecida. A Corte consagrou a interpretação do adágio “mater sempre certa est” como sendo um princípio integrante do direito nacional da maioria das nações europeias, e utilizou como fonte os princípios gerais do direito.

O caso ilustra o descompasso que havia entre os direitos humanos protegidos no âmbito europeu e a legislação interna de alguns países. Por força das decisões da Corte Europeia, essa legislação foi sendo modificada, efetivando-se o efeito horizontal da Convenção Europeia de Direitos Humanos[282], que exigiu dos Estados não só um dever de abstenção sobre a vida privada do indivíduo, mas também um papel efetivo na positivação desses direitos. Posteriormente, os argumentos expendidos no caso Marckx aplicaram-se aos casos seguintes. Posicionou-se a Corte pela existência de um padrão contemporâneo europeu de igualdade entre filhos, sejam eles naturais, adulterinos ou legítimos, ante a necessidade de estabelecer um controle da proporcionalidade para aplicação do princípio da igualdade. Nos casos mais recentes, anotou a tendência ao desaparecimento da discriminação à filiação, em curso na legislação da maioria dos países europeus.

Destacam-se como exemplo dessa tendência as disposições da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, vigente no Brasil,[283] pois suas normas procuram estabelecer garantias para que a adoção sirva ao melhor interesse da criança.[284] A Convenção possui um rol extenso de normas erigindo verdadeiro sistema de cooperação entre autoridades judiciárias, de modo a assegurar a constituição e o reconhecimento da decisão de adoção.[285] A Convenção aponta para um DIPr mais pragmático, voltado para a solução das questões que preocupam esta nova conformação de sociedade internacional "globalizada".[286] E a concepção do que seja ordem pública para os casos de adoção internacional, nos países signatários, precisa incorporar, na sua aplicação, os princípios de proteção estabelecidos pela própria Convenção, v.g. o critério do melhor interesse da criança, que prevalecerá sobre qualquer outro.

A jurisprudência de diversos países atesta a existência de uma ordem pública europeia em casos nacionais.[287] Frédéric Sudre cita um julgado da Corte de Cassação francesa, no qual foi considerada inaplicável a lei suíça. A lei em questão foi considerada contrária ao Art. 5 do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia — princípio da igualdade de direitos aplicável a um casal —, ao impor uma discriminação a um dos cônjuges na liquidação de bens da união conjugal.[288] Esta interpretação da Convenção faz parte do que se convencionou chamar efeito horizontal da Convenção Europeia sobre direitos humanos, pelo qual se considera como extensão de sua compreensão a oposição desses direitos também às relações interindividuais.[289]

José Gomes Canotilho[290] também alerta para as consequências do efeito horizontal quando estuda a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil. Segundo o autor, a doutrina e a jurisprudência germânica cuidam desse problema como sendo uma questão da irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais para a ordem jurídica civil. Na Espanha, os juristas usam esse conceito, pois as normas de conflitos do DIPr devem estar em conformidade com a carta de valores da Constituição, v.g. a igualdade dos cônjuges diante da lei, a proteção do consumidor, a defesa da livre concorrência no mercado. Incorporaram regras de conexão que refletem os novos valores constitucionais — lei da residência habitual dos cônjuges, lei mais favorável ao consumidor, dentre outros.[291] Nas Américas, a adoção das convenções resultantes das CIDIPs foi influenciada por essas novas matrizes normativas.

7.2.3. A aplicação do princípio da ordem pública pelo STF e STJ

A jurisprudência brasileira possui inúmeros exemplos de aplicação do princípio da ordem

pública como limitador do método conflitual de DIPr. Seu caráter mutável aparece nos casos de concessão de exequatur às cartas rogatórias e na homologação de sentenças estrangeiras, antes sob a guarida do STF e agora de competência do STJ.

Com efeito, vários pedidos de homologação de divórcios realizados no exterior — que eram indeferidos no passado, por serem contrários à ordem pública brasileira de então — passaram a ser deferidos após a Lei do Divórcio e da Separação Judicial (Lei nº 6.515/1977). Em matéria de cartas rogatórias, há um outro exemplo que se destaca: o STF considerava contrária à ordem pública a concessão de exequatur em medidas de caráter executório. Em seguida, passou a aceitar sua concessão nos casos em que o Brasil fosse signatário de convenção que contasse com permissão nesse sentido, abrandando-se, portanto, a posição anteriormente adotada. Com a EC nº 45/2004, o STJ passou a adotar uma nova postura nessa hipótese, a partir da permissão do Art. 7º da Resolução nº 9/2005, e a concessão de medidas de caráter executório não é mais considerada como sendo contrária à ordem pública.

É interessante notar que a ordem pública, conquante denote um certo recrudescimento do Estado em atender a um pedido de cooperação, pode ser usada justamente para flexibilizar a aplicação de uma regra de direito interno ao caso. Essa foi a via argumentativa desenvolvida , de forma implícita, no voto do ministro Marco Aurélio em uma carta rogatória. O pedido era de citação de indivíduo aqui domiciliado por força de ação movida nos Estados Unidos. Lá se procedia à cobrança de uma dívida de jogo. Antes desse caso, em casos similares, o STF não concedeu o exequatur por considerar tais pedidos contrários à ordem pública brasileira, já que a lei brasileira não permite a cobrança dessas dívidas. A aplicação da lei estrangeira (em razão do local da constituição da obrigação, conforme preceitua o Art. 9º da LINDB) seria contra ordem pública brasileira.[292]

Mas o Min. Marco Aurélio modificou a jurisprudência predominante e votou pelo deferimento do exequatur para que a citação fosse realizada. No seu entender, o indeferimento é que seria contra a ordem pública brasileira, já que acarretaria um enriquecimento indevido e o desrespeito do princípio da boa-fé. O voto aborda o papel do país perante as demais nações soberanas[293], sem descuidar da lei brasileira. Para o ministro, as razões que em 1916 impediam o recebimento de dívidas de jogo não mais persistem, verificando-se hoje a disseminação do jogo oficial, que faz parte da rotina de todos. Preocupou-se com o respeito ao direito vigente nos demais países, numa demonstração intuitiva de respeito ao princípio basilar do DIPr: o comitas gentium.[294] Foi feita, ainda, uma análise precisa do método de conflito de leis, que por força do Art. 9º da LINDB indica como aplicável a lei estrangeira, não podendo essa lei ser afastada por conta da exceção da ordem pública brasileira. Ao fim e a cabo, o STF entendeu impor-se o

respeito ao direito estrangeiro aplicável à espécie.[295]

A não aplicação da norma de DIPr é que importaria desrespeito à ordem pública, na medida em que nosso sistema jurídico, norteado pelos princípios constitucionalmente estabelecidos — dentre os quais o da proibição ao enriquecimento sem causa e desrespeito à boa-fé que deve reger as relações contratuais —, impede a utilização do argumento da ordem pública para legitimar o inadimplemento e promover uma proteção descabida ao mau pagador.[296]

Fica demonstrada assim a tese de que a aplicação do princípio da ordem pública baliza-se ela também pelos princípios gerais de um sistema jurídico, nos quais estão incluídos os direitos fundamentais, que — na acepção de Léna Gannagé — compõem o bloco constitucional, integrado não só pela Constituição, como também pelos direitos humanos garantidos por tratados internacionais. Essa aplicação pode ter sua eficácia ampliada pelo uso da teoria da argumentação jurídica, como metodologia adequada da corrente hoje denominada pós-positivista.[297]

A análise da jurisprudência dos últimos dez anos do STJ demonstra que esta corte seguiu a orientação do STF. Para um caso ainda sob a questão relativa à citação para dívida de jogo contraída no exterior,[298] o exequatur foi concedido por não ofender a soberania nacional ou a ordem pública a citação de pessoa aqui domiciliada para responder a ação de cobrança de uma dívida de jogo, contraída em país estrangeiro no qual esta atividade é lícita. Na verdade, a origem deste agravo era uma carta rogatória do STF, justamente na qual o Min. Marco Aurélio havia deferido o pedido e a parte, inconformada, manejado o agravo. Este recurso só veio a ser apreciado pelo STJ em 2008, por força da transferência dessas ações na esteira da EC nº 45/2004. No seu voto, o Min. Humberto Gomes de Barros relata essa situação e o voto do Min. Marco Aurélio. Acrescenta, ainda, uma ponderação importante: que não cabe ao STJ imiscuir-se no mérito da ação, mas apenas "que o ato rogado seja passível de cumprimento em nosso território, sem violação à soberania nacional e à ordem pública."[299]

A análise da aplicação do conceito de ordem pública no direito internacional privado pelo STJ está dividida por áreas, com ênfase nos julgamentos dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, sendo objeto do Capitulo III deste livro. Todavia, desde já se adianta que na grande maioria das vezes os pedidos provenientes do exterior são deferidos e há poucos casos de indeferimento por contrariedade à ordem pública. Não obstante, como esse é o único caminho que permite a discussão, ainda que de forma tangencial, do mérito da causa, as partes sempre procuram desenvolver essa linha de argumentação para evitar o cumprimento de medidas e sentenças provenientes do exterior que considerem desfavoráveis. O estudo desse tema no que tange a homologação de laudos arbitrais estrangeiros é bastante rico e será aprofundado no

Capítulo III.

Uma baliza importante para o trabalho do STJ, no estabelecimento de um conceito de ordem pública consetaneo com o relevo que adquiriu a cooperação jurídica internacional tanto no Brasil quanto no mundo, seria o de utiliza-lo com cautela, em respeito à aplicação do direito e ao tratamento conferido ao caso concreto pelo o judiciário estrangeiro. Essa postura se coaduna com a visão de que a cooperação jurídica internacional é uma via de mão dupla, e certamente o judiciário de um país estrangeiro que está diante de uma decisão brasileira deverá proceder da mesma forma.

Outro ponto de inflexão de dificil determinação é com relação aos limites da análise do mérito da causa para determinação da ocorrência de ofensa à ordem pública. Isso porque a constatação de que houve ofensa à ordem pública brasileira ocorre quando são feridos direitos fundamentais ligados sobretudo ao princípio da ampla defesa e do contraditório. No entanto, diferenças do sistema processual alienígena que resultem na análise das alegações e provas por um viés por nós desconhecido não devem ser consideradas como contrárias à nossa ordem pública. Um exemplo é uma decisão proveniente de um julgamento civil por um tribunal do juri, adotado no sistema processual dos Estados Unidos mas não no Brasil. Não fere nossa ordem pública o julgamento de uma causa por esse meio processual, se presente a proteção do devido processo legal.[300]

8. Fontes de DIPr e seus Conflitos

"Le message pour l'enseignement et pour la science du droit international privé, c'est l'information sur les conflits de lois et des juridictions sur la base d'une comparaison mondiale des solutions. Et c'est surtout, à La Haie, siège de la Conférence de Droit International Privé, qu'il faut garder la vocation d'élaborer et de rêver des solutions globales."

Erik Jayme[301]

8.1. Histórico do ensino do DIPr no Brasil e sua literatura

A criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 11 de agosto de 1827, com a instituição das Faculdades de São Paulo e do Recife, foi o início da formação de advogados no país, sem a dependência da ida forçada a Portugal.[302] Nesses primeiros tempos dos estudos jurídicos no Brasil, o temário do conflito de leis integrava o currículo de Direito Civil, seguindo as ideias dos tratadistas franceses.[303]

O DIPr, como disciplina autônoma, apareceu somente em 1907 no curso da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro, com a regência de Rodrigo Otávio, e seu desenvolvimento continuou a partir de então.[304] Dois juristas de expressão trataram da matéria no século XIX: Pimenta Bueno[305] e Teixeira de Freitas.

Pimenta Bueno justificou a importância da regulamentação dos atos praticados entre os indivíduos, pois, no seu entender, as relações entre as nações seriam prejudicadas se as convenções, disposições e outros atos praticados pelos indivíduos não tivessem validade nos demais lugares e seus tribunais.[306] Para isso, era preciso definir quais os caracteres e condições que determinavam sua legitimidade ou validade. Cabia ao Direito Internacional Privado definir qual a lei, ou concurso de leis, deveria predominar em determinada situação, tendo o jurista optado pelo critério da nacionalidade.

Teixeira de Freitas filiou-se ao critério do domicílio, que por sua influência foi adotado na Argentina e em outros países da América Latina, deixando o Brasil — que optara pelo critério da nacionalidade — isolado no continente. Em seu estudo, publicado no Brasil como Esboço, definiu os princípios básicos em um Título Preliminar, inspirado na teoria de Savigny, que utiliza o

conceito de sede da relação jurídica para definir a lei aplicável. Assim, no Esboço, utilizou o conceito de sede para a designação dos limites locais das leis que deveriam ser aplicadas às pessoas, coisas, fatos e direitos.[307] Em seguida, apresenta as regras específicas para cada situação.

Ainda no final do século XIX e nos primeiros anos do século XX, os responsáveis pelos projetos de Código Civil, especialmente Clóvis Bevilaqua, cuidavam da matéria. O projeto de Bevilaqua disciplinou o DIPr na introdução, e seu autor dedicou um livro à disciplina.[308]

A obra de Lafayette Rodrigues Pereira,[309] também deve ser destacada.[310] Elaborou o projeto de Código de Direito Internacional Privado, apresentado pelo Brasil em 1912,[311] que, todavia, não foi adotado. Suas ideias sobre o DIPr aparecem em seus pareceres. À exceção da posição favorável ao critério da nacionalidade (para o estatuto pessoal) as demais estão em consonância com as regras e princípios de DIPr até hoje utilizados no direito brasileiro.

Nos anos 30, destacam-se Rodrigo Otávio,[312] Eduardo Espínola,[313] e Pontes de Miranda.[314] Posteriormente, com a LINDB (então LICC), seus comentaristas foram Oscar Tenório[315] e Miguel Maria de Serpa Lopes.[316] Na década de 1950 e seguintes, Amilcar de Castro[317] e Haroldo Valladão. A partir da década de 1980, figuram Irineu Strenger e posteriormente João Grandino Rodas,[318] em São Paulo, e Jacob Dolinger[319] no Rio de Janeiro, dentre os nomes mais expressivos. Talvez a intermitência da disciplina no currículo do curso de Direito seja a responsável pelo número reduzido de obras gerais.[320] Nos últimos anos houve um renascimento do interesse pela matéria, refletido na intensa na produção acadêmica da pós-graduação para temas de caráter específico. Esse renascimento pode ser creditado à excelência dos programas com área de concentração no direito internacional, destacando-se os da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Sua importância se faz cada dia mais presente num mundo onde as relações privadas não possuem mais barreiras espaciais, e a comunicação nos coloca em contato imediato com pessoas em qualquer lugar do planeta. Sua volta ao currículo obrigatório sob a rubrica Direito Internacional está provocando um renascimento dos estudos dedicados ao tema. Sobretudo, há a inter-relação cada dia mais estreita entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional com o DIPr[321].

8.2. Fontes do DIPr no Brasil

8.2.1. Fontes de origem nacional

No Brasil, a principal fonte legislativa da disciplina é a LINDB, que trata do Direito Internacional Privado (Arts. 7 a 17). A Constituição Federal de 1988 trata da nacionalidade (Art. 12), dos direitos e deveres dos estrangeiros, das questões atinentes aos tratados internacionais (Art. 49, I, Art. 84, VIII), da sucessão internacional (Art. 5º, XXXI), além de determinar a competência do Superior Tribunal de Justiça em temas de cooperação internacional (Art. 105, I, h) e da Justiça Federal, em tema de tratados (Aart. 109, III). O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) regulamenta a jurisdição internacional (Arts. 21 a 25), a cooperação jurídica internacional (Arts. 26 a 41), a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequtur a cartas rogatórias (Arts. 960 a 965) e a prova do direito estrangeiro (Art. 376). Há ainda outros exemplos esparsos na legislação especial.

Além das fontes de origem legislativa, conta-se com a doutrina e a jurisprudência. A primeira manifesta-se como intérprete e guia para a segunda, que aparece nas decisões do STF e, recentemente do STJ, — no cumprimento de sua competência originária, julgando sentenças estrangeiras, cartas rogatórias e extradição. A justiça estadual cuida dos casos referentes ao direito de família, sucessão e contratos internacionais, e a justiça federal daqueles dentro de sua competência ratione materiae.

8.2.2. Fontes de origem internacional

As fontes de origem internacional também são de caráter legislativo (tratados e convenções), doutrinário (as principais obras de outros países) e jurisprudencial (o labor dos tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, os tribunais ad hoc de Arbitragem, os exemplos de cortes regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito da OEA e e até mesmo supranacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos; as próprias decisões sobre a aplicação do DIPr proferidas por tribunais nacionais são utilizadas pela doutrina e jurisprudência internacionais).

Apesar da ativa participação do Brasil em foros internacionais dedicados à uniformização do DIPr, somente a partir da década de 1990 é que várias convenções foram internalizadas e passaram a fazer parte das fontes de direito interno. Nessa época, tivemos a ratificação e promulgação de inúmeras convenções interamericanas de DIPr, elaboradas pelas CIDIPs, integramo-nos afinal ao sistema latino-americano de uniformização setorial de DIPr.[322]

Outra fonte normativa de caráter regional são os documentos provenientes do Mercosul. Como instituição intergovernamental voltada para a integração econômica, o Mercosul tem se dedicado também à uniformização do direito nos países do bloco, em geral, e ao DIPr, em especial (direito processual civil internacional, contratos internacionais, responsabilidade civil etc). Vários de seus protocolos, com repercussão no DIPr, já estão em vigor no Brasil.[323]

Além da codificação regional, a Conferência da Haia é o fórum específico do DIPr, de caráter universal.[324] Conforme abordado no Capítulo 4 deste livro, duas convenções importantes daquela instituição integram o sistema nacional há mais de dez anos: a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Menores (1980) e a Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional (1993),[325] tendo o Brasil voltado a participar da Conferência em 2000.[326] Recentemente, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça (1980) e estão em vias de serem incorporadas a Convenção sobre a Obtenção de Provas (1970), a Convenção relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros (1961) e a Convenção de Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças (2007), juntamente com seu Protocolo sobre a lei aplicável.

Por fim, nos últimos anos tivemos grande incremento nas relações bilaterais, com a recepção no ordenamento jurídico interno de diversos tratados de cooperação jurídica internacional bilateral e também de assistência civil[327].

8.3. Conflitos de fontes

Considerando que uma parcela expressiva da normativa relacionada ao direito internacional privado provém de fonte de origem internacional, assume grande importância para o DIPr brasileiro o estudo da vigência dos tratados no país. O tema remete a uma velha discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do status normativo dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. No plano internacional, a conhecida divergência entre a escola monista, de Hans Kelsen, e a dualista, de Triepel e Anzilotti, são parte de seu objeto.

No Brasil, ainda no Império, o direito da propriedade intelectual foi uma das primeiras áreas a se deparar com conflitos entre as fontes internas e internacionais.[328] Nos últimos anos, o Direito Constitucional também tem se ocupado da matéria,[329] ao estudar os casos sobre a aplicação interna de tratados internacionais. Além disso, o conflito de fontes aparece em outras

áreas: responsabilidade do transportador aéreo; direito tributário; direito do trabalho, na aplicação das Convenções da OIT; direito da integração econômica, sobre os protocolos assinados no âmbito do Mercosul; direitos humanos[330] e aplicação do Pacto de San José da Costa Rica; convenções sobre direitos da criança, no direito de família.

Frequentemente presente nas decisões do Poder Judiciário brasileiro, a questão do conflito de fontes esteve no centro do debate com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3, na qual se contestava a compatibilidade de alguns artigos da Convenção nº 158 da OIT frente à atual Constituição brasileira. Pouco tempo depois, o STF novamente se manifestou sobre o tópico, repetindo a orientação da ADIN 1480 no julgamento de uma Carta Rogatória proveniente da Argentina.

No STJ, a questão dos tratados aparece em diversos casos, na sua maioria referentes a questões tributárias e propriedade intelectual. Além disso, acabou adotando a posição cronológica na disputa entre as normas da Convenção de Varsóvia sobre a responsabilidade do transportador aéreo e as normas do Código do Consumidor.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou ao Art.5º o parágrafo 3º, estabelecendo um novo procedimento de incorporação ao ordenamento jurídico interno para os tratados de direitos humanos, distinguindo-os dos demais.[331]

8.3.1. Incorporação dos tratados no direito interno brasileiro

A terminologia para os tratados[332] é bastante imprecisa na prática internacional. No início do século, Lafayette Rodrigues Pereira[333] afirmava que aos tratados dava-se, indiferentemente, a denominação de convenções, acordos, pactos e ajustes internacionais. Também para Celso D. de Albuquerque Mello[334] o termo pode ser utilizado em diversas acepções, não havendo uniformidade na sua utilização internacional.

A definição mais utilizada pela doutrina encontra-se na Convenção Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 7.030/2009:

> "Art. 1º. ...a) `tratado' significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica".[335]

Suas condições de validade são: capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, consentimento mútuo e objeto lícito e possível. A norma pacta sunt servanda, de aceitação ampla no direito internacional público, confere obrigatoriedade aos tratados, integrando o conjunto dos princípios gerais de direito, reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional. E os tratados, em princípio, produzem efeitos entre as partes contratantes desde que tenham entrado em vigor.[336]

Uma vez celebrados, os tratados estabelecem uma relação jurídica entre Estados (ou entre Estados e organizações internacionais) e aplicam-se em todo o território estatal, desde o momento de sua internalização. Os tratados também dispõem eles próprios acerca de sua vigência internacional, em geral em artigos constantes das suas disposições finais.

8.3.2. Fases da incorporação dos tratados

No Brasil, as fases de elaboração dos tratados são: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cachapuz de Medeiros[337] separa o que chama de processo solene e completo, acima descrito, do processo simples e abreviado, rito dos acordos em forma simplificada: negociação, assinatura e publicação.

A competência para a conclusão de tratados internacionais é do Poder Executivo. Segundo a Constituição Federal (Art. 84, VIII) é privativo do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais.[338] Mas a assinatura de um tratado mesmo por um representante brasileiro munido de uma carta de plenos poderes não vincula o Estado brasileiro, o que só ocorrerá ao final do processo de internalização.

A vontade do Presidente, embora soberana para decidir sobre a conveniência da assinatura do instrumento e posteriormente sobre seu envio ao Poder Legislativo, deve ser conjugada com a apreciação do ato pelo Congresso Nacional. Assim, após a assinatura, o Presidente remete os tratados para serem apreciados pelo Congresso Nacional, a quem cabe resolver definitivamente sobre a sua aprovação (Art. 49, I, da Constituição). Uma vez aprovados, por meio de Decreto Legislativo, os atos internacionais voltam ao Executivo, para a ratificação.

A ratificação é ato privativo e discricionário do Presidente da República, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir o tratado. Em outras palavras, é manifestação do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua firme, atendendo aos interesses superiores do Estado.[339] Tal propósito

confirmado e reiterado é transmitido às contra-partes estrangeiras, através do depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar, perante elas, o início da exigibilidade do pactuado, imediatamente ou após o decurso de prazo determinado pelas partes. Será, portanto, o depósito de um número mínimo — estabelecido no próprio acordo — de instrumentos de ratificação o momento determinante da entrada em vigor internacional do tratado. Mas para aperfeiçoar-se o ato, iniciando-se sua vigência no território nacional, o Presidente da República ainda firma um decreto de promulgação, cuja publicação indica a data do início de sua vigência no território nacional.

Estas fases são seguidas desde os primórdios da República e não foram modificadas ao longo dos anos, estando suas regras assentadas na prática brasileira do Direito Internacional Público.[340] A Emenda Constitucional nº 45/04 modificou essas regras para os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Pode-se dizer que há hoje duas modalidades de tratados quando internalizados na legislação brasileira: os de caráter ordinário, que se equiparam às leis, e os de direitos humanos, que se equiparam às emendas constitucionais. Essa distinção se dá pelo rito seguido para a sua aprovação no Congresso Nacional, eis que cada modalidade dispoe de quorum distinto de aprovação. No caso dos tratados de caráter ordinário, o quorum de votação é o mesmo das leis ordinárias; no caso dos tratados de direitos humanos, das emendas constitucionais, devendo atingir 3/5 para sua aprovação.

Um dos defeitos do sistema é o prolongamento excessivo no tempo da tramitação relativa à internalização de atos internacionais no Brasil. Um exemplo gritante é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cuja elaboração se deu em 1969, mas que entrou em vigor no país somente em 2009. Tendo em vista o numero crescente de atos internacionais firmados, esse é um dado preocupante e que enfraquece a posição do país nas relações internacionais.[341]

Além do tempo excessivo para sua aprovação, outra questão que assombra a internalização dos tratados no Brasil diz respeito os efeitos no interregno entre a ratificação do tratado (que dá inicio à responsabilidade do Estado no plano internacional) e a imperiosidade da promulgação por decreto interno, que pode ainda levar tempo considerável. Nesse periodo anterior à promulgação e posterior à ratificação, o tratado carece de eficácia no plano interno, mesmo que já tenha ocorrido a sua ratificação no plano internacional.

O STF já se pronunciou no sentido de que somente com a promulgação passava o tratado a ser obrigatório em todo o território nacional. Com efeito, a imprescindibilidade da promulgação para validade dos tratados no Brasil foi estabelecida de forma concreta no julgamento de carta rogatória proveniente da Argentina, fundamentada no Protocolo de Medidas Cautelares,[342]

tratado que, apesar de ratificado, não havia sido promulgado, pelo que entendeu o STF não estar ainda em vigor no território nacional. Esta conclusão se deu apesar da norma contida no Art. 29 de que a sua entrada em vigor se daria 30 dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratificassem.[343] Como a data do instrumento de ratificação do Brasil era em 18 de março, deveria sua vigência ser a partir de 17 de abril de 1997. No entanto, o Ministro Presidente decidiu que o aludido Protocolo não integrava ainda, para efeitos domésticos, o ordenamento jurídico positivo vigente no País, pois faltava-lhe a promulgação por decreto do Presidente da República. Com isso, ainda estava incompleto o iter procedimental indispensável para a recepção do tratado no ordenamento jurídico pátrio.[344]

Em seu voto, o Ministro Presidente salientou a indispensabilidade do ato de promulgação para a plena integração do acordo internacional ao ordenamento jurídico interno, na forma definida na Constituição, como se vê do trecho abaixo transcrito:

> "Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável sob o nosso modelo constitucional: a ratificação — que se qualifica como típico ato de direito internacional público — não basta, por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema dedireito positivo interno. É que, para esse específico efeito, impõe-se a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais — embora necessárias — não se revelam suficientes para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte JOSÉ FRANCISCO REZEK ("Direito Internacional Público", p.69, item n. 34, 5ª ed., 1995, Saraiva)."

Desse modo, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, em nosso sistema normativo, é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a sedes materiae que se mostra essencial à identificação do procedimento estatal concernente à definição do momento a partir do qual as normas constantes de tratados internacionais passam a vigorar, com força executória, no plano do sistema jurídico nacional.

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, Art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, Art. 84, VIII), também dispõe, enquanto Chefe de Estado que é, da competência para promulgá-los mediante

decreto.

Todavia, não se encontra na Constituição nenhuma norma expressa nesse sentido, havendo extensa tradição no direito brasileiro, através de costume iniciado desde os tempos do Império, de se promulgar por decreto presidencial os atos internacionais, transformando-se esta prática em verdadeira praxe administrativa.[345] Esclarecedoras as observações do ex-ministro do STF, Francisco Rezek, sobre o ponto:

> "No Brasil se promulgam, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham sido objeto de aprovação congressional. Publicam-se apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do Chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império".[346]

É verdade que inúmeros autores — como João Hermes de Lima e Cachapuz de Medeiros, ambos citados na decisão — apontam para a necessidade da promulgação como imperativo da entrada em vigor dos tratados na ordem interna. João Grandino Rodas informa em mais detalhes sobre o nascimento desta prática.[347] O Brasil, segundo o autor, segue antiga tradição portuguesa, e desde a independência adotou a praxe de promulgar, por um decreto do Executivo, tratados já ratificados. Grandino Rodas continua, dizendo que a Constituição de 1824 exigia sanção presidencial para entrada em vigor de decretos e resoluções; silenciando quanto aos tratados, a regra passou a ser aplicada analogicamente. Para ele "tal costume tem se mantido, não obstante nenhum texto constitucional posterior a ele faça referência",[348]. Embora considerado como obrigatório o ato de promulgação para a entrada em vigor dos tratados — opinião partilhada pela doutrina e pelo STF[349] —, não provém este mandamento diretamente do texto constitucional, mas sim da LINDB, que regula a obrigatoriedade da promulgação para a entrada em vigor das leis. Desta interpretação analógica, na qual se equipara a lei ao tratado, deriva a obrigatoriedade da promulgação.[350] Esta competência é do Presidente da República (Art. 84, IV, da CF) e também se aplica, de forma obrigatória, aos tratados internacionais. Confirma-se, desta forma, a obrigatoriedade determinada pelo STF, e a posição da doutrina no mesmo sentido. Os tratados internacionais só passam a integrar o ordenamento jurídico nacional depois de sua aprovação pelo Poder Legislativo e promulgação pelo Poder Executivo.[351]

Após a EC nº 45/2004, foi adotada pela Constituição, pela primeira vez, uma regra hierárquica entre tratado e lei, pois os tratados que versarem sobre direitos humanos e passarem pelo novo iter procedimental de aprovação serão equivalentes às emendas constitucionais.[352] A

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada em 2009 ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 6.949/2009, é a primeira a deter status equivalente ao de emenda constitucional. A validade da lei interna que a regulamenta e sua conformidade aos ditames internacionais[353] é objeto de discussão no STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade[354], o que bem ilustra a polêmica entre dualistas e monistas abaixo narrada.

8.3.3. A polêmica entre os dualistas e monistas

Saber se há separação de qualquer espécie entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, e, ainda, em que qualidade o tratado integra o ordenamento jurídico interno traz à tona a velha controvérsia entre as ideias colocadas nos anos 20 do século vinte por juristas pertencentes ao dualismo e ao monismo, correntes teóricas que até hoje assombram a doutrina nacional.[355]

A teoria dualista, na forma esboçada por Triepel,[356] afirmava a existência de dois sistemas distintos: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. O direito interno era aquele estabelecido na comunidade nacional, pelo Estado, segundo suas regras, regulando as relações entre os sujeitos privados e também entre o Estado e esses sujeitos. O Direito Internacional só tratava das relações entre os Estados, na sua condição de iguais. As partes privadas estavam excluídas deste sistema, pois só os Estados, em coordenação, eram sujeitos do Direito Internacional, para relações diferentes daquelas do Direito interno. Não haveria, portanto, "concorrência" entre essas normas de origem diversa. Para Triepel, a diferença entre os dois sistemas era na verdade uma diferença entre suas fontes jurídicas. Enquanto o direito interno originava-se a partir da vontade do Estado, no campo internacional essa fonte derivava de uma vontade coletiva de Estados, e a lei de um determinado Estado não podia obrigar os demais membros da comunidade internacional.

Concluía Triepel que, por esse sistema, era necessário uma transposição da norma de origem internacional para o sistema interno através de uma manifestação legislativa, que só então a transformava em norma interna. A recepção da norma de direito internacional no direito interno não ocorria de forma direta, mas depois de passar por um processo de internalização. Este novo ato de vontade do Estado, no plano interno, ao aceitar normas provenientes de um tratado, era diverso da manifestação de sua vontade no plano internacional, ainda que muitas vezes fosse mera transposição da norma internacional, só este teria validade interna. Até nos

casos em que a recepção do tratado era por uma forma simplificada (a mera publicação no Diário Oficial), o que era obrigatório para o Estado era aquela lei interna agora publicada, e não o tratado internacional que lhe dera origem.[357]

A teoria monista, fundamentada na idéia de Hans Kelsen,[358] entendia existir uma única ordem jurídica, com projeções interna e internacional.[359] As leis seriam expressões da ordem interna, e os tratados, expressões da ordem internacional. Não haveria, desta forma, necessidade de internalização das obrigações decorrentes do tratado no plano interno, ante a ausência de separação entre as leis internas e internacionais, impondo-se sua aceitação automática. Em conseqüência, havia a possibilidade de conflitos entre regras internacionais e internas. Tais conflitos seriam solucionados ou pela supremacia do direito internacional, ou pela do direito interno.[360] Kelsen só aceitava a existência desses mecanismos de internalização como uma exigência dos Estados, à qual não dava maior importância.[361] A visão monista da unidade da ordem jurídica entendia as normas do direito internacional como incompletas e, portanto, dependentes das normas internas. A partir do ponto de vista do direito internacional, via-se sua conexão com o direito nacional.

Para Kelsen, o dualismo — que ele chamava de pluralismo — era insustentável porque o direito internacional e o nacional não podiam ser sistemas diferentes se as normas de ambos forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo. Achava impossível distinguir negócios nacionais (a cargo do direito nacional) dos negócios entre os Estados (a cargo do direito internacional), já que os temas nacionais poderiam também ser objetos de tratados. Para ele, não havia nenhuma matéria que pudesse ser regulamentada só pelo direito nacional. A criação da ordem jurídica nacional dependeria do princípio da eficácia, que é de origem internacional, e o direito internacional determinaria não apenas sua esfera de validade como também a da ordem interna.[362]

Segundo Paul Reuter, as duas teorias foram elaboradas a partir de construções teóricas bastante abstratas, e se ajustavam ao contexto histórico em que foram desenvolvidas. Contudo, nos dias atuais, os Estados se encontram em uma posição intermediária e suas regras internas dependem de circunstâncias próprias ao direito de cada um. Para o autor, a prática habitual dos Estados nas relações internacionais, no que diz respeito à eficácia interna dos tratados, seria a de considerar a prevalência do princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé prescreveria a busca pela maior cooperação possível entre as normas internas e aquelas oriundas do direito internacional no seio dos Estados contratantes.[363]

Para esclarecer como a doutrina nacional reagiu a essas teorias, veja-se a cuidadosa análise

de João Hermes Pereira de Araujo.[364] O autor baliza a posição pelo monismo ou dualismo em um país pela exigência da promulgação interna de um tratado, já que na esfera internacional a sua validade decorre da troca de notas ou do depósito do instrumento de ratificação/acessão na organização multilateral responsável. Segundo ele, para os que defendem a separação absoluta entre as duas ordens de normas [dualistas], a internacional e a interna, a promulgação é imprescindível. Por outro lado, para os defensores da tese monista, segunda a qual não há limites entre o direito internacional e o direito interno, a promulgação não tem razão de ser. Destaque-se sua posição categórica de que a incorporação dos tratados no Brasil não prescinde da etapa da promulgação para sua plena validade no plano interno.

8.3.4. A classificação dos tratados e a Convenção de Viena

No primeiro quartel do século XX, Tripel propôs a classificação tratados-lei x tratados-contratos.[365] Este jurista alemão, influenciado pelo sistema de fontes normativas das obrigações, estabeleceu uma distinção entre os tratados-lei (Vereinbarungen) e os tratados-contrato (Vertragen).[366] Os tratados-contrato, tendo por base a noção de contrato sinalagmático de direito privado. Eles se caracterizariam por um acordo celebrado entre várias partes, cada qual com um interesse específico, mas que, no entanto, chegariam a um consenso – refletido em suas declarações de vontade -, com vistas ao alcance de um objetivo comum. Já os tratados-lei seriam fruto de uma fusão de vontades com o mesmo conteúdo, de modo que a norma jurídica neles prevista passa a ser aplicável indistintamente para todas as partes contratantes. Triepel exemplifica que os tratados-contrato seriam os tratados de cessão e de troca de prisioneiros, enquanto que os tratados-lei seriam aqueles que proibiam a escravidão e regiam matérias comuns de extradição e relações diplomáticas.[367]

Assim, por um lado os tratados-lei instituiriam normas gerais, válidas e aplicáveis da mesma forma por todos os Estados.[368] Por outro lado, os tratados-contrato instituiriam normas particulares, estabelecendo uma correspondência entre direitos e deveres criados, numa reação de contraprestação entre os participantes.

A distinção proposta por Triepel deve ser entendida em seu contexto histórico, pois o início do século XX foi marcado por grandes mudanças, em especial a o incremento das relações internacionais multilaterais dos Estados. Naquela época, durante a negociação de uma convenção multilateral, a vontade coletiva dos Estados ia pouco a pouco sendo estabelecida, e o resultado era externalizado através de um tratado que continha normas jurídicas que posteriormente

serviriam a toda aquela coletividade. Ora, essa nova modalidade de tratado, ainda pouco explorada naquele momento, se distinguia dos tratados bilaterais, nos quais os Estados assumiam diretamente direitos e obrigações entre si. Ainda não se havia estabelecido de forma permanente o labor em prol de tratados multilaterais, o que só se veria depois da Segunda Guerra Mundial com o estabelecimento da Organização das Nações Unidas e suas agências especializadas.

Portanto, naquela época, a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato tinha por objetivo esclarecer as características da nova prática inaugurada nas relações internacionais entre os Estados. Com o incremento das relações internacionais multilaterais mantidas entre os Estados, a distinção proposta por Triepel tornou-se ultrapassada. Atualmente, a maioria dos tratados internacionais tanto prevê regras jurídicas de caráter geral, como estabelece direitos e obrigações aos Estados, o que tira a razão de ser da classificação entre um e outro.

Mesmo em sua época, a classificação formulada por Triepel foi objeto de inúmeras críticas pela doutrina internacionalista. Hans Kelsen foi incisivo em censurar a classificação, pois entendia que qualquer diferença entre os tipos de tratados só poderia estar ligada ao seu conteúdo, fosse ele de caráter particular ou geral, o que não ocorre com a distinção entre tratado-lei e tratado contrato.[369]

Paul Reuter acentua que nos dias atuais, a classificação em referência se tornou desnecessária, não sendo clara nem exata[370]. Ressalta que os tratados modernos não contêm um caráter homogêneo, podendo conter disposições de todo tipo, quer seja com caráter de lei ou de contrato.[371]

Na doutrina brasileira, Francisco Rezek também aponta para a perda de prestígio da distinção. Com base em Kelsen, afirma que todos os tratados são normativos, dos mais transcendentes pactos universais às avenças do comércio. Acrescenta, ainda, que os tratados ditos contratuais nunca se encontram em estado de total pureza, pois há sempre a presença do elemento "normativo".[372] No mesmo sentido, Celso Mello leciona que a classificação entre tratados-lei e tratados-contrato deveria ser abandonada, pois todo e qualquer tratado é fonte de direito internacional. E justifica sua opinião explicitando que os tratados em geral possuem tanto dispositivos "legislativos" quanto "contratuais".[373]

A despeito de todas essas considerações, fato é que a a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[374] representa um ponto final para a classificação, dada a incompatibilidade desta com seus termos. . Concluída em 1969, a CVDT só entrou em vigor quando o mínimo de 35 signatários foi alcançado, em 1980. A partir da entrada em vigor da Convenção de Viena e da sua

utilização pelos tribunais internacionais, suas regras de interpretação passaram a ser consideradas como regras cogentes.[375] Com efeito, a Corte Internacional de Justiça já reconheceu em diversos casos que as regras da Convenção representam o direito costumeiro a ser aplicado no que diz respeito à interpretação dos tratados.[376]

A Convenção é um exemplo de como o labor intenso da Comissão da ONU para o Direito Internacional deu resultados de grande valia para o desenvolvimento do direito internacional codificado, após séculos de lenta evolução dos costumes internacionais. A ideia de se celebrar uma convenção sobre a temática do direito dos tratados constava do plano de trabalho da Comissão desde a sua criação, na primeira sessão em 1949. O projeto de convenção se desenvolveu lentamente nos curso dos anos cinquenta do século XX, até que pudesse ser apresentado nas Conferências de Viena, realizadas em 1968 e 1969. Nas negociações diplomáticas em Viena, estavam presentes 110 Estados, dos quais apenas 32 a assinaram. Hoje, são 114 Estados signatários.[377]

O resultado das negociações é um tratado que tem se mostrado flexível o suficiente para acomodar as mudanças ocorridas na prática dos Estados ao longo dos anos, e tem contribuído para que a prática internacional possa se beneficiar de um grupo de regras que atende aos desafios do século XXI.[378]

A definição de "tratado" trazida pela Convenção de Viena logo no seu Art. 1º. é aceita universalmente pelos Estados e foi considerada pela Corte Internacional de Justiça como sendo expressão de um princípio advindo do costume internacional.[379] Quatro são seus elementos caracterizadores: (i) a internacionalidade do acordo; (ii) deve ser concluído entre Estados; (iii) por escrito; e (iv) governado pelo direito internacional. Não se extrai desse artigo – nem de qualquer outro da Convenção - qualquer terminologia que estabeleça uma diferenciação entre os tipos de tratados.

No Brasil, a primeira análise do ainda Projeto da Convenção de Viena foi feita por Haroldo Valladão, na qualidade de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, em 1968.[380] Também Antonio Augusto Cançado Trindade se refere à ausência dessa classificação na Convenção de Viena: "Ademais, preocupada com problemas práticos, a Convenção rejeita as classificações abstratas de tratados, tão comuns no passado (como e.g. a distinção entre traité-contrat e traité-loi)".[381] O mesmo autor, em outra obra, esclarece que a Convenção de Viena considerou o tratado como um termo genérico, significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular.[382]

Fica claro que, a partir da internalização da Convenção de Viena no ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais nacionais devem se valer somente de suas normas para sanar qualquer dúvida sobre a interpretação e a aplicação dos tratados internacionais. Dado que a Convenção de Viena não tem disposições distinguindo os diversos tipos de tratados, essa classificação não pode ser objeto de utilização pelos tribunais como justificativa para a não aplicação de suas normas[383]. A correta interpretação dos tratados internacionais impõe a utilização das regras de hermenêutica previstas na parte III da Convenção, que cuida da observância, aplicação e interpretação dos tratados (Arts. 26 a 33).

8.3.5. A jurisprudência sobre conflito de fontes

No Brasil, as duas teorias tiveram interpretações extensivas pelos tribunais, cunhando-se novas expressões para designar suas modalidades: dualismo extremado e moderado e monismo radical e moderado.

Da análise das decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros, vê-se que ambas as modalidades encontraram eco, porque cada uma delas preocupava-se com aspectos distintos do problema. Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional para saber qual deles deve prevalecer.[384] Na concepção de Triepel, o dualismo em nenhum momento falava da primazia ou não de um tratado em face da lei interna, pois, uma vez incorporado, o tratado passava a ser considerado como lei interna. E, na concepção de Kelsen, o monismo não vislumbrava a existência de um iter procedimental para incorporação do tratado, pois não haveria duas unidades estanques — ordem interna e ordem internacional — mas sim um único sistema, sendo irrelevante a internalização do tratado.

Identificam-se claramente dois momentos distintos com relação à discussão entre fontes de origem internacional — tratados — e fontes de origem interna — leis. O primeiro diz respeito à incorporação das fontes internacionais ao ordenamento jurídico interno. O segundo, à sua posição hierárquica neste ordenamento, vis-a-vis às demais leis já existentes. Passa-se para este segundo momento somente se as normas internacionais já estiverem incorporadas, e então cabe a questão sobre sua superioridade ou equiparação com relação à legislação interna. De acordo com essa análise, o Brasil adotou a teoria dualista, porque é imperativo proceder à internalização do tratado para sua vigência interna.

Partindo-se da utilização dos critérios acima, há duas modalidades para cada teoria: o dualismo dividir-se-ia em radical — segundo o qual haveria necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional — e em moderado — em que a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse iter procedimental complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva. O monismo dividir-se-ia também em radical e moderado. O primeiro pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna, e o segundo procederia à equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária, com sua subordinação à Constituição e a aplicação do critério cronológico, em caso de conflito.[385]

A situação foi esclarecida pelo posicionamento adotado pelo STF em dois leading cases: a ADIN 1.480 e a CR 8.279. Em ambas as oportunidades, o STF se pronunciou de forma uníssona, direta e precisa sobre o tema do monismo e do dualismo, acabando com as dúvidas existentes. Por serem idênticas as fundamentações dessas decisões quanto ao conflito de tratado e lei interna, o destaque provém da CR 8.279, ao classificar o sistema brasileiro como dualismo moderado.[386] Há um momento para a incorporação do tratado e outro para a definição de sua hierarquia no ordenamento interno. Ante a necessidade de um ato próprio para a internalização do tratado (o decreto de promulgação), o Brasil aderiria adere à teoria dualista, ainda que de forma atenuada.[387]

8.3.5.1. Os primeiros anos de atuação do STF

O primeiro caso[388] em que o STF se pronunciou a respeito do conflito entre tratados e leis discutia a validade ou não de isenção tributária garantida pelo Acordo Bilateral Brasil-Uruguai, denominado Protocolo de Expansão Comercial, promulgado pelo Decreto nº 80.369/1977. Neste, afirmou a prevalência de decreto sobre o tema já existente em relação ao tratado. A questão entre tratado e lei é discutida somente no voto do relator, Min. Philadelpho de Azevedo, que, juntamente com o ministro Castro Nunes, restaram vencidos.[389] Ao discutir as teorias monistas e dualistas, o Min. Philadelpho de Azevedo acabou por entender que o tratamento dado à matéria não poderia ser modificado senão pela denúncia do tratado, por causa das obrigações assumidas pelo país com a Convenção de Havana (e que estavam em vigor). Confira-se:

> "Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes".[390]

No entanto, admitiu expressamente que a formação dos tratados se assemelhava à das leis, com exigência do pronunciamento do Poder Legislativo. Também era imprescindível sua

promulgação e publicação, para sua vigência, o que resultava na possibilidade do exame de sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário, já que era equiparada a lei ordinária.[391]

Em outro caso,[392] o Min. Lafayette de Andrada, utilizando como justificativa o voto vencido de Philadelpho de Azevedo, decidiu que o tratado revogava as leis que lhe eram anteriores, mas não podia ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referissem expressamente a essa revogação ou se não fosse denunciado o tratado.[393] A dúvida existente no caso, se o tratado estaria sendo considerado lei especial em relação à nova lei, não foi respondida. Não se sabe se ocorreu, na verdade, um caso de dualismo, ou se a impossibilidade de revogação decorreria somente da ausência de denúncia do tratado, quando então estaríamos efetivamente diante de um caso de monismo radical.

A discussão voltou ao cenário na década de 1970, com a decisão do STF no RE 71.154,[394] cuja ementa estatui:

> "Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada esta Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Naquele acórdão se pode distinguir claramente os dois momentos anteriores aludidos acima, pois só se passou a discutir a hierarquia do tratado em face da lei depois de considerá-lo internalizado. Este trecho foi posteriormente utilizado nas razões da CR 8.279. A hipótese em questão era de tratado posterior à lei ordinária.

8.3.5.2. O divisor de águas

O caso seguinte - RE 80.004 - retratava situação oposta, pois discutia-se uma lei posterior a um tratado internacional internalizado, e que com ele colidia. O recurso versava sobre a validade do Decreto-lei nº 427 de 22/01/1969, em face da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias da Convenção de Genebra, anteriormente incorporada ao ordenamento jurídico interno brasileiro[395], em ação de cobrança relativa a aval aposto a nota promissória. O Decreto-lei nº 427/69 instituía exigência formal para a validade do título de crédito, exigência essa que não constava no texto da Lei Uniforme. Em decisão por maioria, manifestou-se o STF pela validade do Decreto-lei, ratificando, por consequência, o entendimento de que lei interna posterior revoga tratado anterior.[396] Este é o leading case da jurisprudência brasileira, e vem sendo classificado

pela doutrina como exemplo de monismo moderado. Importante ressaltar que a terminologia "monismo moderado" não havia sido empregada pelos tribunais em nenhum dos casos anteriores, nem tampouco no RE 80.004.

Embora muito criticado pela doutrina especializada, os tribunais brasileiros, em especial o STJ[397], adotaram a posição do STF no RE 80.004.[398] Com isso, é possível concluir que para a jurisprudência brasileira uma lei interna superveniente poderá afetar um tratado em vigor pois, uma vez incorporado, o tratado integra o ordenamento jurídico no patamar de lei ordinária, podendo, portanto, por ela ser modificado posteriormente.

A exceção é a posição especial que a matéria tributária possui em nosso ordenamento, porque o Código Tributário Nacional (CTN) expressamente confere a estes tratados posição hierárquica diversa às normas internas supervenientes:

> "Art. 98 — Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha."[399]

O Art. 98 do CTN não configura hipótese de monismo, pois o tratado de caráter tributário, por força do dispositivo invocado, alinha-se no ordenamento jurídico nacional em posição hierárquica diversa dos demais, ou seja, como lei complementar, e não como lei ordinária.[400] E isso somente após sua incorporação, portanto configurando-se um conflito entre fontes internas, uma delas sob a designação "tratado" e a outra "lei".

A polêmica em torno das normas gerais versus normas especiais também não se configura como um exemplo de monismo, já que o tratado se incorporou ao ordenamento interno e está sendo objeto de um método de interpretação aplicável aos conflitos entre as leis em geral.

Todo tratado, após sua entrada no ordenamento jurídico pátrio, pode ser submetido à interpretação a partir do critério da especialidade das regras nele contidas em relação ao direito interno — lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Sobre o tema, o STJ se manifestou no sentido de que o tratado não é revogado pela lei, mas apenas perde sua eficácia, prevalecendo a norma posterior.[401]

Não obstante, não há hierarquia ou regra para a escolha da utilização do critério cronológico ou da especialidade. Nesse sentido, o próprio STJ apresenta um exemplo relativo ao conflito da aplicação da Convenção de Varsóvia com o Codigo de Defesa do Consumidor: em um primeiro momento, adotou o critério da especialidade, e depois modificou completamente a sua propria orientação para adotar o critério cronológico.[402]

Quando a matéria ainda era de sua competência, o STF decidiu algumas questões acerca da aplicabilidade da Convenção de Varsóvia – no que diz respeito à limitação das indenizações devidas por transportador aéreo em função de carga extraviada - vis a vis o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O entendimento dominante no STF[403] foi de que, apesar de válido o CDC quanto aos consumidores em geral, prevaleceria, no caso dos contratos de transporte aéreo internacional, a Convenção de Varsóvia, dada a sua especialidade.

Por outro lado, ao analisar a possibilidade de se condenar empresas aéreas por dano moral decorrente do extravio de bagagens - a despeito de a Convenção de Varsóvia limitar a responsabilidade do transportador a danos materiais - a posição do STF e do STJ[404] foi no sentido de que estar-se-ia diante de conflito com a Constituição Federal, a qual necessariamente deve prevalecer. Isso porque a obrigação de indenizar por dano moral encontra acolhida na própria Carta Magna, em seu Art. 5º, V e X. O STJ pacificou sua posição e entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor do CDC, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia, subordinando-se ao CDC.[405]

8.3.5.3. Os tratados internacionais tributários

A despeito da indecisão que permeia a adoção dos critérios da especialidade e cronológico em outras searas, na área tributária o critério mais utilizado sempre foi o da especialidade. Isso porque as normas tributárias provenientes dos tratados seriam especiais (já que só se aplicam a determinadas situações e apenas aos Estados signatários). Em diversos casos estava em jogo a possibilidade de aplicação da isenção de ICMS/ISS prevista em legislação estadual a produtos estrangeiros importados, em especial o bacalhau. O STJ reconheceu sucessivamente a prevalência dos tratados internacionais em face da legislação estadual (regulamentos do ICMS/ISS) e dos convênios interestatais, tendo em vista ocuparem os mesmos, no ordenamento jurídico brasileiro, mesma hierarquia das leis federais. A questão foi tão pacificada na Corte a ponto de ser sumulada.[406]

Isso em nada afeta a adoção da teoria dualista, já que os tratados, depois de incorporados, equiparados estão às leis e estas podem ser afastadas por outras por meio do critério da especialidade.[407]

O STJ tem seguido essa orientação em inúmeros casos, nos quais tem sempre concluído pela prevalência dos dispositivos de tratados internacionais tributários sobre a legislação interna. Por exemplo, em recurso especial[408] em que se discutia se não haveria isenção de CPMF

por força do tratado de transporte aéreo Brasil e Estados Unidos. O Min. Herman Benjamin esclarece que "o Art.8º, item 4 do Acordo Internacional sobre Transporte Aéreo é norma especialíssima, que afasta a tributação sobre as remessas de valores ao país de origem da empresa aérea. Essa norma especial não é revogada pela norma posterior genérica, que trata da cobrança da CPMF sobre todas as movimentações e transmissões financeiras." Por isso, finaliza que é preciso reconhecer que as remessas de valores auferidos no Brasil são receitas locais, e diversas da do país de origem da empresa aérea, razão pela qual não poderiam se sujeitar à CPMF.

Em um caso de grande repercussão nacional, julgado em 2014, o STJ confirmou a orientação de que as disposições dos tratados internacionais tributários prevalecem sobre as normas de direito interno, em razão da sua especificidade, consoante a inteligência do Art. 98 do Código Tributário Nacional.[409] Esse posicionamento se coaduna com aquele firmado em decisão anterior no Caso Copesul[410].

O STJ começa agora a aplicar o Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[411], incorporada no Brasil apenas em 2009, em suas decisões sobre tratados internacionais tributários. Esse artigo, integrante do capítulo da convenção que trata da interpretação dos tratados (Arts. 26 a 33), é de capital importância para a análise da eficácia de todos os tratados internacionais firmados pelo Brasil e certamente irá aos poucos modificar em vários aspectos a jurisprudência brasileira, como se viu da sua análise na seção anterior.

Sua utilização no direito tributário não traz maiores dificuldades ,uma vez que graças ao Art. 98 do Código Tributário Nacional esses tratados, por sua especialidade, não podem ser atingidos por modificações legais posteriores. Não obstante, não tardará para que aflore a discussão a respeito do conflito entre leis posteriores às obrigações assumidas internacionalmente em outras áreas, não acobertadas pela proteção do Art. 98 do CTN.

Recentemente, quando do julgamento do REsp 1.272.897[412], o STJ reiterou sua posição pela prevalência dos tratados internacionais tributários sobre a norma do direito interno. Tratava o caso de uma disposição do tratado bilateral Brasil-Espanha que dispõe sobre a cobrança de imposto de renda no Brasil sobre o lucro apenas se a empresa tiver estabelecimento permanente aqui, o que não era a hipótese do caso. O STJ decidiu não assitir razão à Receita Federal ao cobrar tributos, eis que a isenção concedida pelo tratado prevaleceria sobre as disposições de direito interno, nos termos doArt. 98 do CTN. Em sua fundamentação, o STJ destaca os dois casos acima discutidos. Essa afinidade entre as decisões demonstra o quanto a matéria está pacificada nas corte superiores.

Outra questão envolvendo conflito de fontes que gerou polêmica e teve grande repercussão

nos tribunais federais cuidou da aplicabilidade de um dos documentos da Ata Final da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT, especificamente o Anexo 1C ao Acordo de Marraqueche constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC).[413]

A dúvida surgiu da interpretação que se deveria dar ao Art. 65 do Anexo IC. Este artigo permitia a determinados países, entre eles o Brasil, a faculdade de postergar a data da aplicação das disposições do TRIPS por até cinco anos. Enquanto o INPI entendeu que esta disposição teria o poder de suspender automaticamente a aplicação do acordo (apesar de o Decreto de promulgação nº 1.355/94 nada mencionar)[414] várias ações foram iniciadas com o fito de declarar que esta faculdade deveria ter sido feita de forma expressa, e ao não fazê-lo, o Brasil teria optado por não usufruí-la. Apenas se tivesse inserido tal comando no corpo do decreto (como já fizera em outras ocasiões) poderia beneficiar-se da exceção.[415] A discussão, portanto, girou em torno da necessidade ou não de manifestação expressa no decreto de promulgação para que a faculdade postergatória de aplicação do TRIPS tivesse efeito no ordenamento jurídico brasileiro. A maioria das decisões foi no sentido de que o Brasil não utilizou essa possibilidade.[416]

A polêmica foi dirimida pelo STJ, que reconheceu que a ausência de manifestação do Estado brasileiro, em momento oportuno, implicava na renúncia oferecida ao país pela disposição do Art. 65 do TRIPS.[417]

Nos últimos anos, o TRIPS voltou a ser examinado pelo STJ, para se discutir o prazo de validade das patentes que foram concedidas no regime pipeline. A discussão, dessa vez, foi a respeito do prazo de concessão, se aplicável na sua totalidade, a partir da concessão no Brasil, ou se apenas seria utilizado o restante do prazo, a partir da concessão da patente no exterior. O STJ tem decidido que o prazo é o do exterior e não um prazo integral a partir do momento da concessão no Brasil.[418] Mas faz uma interpretação própria do TRIPS, como legislação infraconstitucional.[419]

Após a análise da jurisprudência, resta claro que não se pode afirmar ter o Brasil adotado a teoria monista, nem mesmo na sua forma atenuada. A sistemática de incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-os à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e extingue o conflito próprio da teoria monista. A regra vigente da revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no sistema jurídico brasileiro e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso fica claro que os dois sistemas — o interno e o internacional — são separados, pois ocorre, muitas vezes de o Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (visto que seu "parceiro" não foi comunicado) enquanto a legislação interna já o modificou. Esse foi o caso do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, que a Argentina

considerava válido e aplicável no Brasil, por força do instrumento de ratificação depositado no Mercosul, mas o STF o considerou como ainda não incorporado, ante a ausência da promulgação. O Protocolo foi considerado, naquele momento, ainda inválido no território nacional, confundindo os países signatários quanto à obrigação assumida pelo Brasil.

Em inúmeros outros casos o STJ decidiu na mesma direção.[420]

Francisco Rezek[421] colocou claramente o problema ao dizer que a incorporação do direito do Mercosul no Brasil é realizada pela mecânica clássica, o conhecido fenômeno da recepção. Enquanto a marca do direito comunitário [europeu] seria a desnecessidade da recepção — pois o sistema prescinde do mecanismo tradicional de incorporação —no Brasil é necessária a incorporação à luz do figurino tradicional. Finaliza esclarecendo que não há no sistema brasileiro uma regra integracionista para esses conflitos. À míngua da inexistência de uma norma constitucional como a francesa — que permite a prevalência do tratado sobre a lei interna —, não podem os juízes inventá-la, sendo obrigados a prestigiar a última palavra do Congresso, mesmo que signifique uma confissão pública do mais alto nível de que o país está cometendo um ilícito internacional. Um tratado obrigando o Brasil pode deixar de ser cumprido se o Congresso legislar, posteriormente, em sentido contrário. Infelizmente, a conclusão de Rezek traduz a realidade atual brasileira, que somente poderá ser mudada se houver uma alteração da Constituição para esse fim específico.

Não obstante a construção jurisprudencial progressiva narrada acima, fato é que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados instiga e acirra o debate em vista do que dispõe seu Art. 27, segundo o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Como se vê dos últimos casos analisados, conquanto circunscritos à seara tributária,o STJ se pronunciou claramente a favor da aplicação do Art. 27[422]. Essa parece ser a tendência nos futuros casos.

8.3.6. O §3º do Art.5º da CF

8.3.6.1. O status diferenciado dos tratados de direitos humanos

A doutrina de direito internacional, tendo como seu principal defensor Antonio Augusto Cançado Trindade,[423] sempre conferiu aos tratados de direitos humanos um status superior aos demais. Esse entendimento, proposto por ocasião das discussões das comissões temáticas na Assembleia Nacional Constituinte, não prosperou no texto final do §2º do Art. 5º, o que gerou acaloradas discussões sobre o status dos tratados de direitos humanos na hierarquia do

ordenamento jurídico nacional. O STF analisou a questão em inúmeros casos em que se discutia o conflito entre o Pacto de São José e a Constituição, optando pela interpretação que dava a esta última a primazia. Desta forma, embora incorporado no ordenamento jurídico interno posteriormente à CF de 1988, não prevaleceu. Com a EC nº 45/04, em face do quorum qualificado de votação desses tratados, a situação foi esclarecida.[424]

Não há duvida de que houve uma evolução no sistema, pois criou-se uma nova classe de tratados, alçados ao patamar constitucional, a critério do Poder Executivo (pois lhe cabe definir por que procedimento vai enviar os tratados), desde que respeitado o iter diferenciado de aprovação (quorum especial e a votação em dois turnos).

Muitas questões foram suscitadas pela doutrina a respeito do alcance da EC nº 45/04: o que fazer com os tratados adotados anteriormente a presente emenda? Continuam com o mesmo status de lei ordinária na normativa atual? Prevalece a sistemática de promulgação e ratificação para os tratados aprovados segundo a emenda?

Sobre os tratados anteriormente internalizados, não há como lhes dar o mesmo status normativo daqueles que tramitaram de acordo com a EC nº 45/2004.[425] Isso porque a emenda não deixa dúvidas de que a distinção existe. Nesse sentido, o STJ já se manifestou em um recurso repetitivo, ao decidir o REdp 914.253[426], cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, agora no STF. Apesar de reconhecer que a EC nº 45/2004 equiparou os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, isso não atingiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). No entanto, o caratér especial desse diploma lhe reserva lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro, estando abaixo da Constituicão mas acima das legislação infraconstitucional. E para lhe dar o lugar devido, deve ser observado o princípio hermeneutico de atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, para lhe dispensar a maior proteção. Desta forma, a prisão civil só permanece possível em casos de alimentos.

Com efeito, a polêmica da prisão civil já se encontra, atualmente, devidamente sedimentada. No STF, o assunto foi objeto de uma tese criativa do Min. Gilmar Mendes, largamente reiterada.[427] No RE 466.343,[428] o Ministro analisou cuidadosamente a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, bem como a jurisprudência anterior do STF. No seu entender, os tratados anteriores à EC nº 45/2004 não têm como atingir o status de emenda constitucional. Todavia, tampouco se equiparam à lei federal. Estão em uma categoria que definiu como supralegal, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Criou, desta forma, um meio degrau na pirâmide da hierarquia legal, ao estabelecer um novo locus para esses tratados anteriores à EC nº 45/2004. Há outras manifestações de voto importantes, sendo de

destacar a do Min. Celso de Mello, que modificou sua posição anterior e concluiu que a prisão civil não poderia mais prosperar. Veja, por exemplo, o RE 349.703[429], no qual foi decidido que não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Em 2009, ainda no RE 466.343, o tribunal editou a Súmula Vinculante, de n.º 25, que dispõe: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

A posição do STF passou a ser também adotada pelo STJ, como se verifica em recurso ordinário em habeas corpus,[430] no qual o Min. Sidnei Benetti assevera que a mudança de posição do STF, no sentido da inconstitucionalidade da prisão do devedor infiel, deve ser seguida também pelo STJ. Para afinal sedimentar a questão, a Súmula 419 esclarece descaber a prisão civil do depositário judicial infiel.

8.3.6.2. O iter procedimental aplicável

Algumas questões foram suscitadas pela doutrina a respeito do iter procedimental aplicável aos tratados de diritos humanos aprovados com base no Art. 5º, §3º da CF. Destaca-se, dentre tais questões, a da promulgação. Dado que as emendas constitucionais não são promulgadas pelo Chefe do Executivo, mas sim pelo Congresso,, como proceder à ratificação do tratado? Este último ato, aliás, é imprescindível para determinar o início da responsabilidade do Estado brasileiro no plano internacional. Somente o Presidente da República tem o poder de celebrar tratados, o que inclui avisar os demais países de sua aceitação interna. Não combina com a teoria da separação dos poderes passar essa função ao Congresso, que não mantém relações diplomáticas nem representa o país no exterior. Constata-se que a EC nº 45/2004 deixou este ponto em aberto. Portanto, depois de aprovado no Congresso, segundo o novo rito, resta saber se o tratado de direitos humanos poderá deixar de ser ratificado pelo Executivo, no exercício de seu "treaty making power". Para Antonio Celso Alves Pereira, do prisma internacional, sem promulgação não há ratificação, pois este é o modo formal de se dar notícia aos demais países de que o tratado foi internalizado.

As dúvidas levantadas sobre os tratados incorporados pela nova sistemática do Art. 5º, § 3º da CF foram respondidas na prática pela adoção da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo[431]. Não só foi editado um decreto do Poder Executivo para a sua adoção no plano interno, como também foram tomadas todas as providências tradicionais da incorporação dos tratados internacionais.

Com efeito, após o decreto legislativo, obtido em consonância com o Art. 5º, § 3º da CF, o Poder Executivo ratificou o tratado e efetuou o deposito do instrumento de ratificação na ONU, e depois procedeu à sua promulgação, reforçando-se a posição de caráter dualista do direito

brasileiro.

Ato contínuo à adoção do diploma internacional, foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). No curso de sua tramitação, o Legislativo expressamente aludiu à convenção. No parecer da Relatora Deputada Mara Gabrilli, [432] foi esclarecido o papel da convenção, que por seu status de Emenda Constitucional tem a autoridade de subordinar as leis posteriores a respeito. Explicou-se, ainda, que o projeto de lei passou a tramitar com o fito, entre outras coisas, de exercer um papel regulamentador em relação à convenção. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do relatorio:

> "alguém pode estar se perguntando por que é tão importante, paras as pessoas com deficiência, adequar o texto do Projeto de Lei n. 7699/2006 ao teor da Convenção. Essa exigência se fundamenta em uma mudança paradigmatica na percepção da deficiência. Antes, a deficiência era vista como uma questao médica, relacionada a uma patologia individual, que consierava as limitações individuais como a principal causa das múltiplas dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência. O texto da convenção, por sua vez, adota a percepção de que a deficiência resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras sociais, ambientais, atitudinais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Ou seja, a deficiência passa a ser vista como uma questão social e, como tal, demanda a adoção de medidas necessárias à eliminação dessas barreiras e à garantia da plena inclusão social da pessoa com deficiência na vida comunitária."[433]

Essa nova legislação já está sendo desafiada no Supremo Tribunal Federal, através da ADI 5357[434].Esta será certamente uma oportunidade para o STF esclarecer se há discrepâncias ou similitudes entre a lei e a convenção, provavelmente inaugurando o primeiro caso de conflito entre tratado com status de emenda constitucional e lei interna.

8.3.6.3 A sistemática da denúncia dos tratados

Outro aspecto da normativa dos tratados que fica sem resposta, na nova sistemática, diz respeito à sua denúncia. A Constituição de 1988, aliás na esteira das anteriores, não dispoe de nenhuma regra a respeito. Ao longo do tempo, tem sido assente a possibilidade do Poder Executivo de renunciar aos tratados sem intervenção do Legislativo. Essa tem sido a prática brasileira e é exposada por João Hermes Pereira Araujo ao ressaltar que por caber somente ao Poder Executivo a ratificação do tratado, sendo o juiz da oportunidade do país obrigar-se internacionalmente, pode, no mesmo sentido, com exclusividade, julgar a oportunidade de retirar-se de um tratado, através do instrumento de renuncia[435]. A questão é alvo de uma ação

direta de inconstitucionalidade no STF, que analisa a pertinência da denúncia pelo Brasil da Convenção da OIT 158[436]. Iniciada em 1997, ainda não chegou a termo.

A interpretação da situação, no que se refere aos tratados de direitos humanos incorporados com status de emenda constitucional, nos leva a constatação de que a sua derrogação só poderia ser feita por via de emenda.[437]

Gustavo Binebojm[438] manifestou-se com propriedade sobre diversos aspectos da emenda. Sobre a discussão acerca da necessidade ou não do decreto de promulgação nos tratados sobre direitos humanos, entende que este decreto do Poder Executivo não é mais necessário. Isso porque um tratado desse tipo, identificado como tal pelo Presidente da República, será encaminhado ao Congresso não mais como projeto de decreto legislativo, mas como proposta de emenda constitucional. A partir daí, sua tramitação passa a ser a de PEC, para todos os efeitos constitucionais, legais e regimentais. Não há uma sistemática que faça a distinção entre os tipos de PEC, e uma vez aprovada pelo quorum e votação diferenciados, sua promulgação se dará pelas Mesas da Câmara e Senado, pois ao contrário dos projetos de lei, a PEC não está sujeita à sanção presidencial. A circunstância da origem da PEC ser um tratado de direitos humanos, em nada interfere com a questão da soberania: sua internalização se dá como Emenda à Constituição, como se seu texto fosse originário do Gabinete do Presidente da República. Por tudo isso, no seu entender, a EC nº 45/04 só confirmou sua convicção de que a dicotomia monismo/dualismo é mesmo irrelevante.

Um fator digno de nota é o de que no vasto universo dos tratados de direitos humanos já internalizados, apenas as questões da prisão civil e do duplo grau de jurisdição foram enfrentadas pelos tribunais. Isso porque a maior parte desses tratados compõe-se de princípios e normas programáticas, cujo teor de generalidade e a existência de normas internas similares faz com que haja poucos conflitos.

-

III. PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL NO BRASIL

9. Processo Civil Internacional

"S'il fallait, en droit international privé, trouver un point de départ stable et inconteste à partir duquel conduire une réflexion, on peut gager que l'independance du conflit de lois e du conflit des jurisdictions pourrait fort bien faire l'affaire."

Étienne Pataut[439]

O chamado Processo Civil Internacional tem por objetivo regular as situações processuais civis com contatos internacionais. Trata da regulação dos conflitos internacionais de jurisdição (aí incluídas as questões de competência internacional e imunidade de jurisdição), da determinação das condições para o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, bem como da realização, em uma jurisdição, de atos processuais do interesse de outra jurisdição. Estas duas últimas ações integram o que se chama de cooperação jurídica internacional, às quais se adiciona, dentro dessa modalidade, a prestação de informação sobre o direito estrangeiro.[440]

Apesar de sua denominação "internacional", o Processo Civil Internacional constitui uma parte do direito interno de um determinado Estado.[441] "Internacional" se relaciona com um dado do problema, e não com a norma ou sua origem, bastando que a situação jurídica possua um determinado fator internacional para que implique a necessidade de regras especiais.

Responder à questão relativa à competência internacional é o primeiro passo para abordar uma hipótese multiconectada. Enquanto o conflito de jurisdições diz respeito à determinação do locus em que a prestação jurisdicional terá lugar, o conflito de leis no espaço pertine ao coração do Direito Internacional Privado.[442] O juiz da causa precisa determinar primeiro sua competência, e em seguida utilizar o método conflitual para determinar a lei aplicável ao caso concreto.

Este ramo do DIPr está informado por princípios de caráter geral que permeiam a análise da competência internacional. Eduardo Vescovi[443] identifica cinco princípios básicos: a jurisdição razoável; o acesso à justiça; a não-discriminação do litigante; a cooperação interjurisdicional; e a circulação internacional das decisões estrangeiras.

Por jurisdição razoável entende ser o princípio de que todo caso com elementos transfronteiriços deve ser julgado por um juiz que tenha razoável conexão com o objeto dos litígios, pois esses casos em geral estão ligados a mais de uma ordem jurídica e será preciso definir qual delas é competente. Não há uma instância internacional para resolver o problema da competência adequada, em vista da soberania de cada Estado em determinar sua jurisdição. No entanto, esse princípio pode servir para informar e determinar situações não previstas nos Arts. 21 a 25 do CPC, sempre levando em conta a necessidade de se evitar a escolha de um foro arbitrário ou abusivo por meio da utilização do forum shopping.

A questão relativa ao acesso à justiça — princípio elevado à condição de direito fundamental na Constituição brasileira —, relaciona-se, para Vescovi, com o tema da gratuidade de justiça e com a existência de um sistema de assistência judiciária gratuita. No Brasil, ambos se encontram regulados, sendo parte da garantia de não-discriminação do litigante. A gratuidade não apresenta maiores problemas, pois a lei brasileira não faz qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros, e a utilização da assistência judiciária também se aplica aos estrangeiros.[444]

Entender a cooperação entre poderes judiciários como um princípio também representa uma nova maneira de situar o DIPr como um sistema protetivo da pessoa humana e não apenas como uma ferramenta disciplinadora do relacionamento dos Estados. Alçada à condição de princípio de proteção, e mais do que uma mera cortesia internacional, ao sabor do desejo estatal, a cooperação se impõe como medida obrigatória que não pode ser recusada, senão pela ocorrência de fatos predeterminados pela lei local. O Brasil tem larga tradição de cumprimento dos pedidos provenientes do exterior, seja por cartas rogatórias, seja pelo reconhecimento de sentenças estrangeiras. O Processo Civil Internacional deve ser analisado por uma ótica que dê prevalência à proteção da pessoa humana e sua dignidade, como objetivo maior do sistema.

O conjunto de situações jurídicas com caráter internacional impulsiona a cooperação entre os Estados, propiciando a elaboração de normas, através de iniciativas multilaterais e regionais, na sua maioria de organizações internacionais, que direta ou indiretamente influenciam as regras de direito processual civil internacional. Essas normas, de origem internacional, são de caráter recíproco, pois estabelecem obrigações e direitos comuns aos Estados envolvidos e buscam conferir uma uniformidade de tratamento.

Quando é preciso cooperar com um Estado estrangeiro no curso de um processo, convivemos com situações semelhantes reguladas de forma diferenciada, a saber:

a) se a cooperação se dá com um país com o qual o Brasil não possui qualquer convênio, aplicar-se-ão as regras de DIPr e de Processo Civil Internacional brasileiro, tout court;

b) se houver um acordo bilateral, este será aplicável, v.g., as regras da Acordo de Cooperação Brasil x França[445]. É o caso típico da convivência de normas gerais com normas especiais, afastando-se as primeiras ante a existência das segundas;

c) se houver um acordo multilateral, este será aplicado, v.g., os protocolos de cooperação vigentes no Mercosul. Também aqui há a aplicação do princípio da especialidade, a fim de afastar as regras gerais previstas na legislação brasileira que colidam com as regras previstas no acordo multilateral.

A cooperação interjurisdicional em sentido estrito não inclui o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, mas tão-somente o cumprimento dos diversos atos que ocorrem no curso do processo, sendo as cartas rogatórias o instrumento por excelência desse intercâmbio. Várias situações podem ocorrer: (i) necessidade de ser o réu alcançado fora da jurisdição processante para responder à ação ou sofrer execução; (ii) necessidade de promover a instrução do processo por meios e procedimentos só acessíveis ou exequíveis em locus estrangeiro; (iii) necessidade de a autoridade judicante, de ofício ou por provocação da parte, obter informação sobre o direito estrangeiro vigente aplicável à lide sub judice.

A jurisdição é um dos elementos da soberania do Estado, e só a este compete determiná-la. No plano internacional, constitui princípio assente que ao Estado, na esfera de sua jurisdição, cabe determinar a competência interna de cada um de seus tribunais, assim como sua organização, as formas de processo, a execução das sentenças e os recursos contra as suas decisões.[446]

A jurisdição, em tese, é ilimitada, eis que corresponde a um reflexo do poder soberano do Estado.[447] Todavia, o reconhecimento da existência de outros Estados soberanos, igualmente dotados de jurisdição ilimitada, implica uma necessária fixação por cada um deles das causas que sejam de seu interesse e conveniência julgar.[448] Sendo assim, no plano internacional, constitui princípio assente aquele segundo o qual cabe ao Estado definir os contornos de sua atuação jurisdicional.[449]

Não poderia ser de outra forma: a realidade diuturna do convívio das nações não permite que o Poder Judiciário de cada Estado julgue toda e qualquer lide que ocorra no mundo, de forma indiscriminada, sob pena de a Justiça ficar excessivamente sobrecarregada e de as decisões proferidas serem despidas de coercitividade, dentre outras tantas consequências negativas de que se pode dar notícia. Por esta razão, cada Estado estabelece os limites do exercício da atividade jurisdicional, sempre balizados pelo princípio da efetividade.

Em um primeiro momento, o princípio da efetividade era associado à possibilidade de o Estado executar a decisão judicial proferida, considerando-se que um julgamento deve ser passível de surtir efeitos.[450]

Modernamente, o entendimento desse princípio tem sido alargado para incluir a noção de interesse do Estado. Sendo a jurisdição uma atividade onerosa, não é razoável que o Estado julgue causas sobre as quais não possui nenhum tipo de interesse envolvido, quer seja em decorrência da nacionalidade e/ou residência das partes envolvidas, do local do cumprimento da obrigação, etc.[451] Nas causas sem nenhum ponto de contato local, o Estado é juridicamente indiferente ao resultado do litígio.

Portanto, fato é que ao estabelecer os limites de sua atividade jurisdicional através de regras internas indicadoras das características da lide que poderá ser decidida pelo Judiciário, está o Estado fixando as situações em que será possível executar as decisões proferidas e/ou em que há interesse em julgar.

Em determinadas ocasiões, mais de um Estado é potencialmente apto a decidir o litígio. Isso ocorre quando a situação é conectada de alguma forma a mais de um ordenamento jurídico, e as leis processuais de ao menos dois Estados indicam que existe a possibilidade de exercício da atividade jurisdicional para pacificar o conflito.

Nesse sentido, em recente curso da Academia da Haia sobre o tema de litispendência, ao analisar países que adotam tanto o sistema da common law quanto de tradição civil, Campbell McLachlan[452] alerta para o crescimento de casos em que é possível que o litígio seja julgado em mais de uma jurisdição, o que é conhecido como parallel litigation.

O maior deslocamento dos indivíduos e o incremento dos negócios entre empresas situadas em Estados diversos resultam em um aumento de casos internacionais complexos, quer seja na área de família e sucessões, quer seja na área empresarial.

Embora a questão da jurisdição internacional diga respeito à competência dos tribunais nacionais para conhecer determinado caso, a expressão “conflito de jurisdições” é usada quando se fala da matéria no plano comparativo, ou seja, analisando-se a competência simultânea de dois países.[453] Cada Estado utiliza as regras do seu direito interno, de caráter imperativo, de modo que a determinação da competência seguirá sempre a lex fori – ou seja, o tribunal suscitado por uma das partes é que determinará, ele próprio, se é ou não competente para conhecer da causa.

Um aspecto pouco enfatizado nas análises de direito internacional privado é o efeito econômico da definição da jurisdição sobre os negócios. Por certo, a determinação do foro

assume um papel relevante nessa seara, eis que os custos de processos com elementos internacionais são de maior monta se comparado aos processos individuais e na maior parte das vezes imprevisiveis. Há, ainda, o risco de um litígio em um foro sabidamente desfavorável e a possibilidade de ações paralelas em mais de uma jurisdição.

Em disputas de caráter internacional, há riscos relacionados ao foro, tais como a imposssibilidade de levar a questão a litígio e os óbices à execução das decisões. Em ambos os casos, as questões relacionadas à determinação da jurisdição competente (e a possibilidade de assegurar melhores condições de previsibilidade com a escolha do foro ou da arbitragem) e as que dizem respeito à circulação das decisões estrangeiras (aquelas relacionadas ao reconhecimento e à execução) devem ser administradas também a partir de uma análise de seu custo e risco. Desta forma, essa é uma preocupação recorrente nas negociações internacionais, e cada vez mais abordada nas organizações internacionais dedicadas ao direito internacional privado, especialmente na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. No plano regional, a União Europeia também avançou muito nesse tema, notadamente com os regulamentos sobre competência internacional e circulação de decisões.[454]

No Brasil, vê-se nesse momento o estabelecimento de um sistema em que se garante às partes maior segurança jurídica, tendo em vista que agora a legislação pertinente foi compilada em um único local: o Novo Código de Processo Civil (CPC).[455] Ademais, o CPC não descuidou da integração da legislação interna com o labor codificador externo. No seu Art. 13[456], que dá início ao Capítulo II, foi incluída a ressalva de que as disposições previstas em tratados serão respeitadas. Esse artigo auxilia a interpretação dos futuros conflitos entre a nova legislação e os tratados já adotados pelo Brasil, pois, como é sabido, a lei processual aplica-se imediatamente, inclusive aos processos em curso.[457]

10. Competência Internacional no Brasil

No Brasil, o acesso à jurisdição é direito fundamental do cidadão,[458] pois "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito". No caso do DIPr brasileiro, o problema relativo à jurisdição surge quando é necessário determinar a competência dos tribunais brasileiros ou sua exclusão naqueles casos que poderiam ser examinados pelo poder judiciário de outro Estado.[459]

Apesar do caráter ilimitado da jurisdição, é da conveniência do Estado estabelecer seus limites antes de distribuí-la.[460] No Brasil, as regras sobre competência internacional fixam monopólio jurisdicional absoluto para si[461]. Nas hipóteses da competência exclusiva (Art. 23 do CPC), somente a justiça brasileira pode conhecer o problema. Apenas nos casos de competência concorrente (Arts. 21 e 22 do CPC) se admite a eficácia no Brasil de julgado proveniente de outro Estado.

De notar que o Novo Código de Processo Civil nomeou o capitulo que cuida da jurisdição internacional como "dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional". A expressão é mais correta que a anterior e bem demonstra a vontade do legislador em integrar a determinação da competência internacional com as regras a respeito da colaboração processual entre os Estados, pois os dois assuntos estão interligados.

Os pressupostos apresentados nos artigos que determinam a competência exclusiva ou concorrente dos tribunais brasileiros não são cumulativos, pois cada um deles por si só é suficiente para estabelecer a competência, bastando a ocorrência de um dos esquemas fáticos ali previstos.[462] O STJ decidiu a respeito no REsp 804.306[463], ao dirimir controvérsia relativa a um contrato de distribuição de produtos fabricados por empresa sediada no Reino Unido. Como a execução contratual ocorria no Brasil, havia a incidência do então Art. 88, II do CPC de 1973 (hoje, Art. 21, II do CPC de 2015), apesar de a parte vencida pugnar pela execução no exterior, porque ali se davam os pagamentos. De notar, no corpo do acórdão, que a cláusula de foro, por meio da qual as partes haviam ecolhido o foro inglês, foi desprezada, na esteira de acórdãos anteriores do STJ. Se fosse julgado nos dias de hoje, a eleição de foro feita pelas partes teria afastado a competência dos tribunais brasileiros, nos termos do Art. 25 do Novo Código de Processo Civil.

Outra ponderação diz respeito à finalidade da norma de competência internacional, que pode ser dividida em duas:

a) Quando cuida do conhecimento originário de uma lide que, por sua pluriconexidade, pode ser julgada pela justiça de um ou mais Estados ou foi objeto de ação já iniciada no estrangeiro, causando a litispendência — inadmissível no Brasil (Art. 24 do CPC);

b) Quando é analisada no momento do reconhecimento das decisões estrangeiras e laudos arbitrais (que, para ter eficácia no território nacional precisam ser homologados pelo STJ) e no pedido de cumprimento de medidas judiciárias rogadas por juízes ou tribunais estrangeiros.

A determinação da competência ocorre em duas etapas: na primeira, o Poder Judiciário define sua jurisdição,[464] cuidando dos limites espaciais (Arts. 21 a 25 do CPC); na segunda, define os contornos da competência interna. O Código de Processo Civil regulou a competência internacional em primeiro lugar, e só depois a interna.[465] José Inácio Botelho de Mesquita já explicava a questão ao considerar que, na aplicação das normas sobre competência, deve o juiz verificar, em primeiro lugar, se a causa se inclui dentro dos limites que fixam a extensão da jurisdição nacional, para depois verificar se, tendo competência internacional, incluir-se-ia entre as que lhe tocam por força da competência interna.[466]

O CPC dividiu a competência internacional entre concorrente (Arts. 21 e 22) e exclusiva (Art. 23), resultando do exame dessas regras as hipóteses em que a justiça brasileira se declarará competente. Seguindo a interpretação pacífica do STJ para os antigos Arts. 88 e 89 do CPC de 1973, bastará a ocorrência de qualquer das hipóteses desses artigos para fixar-se a competência da autoridade judiciária brasileira[467].

O STJ também já entendeu prevalecer o direito à jurisdição brasileira, caso um dos reús seja domiciliado no Brasil, ainda que não se possa chamar ao processo os demais devedores. Isso porque permitir declaração de incompetência da justiça brasileira atentaria contra o princípio constitucional de garantia da jurisdição, e obrigaria o suposto lesado a demandar no estrangeiro, quando o Estado brasileiro assegura seu poder de julgar todas as causas contra réu, brasileiro ou não, aqui domiciliado. Declarou o ministro Cláudio Santos, no corpo do voto, que isso equivaleria a negar a própria soberania do país.[468]

Hipóteses não previstas na lei (Arts. 21 a 23) serão, na esteira do que ocorria com os Arts. 88 e 89 do CPC de 1973, motivo de dúvida sobre a competência da justiça brasileira. Na visão de Botelho de Mesquita, as situações fora desses artigos estariam excluídas da justiça brasileira. Sendo a jurisdição uma atividade onerosa, não deve ser exercida desnecessariamente, não interessando ao judiciário julgar tais casos.[469] Pode-se dar notícia de casos decididos nesse sentido em São Paulo.[470]

Antenor Madruga tem uma leitura interessante da questão: considera o sentido da norma como negativo, "pois visa limitar o âmbito de atuação jurisdicional legítima do Estado Brasileiro". Os casos não expressos em lei seriam da incompetência do juiz brasileiro, pois o propósito dessas regras é de fixar uma autolimitação à jurisdição.[471]

Esse entendimento não é unânime. Marcelo de Nardi[472] sustenta que havendo algum "elemento de fixação de competência", o juiz brasileiro deve reconhecer-se competente, sempre observando a eficácia da decisão. Se a eficácia é no estrangeiro, deve considerar a possibilidade de aceitação naquele foro de sua decisão; se a eficácia é no Brasil, a existência do "elemento de fixação de competência" basta para estabelecer sua competência, mesmo que não incidam as hipóteses dos Arts. 88 e 89 do CPC de 1973 (hoje, Arts. 21 a 23 do CPC). Corroborando sua tese, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se declarou competente em pedido de divórcio no qual a autora estava domiciliada no Brasil, mas o réu estava domiciliado no exterior e o casamento fora lá celebrado, não havendo a incidência de qualquer das hipóteses do Art. 88 do antigo CPC para embasar a competência do tribunal brasileiro.[473]

Para Barbosa Moreira, a lista do Art. 88 do CPC de 1973 não era exaustiva, pois havia casos em que seria absurdo negar a jurisdição, como, por exemplo, nos casos de jurisdição voluntária, nas quais não há "réu" nem "ação", nos casos de separação consensual dos cônjuges, arrecadação de bens de ausentes, interdição de alienados mentais, dentre outros. Nesses, as lacunas da lei devem ser supridas com as normas de competência interna, ou seja, a disposição legal que indica a competência interna para esses casos também serviria para determinar a competência internacional, mesmo sendo esta solução ainda insatisfatória.[474] Para casos em que falte base legal para afirmar-se seja a competência da justiça brasileira, seja da justiça estrangeira, haveria denegação de justiça.

Hipótese diversa é aquela em que as partes podem optar por não utilizar a justiça nacional ou mesmo estrangeira, sem que isso represente um caso de denegação de justiça. É o exemplo das cláusulas de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contratos internacionais, nos termos do Art. 25 do CPC. É o caso, ainda, das cláusulas arbitrais. Por força no disposto na Lei de Arbitragem, sua existência importa na impossibilidade de o juiz aceitar a jurisdição sobre a causa. Em contratos internacionais, o processo inclusive deve ser feito em duas etapas: na primeira, o juiz se declara competente se estiver diante de uma das hipóteses do Arts. 21 e 22 do CPC; em seguida, declara-se incompetente por força da exceção em face da cláusula arbitral. A primeira etapa diz respeito à jurisdição e a segunda à competência.[475]

As decisões da justiça brasileira sobre sua eventual incompetência em casos internacionais

não podem ser todas agrupadas sob a mesma rubrica. Os casos que dizem respeito a questões de família sempre recebem tratamento diverso daqueles relativos aos contratos internacionais. Isso porque a primeira matéria é mais impregnada da noção de ordem pública e do corolário de proteção que esta deve receber do que a segunda, em que prevalece a intenção de preservar a vontade das partes, dentro dos limites em que podem contratar. Vale destacar, nesse sentido, a disposição do Art. 22 do CPC, que estende a competência das autoridades judiciárias brasileiras para julgar as ações de alimentos se o credor tiver domicílio ou residência no Brasil ou se o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos. Esse artigo está inspirado nas normas da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, que em seus Art. 8 e 9[476] procurou conferir à parte mais fraca, no caso o credor de alimentos, opções úteis para resolver a questão da efetividade da execução de sentenças dessa natureza.

O Código de Processo Civil contempla ainda a competência brasileira para julgar ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil (Art. 22, II do CPC). Trata-se de importante inovação, que visa proteger as partes hipossuficientes que não eram contempladas pelas regras do antigo Art. 88 do CPC de 1973[477].

Os países da common law empregam a doutrina do forum non conveniens para afastar a jurisdição de seus tribunais. Esclarece Barbosa Moreira[478] que isso se aplica a casos em que há vantagens consideráveis em se acionar em outro Estado, seja pela facilidade em se obter prova ou em se executar a decisão, seja por por ali ser possível efetuar melhor o julgamento. Nesses casos, o juiz acionado declinaria de sua competência, a fim de que as partes se dirijam ao foro mais conveniente para dirimir seu litígio. Por esse princípio, a atribuição da competência não obriga determinada Justiça a atuar quando solicitada, restando-lhe, sempre, um determinado grau de discricionariedade para recusar a causa. Isso se dá amiúde nos Estados Unidos que, famosos por julgados nos quais a condenação importa em indenizações milionárias decorrentes do sistema de júri civil e do punitive damages, vêem sua justiça procurada como local para propositura de ações que não têm pontos de conexão com o foro, apesar de inexistir regra expressa a impedir sua competência. No Brasil, tais considerações não foram objeto de decisão judicial ou discussão pela doutrina, talvez por não haver na justiça atrativo especial para ações desse tipo.

A questão do forum non conveniens em casos que dizem respeito ao Brasil foi objeto de algumas decisões da justiça americana. Cita-se, como exemplo, o acidente aéreo ocorrido no Brasil entre a Gol e um jato de empresa americana, bem como o acidente da TAM, ocorrido em São Paulo. Em ambos, os parentes das vítimas pretendiam ajuizar a ação nos Estados Unidos, já

que seria o local em que a indenização poderia alcançar maior monta. Nas duas situações, a justiça americana entendeu que apesar de haver elementos para a sua competência[479], o local apropriado era o Brasil, e com isso decidiu aplicar o fórum non conveniens, extinguindo os feitos.[480]

10.1. Competência concorrente

A competência concorrente ocorre em hipóteses predeterminadas, nas quais o Estado brasileiro se julga apto a julgar a lide, mas admite que a justiça de outro Estado também o faça. Ao contrário, no caso da competência exclusiva, somente a justiça brasileira pode cuidar da questão, impedindo o reconhecimento de decisão estrangeira.

Na hipótese de competência concorrente, a norma nacional não exclui a jurisdição de outros Estados, mas também não abdica de sua competência. A sentença eventualmente obtida no estrangeiro necessita ser homologada perante o STJ para que possa ser aqui reconhecida e executada.[481] Havendo competência concorrente, o autor poderá escolher entre a tutela jurisdicional brasileira ou estrangeira; optando pela estrangeira, será homologável a sentença daí advinda.

Basta a ocorrência de um dos pressupostos dos Arts. 21 e 22 do CPC para a determinação da competência internacional.[482] O STJ já decidiu que a competência judiciária brasileira se firmaria quando ocorresse qualquer das hipóteses do Art. 88 do antigo CPC[483], o que se aplica, mutatis mutandis, às disposições correspondentes do novo CPC, mesmo tendo em vista que o artigo 22 acrescentou hipóteses antes não abarcadas pelo sistema anterior, mormente quando aqui houver uma conexão com o autor, em casos referentes à alimentos e a consumidor.[484]

Outra situação que deve prevalecer com o novo CPC pode ser inferida com um caso decidido pelo STJ com relação ao Art. 88, II do antigo CPC. Tratava-se de uma ação de regresso da seguradora por danos em caso de helicóptero que caiu no litoral das Bahamas, em sua viagem inaugural para o Brasil. A seguradora ingressou com a ação no Brasil, para ressarcir-se de despesas referentes a danos a terceiros, inclusive com relação ao piloto, porque o acidente fora provocado por defeito mecânico. Logo de início, a Ré, fabricante do helicóptero, arguiu a incompetência da Justiça brasileira, pois o fato gerador da ação ocorrera no exterior. A questão chegou ao STJ,[485] que proveu o recurso especial, ao argumento de que a competência da justiça brasileira se fundou no inciso II do Art. 88 do antigo CPC, pois a obrigação de ressarcir, oriunda de um ajuste contratual, deveria ser cumprida no Brasil.

Um dos trechos mais relevantes do acórdão frisa que "a competência da autoridade brasileira, embora concorrente que é, não se afasta pelo fato de o contrato ter sido celebrado nos Estados Unidos ou pelo fato de a arrendadora lá ser domiciliada." Afastou-se, assim, a confusão entre a questão da competência internacional versus a da lei aplicável. No curso da lide, por ter sido celebrado no exterior, a lei aplicável ao contrato internacional era a estrangeira, por força do disposto no Art. 9º da LINDB. Todavia, isso não interferiu na determinação da jurisdição, como decidiu o STJ.

Na hipótese de competência concorrente, sendo a ação proposta no exterior e aceitando o réu aqui domiciliado a jurisdição estrangeira (pela citação por carta rogatória ou comparecendo espontaneamente), a sentença daí decorrente será homologada pelo STJ sem maiores problemas (contanto que observados os requisitos legais aplicáveis). O STJ já declarou que não obsta a concessão do exequatur em carta rogatória citatória a competência meramente concorrente ou relativa da autoridade judiciária brasileira.[486]

Cumpre observar, ainda, que se a ação no exterior iniciar-se simultaneamente àquela proposta do território nacional, a justiça brasileira dar-se-á por competente, independentemente do que venha a ocorrer na justiça estrangeira. A decisão estrangeira não poderá ser homologada depois de resolvida a questão no foro brasileiro, porque a proposição da ação perante juízo estrangeiro não tem o condão de transferir a competência para o exterior, nem previne a competência do juiz nacional.[487] Ademais, na esteira do que aduzia o Art. 90 do antigo CPC, não há litispendência no plano internacional. O novel Art. 24 fez questão de esclarecer a questão da coincidência entre duas ações, uma aqui e outra no exterior, dispondo que somente depois da homologação da sentença estrangeira, a ação aqui proposta e que ainda não teve o transito em julgado terá seu prosseguimento interrompido.

Uma novidade do Novo Código de Processo Civil diz respeito a duas novas modalidades de competência concorrente: a competência decorrente do domícilio do autor, nas relações de consumo e de alimentos, e a competência decorrente de eleição de foro estrangeiro pelas partes.

No caso das relações de consumo, quis o legislador no Art. 22, II permitir que o consumidor, na sua residência, pudesse obter a devida reparação dos fornecedores ou pretadores de serviço, ainda que estes tenham sido contratados ou a mercadoria ou serviço tenha sido adquirido outro país. É uma forma de protegê-lo, tendo em vista a sua vulnerabilidade. Essa é uma tendência global, e já foi adotada na Europa, pelo Regulamento (EU) nº 1.215/2012. Nas palavras de André Ramos, essa fixação do foro é importante, pois elimina as barreiras de acesso à justiça e ainda permite que o consumidor se beneficie das regras protetivas brasileiras de inversão do ônus da

prova, já que o Código de Defesa do Consumidor é norma de aplicação imediata[488].

10.1.1. Eleição de Foro

A inclusão de cláusulas de escolha de foro em contratos internacionais é uma prática necessária, dada a inexistência de regras internacionais uniformes e universalmente aceitas sobre jurisdição internacional. Quando o litígio surge, há uma corrida para diversos locais que se apresentem como possíveis foros competentes, porque as partes procuram utilizar o tribunal do país em que sintam poder ser mais beneficiadas. Analisam as vantagens das regras relativas aos aspectos processuais da questão, da lei aplicável, dos custos para a contratação de advogados, entre outras. Essa busca é denominada forum shopping.

A incerteza gerada pelas múltiplas possibilidades abertas com o forum shopping pode diretamente afetar o custo da contratação, seus termos e mesmo sua existência, desencorajando certos negócios somente em razão da análise das condições dos tribunais com possibilidades de julgarem a questão. Daí porque a cláusula arbitral assumiu, com o passar dos anos, grande importância nos contratos internacionais.

A possibilidade de inserir em um contrato internacional uma cláusula de eleição de foro tem ampla aceitação internacional. A par dos exemplos já elencados em inúmeras legislações, destaca-se, no plano internacional, a Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro de 2005, que entrou em vigor em 2015 nos países da União Europeia e no México[489].

No Brasil, apesar do tema ter sido enfrentado na doutrina e na jurisprudência, até a promulgação do Novo Código de Processo Civil a ausência de uma norma expressa levava à incerteza e insegurança jurídica. Agora, com a inclusão de permissão expressa à cláusula de eleição de foro no CPC, a situação muda inteiramente. Os contratos internacionais com tal cláusula gozarão da mesma segurança jurídica disfrutada pelos contratos que optaram pela arbitragem internacional, na qual essa escolha já era plenamente aceita.

Justamente, uma das razões que embasaram o projeto da Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro foi a vontade de equiparar os litígios dirimidos por tribunais estatais àqueles resolvidos através da arbitragem internacional, cujas decisões tem o respaldo para seu reconhecimento e execução na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York). O objetivo da Convenção da Haia é, então, transformar a via judicial em uma alternativa à solução arbitral ao conferir à cláusula de escolha de foro a necessária segurança de seu reconhecimento pelos países signatários. Quer, assim,

auxiliar a cooperação jurídica em matéria civil e comercial e, consequentemente, aumentar e promover o comércio internacional.

A possibilidade de escolher o foro através da inclusão de uma cláusula contratual integra o conceito de autonomia da vontade. No plano nacional, é usual consagrar-se a autonomia da vontade para escolha do foro na esfera contratual, mas no plano internacional o respeito a essa opção das partes pode colidir com o conceito de soberania do Estados. Essa escolha não se confunde com a escolha da lei aplicável, que em geral é inserida no contrato internacional em outra cláusula. A primeira tem implicação exclusivamente processual, e, nas palavras de Marcelo De Nardi, "traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeterem-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios emergentes do contrato".[490] É portanto, tema relacionado à questão da competência concorrente.

Por seu turno, a cláusula de eleição da lei é de direito material, inserida no âmbito da liberdade contratual e da autonomia da vontade, designando a lei aplicável ao negócio jurídico.[491] Pode-se escolher um determinado foro para se discutir os litígios advindos da relação contratual e nele utilizar-se a lei de um terceiro país, seja porque as partes assim o escolheram (através da cláusula de eleição de lei), seja por mandamento da própria norma de conflito do foro (quando as partes não escolheram a lei aplicável, ou quando esta liberdade não é admitida). A redação dessas cláusulas deve ser consensual, pois, embora autônomas, serão interpretadas por um único juiz. Se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada. Portanto, a escolha de foro influi na cláusula de lei aplicável.

A cláusula de eleição de foro nas convenções internacionais

O princípio da liberdade de eleição de foro tem por efeito a derrogação da competência internacional. Além da permissão nas leis nacionais, o tema foi objeto de codificação multilateral.

Na União Europeia funciona, em matéria de jurisdição, o Regulamento (UE) nº 1.215/2012. Essa normativa possui dispositivo expresso que determina ser o tribunal escolhido expressamente pelas partes o único competente.[492] Portanto, havendo cláusula de submissão a um determinado foro, só este é competente. Se outro tribunal for chamado a decidir, deverá necessariamente declarar sua incompetência.

Nas Américas, a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras,[493] que ainda não entrou em vigor no Brasil, acolheu o princípio da autonomia da vontade ao possibilitar a derrogação de competência por

força da cláusula de eleição de foro.[494]

No Mercosul, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual[495] traz dispositivo similar ao da Convenção Interamericana, dando prevalência à cláusula de eleição de foro[496]. O Protocolo só foi objeto de uma manifestação da jurisprudência, quando do julgamento da CR 8.837[497], proveniente do Paraguai, em que a parte alegou ser incompetente a justiça estrangeira por força da cláusula de eleição do foro brasileiro, invocando o Protocolo. O STF devolveu a carta rogatória sem ter sido julgada. Não obstante, o parecer da Sub-Procuradoria da República fez menção expressa ao Protocolo de Buenos Aires, entendendo-o aplicável à espécie. O STJ não julgou nenhum caso do Protocolo até agora.

A Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro

Em 2005, conlclui-se a Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro, no âmbito dos trabalhos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. A convenção evidencia a relevância das questões referentes à autonomia da vontade e seu impacto sobre a determinação do foro competente para dirimir um litígio para inúmeros países, das mais diversas tradições jurídicas, razão pela qual privilegia a autonomia das partes como regra geral de determinação do foro.[498] A Convenção contém cinco capítulos. O primeiro cuida do âmbito de aplicação e das definições (Art. 1º a 4º); o segundo da jurisdição (Art. 5º a 8); o terceiro do reconhecimento e execução dos acordos de escolha (Art. 9º a 16); o quarto, das cláusulas gerais (Art.17 a 23); e o quinto das disposições finais (Art. 24 a 31) com cláusulas comuns a todos os tratados, mas com especial atenção à relação da convenção com outros convênios internacionais.

O campo de aplicação da Convenção vem definido no seu Art. 1º e dirige-se exclusivamente aos casos internacionais, cuja definição é dada no inciso 2 desse mesmo artigo. Também é imperativo que haja uma cláusula específica sobre a escolha do foro, e que tal escolha seja feita em caráter exclusivo. Isso exclui qualquer regra de litispendência internacional. A cláusula deve ser escrita ou documentada de alguma forma.[499] Também houve preocupação com a validade da cláusula em separado, para evitar que qualquer nulidade do contrato a atingisse.

Embora a Convenção tenha aparência simples, foi objeto de grande discussão em face da divergência entre os sistemas jurídicos da common law e do direito civil. Isso porque em muitos países de direito civil a mera presença de uma cláusula definindo o foro já indica que tal escolha foi feita em caráter de exclusividade, ou seja, que nenhum outro foro pode conhecer da causa. No entanto, nos países da common law, a existência da cláusula não implica em exclusividade automática. Era imperativo, assim, que o assunto tivesse uma regulamentação que não deixasse

qualquer margem para a ambiguidade. Apesar disso, a discussão a Convenção abre aos Estados, em seu Art.22, a possibilidade de fazer uma reserva a respeito de tal ponto.

A filosofia da convenção é endereçar as questões hoje conhecidas como B2B (business to business). Mas, para evitar maiores confusões, procurou definir o que é uma relação comercial internacional e aliar a isso a necessidade do reconhecimento da sentença oriunda dessa relação em outros Estados. Por outro lado, se a despeito do caráter internacional a execução estiver no âmbito do país que julgou a questão, o problema não se colocará.

Para uma situação ser aceita como dentro do âmbito de aplicação da Convenção é preciso que se reunam três elementos: internacionalidade da situação; existência do acordo de eleição de foro; e tratar-se de uma situação civil ou comercial.[500]

A Convenção estabelece três regras de jurisdição. Na primeira, o tribunal designado pelas partes, sendo de um país signatário, não pode eximir-se de julgar a causa, salvo algumas exceções bastante restritas, como o caso da invalidade da cláusula (e.g. nulidade decorrente da incapacidade da parte).[501] Essa disposição expressamente proíbe fórmulas em que a corte aplica a teoria do forum non conveniens. A idéia é evitar que um tribunal escolhido possa se recusar julgar o caso em questão com base em suas normas internas. As regras estabelecidas são todas nesse sentido.

A segunda regra cuida do tribunal em que a ação tenha sido proposta, mas que não seja o tribunal escolhido pelas partes. Como princípio geral, tal tribunal deve abster-se de aceitar a jurisdição, mas também aqui a Convenção prevê algumas exceções, bastante restritas, na linha daquelas aplicáveis à corte escolhida.

A terceira regra se dirige à corte em que a decisão deva ser reconhecida e executada. Neste aspecto está o ponto nodal da Convenção, já que a decisão obtida não deve correr risco de ser invalidada no Estado em que será executada. Aqui, a Convenção da Haia se coloca como um contraponto à Convenção de Nova York, ao dar uma garantia similar àquela conferida às decisões obtidas no âmbito da arbitragem. É disponibilizado, inclusive, um modelo de reconhecimento das decisões estrangeiras cuja utilização é recomendada aos tribunais que julgarem casos relativos à Convenção.

Note-se que essa terceira regra cuida de questão posterior ao funcionamento da cláusula de eleição de foro. Aliás, a Convenção só faz sentido quando a decisão necessitar de reconhecimento em outro país, porque a execução no país que aceitou a jurisdição faz parte da aceitação. É o que diz o Art. 9.1, estabelecendo, no entanto, algumas exceções ao princípio geral. Acordos

reconhecidos no foro eleito também gozam da mesma proteção das decisões judiciais, conforme disposto no Art. 12.

No caso do Brasil, a adoção da Convenção seria benéfica, tendo em vista a jurisprudência vacilante sobre os efeitos da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais. É claro que, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, as escolha do foro deixará de ser uma questão. Não obstante, a existência de um instrumento multilateral a assegurar os efeitos dessa escolha para além do território brasileiro seria muito bem-vinda.[502]

A cláusula de eleição de foro estrangeiro no Brasil

Durante muito tempo, diante das lacunas da lei brasileira quanto à possibilidade de se escolher a lei aplicável, a solução era a determinação de um foro no qual esta escolha fosse permitida. Neste caso, sendo o litígio ali julgado, a escolha da lei pelas partes seria respeitada.

A cláusula de eleição de foro é permitida e amplamente utilizada no Brasil para os contratos internos. Mas há nuances quando se analisa a cláusula no contexto de um contrato internacional, em conjunto com as regras de competência internacional. Por serem territoriais as normas processuais de direito público, surge a dúvida quando estamos diante de uma cláusula elegendo o foro estrangeiro, mas a competência brasileira é assegurada pelas regras internas.

No caso da competência exclusiva (Art. 23 do CPC), não é possível fazer prevalecer a cláusula de eleição de foro. Por exemplo, sobre bens imóveis aqui situados somente a justiça brasileira pode decidir. Em o fazendo justiça estrangeira, esta decisão não terá eficácia no território nacional. O problema surge quando há uma cláusula de eleição do foro estrangeiro e é competente concorrentemente a justiça brasileira (Arts. 21 e 22 do CPC). Contrário a essa possibilidade, José Ignácio Botelho Mesquita[503] entende que os limites da jurisdição não podem ser ampliados ou restringidos pela vontade das partes, o que implicaria preservar sempre a competência dos tribunais, independentemente da cláusula pactuada. A cláusula de eleição de foro, perfeitamente válida e permitida pelo direito brasileiro, teria o mero efeito de ser uma obrigação de fazer, sem poder, no entanto, dar às partes a segurança desejada de que somente no foro estrangeiro será julgada a causa.

Por seu turno, a favor da cláusula de eleição de foro, Haroldo Valladão a considerava uma extensão da autonomia da vontade ao processo, particularmente à competência.[504] Essa escolha implicaria uma alteração ou derrogação da jurisdição, sujeita ao limite já estabelecido da autonomia: a ordem pública.[505]

Para Oscar Tenório[506] a competência facultativa não era possível no regime da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916. No entanto, após a LINDB, cita casos divergentes da jurisprudência do antigo Distrito Federal, tendo um deles ensejado interessante acórdão.[507] Decidiu-se ser válida a cláusula de eleição do foro estrangeiro, sem ser uma ofensa à soberania nacional, pois a obrigatoriedade de competência exclusiva da justiça brasileira era somente para os casos expressamente previstos na lei vigente, quando se tratasse de imóveis situados no Brasil. O mesmo Tribunal, em outro caso, julgou de maneira oposta, dando força à disposição convencional das partes na eleição do foro.[508] Julgou-se procedente uma exceção de competência que visava o julgamento da ação no local determinado pela cláusula de eleição de foro (Nova York), sob o argumento de que o Art. 12, § 1º da LINDB permitia que a Justiça estrangeira onde se houvesse estabelecido o foro conhecesse das ações que resultaram da inexecução de contrato.[509]

Há confusão nas decisões dos tribunais entre autonomia da vontade em escolher a lei aplicável — instituto específico do direito internacional privado — e autonomia da vontade em estabelecer, através de uma cláusula contratual, foro em país estrangeiro. Dada a inexistência de previsão expressa até a promulgação do Novo Código de Processo Civil, tampouco havia uniformidade quanto aos efeitos da cláusula de eleição de foro vis-a-vis às regras de competência concorrente.

Marcelo De Nardi analisou a dialética entre a autonomia para escolha do foro na esfera contratual e as regras de competência internacional. O ajuizamento de uma ação perante o juiz nacional, mesmo em face de cláusula contratual que escolheu o foro estrangeiro, pode e deve ser conhecido pelo magistrado, pois a parte ré que aceitar aquele foro estará tacitamente contrariando a cláusula e aceitando sua modificação. Por se tratar de caso de competência relativa, é possível efetuar essa modificação.[510] Também com a inexistência de litispendência no plano internacional, não é contrário à ordem pública brasileira aceitar a competência nas hipóteses dos Arts. 21 e 22 do CPC.

Ainda sob a ótica do antigo CPC, o STJ entendeu que não se poderia afastar, pela inclusão de cláusula que elege o foro estrangeiro, a competência internacional da autoridade judiciária brasileira.[511] Essa posição representou um recrudescimento da idéia da competência concorrente internacional em plano de igualdade com a competência estrangeira. Para o STJ, deveria ser prestigiada a competência brasileira, ainda que as partes tenham optado pela justiça estrangeira.[512] Em sentido contrário, a doutrina em sua maior parte sempre prestigiou o maior movimento dos negócios internacionais e, com ele, a escolha de foro pelas partes, o que agora se reflete no novo Art. 25 do CPC.

Eleição de foro no CPC de 2015

Desde o início das negociações sobre um novo Código de Processo Civil, nos manifestamos a favor da inclusão de uma permissão expressa na nova legislação. Só com uma referência clara na lei seria possível acabar com as dúvidas e incertezas oriundas da ausência de previsão legal e, consequentemente, com as decisões vacilantes dos tribunais.

Em conjunto com outros juristas, sugerimos,[513] ainda na época da Comissão do Senado liderada pelo Ministro Luiz Fux, a inclusão de um artigo a respeito, tendo como inspiração a Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro. A inclusão foi alvo de criticas e suprimida na Câmara.[514] Todavia, acabou prevalecendo o princípio da autonomia da vontade e de proteção às relações comerciais brasileiras.

O resultado nos parece bastante equilibrado. Para que a cláusula seja válida, é necessário que o acordo seja expresso e ainda explicite que se trata de uma cláusula exclusiva. Isso evita a interpretação da cláusula como uma mera obrigação de fazer e está de acordo com a prática dos países da common law em que na ausência de determinação expressa de que a cláusula tem caráter exclusivo implica na possibilidade de as partes recorrerem a poder judiciário diverso do escolhido. A Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro contém previsão no mesmo sentido.

O § 2º do Art. 25 do CPC remete aos §§ 1º a 4º do Art. 63[515], que cuida da possibilidade de as partes, em um processo interno, modificarem a competência em razão do valor e do território. Em alusão aos requisitos de validade e condições previstas nos parágrafos desse Art. 63, tem-se que a eleição de foro em contratos internacionais deve constar de instrumento escrito, obriga os herdeiros e sucessores das partes, não pode ser abusiva, sob pena de ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz antes da contestação. Contudo, cumpre observar que, uma vez citado, caberá ao réu alegar a abusuvidade da cláusula, sob pena de preclusão.

Outro ponto de destaque é a necessidade de sua arguição pelo réu na contestação, conforme consubstanciado no caput do Art. 25 do CPC. Esse o momento adequado, após o que ocorre a preclusão. A regra se coaduna com a do Art. 21, III, que elenca como hipótese de competência concorrente a escolha, expressa ou tácita, das partes de se submeter à jurisdição nacional. Ou seja, se houver cláusula expressa de eleição de foro estrangeiro, mas a parte ré não demandar sua aplicação na contestação, dar-se-á a aceitação tácita do foro brasileiro, e não será mais possível trazer à baila essa discussão. Assim, a partir de agora, é preciso que a parte ré em um contrato internacional com cláusula de eleição de foro estrangeiro tenha o cuidado de reiterar a aplicação

da cláusula logo em sua contestação a uma ação no Brasil, sob pena de não poder faze-lo mais adiante no curso do processo.

Um último item de importância a ser mencionado diz respeito aos casos de competência exclusiva da justiça brasileira. Nestes, independente do ajuste contratual e da arguição de uma parte em sede de contestação, a cláusula de eleição de foro não será válida, por força do Art. 22 do CPC.

A cláusula de eleição de foro na jurisprudência anterior ao CPC de 2015

Até a promulgação do Novo Código de Processo Civil em 2015, a grande questão acerca da competência concorrente da justiça brasileira dizia respeito aos efeitos da cláusula de eleição de foro em um contrato.

Havia discórdia na doutrina e o STJ, a seu turno, se manifestava no sentido de que as regras de competência internacional seriam imperativas e não poderiam ser derrogadas, a priori, por disposição das partes.[516] Mesmo diante de uma cláusula elegendo o foro estrangeiro, a ação proposta no Brasil teria seu curso normal, ao passo que a ação proposta no exterior só seria aqui reconhecida e executada após a devida homologação.[517]

Ainda em 2015, o STJ voltou a reiterar sua posição no RO 114[518]. Tratava-se de contrato de construção advindo de licitação internacional, para construção de imóvel no Brasil. A construtora era brasileira e a contratante, a Argentina. No contrato, havia cláusula expressa elegendo o foro alienígena, mas ainda assim a autora ingressou com ação no Brasil. Em seu voto, o Relator indaga se no caso concreto a cláusula de eleição de foro excluia a possibilidade de ajuizamento da ação no Brasil, o que implicaria em permitir que a vontade das partes afastasse a jurisdição brasileira. Responde negativamente, com base nos casos anteriormente decididos no STJ, inclusive o acima citado. Veja-se o trecho central de sua argumentação: A jurisdição, como exercício da soberania do Estado, é inderrogável e inafastável e, ainda que válidas, como na presente hipótese de competência internacional concorrente, as cláusulas que elegem foro alienígena em contratos internacionais não têm o poder de afastar a jurisdição brasileira. Entender de forma diversa, apenas porque as partes assim o pactuaram, significaria, em última análise, afronta ao postulado da soberania nacional.

Há outros dois casos julgados pelo STJ que merecem ser apontados, pois abordam o que foi chamado de comportamento contraditório das partes, do adágio em latim, venire contra factum proprium. Em ambos, a manifestação do STJ levou em conta o rompimento da boa-fé objetiva, e não exatamente a ofensa à soberania nacional No primeiro, o STJ extinguiu um processo sem

resolução de mérito, após verificar que a parte havia ingressado no judiciário brasileiro depois de perder a ação no estrangeiro, com o fito de impedir que tal decisão estrangeira – que lhe era desfavorável - fosse homologada e executada no Brasil.[519] No segundo, negou-se seguimento a recurso especial que pretendia discutir o Art. 88 do antigo CPC, ante a existência de uma cláusula de eleição do foro estrangeiro.[520]

O novo CPC pacifica a questão e insere o país no sistema global, no qual essa permissão há muito é respeitada pelos tribunais arbitrais e judiciais. Portanto, brevemente a jurisprudência mencionada deve ser alvo de modificação, diante da previsão expressa do Art. 25, especialmente tendo em conta que a regra processual se aplica imediatamente, inclusive aos casos pendentes.[521]

10.2. Competência exclusiva

A competência exclusiva dos tribunais brasileiros, prevista no Art. 23 do CPC, dirige-se a (i) ações relativas a bens imóveis situados no Brasil, (ii) sucessão hereditária, no que concerne a confirmação de testamento particular e o inventário e partilha de bens situados no Brasil e (iii) ações relativas a divórcio, separação judicial ou dissolução da união estável, no que concerne a partilha de bens situados no país. Ao contrário dos casos de competência concorrente, não é possível reconhecer a competência estrangeira quando for pedida a homologação de sentença estrangeira que versar sobre qualquer uma dessas hipóteses, pois só à Justiça brasileira cabe aprecia-las.[522] Do mesmo modo, também não é possível dar efeitos à claúsula que elege foro estrangeiro como sendo competente para conhecer e processar ações que recaiam sob a competência exclusiva dos tribunais brasleiros.

É irrelevante a nacionalidade das partes para a fixação da competência exclusiva da autoridade judicial brasileira. A esse respeito, veja-se Pontes de Miranda, em comentário ao Art. 89 do antigo CPC: "[a] regra jurídica do art. 89, II, mostra que se teve por finalidade evitar-se a intromissão de juízo do exterior nas ações de inventário e partilha de bens, situados no Brasil, sem se ter de averiguar se estrangeiro o de cujus, mesmo se domiciliado e residente fora do território brasileiro".[523]

O âmbito da expressão "ações relativas a imóveis situados no Brasil" (inciso I do Art. 23) é amplo. Não importa o tipo de ação, a regra incide na espécie, seja a ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva.[524] Sobre o objeto do litígio, ou a sua causa, há controvérsia a respeito de sua aplicação apenas às ações in rem — fundadas em direito real —, e não às ações in personam — fundadas em direito obrigacional.

Sob a vigência do antigo CPC, o STF consolidou, após certa hesitação,[525] o entendimento,[526] seguindo a melhor doutrina,[527] de que essas ações só abrangeriam as de cunho real. As fundadas em obrigações não estariam compreendidas no rol do antigo Art. 89. Nesse sentido, veja-se recurso extraordinário decidido pelo STF, em que se discutia o cumprimento de uma promessa de compra e venda de imóvel situado no Paraguai, cujo contrato fora aqui celebrado e sendo aqui o local de sua execução. O STF afastou uma aplicação a contrario sensu do Art. 89, I do CPC, afirmando a competência da jurisdição brasileira, não obstante o imóvel estar situado em Estado estrangeiro, pois tratava-se de uma obrigação de fazer (outorga da escritura), de cunho pessoal, e o foro do domicílio dos contraentes — Brasil — havia sido eleito para a execução do contrato.[528]

É uma tendência geral os Estados soberanos terem competência exclusiva para causas relativas a imóveis situados em seu território, por configurarem questão de ordem pública lato sensu e de segurança jurídica. A contrario sensu, também o Brasil se declara incompetente para as ações que versem sobre imóveis situados no exterior.

Não obstante, é possível dar nóticia de uma certa mudança de posição no STJ, no que diz respeito à partilha de bens adquiridos na constância do casamento, mas que estejam localizados no exterior. Embora reconheça que não pode dispor dos bens que não estão no territorio nacional, o STJ traz novo entendimento sobre a definição dos direitos e obrigações relativos ao desfazimento da união, asseverando que a partilha deve ser igualitária, para evitar violação às regras de direito de familia vigentes no Brasil.[529] Esse posicionamento foi firmado em ação de divórcio ingressada no Brasil. Ambas as partes possuiam domicílio no país. No entanto, havia bens situados no Uruguai, consistentes em uma fazenda e dinheiro em conta bancária. A decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que utilizou o direito material brasileiro, e tinha por norte promover a divisão equilibrada do patrimônio, não ordenou que viessem à colação os bens situados no exterior, mas promoveu o equilibrio da divisão dos bens situados no Brasil levando em conta a existência de tais bens. Para isso, determinou a compensação dos valores dos bens que não se encontravam em território brasileiro. No entender do STJ, a decisão não afrontou o Art. 89 do CPC vigente, e ainda estaria em consonância com precedentes mais antigo da corte[530]. Essa posição se coadnuna com a situação inversa, que agora vem expressamente disposta no Art. 23, III do CPC.

Sobre o inciso II do antigo Art. 89, que hoje corresponde, em sua essência, ao Art. 23, II, do CPC, o STF entendeu como aceitável a partilha realizada no exterior, de bens aqui situados, quando levada a cabo em sede de divórcio, porque este artigo se destinaria, em verdade, à sucessão mortis causae.[531] O artigo se refere a bens, aí incluídos os bens móveis e imóveis (Art. 8º da LINDB), e também ao conjunto de bens, acolhendo o sistema unitário.[532] Desde que a

competência para a homologação de sentenças estrangeiras passou ao STJ, este Tribunal também se posicionou de forma similar ao STF na questão da competência exclusiva, ao menos sob a égide do antigo CPC, tendo homologado diversas decisões a respeito de partilha inter vivos.[533] Vale notar que no atual CPC as causas envolvendo partilha de bens situados no Brasil em função de divórcio têm acolhida expressa no inciso III do Art. 23, o que certamente fará o STJ revisitar sua posição.

Há vários exemplos na jurisprudência de casos em que o de cujus deixa bens em mais de um país, sendo necessário proceder-se a mais de um inventário. Para os bens aqui situados, o inventário se processa no Brasil, para os que estão em país estrangeiro, é necessário iniciar-se o inventário naquele local.[534]

11. Imunidade de Jurisdição

"The topic of state immunity is endlessly fascinating, both substantively and because of this intriguing interplay between international and domestic law."

Rosalyn Higgins[535]

Apesar de ser tema do Direito Internacional Público, a imunidade de jurisdição insere-se no domínio do DIPr por ser uma das questões que afligem o Judiciário no momento de determinar sua jurisdição em causas em que figura como parte um Estado estrangeiro. Estabelecida a competência do juiz nacional, esta poderá ser limitada pela imunidade do Estado estrangeiro.

Conforme assente em direito internacional,[536] os órgãos jurisdicionais de um Estado não podem conhecer de litígios em que figurem como demandados outros Estados ou determinados entes internacionais. Também os agentes diplomáticos de um Estado possuem imunidade, pois eles representam e conduzem os interesses do país no estrangeiro. O exercício de suas funções é assegurado pela inviolabilidade de sua pessoa e da sede da missão. Sua imunidade sempre resultou de práticas costumeiras da diplomacia internacional, tendo sido posteriormente objeto de regulamentação pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961[537] e pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963[538], que positivaram as regras há muito reconhecidas pelo costume internacional.[539] No entanto, o primeiro esforço codificador da temática da imunidade de jurisdição de que se pode dar notícia foi a Convenção Internacional para a Unificação de certas Regras concernentes às Imunidades dos Navios de Estado, firmada em Bruxelas.[540]

11.1. Desenvolvimento histórico do conceito de imunidade de jurisdição

A imunidade encontra suas bases teóricas no princípio par in parem non habet imperium — o princípio de igualdade das nações — e no princípio da soberania dos Estados. Em um primeiro momento, a imunidade resguardava a pessoa do Chefe de Estado e seus representantes. Depois, assentou-se como um princípio de Direito Internacional Público costumeiro a partir da jurisprudência das principais nações mercantes no século XIX, pois os tribunais domésticos se

viram diante de um número crescente de litígios de cunho internacional e tiveram que encontrar uma solução para as ações em que os Estados estrangeiros figuravam como parte.[541]

As normas sobre imunidade dos Estados são internacionais e influenciam o direito interno dos Estados ao limitar sua jurisdição. Segundo Gaetano Morelli,[542] a imunidade de jurisdição consiste em um tratamento especial que o direito processual institui em favor de determinados sujeitos e que se concretiza em uma exceção ao princípio da sujeição à jurisdição.

Determinada a imunidade, é preciso estabelecer sua amplitude. No início, possuía caráter ilimitado, mas em sua versão moderna encontra-se limitada aos atos de império. Não significa que o Estado estrangeiro seja eximido de responsabilidade, apenas que naquela jurisdição não se poderá acioná-lo, o que não impede que seja acionado na jurisdição estrangeira. Rosalyn Higgins[543] aponta as dificuldades de como efetuar a distinção dos atos de império dos atos de gestão. O tribunal local sempre terá que analisar o caso concreto para chegar à classificação correta.[544]

A Bélgica foi pioneira na mudança do conceito de imunidade absoluta que depois se espalharia pelo mundo, quando, a partir de 1878, passou a negar a imunidade quando o Estado agisse na condição de pessoa privada. Além de enfatizar a possibilidade de Estados estrangeiros utilizarem as cortes belgas quando em negócios privados, deixou claro que, apesar da dificuldade da execução posterior do julgamento contra o Estado estrangeiro, isso não tornava o julgamento sem valor, eis que o Estado estrangeiro poderia cumprir o julgado espontaneamente.[545]

Com o aumento das atividades comerciais dos Estados, a justificativa para a imunidade absoluta foi ficando cada dia mais tênue, até chegar-se a um consenso em torno da necessidade da restrição da imunidade absoluta dos Estados, mas sem qualquer uniformidade na comunidade internacional em torno dos critérios aplicáveis à distinção jus imperii x jus gestionis.[546]

11.2. Convenções internacionais

No início do século XX, houve várias iniciativas codificadoras do direito internacional público na América Latina. Nas Conferências Pan-americanas, Epitácio Pessoa, comissionado pelo Brasil, apresentou seu projeto de Código de Direito Internacional Público. Na exposição de motivos, explica que quis incorporar ao texto normas já existentes em outros tratados multilaterais dos quais os países envolvidos nas negociações eram signatários. No título II, ao cuidar das restrições à soberania, traz a imunidade dos agentes do Estado estrangeiro e de seus

bens ao estabelecer que não estão sujeitos à soberania territorial os Chefes de Estado, agentes diplomáticos, e navios, aviões e tropas do Estado estrangeiro (Art. 82). Em seguida, no capítulo especial sobre os agentes diplomáticos, cuida de suas imunidades (Arts. 125 a 147). Em 1928, o Código Bustamante dispôs sobre a imunidade dos Estados (Arts. 333 a 339).[547]

Em 1972, a primeira convenção multilateral sobre o assunto surgiu no âmbito da então Comunidade Europeia — a Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição. Baseou-se na teoria da imunidade restrita,[548] e se preocupou com o problema da execução recíproca de julgamentos nos países membros da CE.

Em 2004, a Comissão de Direito Internacional da ONU completou seu projeto de convenção sobre a matéria, a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens, em que se procurou codificar as regras costumeiras já existentes. Trata-se de um grande esforço da comunidade internacional em uniformizar o tema. Seu texto foi inspirado nas leis internas de países como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália, cuja legislação possui a restrição absoluta somente para os atos de império.

A Convenção estabelece como princípio geral a imunidade de jurisdição, e elenca as exceções ao princípio.[549] A seguir, na sua parte III, em uma série de artigos, elenca as situações em que a imunidade não prevalece, podendo o Estado estrangeiro ser acionado, a saber: transações comerciais; contratos de trabalho; danos causados a bens e a pessoas; propriedade, posse e utilização dos bens; propriedade intelectual e industrial; participação em sociedades ou outras pessoas coletivas; navios de sua propriedade ou que explora; quando concluir por escrito um acordo de arbritragem. Com isso, tem-se uma lista fechada dos casos em que a imunidade estaria excepcionada, o que auxilia a definição das hipóteses de atos ius gestionis.

Além disso, define o Art. 3º quais as funções de Estado cujo exercício é considerado como ius imperii: aquelas que dizem respeito às suas missões diplomáticas, em sentido amplo e as pessoas a elas relacionadas.[550]

A Convenção, no entanto, ainda não entrou em vigor[551]. Até o presente, 21 Estados a ratificaram, sendo necessário 30 para que entre em vigor. São eles: Áustria, República Tcheca, Finândia, França, Irã, Iraque, Itália, Japão, Cazaquistão, Latvia, Líbano, Liechtenstein, México, Noruega, Portugal, Romênia, Arábia Saudita, Eslováquia, Espanha, Suécia e Suiça.

11.3. No Brasil

11.3.1. Regulamentação na legislação brasileira

A matéria não foi regulamentada de forma expressa na legislação pátria, dependendo de algumas normas gerais, presentes na Constituição e na prática jurisprudencial dos tribunais. Por esta razão, a posição da doutrina teve papel preponderante, a ponto de o Ministério das Relações Exteriores esclarecer, no início do século XX, em ofício que respondia ao questionamento de um Estado estrangeiro, que, à míngua de regulamentação, deveria informar-se o requerente no livro de Clóvis Bevilaqua.[552]

A diplomacia brasileira cuidou do problema a partir da proclamação da República.[553] Os tribunais nacionais nem sempre reconheceram a imunidade dos Estados estrangeiros. Em 1891, por conta de um mandado de penhora expedido contra o Consulado de Portugal, por ter sido este condenado pela Corte de Apelação em despesas que fizera como curador de uma herança, um grupo de oficiais de diligências, acompanhado de força policial, invadiu o recinto do consulado para proceder à diligência. Contra esta deligência se revoltou o Cônsul-geral, declarando que a invasão policial era injustificável em face das regras de direito internacional, e que, coagido daquela forma, não podia exercer o seu munus. Retirou-se o delegado sem cumprir a ordem e instaurou-se um litígio entre os diversos setores do Poder Executivo, até que ficasse estabelecido que tal ordem não poderia ser cumprida por força da imunidade de jurisdição com a qual contava a legação em questão.[554]

Em 1906, Clóvis Bevilaqua exara parecer[555] sobre a imunidade de jurisdição de cônsul em matéria penal. Após digressão sobre a imunidade, entende que aos cônsules não alcança a imunidade dos diplomatas nos crimes comuns, mas tão-somente nos de caráter funcional, quando então não devem intervir as justiças locais.[556] O Ministro Felix Pacheco, no ofício em que respondia à consulta da Alemanha sobre as regras brasileiras, esclareceu não haver lei regulando o assunto, mas sim algumas regalias, aconselhando a leitura do capítulo respectivo da obra do Dr. Clóvis Bevilaqua.[557]

Nos anos 50, Hildebrando Accioly deu parecer sobre a questão da imunidade de jurisdição civil de um secretário de embaixada estrangeira que havia sido citado em uma ação sobre aumento de aluguel do apartamento em que morava.[558] Aponta como cerne da questão a imunidade de jurisdição civil dos diplomatas, e esclarece que a prática internacional dos governos confirma a doutrina que abriga os diplomatas da jurisdição dos países em que servem, para colocá-los em segurança no exercício de sua missão. Sugeriu, ao final, que o Ministério das Relações Exteriores procurasse um meio oficioso de fazer chegar ao Judiciário os competentes esclarecimentos que permitissem fosse corrigido o que a seu ver fora um erro em face dos

princípios jurídicos correntes derivados do direito internacional.[559]

Posteriormente, Haroldo Valladão, também no papel de Consultor do Ministério das Relações Exteriores, explicita melhor a questão, ao explicar que não só a imunidade de jurisdição é absoluta, mas como também a renúncia a ela pelo Estado estrangeiro deve ser manifesta de forma expressa.[560]

A posição brasileira defendida por Clóvis Bevilaqua no início do século XX, evoluiu da imunidade absoluta, desgastada no cenário internacional, para a teoria da imunidade restrita. A Constituição de 1988 não cuidou da matéria de forma expressa, restando implícito o conceito na exegese de seu Art. 4º, que trata das relações internacionais. Entre eles, os princípios da igualdade entre os Estados e da não-intervenção, nos quais pode ser vislumbrada a imunidade de jurisdição.

11.3.2. Posição da jurisprudência brasileira

A jurisprudência adotou a imunidade absoluta até 1989, quando o STF modificou seu entendimento. Veja-se especialmente o RE em HC 49.183,[561] que cuidou da imunidade de jurisdição dos funcionários consulares; a AC 298,[562] que cuidou de interessante ação entre dois Estados soberanos perante o judiciário brasileiro; a AC 9.684,[563] na qual o silêncio do demandado, Estado estrangeiro, foi considerado como recusa à jurisdição brasileira; a AC 9.686,[564] na qual, em uma ação trabalhista de particular contra Estado, a recusa deste à jurisdição brasileira foi causa da extinção do processo, o que também foi mantido em outros julgados.[565]

Em 1989, em apelação cível, o STF negou imunidade à República Democrática Alemã em causa de natureza trabalhista. Esse transformou-se no leading case do assunto, não só pelo voto do relator, que interpretara a mudança de paradigma do ordenamento jurídico brasileiro a partir das novas regras da Constituição de 1988, mas também graças ao voto do ministro Francisco Rezek, que em sua análise efetuou a distinção entre atos jus imperii e atos jus gestionis, alinhando-se ao moderno direito internacional público vigente nas nações civilizadas.[566]

A partir de então, tornou-se pacífico o novo entendimento, passando-se a reconhecer que os Estados soberanos não mais gozavam de imunidade de jurisdição perante cortes estrangeiras, quando se tratasse de atos de gestão.[567] As cortes federais e estaduais seguiram a nova posição na área trabalhista, na qual se concentra a maioria dos casos.[568] Neste ponto, a competência da justiça do trabalho para processar e julgar ações oriundas de relação de trabalho abrangendo

Estados estrangeiros tem sido invocada à luz do Art. 114, I da Constituição Federal, o qual menciona expressamente entes de direito público externo[569].

Diversos aspectos da imunidade de jurisdição tem sido esclarecidos pelo STJ, ao julgar recursos ordinários de questões envolvendo Estados estrangeiros.

Uma dessas matérias diz respeito à posssibilidade de execução fiscal de Estados estrangeiros, que é regulada pelas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares.[570] Nos termos estipulados nas respectivas convenções, o Estado acreditante, o Chefe da Missão diplomática, os locais consulares, os funcionários e os empregados consulares e suas respectivas famílias gozam de isenção fiscal.[571] Neste caso, tem-se reconhecido a imunidade absoluta de jurisdição executória.[572]

Tratava o caso de recurso ordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra sentença que havia extinguido sem resolução do mérito a ação de cobrança de IPTU e taxas de limpeza e iluminação pública em face do Estado da Bolívia. O Município do Rio de Janeiro alegava que a Bolívia, ao utilizar serviços públicos prestados pela municipalidade, praticava atos de gestão, não podendo eximir-se do pagamento dos respectivos tributos. Considerou, ainda, que o Art. 32 da Convenção de Viena sobre relações Consulares de 1963 autorizaria a cobrança de tributos devidos em razão da prestação de serviços públicos.

O STJ considerou que os Arts. 23 e 32 da Convenção de Viena isentariam o Estado estrangeiro e o Chefe da Missão "de todos os impostos e taxas, nacionais, regionais ou municipais, sobre os locais da Missão de que sejam proprietários ou inquilinos, excetuados os que representem o pagamento de serviços específicos que lhes sejam prestados"; razão pela qual a cobrança de IPTU seria indevida. Por outro lado, no que se refere às taxas de limpeza e de iluminação pública, a cobrança seria, em princípio, possível, já que enquadrada na exceção consagrada nas normas da convenção. Não obstante, acompanhando as manifestações do STF, que declarou inconstitucionais as referidas taxas em razão da ausência de especificidade, o STJ deidou de conhecer o recurso, obstando, com isso, a cobrança intentada pelo Município do Rio de Janeiro.

Esse posicionamento foi mantido no RO 138[573], oportunidade em que o STJ deixou claro o posicionamento de que a cobrança de IPTU esbarrava na imunidade tributária e de jurisdição prevista nas Convenções de Viena de 1961 (Art. 23) e de 1963 (Art. 32). Por outro lado, conquanto a taxa de coleta de lixo e de iluminação pública não violem o Art. 145, II da Constituição Federal dada a sua especificidade, prevalece a tese fixada pelo STF de que é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória, salvo renúncia expressa do mesmo.

Há outros exemplos de julgados sobre a imunidade de execução, tendo o STF esclarecido o ponto ao considerar a imunidade de execução mais abrangente do que a de jurisdição.[574] A execução forçada contra os Estado estrangeiro continua impossível, tendo em vista a impenhorabilidade dos seus bens, regulamentada nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares.[575] No entanto, quando se tratar de bens estranhos a sua própria representação diplomática ou consular a imunidade de execução poderá ser relativizada.[576]

Acerca da imunidade de jurisdiçao face a prática de ato ius imperii, o STJ reconheceu sua ocorrência no julgamento do RO 65.[577] Tratava-se de situação que envolvia atos praticados na época da segunda guerra mundial.[578] Esse caso diz respeito ao afundamento de um barco pesqueiro brasileiro na costa brasileira, por um submarino alemão U-199. São vários os casos que chegaram ao STJ sobre os mesmos fatos, tendo em vista o numero plural de vítimas. Todos foram julgados da mesma forma e considerado o ato em questão como de ius imperii. Um dado interessante, é que muitos deles suscitaram a discussão a respeito da renúncia à imunidade, pois a Alemanha restou silente. O STJ esclareceu que a renúncia deveria ser expressa, e o silêncio não implica em uma renúncia tácita, não se podendo compelir o Estado estrangeiro a responder ação indenizatória por ato de império. Essa obrigatoriedade da renuncia expressa para que a execução possa ser viabilizada foi mantida pelo STJ em inúmeros outros casos.[579]

Destca-se, ainda, no que concerne à imunidade de jurisdição na prática de atos ius imperii, o RO 100, em que se pedia que a Italia entregasse determinados documentos e esta recusou, sob o argumento de serem questões de Estado.[580] No corpo do acórdão, o Relator claramente se manifesta: “Não há dúvida que o critério adotado por um Estado Soberano para o fornecimento de documentos em seu poder é ato de império.”

Outro tipo de caso clássico de ato ius imperii diz respeito à recusa da concessão de visto. A matéria é tratada diretamente no Art. 43, I na Convenção de Viena sobre Relações Consulares[581], em que se explicita não serem sujeitos à jurisdição nacional os funcionários e empregados consulares a serviço de outro país.

Em caso envolvendo a concessão de visto a um menor pelo Japão, o STJ aduziu que a Convenção citada protege os agentes consulares quando praticam atos de império, sendo a concessão de vistos um deles.[582] Na fundamentação do acórdão, o ministro relator esclareceu que o ato de conceder o visto “reveste-se de poder de império, e seria derivado da soberania do Estados.”

11.4. A sujeição do Estado Brasileiro à justiça estrangeira

A possibilidade ou não de o Estado brasileiro renunciar à sua imunidade foi objeto de controvérsia. Antenor Madruga entende que não se pode falar em renúncia de imunidade, pois o Estado brasileiro se submete à jurisdição de outro Estado para solucionar uma lide relacionada à sua atividade de gestão. Essa posição encontra oposição da doutrina especializada, que acredita ser a imunidade do Estado brasileiro irrenunciável, o que impediria qualquer ação no exterior.

É da competência da Justiça Federal o julgamento das causas de que a União seja parte.[583] Alguns autores se valem desse dispositivo para afirmar não ser possível realizar qualquer julgamento contra a União em outra jurisdição. Haroldo Valladão[584] entendia ser inadmissível a renúncia do foro e da imunidade de jurisdição pelo Brasil, seguindo entendimento de Pontes de Miranda, que considerava necessária uma autorização constitucional para que tal renúncia fosse possível. Posteriormente, Jacob Dolinger critica essa posição do Brasil, sugerindo que se adote aqui uma legislação inspirada na lei britânica.[585] Mas o STF, então competente, concedeu o exequatur à citação por carta rogatória de empresa pública brasileira, que foi processada nos Estados Unidos.[586]

Por sua vez, nos últimos anos surgiram novos casos no STJ, e este tem reiteradamente se manifestado contra a citação da União quando entende ser caso de imunidade absoluta. No entanto, quando acredita se tratar de imunidade relativa, o STJ tem concedido o exequatur para se proceder à citação,

Com efeito, o STJ se manifestou contrariamente à concessão do exequatur para citação do país, na CR 2658 proveniente dos Estados Unidos[587], no âmbito de uma ação de indenização em função de atos praticados em navio brasileiro, que se encontrava em missão no exterior. O STJ entendeu que os atos referidos eram de império, sendo hipótese de imunidade de jurisdição do Estado. Cita como precedente a CR 9697 do STF. Portanto, somente no Brasil esta ação poderia ser ajuizada. Na CR 3324[588], entendeu o STJ que atentaria contra a sobernia nacional conceder o exequatur para ofertar bens à União para processo em curso na Espanha. Para o STJ, somente em sede de homologação da decisão estrangeira é que a questão poderia ser analisada. Ainda no mesmo sentido, na CR 6496[589], O STJ entendeu que a tentativa de intimar a União e demais interessados em ação de indenização perante a justiça paraguaia ofendia a soberania nacional. A ação tinha por pano de fundo atos jurisdicionais praticados pelo Brasil em ação criminal contra os demantantes paraguaios. No entender do STJ, tais atos são expressão da nossa soberania nacional e, portanto, não poderiam ser submetidos ao crivo de jurisdição estrangeira.

Por outro lado, na CR 9988[590] , em que os Estados Unidos requereram a citação do Ministério das Relações Exteriores em ação de demissão baseada em suposta discriminação de idade, o Ministro Presidente entendeu que este era um mero ato de comunicação processual e deveria ser deferido, eis que não tinha caratér executório nem contrariava a ordem pública. Destacou, ainda, que a citação não implicava em renúncia à imunidade do Estado, devendo o exequatur ser deferido. A União, inconformada, interpos agravo regimental, ainda não julgado.

Outro caso interessante é a CR 9614[591], em que a justiça uruguaia pretendia citar o Banco Central do Brasil para responder à ação em que se discutia sua atividade fiscalizatória. O Ministro Presidente entendeu ser clara a atividade de imperio do BACEN, o que impedia sua submissão à justiça uruguaia. O exequatur foi, assim, indeferido.

12. Aplicação e prova do direito estrangeiro

" A grande conquista do Direito Internacional Privado é a aplicação do direito estrangeiro sempre que a relação jurídica tiver maior conexão com outro sistema jurídico que o do foro"

Jacob Dolinger[592]

Uma das peculiaridades do sistema de conflito de leis é a aplicação do direito estrangeiro sempre que a relação jurídica tiver maior conexão com outro sistema jurídico do que com o do foro (Arts. 7º a 17 da LINDB). Esta é, para Dolinger, a grandeza da disciplina, pois a aplicação da lei estrangeira pelo juiz nacional não significa qualquer perda de seu poder soberano, mas a compreensão de que em determinadas circunstâncias é necessário aplicar lei emanada de outra soberania, porque assim se poderá fazer melhor justiça.[593] Esse tema não foi objeto de muita especulação doutrinária nos últimos anos, razão pela qual a doutrina a respeito é de meados do século vinte.

Após suscitado o método conflitual, e sendo aplicável a lei estrangeira, são necessários mecanismos para sua comprovação. A LINDB[594] abre ao juiz a possibilidade de exigir da parte que comprove o direito estrangeiro. Os comentaristas sempre pugnaram pela obrigatoriedade da aplicação de ofício do direito estrangeiro. Serpa Lopes[595] esclarece que a lei estrangeira não difere da lei interna, e por isso seu modo de prova não pode ser igualado aos dos fatos comuns. Portanto, acredita que embora as partes possam auxiliar na sua comprovação, cabe ao juiz, de ofício, procurar a prova de sua existência.

Em continuação a esse raciocínio, a interpretação de Oscar Tenório não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de o juiz deixar de resolver o litígio sob a alegação de que não conhece o teor e a vigência do direito estrangeiro.

O juiz não possui o arbítrio de aplicar a lei estrangeira ou a lei interna, pois cabe-lhe aplicar a lei competente.[596] O CPC seguiu a mesma linha desde o Código de 1939 (Art. 212), passando pelo Código de 1973 (artigo 337), e agora com o Código de 2015 (Art. 376)[597]. No entanto, nenhum deles possui regras direcionadas à forma pela qual essa comprovação será realizada. Ante esta lacuna, deve-se recorrer aos convênios internacionais aos quais o Brasil tenha aderido.

Possuem regras específicas sobre esse ponto o Código Bustamante, a Convenção

Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro de 1979[598] e o Protocolo de Las Leñas do Mercosul[599]. Apesar de serem convenções de cunho regional, podem ser utilizadas também como fonte subsidiária (pela doutrina e pela jurisprudência) quando da ausência de regras específicas. Essa tradição, iniciada com o Código Bustamante, cristalizou-se em decisão do STF, na homologação da SE 993.[600] É salutar que a tradição continue e que se aproveite também os ventos modernizadores das Convenções Interamericanas.[601]

O Código Bustamante[602] indica várias formas de se proceder à prova do direito estrangeiro, tais como através de certidão de dois advogados militantes no local da lei estrangeira. Também o juiz poderá requerer a prova por via diplomática. A Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro, em seu Art. 3º, estipula, exemplificativamente, três formas de prestação da cooperação para essa atividade[603]:

> "(a) a prova documental, consistente em cópias autenticadas de textos legais com indicação de sua vigência, ou precedentes judiciais;
> (b) a prova pericial, consistente em pareceres de advogados ou técnicos na matéria;[604]
> (c) as informações do Estado requerido sobre o texto, vigência, sentido e alcance legal do seu direito acerca de aspectos determinados."

A Convenção estabeleceu um mecanismo expedito para a prova e a informação do direito estrangeiro, seguindo os meios de prova vigentes nos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-partes e aperfeiçoando o sistema previsto no Código Bustamante.[605] É precursora na proposição da utilização de autoridades centrais para que se efetuem estas comunicações, sistema depois também utilizado pelo Mercosul, no Protocolo de Las Leñas. Destacam-se a obrigatoriedade da autoridade consultada em responder e a ausência de cobrança de qualquer espécie de despesa, tornando o sistema mais atraente do que o do Código Bustamante, pois nele não há previsão para qualquer tipo de gratuidade.

O Protocolo de Las Leñas disciplina a matéria (Arts. 28 a 30),[606] dando às autoridades centrais a incumbência de promover a cooperação recíproca entre os poderes judiciários dos Estados-partes, fornecendo informações sobre o sentido e alcance legal de seu direito. Ressalva-se a responsabilidade pela opinião emitida, e também a do Estado que receber as informações, que não está obrigado a aplicá-las segundo o conteúdo da resposta. É um meio não obrigatório e alternativo de comprovação do direito estrangeiro.[607]

A jurisprudência brasileira é escassa sobre a matéria. Barbosa Moreira entende que o Art. 337 do então vigente CPC de 1973, reproduzido no Art. 376 do atual código, dá prioridade à

iniciativa do juiz, que poderá requerer a colaboração da parte a título subsidiário e somente quando tenha tido a iniciativa da alegação.O STJ auxiliou sua compreensão ao prover um recurso especial contra a decisão que deixara de julgar o mérito do caso por não ter a parte comprovado o direito estrangeiro[608].

Atualmente pode-se dizer que há várias maneiras de provar o direito estrangeiro, muitas das quais não estão elencadas nas convenções acima citadas. O passo seguinte, após a comprovação da lei estrangeira, é determinar qual a melhor maneira de interpretá-la. Neste ponto, nem o CPC de 1973 nem o CPC de 2015 trazem qualquer indicação para o juiz. Por isso, volta-se a utilizar o Código Bustamante, que em seu Art. 409, alerta para o sentido da norma recepcionada, o que significa entendê-la como se estivesse sendo aplicada em seu próprio país.

A interpretação há de ter em conta o sistema jurídico estrangeiro como um todo, e não apenas a disposição literal, devendo-se conservar o valor e o sentido do ordenamento ao qual pertence. A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado[609], no seu Art. 2º, determina que o juiz, ao aplicar o direito estrangeiro, deve fazê-lo como o fariam os juízes do Estado cujo direito se está aplicando.[610] Há três importantes regras de DIPr neste artigo, e que estão em perfeita consonância com o direito brasileiro: aplicar a lei estrangeira de ofício; fazê-lo na mesma forma que o faria o juiz do país da norma; assegurar às partes a faculdade de comprovar o direito estrangeiro.

O STF se pronunciou sobre a forma de interpretação do direito estrangeiro em caso de aplicação do direito português. O ministro Moreira Alves interpretou o direito português de forma diversa do tribunal de origem e então aplicou a lei portuguesa com base na opinião de doutrinadores portugueses, procurando dar-lhe a interpretação que teria em Portugal.[611]

Os casos de prova e aplicação do direito estrangeiro também aparecem de forma indireta, quando é necessário comprovar alguma alegação ou fato ocorrido no exterior, o que só pode ser feito pela lei local. São exemplos dessa situação os casos de homologação de decisões estrangeiras provenientes do exterior, quando o STJ precisa aceitar documentos estrangeiros, seguindo as especificidades da lei local, já que não se pode exigir que o documento seja similar ao que conhecemos. Em diversas ocasiões, em sentenças estrangeiras provenientes da Inglaterra, foram aceitas certidões de divórcio, sem o formato de sentença que conhecemos, pois este é o documento disponível no país.

No Rio de Janeiro, em um interessante acórdão da 11ª Câmara Cível, o Tribunal entendeu que a comprovação da renda da vítima, para efeito de indenização em ação promovida por sua esposa e filha, podia ser realizada por um affidavit enviado por seu contador no estrangeiro, já

que a vítima residia e trabalhava na Inglaterra até o trágico evento. E assim o fez interpretando as regras do Código Bustamante sobre a matéria e aplicando a máxima locus regit actum, princípio do DIPr brasileiro já consagrado na doutrina.[612]

Ainda no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, novamente a questão da prova e aplicação da lei estrangeira surgiu em uma demanda em que se discutia qual a lei de regência de um contrato internacional. O Relator, embora entendesse ser aplicável ao feito a lei estrangeira, por força do Art. 9º da LINDB, concluiu que o direito da parte precluira porque a lei por ela alegada como aplicável – a lei do estado americano de Connecticut - não fora comprovada de forma adequada. Assim se manifestou a respeito o magistrado em seu voto:

> "a) sobre a internacionalidade do contrato disse que, "é inconteste que consta do contrato de representação comercial celebrado pela autora, empresa brasileira, com a ré, firma estrangeira que o mesmo seria regido pela lei do estado de norte-americano de Connecticut, não estando sujeito, desta sorte, às leis locais"; b) embora a lei aplicável ao fundo da demanda devesse ser a lei estrangeira, saber como se deve aplicar esta legislação é estabelecido, no Brasil, pela norma do artigo 409 do Código de Bustamante. Este exige prova sua validade, mediante certidão legalizada de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate. Neste ponto teria falhado o recorrente, pois a partir do momento em que pretendeu utilizar a lei do Estado de Connecticut, teria que cumprir as regras do Código de Bustamante, o que não ocorreu, e por esta razão, válida a utilização da lei brasileira pelo magistrado".[613]

Nos últimos anos o STJ não tem se manifestado diretamente sobre a questão da prova do direito estrangeiro em casos nacionais. No entanto, ao decidir sobre os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, muitas vezes analisa o direito estrangeiro e aceita as suas disposições. Outra seara em que a aplicação do direito estrangeiro se faz presente é no julgamento de pedidos de retorno de crianças, com base na Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Menores. Isso porque para apreciar a ocorrência de uma retenção ou subtração ilícita, é necessário se debruçar sobre o conceito de guarda do ordenamento jurídico da residência habitual do menor, necessariamente o direito alienígena.

13. A caução de estrangeiro ou pessoa jurídica domiciliada no exterior

Quando em uma ação os autores são domiciliados no exterior, exige-se a apresentação de caução. O Código de Processo Civil determina a prestação da caução (Art. 83),[614] que serve para garantir custas e honorários, não se exigindo o depósito equivalente ao valor do bem em disputa.[615] A exigência da caução é excepcionada nos casos em que houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faça parte, na execução fundada em título extrajudicial e no cumprimento de sentença e na reconvenção (§1º do Art. 83).

Essa caução para estrangeiros ou brasileiros não residentes no Brasil que não possuam bens aqui tem por finalidade ser uma espécie de fiança processual para assegurar o equilíbrio de armas entre as partes. De outra forma, no caso de improcedência da ação, beneficiar-se-ia o autor, que restaria incólume aos prejuízos que causasse ao demandado[616]. A caução representa, assim, uma garantia ao réu residente no Brasil[617], mas também um ônus para partes menos favorecidas que queiram acionar no Brasil um devedor recalcitrante.

A maioria das decisões pesquisadas sob a égide do CPC de 1973 determinou o cumprimento da obrigação de depositar a caução, tendo sido mantidas em sede recursal. Não obstante, há um interessante acórdão do TJRJ que utilizou uma argumentação de direitos fundamentais para isentar o autor da caução, em uma ação de reconhecimento de paternidade. Em julgamento de 2010, a 2ª Câmara Cível do TJRJ acatou o parecer do Ministério Público no sentido de que haveria um conflito de direitos fundamentais e dispensou a caução. Não foi possível verificar o inteiro teor do acórdão em segredo de justiça. O STJ já se pronunciou pela sua desnecessidade em casos referentes ao CDC[618].

O novo CPC não incluiu a questão da caução nos procedimentos cautelares.[619] Alias, em acórdão julgado em 2015, o STJ já se pronunciara no sentido de que a caução do antigo Art. 835 não tinha natureza propiamente cautelar, eis que visava assegurar o pagamento das despesas processuais ao final do processo. Logo, para sua incidência, seria preciso verificar o cumprimento dos seguintes requisitos objetivos: a) o autor não residir no Brasil ou dele se ausentar no curso da demanda; e b) não ter aqui bens imóveis que assegurem o pagamento das custas e honorários da parte contrária em caso de sucumbência.

O STJ, no que diz respeito ao seu aspecto cogente, entendeu[620] que o legislador do CPC 1973, ao eleger o vocábulo "prestará", remeteu ao caráter impositivo da norma (o CPC de 2015 usa a

mesma expressão). Todavia, excepcionalmente, e diante das particularidades do caso concreto, poderia o juiz dispensar a caução, se sua cobrança se transformar em um obstáculo ao acesso à jurisdição. No corpo do acórdão, o ministro relator aproveita e faz extensa resenha da jurisprudência da Corte a respeito da questão da caução. Certamente com o Novo CPC a jurisprudência será revisitada.

Como exceção à regra geral, uma norma do Mercosul, inserta no Art. 4º do Protocolo de Las Leñas[621] afasta a exigência de caução daqueles domiciliados nos países integrantes do Mercosul.[622] Nesse sentido, recentemente o STJ deferiu o pedido liminar na Medida Cautelar 18479[623], em que se pedia o efeito suspensivo a um recurso especial a respeito de decisão de suspensão de uma execução em que o autor não prestara caução. Alegava o requerente a desnecessidade da caução por ser aplicável o Protocolo de Las Leñas já que a empresa era estabelecida no Uruguai. O STJ deu provimento, dispensando-o da obrigação de prestar caução.

Também é o caso da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro[624], que no seu Art. IX iguala os demandantes provenientes do exterior aos residentes no Estado da propositura da ação, proibindo-se, assim, a exigência de caução. A Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar[625] também possui disposição similar, proibindo a exigência de qualquer tipo de caução do credor de alimentos.[626] Por fim, em igual sentido, temos a Convenção da Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família de 2007[627].

As exceções estabelecidas nos tratados acima são exemplos de convivência da lei geral, que impõe a caução a todos os que não são residentes no Brasil, com uma regra especial que os excepciona, prevista em tratados bilaterais ou multilaterais dos quais o Brasil faça parte. Nesse sentido, a dispensa da prestação de caução, quando estabelecida em tratado internacional, se coaduna com o disposto no Art. 13 do CPC.

14. Cooperação Jurídica Internacional

> Transactions which cross national boundaries, whether they are the product of honest commercial endeavour or of criminal greed and ingenuity, come before national courts or national law enforcent bodies. Doing justice often requires not only techniques of private international law but active cooperation between national authorities.
>
> David McClean[628]

O Direito Internacional Privado sempre foi considerado o locus adequado para tratar do tema da cooperação interjurisdicional, ou cooperação jurídica internacional (CJI).[629] Significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro. Atualmente, observa-se um aumento da cooperação jurídica entre entes administrativos, mediante uma nova modalidade de cooperação, a assistência direta ou auxílio direto.[630]

Rodrigo Otávio[631] já se referia à cooperação entre os Estados como algo baseado em mais do que o sentimento de cortesia internacional, também conhecida como comitas gentium. Segundo ele, cortesia, convivência, condescendência eram sentimentos arbitrários, que o Estado pode fazer hoje e não mais amanhã. No seu entender, havia uma obrigação moral entre as nações,[632] e não mera faculdade, cujo descumprimento impunha ao Estado uma perda de prestígio de todo indesejável no convívio internacional. Traduzia-se em uma autolimitação à soberania do Estado, com o fito de respeitar o direito internacional e melhorar o relacionamento no plano da comunidade internacional.

A cada dia aumenta a dependência entre os Estados e o interrelacionamento de toda ordem, comercial e pessoal, entre os cidadãos. Isso resulta em ações no poder Judiciário de cunho transnacional, com reflexos em mais de um país. Deixar de considerar os requerimentos de outras nações implicará, forçosamente, a mesma atitude por parte destas ante nossos pedidos.

O grande crescimento das demandas ativas e passivas envolvendo interesses transnacionais e a correspondente necessidade de produção de atos em um país para cumprimento em outro, são tendências resultantes da crescente internacionalização da economia.

Para se garantir a rapidez e a eficácia do trânsito de atos processuais e jurisdicionais, são necessárias normas especiais, que permitam o cumprimento dessas medidas. Essa obrigação dos Estados resulta de um dever de cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da Justiça.[633] Ao mesmo tempo, deve-se também assegurar os direitos fundamentais protegidos pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos[634]. Esses direitos fazem parte de um catálogo dos direitos do cidadão, não sendo apenas mais uma obrigação entre nações soberanas, por força da cortesia internacional.[635] Vislumbra-se uma relação direta entre esses atos processuais transfronteiriços e os direitos fundamentais através de processo no qual as garantias de defesa sejam respeitadas. Há uma preocupação do esforço codificador internacional em encontrar soluções uniformes, no plano global, por meio de convenções internacionais, multilaterais ou oriundas de processos de integração.[636]

Por isso, não pode faltar à discussão do tema um olhar sob dois prismas distintos que dizem respeito à perspectiva a ser adotada na hora de concretizar a cooperação internacional: de um lado, uma perspectiva ex parte principis, ou seja, a lógica do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais; de outro, a perspectiva ex parte populi, a dos que estão submetidos ao poder, e cuja preocupação é a liberdade, à luz dos direitos humanos constitucionalmente protegidos.[637]

O Estado brasileiro não pode abdicar dessas duas perspectivas ao estabelecer os mecanismos de cooperação jurídica internacional, seja quando entra em acordos internacionais, assumindo obrigações perante outros Estados soberanos, seja quando procura dar assistência a brasileiros que estão no exterior, ou que estão aqui, mas cujas necessidades têm reflexos internacionais.

Esse sistema não é desprovido de limites, nem deixa o Estado sem possibilidade de exercer um controle do ato ao qual se pretende conferir validade e eficácia em seu território. No âmbito da cooperação jurídica internacional passiva, todos os tratados internacionais possuem uma válvula de escape para os casos em que não é possível efetuar o cumprimento dos pedidos provenientes do exterior. Trata-se da exceção da ordem pública.

A preocupação do Estado brasileiro com a cooperação jurídica internacional tem aumentado em função dos novos contornos da inserção internacional do país e, em especial, do combate ao crime de caráter transnacional. Ademais, cada dia é maior o contingente de brasileiros que estão no exterior e de estrangeiros que ingressam no país, seja de forma temporária ou permanente.

Como exemplo da crescente relevância conferida internamente à matéria, destaca-se, no

plano administrativo, a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, em 2004. Em decorrência direta da atuação desse órgão, tivemos a internacionalização de uma série de tratados internacionais nos últimos anos. Ademais, foi alçado à função de autoridade central principal da maioria dos tratados internacionais de carater multilateral e bilateral.

Merece destaque o grande crescimento da cooperação ativa, em que o Brasil figura como país demandante. Os números do DRCI falam por si. No ano de 2015, foram 2469 pedidos ativos e 788 pedidos passivos só na área da cooperação cível, totalizando 3259 pedidos processados[638].

Desde o início do novo milênio, houve o desejo de suprir a ausência de normativa especial para a CJI com uma regulamentação que suprisse as lacunas existentes e consolidasse os avanços obtidos na jurisprudência. Com efeito, o Ministério da Justiça chegou a nomear uma comissão especial para elaborar um anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional[639]. A comissão finalizou seus trabalhos, mas a proposta não chegou a ser remetida ao Congresso Nacional. Não obstante seu insucesso como projeto governamental, serviu de base para a elaboração da Resolução nº 9 do STJ, que iniciava sua árdua tarefa de substituir o STF na condução da CJI passiva no Brasil. Agora, mais uma vez, sua base inspirou a criação das normas incorporadas no CPC de 2015. O tema da cooperação internacional é tratado em capítulo próprio, abarcando os Arts. 26 a 41. Além disso, o procedimento para a homologação de sentenças estrangeiras, um dos objetos elencados no artigo 27, também teve sua regulamentação ampliada em relação ao CPC anterior, nos Arts. 960 a 965.

Antes relegada a normativos internos do STJ (primeiro, à Resolução nº 9/2005 e depois ao Regimento Interno do STJ), a matéria finalmente alcançou status de lei, o que certamente traz segurança a todos aqueles que, direta ou indiretamente, fazem uso da cooperação.

A preocupação do legislador em construir bases sólidas para a CJI foi nítida. O Art. 26 do CPC delineia os princípios-guia que devem pautar a atuação do Estado brasileiro, ao passo que o Art. 27 elenca os instrumentos que compõem o objeto da CJI.

É importante destacar que, logo de início, o Art. 26 do CPC dá posição de destaque aos tratados aos quais o Brasil aderiu. Esta reiterada lembrança do papel dos tratados internacionais na seara da cooperação internacional é de todo pertinente, uma vez que ao longo dos anos solidificou-se extensa rede de obrigações de caráter bilateral e multilateral na área, a estabelecer o modo de convivência entre os Estados. O Brasil beneficiou-se desse movimento, já que carecia de uma legislação especifica sobre o assunto.

Em seguida, abre-se a lista de princípios com a garantia do respeito ao devido processo legal no Estado requerente. A primeira vista, pode parecer desnecessário a menção a um princípio que faz parte do rol dos direitos fundamentais da CF brasileira. No entanto, quer nos parecer que o legislador fez questão dessa menção para reforçar o compromisso pátrio com esse importante princípio de carater processual e material.

Um ponto interessante destacado no Art. 26 diz respeito ao papel da autoridade central, que tem se tornado a norma nas relações de cooperação entre os Estados, e para a qual há previsão na maioria dos tratados. A designação do Ministério da Justiça para os casos em que o tratado não se referir a uma específica cimenta o seu papel de liderança na CJI[640]. A atuação da autoridade central é mais do que a criação de um mero cartório para transmissão de pedidos, conforme já aventado[641]. Sua expertise e participação nos foros internacionais traz muitos benefícios para o melhor desenvolvimento da cooperação. No Brasil, a celeridade e eficiência do DRCI já o destacam entre as autoridades centrais de outros países. A eliminação da instância diplomática também ajuda a gestão mais eficientes dos recursos do Ministério das Relações Exteriores e evita a dispersão de assuntos por seus funcionários. A comunicação direta entre autoridades centrais favorece a especialização e a padronização das boas práticas no setor.

O Art. 27 estabelece o objeto da CJI em cinco itens. Essa sistematização é benéfica para a melhor compreensão da disciplina. Nele, são expressamente elencadas como objeto da cooperação: a citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, a colheita de provas e obtenção de informações, a homologação e cumprimento de decisão, a concessão de medida judicial de urgência, a assistência jurídica internacional e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.[642] Não houve preocupação em determinar através de que instrumento se daria a coooperação em cada uma das modalidades de pedido, mas houve um adensamento das regras sobre quando se poderá utilizar o auxilio direto (Arts. 28 a 34) ou a carta rogatória (Arts. 36 e 37). As questões relativas à homologação da sentença estrangeira são disciplinadas em outra seção do CPC, nos Arts. 960 a 965.

Nos últimos artigos da seção, são reguladas questões relativas à cooperação ativa, em especial no que se refere à transmissão dos pedidos pela via da autoridade central e à tradução dos documentos. Não se esclarece a quem cabe promover a tradução. Ao que tudo indica, será um ônus da parte requerente. Mas a jurisprudência aos poucos esclarecerá os casos omissos, como quando a diligência for determinada de ofício pelo juiz, ou se a parte for hipossuficiente e não tiver meios de arcar com o pedido.

O Art. 39 contém a exceção de ordem pública, que sempre figurou como um impeditivo ao

cumprimento de pedidos provenientes do exterior. No entanto, acresceu-se ao princípio o vocabúlo "manifesta", que é expressão cada dia mais utilizada nas convenções internacionais especializadas. Demonstra o desejo de que a análise da exceção da ordem pública seja utilizada com parcimônia e somente para casos excepcionais. É interessante notar que o CPC optou pelo gênero ordem pública no lugar do antigo trio da LINDB, composto também pelos bons costumes e soberania nacional[643]. Por outro lado, não recorreu à ofensa à dignidade da pessoa humana, tal como o Regimento Interno do STJ.

Finamente, o Art. 41 do CPC também representa uma consagração de uma prática que já havia sido adotada pela jurisprudência e consta da maioria dos tratados: a dispensa dos custosos e burocráticos procedimentos de legalização, desnecessários quando a transmissão ocorrer por meio das autoridades centrais.

14.1 Modalidades de CJI

A cooperação processual internacional tradicional se dá através do cumprimento de cartas rogatórias e do sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras, mecanismos consagrados na legislação processual civil de diversos países, e em várias iniciativas regionais e multilaterais, que resultaram em um grande número de convenções internacionais sobre a matéria.[644] Agora essa matéria encontra sua normativa no CPC, acrescida do instituto do auxílio direto.

As cartas rogatórias destinam-se ao cumprimento de diversos atos, como citação, notificação e cientificação, denominados ordinatórios; de coleta de prova, chamados instrutórios; e ainda os que contêm medidas de caráter restritivo, chamados executórios. Muitas vezes, as cartas rogatórias são utilizadas impropriamente para informação sobre o direito estrangeiro. O STF dava cumprimento a inúmeras rogatórias cujo pedido era apenas um esclarecimento sobre algum aspecto do direito brasileiro. O STJ tem andando na mesma direção.[645] O pedido de homologação de sentença estrangeira, por sua vez, serve para o reconhecimento e a execução, no Brasil, de provimento jurisdicional de autoridade estrangeira.[646]

Os mecanismos do procedimento prévio de admissibilidade, necessários quando se trata de cartas rogatórias e sentenças estrangeiras, estão sob fogo cerrado em todo o mundo, ante a necessidade de respostas mais rápidas aos pedidos formulados. Por isso, há o crescimento de outras modalidades de cooperação e de iniciativas que procuram efetuá-la de forma mais direta. Essa nova modalidade chama-se auxílio direto, ou assistência direta.[647]

A cooperação internacional pode ser classificada em ativa, quando o requerente é o órgão

brasileiro, ou passiva, quando o Estado brasileiro é requerido. Há diferença marcante entre as duas modalidades, já que na cooperação passiva é necessário um procedimento prévio, antes de seu cumprimento. Concentrado no Supremo Tribunal Federal desde os anos trinta do século XX, essa competência originária foi transferida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Neste Tribunal, são processadas as cartas rogatórias e os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras.

Um acréscimo importante do CPC de 2015 é a regulamentação dos procedimentos da cooperação ativa, antes existente apenas em regulamentações de cunho administrativo. O CPC esclarece ainda caber ao Brasil a tradução dos documentos para a língua oficial do Estado Requerido.[648] Com relação aos pedidos passivos, o CPC prevê que serão considerados autênticos os documentos que tramitam pelas autoridades centrais ou pela via diplomática, dispensando-se legalizações e autenticações.[649] Esses procedimentos de legalização de documentos no exterior sempre representaram grande burocracia e custo para as partes. A sua dispensa na tramitação entre autoridades centrais é muito positiva.

14.2. Auxílio direto

O desenvolvimento do auxilio direto é uma consequencia da explosão dos casos de CJI na area penal. A cooperação na área penal serve para a realização de atos pre-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira e, nas palavras de Denise Abade, têm a finalidade de facilitar o acesso à justiça.[650] Na área penal, há situações em que podem ser utilizados tanto a carta rogatória quando o mecanismo de auxilio direto, sempre que previsto em tratado. Não é demais lembrar que as normas sobre CJI servem tanto para os pedidos na área cível quanto penal, servindo assim o CPC para a regulamentação das duas áreas.

É diário o ato de cumprir e requisitar providências diversas de outros países. As autoridades competentes dos estados se prestam auxílio recíproco para executar em seu país atos processuais referentes a processos movidos no estrangeiro. Além da troca entre tribunais, há trocas de caráter administrativo, conduzidas entre autoridades centrais designadas em convenções multilaterais ou bilaterais. Consequentemente, o mecanismo da cooperação jurídica internacional deve ser cada vez mais difundido e aprimorado, pois se exige dos órgãos competentes uma comunicação constante e ampla troca de informações.

A criação de um sistema de comunicação baseado em autoridades centrais, incrementando a cooperação administrativa entre os Estados, é uma das realizações de sucesso da Conferência

da Haia, e que vem sendo utilizada não só neste fórum. Por exemplo, o modelo de autoridades centrais foi adotado nas convenções realizadas pelas Conferências Interamericanas Especializadas em Direito Internacional Privado, CIDIPs, promovidas pela Organização dos Estados Americanos, OEA, e em inúmeras convenções multilaterais e bilaterais.[651] No Brasil, essa função está centralizada no Ministério da Justiça, o que também consta da regulamentação do CPC. Sua atuação se dá através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, além de alguns outros órgãos em casos específicos.[652]

No âmbito do direito de família, há dois exemplos marcantes dessa nova modalidade de cooperação: o primeiro resulta da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro.[653] Nesse caso, a autoridade central é o Ministério Público Federal, e os pedidos vindos do exterior são a ele endereçados. Em seguida, o pedido de alimentos, promovido pelo MPF, é feito diretamente a um juiz federal. O segundo exemplo é a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.[654] O pedido do exterior é enviado à autoridade central, que poderá dar início a um procedimento requerendo a volta do menor, também diretamente ao juiz federal do local onde este se encontra. Em ambos os pedidos, o requerimento é feito de forma direta, ao juiz local, pela autoridade central encarregada da convenção no Brasil.

A discussão sobre a pertinência do auxílio direto como substitutivo da carta rogatória foi alvo de grande discussão entre o STJ e o STF, que apesar de não mais ser o responsável pela cooperação jurídica internacional, chegou a ser provocado por meio de habeas corpus para definir essas questões. Um exemplo paradigmático é a CR 1457[655], que deu exequatur a um pedido proveniente da França que continha diligências que importaram na quebra do sigilo bancário do interessado. Através de um habeas corpus, o interessado procurou discutir a possibilidade da medida ser deferida no STF, o que foi negado, por impropriedade da via eleita, pelo Ministro Lewandowski.[656] O relator esclareceu que a medida consubstanciava um mero auxílio judiciário e que em nada feria a liberdade de ir e vir do paciente, razão pela qual não conheceu do HC, que contou com o voto vencido do Ministro Marco Aurélio.

Conforme já esclarecido antes, o desenvolvimento do auxilio direto como um mecanismo para as comunicações internacionais se deu na década de noventa do seculo vinte para fazer face à lentidão no atendimento pelo STF de pedidos de caráter penal, especialmente aqueles referentes à quebra de sigilo bancário.

Aos poucos, com a profusão de novos tratados bilaterais e multilaterais na área penal, o auxilio direto ali previsto expressamente se difundiu.[657] O mecanismo possui maior agilidade que a carta rogatória, pois recebido pela autoridade central, é imediatamente encaminhado para o

órgão encarrregado pela diligência no plano interno. Somente se houver necessidade de ordem judicial para o cumprimento da diligência esta será obtida[658].

Alvo de muitas dúvidas sobre seu encaminhamento e cumprimento, somente em 2005 foi celebrada Portaria Conjunta MJ/AGU/MPF nº 1 sobre as atribuições de cada um dos órgãos, ao menos no que se refere à tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal[659].

Nesse sentido, o CPC, ao estabelecer regras para o seu cabimento, esclarece que "cabe auxilio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil."[660] Ou seja, se o pedido não proceder de decisão judicial (e sendo o aval judicial necessário para o cumprimento do pedido no Brasil), nada haverá para o STJ delibar, devendo o pedido ser formulado diretamente na Justiça Federal. Por exemplo, no caso da quebra de sigilo bancário, que no Brasil precisa ser deferida judicialmente, se o pedido proveniente do exterior não vier acompanhado de decisão de caráter judicial ou similar, será necessário solicitar a quebra do sigilo na justiça federal.

Os artigos seguintes do CPC regulamentam a comunicação desses pedidos pela via da autoridade central, sempre deixando claro que devem ser seguidas as normas especiais dos tratados que orientam as relações entre os Estados parte. Esclarece Denise Abade que uma das caracteristicas do auxilio direto é ser regulado por normas especiais decorrentes de tratado, o que nos leva a fazer uma analogia com o que já se viu relacionado às regras de interpretação de lei especial x lei geral no contexto dos tratados internacionais tributários.

No que diz respeito às questões de natureza civel, não parece que o auxílio direto traga grandes modificações às práticas já consagradas, continuando-se a utilização das cartas rogatórias para os atos de intimação, de instrução e para as medidas de caráter executório.

A questão se afigura mais complexa quando se trata de questões relativas à cooperação na área penal. Com efeito, o STJ tem desenvolvido o entendimento de que a carta rogatória não é o único meio de obter informações provenientes do exterior. Este o entedimento consagrado no julgamento de um HC[661] que se insurgia contra a utilização do MLAT[662] pelo MPF para obtenção de informações sobre a conta bancária do réu, situada em Nova Iorque. No entender do paciente do HC, o pedido do MPF deveria ter sido efetuado através de carta rogatória, o que permitiria à defesa uma atuação em igualdade de condições. O HC teve a ordem denegada, entendendo o STJ que "a carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências pelo juízo nacional ao estrangeiro, prevendo o direito processual internacional outras formas de auxílio como as convenções e acordos internacionais. Na verdade, o entendimento atual é o de

que os acordos bilaterais, tal como o ora questionado, são preferíveis às cartas rogatórias, uma vez que visam a eliminar a via diplomática como meio de cooperação entre os países, possibilitando o auxílio direto e a agilização das medidas requeridas."

Sobre a tormentosa questão da necessidade de delibação, também já se pronunciou o STJ no Ag Cr 3162 [663]. No caso de quebra de sigilo bancário proveniente da Suíça não estava acompanhado de decisão judicial, razão pela qual a delibação não poderia prosseguir e o pedido deveria ser cumprir o pedido através de auxílio direto, de modo que o juiz federal de primeiro grau julgasse o mérito do pedido. O STJ asseverou que o pedido veiculava verdadeira notitia criminis, instando a justiça brasileira a instaurar um verdadeiro procedimento investigatório.

O voto relator examina casos anteriores, em especial a Reclamação 2645[664], que permitiu que a medida requerida fosse obtida diretamente junto ao juiz brasileiro, em decorrência do tratado que a embasava. Nesse sentido, ficou claro que a permissão do tratado não colidia com o Art. 105, I, i da Constituição. Para o STJ, a Constituição não instituiu o monopólio universal do STJ para a cooperação, senão quando os pedidos fossem entre órgãos do Poder Judiciário. No caso, o auxílio direto era uma outra forma de cooperação jurídica internacional, decorrente de previsão oriunda de um tratado internacional. Considerou ainda o STJ tratar-se o auxílio direto de um pedido administrativo intergovernamental, em que o juiz do Estado requerido, no caso o Brasil, é provocado por autoridade nacional a proferir decisão em processo de cognição plena.

Em um exemplo recente, na CR 9502[665], o pedido de oitiva de testemunha recebido no STJ como carta rogatória foi considerado um pedido de auxílio direto. A audiência solicitada se deu por video-conferência, organizada de acordo com o ARt. 2.b do tratado bilateral celebrado entre Brasil e Portugal[666]. Desta forma, a CR foi convolada em auxílio direto.

Ainda há muitos pontos a serem esclarecidos com relação a utilização do instrumento do auxílio direto. De todo modo, o CPC agora estabeleceu as bases do instituto nos Arts. 28 a 34. O auxílio direto terá lugar toda vez que o pedido de cooperação não contiver em seu bojo decisão que possa ser objeto de delibação no STJ. Nesses casos, seu processamento se dá por meio da autoridade central, que assume um novo protagonismo na cooperação.

14.3. Cartas rogatórias

Há uma prática diferenciada para as cartas rogatórias passivas e para as ativas. Nas primeiras, o sistema de admissibilidade está em vigor no Brasil desde o século XIX. Por força de

determinação constitucional,[667] era da competência do STF analisar todos os atos recebidos do exterior e conceder o exequatur nas cartas rogatórias passivas, competência essa posteriormente transferida para o STJ com a EC nº 45/2004. Após passarem pelo crivo do STJ, as cartas rogatórias são enviadas para cumprimento na Justiça Federal.[668]

Nas cartas rogatórias ativas, há o envio direto do Tribunal rogante para o Ministério da Justiça (mais precisamente, para o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional),[669] o qual procederá ao seu envio ao exterior, cuidando, inclusive, dos trâmites especiais com os países com os quais mantemos convênios especializados, de caráter multilateral ou bilateral.

A admissão e execução de cartas rogatórias constam em nossa legislação desde meados do século XIX. Antes do Aviso Circular nº 1 de 1847, era comum que juízes as recebessem diretamente da parte interessada e as cumprissem sem qualquer formalidade. A maior parte era proveniente de Portugal, e seu cumprimento no Brasil se dava sem que o governo imperial tivesse qualquer ciência a respeito, inclusive no que se referia às cartas rogatórias de caráter executório.[670]

O Aviso Circular nº 1 e regulamentos posteriores disciplinaram a matéria, permitindo seu recebimento por via diplomática ou consular, por apresentação do interessado, ou por remessa direta de juiz a juiz. O surgimento do exequatur deu-se com a Lei nº 221, de 10 de novembro de 1894, que instituiu um procedimento prévio de admissibilidade, primeiramente da alçada do Poder Executivo e, com o advento da Constituição de 1934, do Poder Judiciário, de competência do Supremo Tribunal Federal. Proibiu-se, na Lei nº 221, a concessão de exequatur para medidas de caráter executório, o que foi mantido pela jurisprudência do STF. Com a EC nº 45/2004, a competência foi transferida do STF para o STJ.

As cartas rogatórias são um pedido formal de auxílio para a instrução de um processo, formulado pela autoridade judiciária de um Estado a outro. Estão reguladas no CPC, mais precisamente no Art. 36[671], sendo-lhes aplicável, ainda, as disposições comuns constantes do Capítulo II (Arts. 26 e 27 e Arts. 37 a 41), bem como os Arts. 960 a 965 do CPC, os quais abarcam, a uma só vez, tanto a homologação de sentenças estrangeiras quanto a concessão de exequatur a cartas rogatórias. A carta rogatória ativa deverá cumprir, ainda, as disposições do Regimento Interno do STJ,[672] além de conformar-se, naquilo que for específico, com a legislação alienígena. Enquanto a legislação do país de origem lhe determina a forma e o modo de encaminhamento, a do país de destino cuida de seu recebimento e cumprimento, além de investigar o conteúdo, para saber da possibilidade de realização dos atos solicitados.

Devido à convivência de inúmeros diplomas internacionais sobre a matéria — tanto de cunho bilateral como multilateral —, o seu tratamento não é uniforme. Destacam-se as seguintes situações: primeiro, as normas vigentes para os países com os quais o Brasil possui regras internacionais multilaterais já definidas, como, por exemplo, os países-membros do Mercosul; em segundo, tratados ou convenções sobre cooperação jurisdicional bilateral, como as convenções existentes com a França[673], com a Espanha[674] e com a Itália[675]. Em terceiro, a situação dos países com os quais o Brasil não possui qualquer tratado ou convenção internacional, aplicando-se a esses casos as regras da legislação ordinária brasileira.

14.3.1. Requisitos e situação atual das cartas rogatórias passivas

Durante os setenta anos em que cuidou da matéria, o STF desenvolveu larga jurisprudência sobre o cumprimento de cartas rogatórias. Os requisitos e o procedimento para sua tramitação eram os do Regimento Interno do STF (RISTF). Vários pontos controvertidos, como a questão das cartas rogatórias de caráter executório e a exceção de ordem pública, foram decididos ao longo dos anos.

O RISTF foi substituído, no STJ, primeiramente pela Resolução nº 9/2005 e posteriormente pelo Regimento Interno aprovado no ano de 2014. O Regimento Interno consolida muitas das regras e práticas adotadas à época do STF, estabelecendo os procedimentos aplicáveis à tramitação e seus respectivos prazos. Manteve a concessão do exequatur em cartas rogatórias como decisão monocrática do Presidente do Tribunal[676].

O STJ introduziu várias inovações que resultam das necessidades práticas advindas do cumprimento das cartas rogatórias. A primeira diz respeito à permissão da concessão do exequatur em medidas de caráter executório,[677] por muito tempo indeferida pelo STF a menos que houvesse acordo ou convenção nesse sentido com o Estado rquerente.

O caráter executório da medida rogada deve ser aferido não pela natureza da demanda que a originou, mas sim pela finalidade que a anima. Isto é, pouco importa a natureza da ação proposta no exterior (cognitiva, executória, cautelar), uma vez que o que caracteriza o caráter executório da medida rogada é seu escopo em território nacional.[678]

Confira-se, a esse respeito, interessante diferenciação formulada pelo STJ quando da concessão de exequatur a uma carta rogatória proveniente de Portugal.[679] Solicitava-se, pela via da carta rogatória, a notificação de uma cidadã brasileira acerca do teor de uma decisão proferida

pela Justiça Portuguesa. Em sede de agravo regimental, procurou-se impedir a concessão de exequatur sob a alegação de que a conduta atribuída à cidadã brasileira na justiça estrangeira não era tipificada no Brasil e, conforme o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal firmado entre Brasil em Portugal,[680] "o auxílio só é prestado relativamente a fatos puníveis segundo as leis de ambas as partes." O STJ manteve a concessão, inclusive após impetração de habeas corpus pela cidadã brasileira.[681] Acompanhando o parecer do Ministério Público Federal, o tribunal diferenciou a cooperação jurídica internacional por meio de cartas rogatórias em graus distintos de projeção sobre a intimidade e o patrimônio das pessoas, aos quais corresponderiam um juízo de delibação maior ou menor. Para medidas de mero trâmite e de instrução processual, não caberia exigir-se a dupla incriminação.

A segunda inovação de que se pode dar notícia corresponde ao esclarecimento de que alguns casos seriam passíveis de serem remetidos para cumprimento sem a intervenção do tribunal. Isso porque há pedidos que são encaminhados sob a denominação de cartas rogatórias, mas em seu bojo não carecem de escrutínio judicial.[682]

A terceira corresponde à supressão da oitiva da parte interessada nas cartas rogatórias em que a presteza da diligência seja crucial para o seu cumprimento e sua comunicação possa frustrar a cooperação internacional[683]. Esses casos são, na sua maioria, de caráter penal, quando se está procurando investigar fatos criminosos e obter informações sigilosas, ou nos quais o prazo para o cumprimento é exíguo.[684] O leading case da questão é a CR 999, em que a Itália requeria o depoimento de testemunhas em uma ação criminal cujo réu estava preso na Itália e seria solto por decurso de prazo se a diligência não fosse realizada no prazo requerido. O Ministro Vidigal invocou o então vigente Art. 8º, § único da Resolução nº 9/2005 (hoje, Art. 216-Q, §1º do Regimento Interno), ressaltando que se o pedido não fosse cumprido com urgência, perderia sua eficácia.[685]

Outra possibilidade aberta pela Resolução nº 9/2005 e mantida no Regimento Interno do STJ é a redistribuição das cartas rogatórias impugnadas, à semelhança do que sempre ocorreu com as sentenças estrangeiras contestadas.[686]

O balanço de julgamento de cartas rogatórias pelo STJ é positivo. Alcançou-se a meta de maior celeridade e os avanços da Resolução nº 9/2005, sedimentados com o Regimento Interno do STJ, foram utilizados diversas vezes. Também não se desprezou o acervo da jurisprudência do STF, que serviu de guia em muitos casos.

O CPC de 2015 cuidou das cartas rogatórias nos Arts. 35 e 36. Todavia, o artigo 35 foi vetado, pois se entendeu que sua redação dava à carta rogatória ares de exclusividade para todos

os pedidos de cooperação entre os órgãos estrangeiros requerentes e os órgãos nacionais requeridos. No Art. 36, esclarece-se que o procedimento é de jurisdição contenciosa e que deve ser respeitado o devido processo legal, princípio aliás já consubstanciado no início do Capítulo II, no Art. 26, I e II. No mais, o rito procedimental continua a ser regulado de maneira detalhada pelo Regimento Interno do STJ.

14.3.2. Convenções internacionais

A regulamentação das cartas rogatórias através de convênios internacionais é preocupação bastante antiga da maioria dos países. O Brasil participa de inúmeras dessas iniciativas. A seguir, vamos analisar em detalhes as de caráter regional: (i) a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias[687] e (ii) os Protocolos em vigor no Mercosul, como o Protocolo de Las Leñas[688] e o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual.[689]

A Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias

As cartas rogatórias foram objeto de regulamentação logo na primeira Conferência Interamericana especializada sobre Direito Internacional Privado (CIDIP I). A matéria era regulada por dois grupos de fontes internacionais: os Tratados de Montevidéu e o Código Bustamante, ambos sem a celeridade necessária para a boa aplicação da justiça.

Pretendeu-se estabelecer procedimentos úteis e efetivos de cooperação jurisdicional internacional para que se tornasse realidade o propósito de a Justiça não ser interrompida na fronteira de cada um dos Estados, tomando-se por modelo o sistema da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, com o estabelecimento de autoridades centrais.

Nas palavras de Oppertti Bádan,[690] há três requisitos básicos para a utilização dessa Convenção: (a) que os órgãos intervenientes sejam de caráter jurisdicional; (b) que a diligência requerida seja de caráter processual em matéria civil e comercial;[691] e (c) que os atos deferidos sejam aqueles expressamente estabelecidos como sujeitos à cooperação (Art. 2º).

Anteriormente à Convenção, o Código Bustamante e os Tratados de Montevidéu aludiam a todas as diligências judiciais, permitindo, portanto, as medidas cautelares. No entanto, a Convenção, em seu Art. 3º, proibiu os atos de execução coercitiva, limitando-se aos atos processuais de mero trâmite ou instrutórios: notificações, citações, recepção e obtenção de provas no exterior.[692] Com sua entrada em vigor, no Brasil derrogou-se parcialmente o Código

Bustamante[693] para os países signatários.

Conferiu-se um caráter de obrigatoriedade à cooperação jurisdicional, evitando-se a discricionariedade das autoridades requeridas, ante a falta de regulamentação internacional competente.[694]

O Art. 7º da Convenção facilita a transmissão das cartas rogatórias em zonas fronteiriças, ao prever, de forma opcional, o seu cumprimento direto por permissão dos tribunais envolvidos. Esse dispositivo, que poderia ser útil para o Brasil, em especial nos estados do sul do país, está em dissonância com a sistemática das cartas rogatórias passivas, e provavelmente não resistiria a uma interpretação do Judiciário brasileiro. A esse respeito, pode-se dar notícia de um caso julgado pelo STF, em que um juiz do Rio Grande do Sul, de cidade da fronteira, havia dado cumprimento a uma carta rogatória advinda de cidade vizinha do Uruguai, mas sob a égide do Protocolo de Las Leñas. Diante do deferimento, pelo juiz, do cumprimento direto da medida, a parte interessada ingressou com uma reclamação no STF, que a anulou sob o fundamento de ter sido usurpada sua competência.[695] Depois desse caso, o STF não cuidou de nenhum outro no mesmo sentido, e desde que a competência passou ao STJ, este tribunal também não se pronunciou sobre o cumprimento das cartas rogatórias transfronteiriças.[696]

O cumprimento da carta rogatória não implicará o reconhecimento da competência do órgão jurisdicional requerente, nem o compromisso do órgão requerido de, posteriormente, reconhecer a validade ou proceder à execução da futura sentença estrangeira[697]. O STF adotava esse entendimento para todos os pedidos, pois, ao dar cumprimento a cartas rogatórias, alertava que isso não implicava o posterior reconhecimento da competência da Justiça estrangeira.[698] O STJ manteve posicionamento no mesmo sentido, não só em relação à Convenção mas à toda a matéria.[699]

A questão da ordem pública é a única causa impeditiva do cumprimento de uma carta rogatória proveniente de um Estado-parte[700] da Convenção. Foi exaustivamente discutida durante a Conferência a expressão “manifestamente contrária à sua ordem pública”, de caráter restritivo.[701]

Com relação à tramitação das rogatórias, deverá ser observada a lex fori do país requerido,[702] que determinará as regras de seu processamento. O requerente pode solicitar a tramitação especial ou formalidade adicional que não seja incompatível com as normas processuais do Estado requerido.

Os Estados-partes de um sistema de integração econômica podem acordar entre si

procedimentos e trâmites especiais mais rápidos do que os estabelecidos na Convenção.[703] O Mercosul possui um acordo abrangente sobre cooperação jurisdicional, o Protocolo de Las Leñas. Em razão do princípio da especialidade, vigora com relação ao Mercosul o Protocolo, aplicando-se a Convenção subsidiariamente. Na prática, convivem os dois diplomas legais, à falta de uma hierarquia precisa.[704]

A Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias foi utilizada no julgamento de vários pedidos de exequatur antes pelo STF[705] e tem sido empregada com frequência pelo STJ. Os requerimentos de citação para réus domiciliados no Brasil são provenientes, em sua maioria, dos Estados Unidos. Com a utilização da Convenção houve avanço nas relações bilaterais de cooperação jurisdicional entre os dois países, pois antes muitos pedidos eram encaminhados diretamente pelos advogados, inviabilizando a posterior homologação da sentença estrangeira.[706] A maior parte dos pedidos foi concedida, e os negados o foram pelo não cumprimento de requisitos formais.[707]

Vale destacar a posição do STJ pela desnecessidade da chancela consular quando a carta tramitar pela autoridade central nomeada na Convenção.[708] Em outra oportunidade, socorreu-se do Art. 3b da Convenção, concluindo pela desnecessidade de tradução dos demais documentos[709]. Há cartas rogatórias provenientes de vários países signatários, como por exemplo, Chile, Estados Unidos e Paraguai.[710]

O Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias — CIDIP II

No temário da CIDIP II, sugerido pelos Estados Unidos, havia a proposta de um protocolo adicional à Convenção de Cartas Rogatórias.[711] Seu objetivo era adotar um formulário uniforme nas solicitações de assistência judicial, e estabelecer a obrigação de que cada Estado-parte designasse a autoridade central prevista na CIDIP I.[712] Pretendia relevar a exigência da tradução dos documentos, que significava um custo relevante para as partes envolvidas, e autorizar o envio direto da carta rogatória pelas partes à autoridade central, sem necessidade de legalização ou autenticação. O texto final aprovado limitou o âmbito de sua aplicação para as diligências de mero trâmite, sem incluir recepção de provas produzidas no estrangeiro (objeto de outra convenção). Três formulários foram aprovados, contendo os requisitos formais para o cumprimento de uma carta rogatória. A obrigatoriedade de tradução restou apenas para a cópia do pedido ou da solicitação que deu causa à diligência, não sendo necessária legalização adicional, bastando o selo do órgão requerente.

O Protocolo Adicional facilitou a transmissão das cartas rogatórias mediante a aprovação

dos formulários e constituiu avanço considerável no sistema proposto pela Convenção. Estabeleceu o princípio da gratuidade da assistência judiciária, facultando ao país requerido solicitar diretamente o pagamento das diligências, na forma da lei interna. É de muita utilidade nas cartas rogatórias ativas, pois evita a despesa da tradução juramentada através da utilização dos formulários.[713]

As iniciativas do Mercosul

O processo de integração do Mercosul cuidou de diversos aspectos da cooperação jurídica internacional, por meio da celebração de uma série de protocolos, os quais estão em vigor desde a década de 1990 têm sido utilizados regularmente.

O Protocolo de Las Leñas é o mais importante e o mais utilizado documento de cooperação processual do bloco. Estabelece a distinção entre "atividades de simples trâmite e probatórias" e "reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais", embora determine que as duas espécies de providências sejam atendidas mediante cartas rogatórias e sempre por intermédio das autoridades centrais.[714] A seguir, distingue os atos processuais que não impliquem em execução de decisão judicial e, portanto, independam de homologação pelo órgão jurisdicional competente.

Essa é a primeira diferença entre o Protocolo de Las Leñas e a Convenção Interamericana. Enquanto esta última cuida tão-somente das diligências de mero trâmite, o Protocolo considera as cartas rogatórias um veículo, que poderá conter diversos tipos de requerimentos, inclusive medidas de caráter cautelar. Além disso, ainda está em vigor nos países do Mercosul o Protocolo de Medidas Cautelares, que prevê expressamente a admissão de pedidos de caráter executório.[715]

Estas regras especiais sobre medidas cautelares se limitavam aos países do Mercosul, e somente depois se estenderam a outros convênios bilaterais. Esse avanço no âmbito do Mercosul permitiu que aos poucos o STF fosse suavizando sua resistência à concessão dessas ordens, até que o assunto foi finalmente regulamentado e permitido pelo STJ.

Na CR 1709[716], o STJ continuou a seguir a orientação do STF, para que cartas rogatórias que contivessem sentenças estrangeiras obtivessem o exequatur. Isso ocorreu ainda em outros casos, mormente de divórcios provenientes de países do Mercosul, como a Argentina. Por outro lado, outros artigos do Protocolo também têm sido seguidos, e a maioria das cartas rogatórias tem tramitado pela autoridade central, evitando custos com legalizações dos documentos.

O Protocolo divide as diligências em "de simples trâmite" e "probatórias", distinguindo as

que envolvem coleta de prova. Prevê, também, o simples "recebimento", o que inclui provas produzidas indiretamente pelo órgão jurisdicional, por meio de seus órgãos auxiliares — v.g., perícias. Dispõe sobre a possibilidade da juntada de "qualquer outra informação que facilite o cumprimento da carta rogatória"[717] (Art. 6º) e dá requisitos adicionais aos da Convenção para as diligências probatórias, pois determina o fornecimento dos elementos já constantes do processo e a ele relacionados (Art. 7º).

A carta rogatória só poderá ser indeferida se a medida solicitada, por sua natureza, atentar contra os princípios da ordem pública; não obstante, o advérbio restritivo "manifestamente" presente na Convenção não faz parte do texto do Protocolo. Ainda em harmonia com a Convenção, o Protocolo estipula que o cumprimento da medida não implicará o reconhecimento da jurisdição internacional do juiz requerente (Art. 8º, § 2º). O procedimento a ser seguido para atendimento obedece à lex fori, com a ressalva da possibilidade de determinados atos observarem formalidades adicionais indicadas pelo juízo rogante.

O Protocolo prevê que os atos requeridos sejam praticados por impulso oficial, sem cobrança de custas. Essa faculdade[718] permite maior rapidez nos trâmites e menor custo do processo. Também desobriga a parte de constituir outro advogado fora de seu país para acompanhamento do ato. Nesse ponto, estabelece-se uma diferença com a Convenção Interamericana, que dispõe correrem as custas e demais despesas por conta dos interessados. Ciente da dificuldade com relação ao custo da diligência, o Protocolo estabeleceu a gratuidade, mas deixou aos Estados a opção de exigir dos interessados esse pagamento das custas, de acordo com a lei interna.

14.3.3. A jurisprudência do STF e do STJ

A tradição do STF, em razão da sua competência originária, data dos anos 30, tendo tratado de muitas questões relativas às cartas rogatórias. A denegação de pedido de exequatur pelo STF era de dois tipos: de caráter formal e de caráter material. No primeiro, por falta de algum requisito essencial aos documentos — v.g., ausência de chancela consular, de tradução, dentre outros. No segundo, por ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes. Desde que assumiu a competência para apreciar a matéria em 2005, o STJ tem concedido o exequatur em inúmeras cartas rogatórias e mostrou que pode dar celeridade ao tema, em consonância com a jurisprudência construída pelo STF.

A jurisprudência sobre a ocorrência de violação à ordem pública e à soberania nacional, em

tema de cartas rogatórias, gira em torno de poucas hipóteses. Merece destaque uma carta rogatória decidida pelo STF em que se discutiu a questão da sua inadmissão em razão de ofensa à soberania nacional. Tratava-se de um pedido de oitiva de testemunha, em que a Argentina solicitava que a audiência fosse realizada na sua Embaixada, por magistrado que viria daquele país. O STF entendeu que a soberania nacional seria ferida, porque o depoimento só poderia ser prestado perante a Justiça Federal.[719] No STJ, este argumento se fez presente na CR 2794[720] e na CR 6496.

A argumentação de contrariedade à ordem pública aparece muito nas impugnações dos que são intimados, pois muitos entendem que seria incompetente a justiça estrangeira, quando o réu fosse domiciliado no país. O STJ têm reiteradamente indeferido esses pedidos, quando se trata de competência concorrente, descrita na legislação no Art. 88 do antigo CPC e nos Arts. 21 e 22 do atual.[721]

No que diz respeito às questões formais, o STJ se mostra bastante cuidadoso com a verificação de todos os elementos necessários para a concessão do exequatur. É comum algumas cartas rogatórias serem indeferidas, sem prejuízo de nova remessa, por falta de documentos ou elementos formais.

Nota-se, também, a utilização cada vez maior das convenções internacionais, sejam de caráter multilateral ou bilateral, como fundamento à concessão ou negativa da ordem. Na CR 44,[722] proveniente de Portugal, país com o qual existe um tratado específico de cooperação penal, o pedido foi prontamente atendido. Já na CR 998, o pedido, também de caráter penal, foi formulado de acordo com o tratado bilateral com a Itália e o exequatur concedido.[723]

Na CR 733[724], novamente o tratado bilateral com a Itália foi invocado e o exequatur concedido, bem como em inúmeros outros casos. Outro tratado que tem servido de base para a concessão de pedidos de origem penal é a "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional"[725], pois esta estabelece a obrigação ampla de cooperar entre os Estados signatários. Veja-se, por exemplo, a CR 954[726]. No Mercosul, o Protocolo tem auxiliado muito os pedidos provenientes da Argentina e Uruguai, como na CR 1462[727] e na CR 2430[728].

Um outro exemplo interessante recente é o da inadmissibilidade de tramite da carta rogatória por via particular. Uma parte de um processo quis dar entrada diretamente no STJ com o pedido de citação do réu brasileiro. Na ausência de tratado entre o Brasil e Hong Kong, decidiu o STJ que a via diplomática era imprescindível para o recebimento do pedido. (Ag CR 9563[729]) Não há notícia de que a hipótese tenha sido objeto de análise anterior.

Medidas de caráter executório

O STF tinha farta jurisprudência denegando o exequatur a várias cartas rogatórias que continham medidas de caráter executório, por considerá-las contrárias à ordem pública — por exemplo, em pedidos de arrestos, penhoras, busca e apreensão de menores e quebra de sigilo bancário. Entendia o STF que tais medidas, por se revestirem de caráter executório, só poderiam ser deferidas se já houvesse sentença sobre o fato. Por isso, era inviável a concessão do pedido na carta rogatória, antes da homologação da decisão estrangeira.

A origem do impedimento remontava ao Aviso nº 1 de 1847, permanecendo na Lei nº 221 de 1894. Posteriormente, apesar da revogação da lei, o STF continuou a decidir na mesma direção, com base no princípio da ordem pública.[730]

O entendimento começou a ser abrandado pela concessão das medidas provenientes de países com os quais havia convenção bilateral ou multilateral expressa sobre a matéria. Era o caso do Mercosul, com o Protocolo de Medidas Cautelares, e de Portugal, com uma convenção bilateral de cooperação. Deferiu-se uma carta rogatória proveniente da Argentina, em que se pedia busca e apreensão de menor, com base na existência da permissão convencional.[731]

O STJ modificou essa posição ao incluir permissão expressa nesse sentido na Resolução nº 9/2005, que estatuiu: "As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios."[732] Referida previsão foi mantida no Regimento Interno do STJ,[733] e incluída no CPC de 2015[734]. São de vários tipos os casos que se apresentam no STJ, sendo os mais relevantes os atinentes a busca e apreensão de menores, informações referentes ao sigilo bancário e penhora de bens.A penhora de bens é uma hipótese em que o pedido teria dificuldade de ser transformado em homologação de sentença estrangeira, porque na maior parte das vezes é uma medida de caráter liminar. Um pedido interessante foi o proveniente da Argentina para penhorar os proventos de um devedor de ação de alimentos. O STJ considerou que a hipótese estava amparada não só no Protocolo de Medidas Cautelares[735], como na Convenção de Nova York sobre Cobrança de Alimentos no Estrangeiro, e o pedido foi deferido.[736] Recentemente, o Brasil tem recebido vários pedidos de penhora e o STJ os tem deferido sem maiores indagações, especialmente quando formulados tendo por base o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul. Também em outros casos, a penhora foi deferida, como na CR 2260[737], proveniente do México, na qual o Relator esclareceu que a penhora era um ato preparatório da futura execução e que por isso não era contrária à soberania nacional ou à ordem pública. Por último, veja-se um pedido proveniente do Uruguai, no âmbito do Protocolo de San Luis sobre a Assistência Jurídica

Mútua em Assuntos Penais no âmbito do Mercosul (Decreto n.º 3.468/2000), para realizar o sequestro de carros aqui localizados, tendo o pedido sido deferido.[738]

Os pedidos de informação sobre dados bancários são considerados de caráter executório.[739] O STJ em vista da disposição expressa da Resolução nº 9/2005, passou a deferir, depois de realizada a análise da ordem pública, caso a caso.

O leading case foi a decisão do Min. Fux na CR 438, em que se requeria a quebra de sigilo bancário para apuração de crime de lavagem de dinheiro, foi concedido o exequatur.[740] O Ministro foi sensível às modificações que a EC nº 45/2004 promovera, e à necessidade de que o STJ assumisse posição mais efetiva no combate ao crime organizado transnacional. Deu prevalência, portanto, ao princípio da efetividade do poder jurisdicional no novo cenário da cooperação internacional.

Em face do crescimento do crime organizado em âmbito global, com ramificações em mais de um país, o STJ passou a deferir os pedidos que continham medidas de caráter executório na área penal. Nestes têm sido utilizadas, com frequência, as convenções internacionais multilaterais, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo[741]; outras de caráter bilateral, como o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre Brasil e Portugal[742], e o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Itália[743]. Isso ocorreu na CR 691[744], em que o argumento da convenção foi utilizado pelo Ministério Público e o pedido deferido, tal como na CR 2593[745] e na CR 2609[746]. No entanto, os pedidos continuam a ser analisados cuidadosamente e quando não há informações suficientes, podem ser negados, como ocorreu na CR 534[747] e na CR 2069[748].

Outra questão analisada diz respeito à quem compete fazer o pedido, como na CR 998[749], em que a ordem foi denegada porque segundo o STJ o Ministério Público da Itália não seria competente. Essa jurisprudência tem sido seguida em inumeras decisões monocráticas. Veja-se, por exemplo, o caso da CR 4924[750], em que pedido de sequestro de bens imoveis foi deferido para posterior garantia da execução de sentença estrangeira condenando o réu por crime de fraude fiscal.

Uma área em que tem proliferado pedidos de cooperação jurídica internacional por meio de cartas rogatórias é no direito de família. O STJ tem analisado (e deferido), frequentemente, pedidos de intimação para investigação de paternidade e regulamentação de visitas, dentre outros. Também já decidiu casos relativos à cobrança de pensões alimentícias, como o pedido de penhora na CR 251[751]. Em outro caso, na CR 2430[752], utilizando o Protocolo de Medidas Cautelares

do Mercosul, deferiu o pedido de penhora de proventos para o pagamento de dívida de pensão alimentícia, tendo, no entanto, resguardado percentual que garantisse a sobrevivência do interessado, que deveria ser aferida pelo juízo federal competente para o cumprimento da ordem. Ainda relativo ao Mercosul, mas em respeito ao Protocolo de Las Leñas, foi deferido pedido de transferência de valores relativos a pagamento de pensão alimentícia de um pedido proveniente do Uruguai dirigido a uma empresa em que o devedor trabalhava[753].

A questão da restituição de menores é uma área bastante delicada e que teve aumento significativo de casos nos últimos anos, com a maior mobilidade das famílias. No passado, o STF era bastante rígido em sua análise, e negava os pedidos proveniente do exterior, especialmente quando já havia decisão a respeito da justiça brasileira, ainda que fosse uma cautelar ou decisão de 1º grau em ação de guarda. Atualmente, por conta da adoção da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças[754] há uma mudança de atitude em vários países, que no passado se recusavam a devolver menores de sua nacionalidade. Essa Convenção estabelece um procedimento próprio para o retorno da criança, que no Brasil está sendo classificado como de auxílio direto, e o pedido é feito diretamente ao juiz federal brasileiro. No âmbito das Américas há ainda a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores[755], que possui instrumentos similares. Há casos em que o pedido formulado pelo Estado requerente é no sentido de encontrar menores no Brasil ou de proceder à de quebra de sigilo telefônico. Este já foi deferido mais de uma vez, como por exemplo na CR 2874[756].

Na esteira das modificações iniciadas com a Resolução nº 9/2005, há casos de deferimento e indeferimento, conforme os fatos dos autos e a análise da ordem pública. Em alguns casos, o STJ negou integralmente os pedidos. Por exemplo, o STJ denegou um pedido de restituição de menores com base na Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, porque entendeu que a situação da menor no Brasil era regular.[757] Em outro caso, presentes os requisitos da Convenção, o pedido foi deferido.[758]

Como nem todos os todos os casos de sequestro de menores são processados através da Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças, pois esta funciona apenas entre os países signatários, continuam a chegar pedidos por meio de cartas rogatórias. Por exemplo, na CR 4954[759], o tribunal de Luanda, em Angola, pediu a intimação de um genitor para entregar as crianças à mãe, na forma de uma decisão judicial proferida naquele país. Tal pedido não poderia ser feito através da autoridade central, porque Angola não é parte da Convenção da Haia. No caso, o pedido foi deferido apenas parcialmente no que tocava à ciência do genitor, pois o STJ entendeu que seria necessário proceder à prévia homologação da sentença estrangeira e que antes do pedido de homologação nada impedia que a justiça brasileira decidisse a questão.

14.4. Sentenças estrangeiras

O reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras sempre foram ligados à questão da circulação internacional dos julgados, cuja efetividade interessa ao bom funcionamento do sistema internacional.[760] Para Haroldo Valladão,[761] a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras constitui aspecto fundamental do princípio do respeito aos direitos adquiridos no estrangeiro e à coisa julgada. Se o DIPr admite a aplicação da lei estrangeira, há de reconhecer também a eficácia da sentença estrangeira, para sedimentar a boa convivência na comunidade internacional entre os Estados. Só a ordem jurídica do foro atribui valor e efeitos jurídicos aos julgados estrangeiros.[762]

Preserva-se a distinção entre o juiz prolator e o juiz executor, pois não há poder central coercitivo na sociedade internacional. Cada Estado possui sua sistemática para executar sentenças estrangeiras,[763] e raros são os Estados que deixam de reconhecê-las.[764] Para Amílcar de Castro, "nenhum Estado pode pretender que os julgados de seus tribunais tenham força executória, ou valor juridiscional em jurisdição estranha".[765] Para José Carlos Barbosa Moreira "não é a homologação, note-se, que lhe confere a eficácia própria do ato decisório: ela somente permite que essa eficácia se manifeste em nosso território; isto é, importa-a".[766]

Vários tratados internacionais multilaterais uniformizam essa prática e têm auxiliado a maior circulação das decisões. A ONU possui a Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, em vigor no Brasil. No âmbito das Américas, temos os Tratados de Montevidéu e o Código Bustamante.[767]

Duas convenções interamericanas possuem disposições sobre sentenças estrangeiras: a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979, que entrou em vigor no Brasil em 1997 por meio do Decreto nº 2.411/1997, e a Convenção sobre Competência Internacional e Eficácia Extraterritorial da Sentença Estrangeira de 1984 que, apesar de assinada pelo Brasil, não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Não há notícia sobre jurisprudência acerca da Convenção sobre Eficácia Extraterritorial de Laudos Arbitrais e Sentenças Estrangeiras, apesar de incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Os requisitos nela previstos para reconhecimento das sentenças estrangeiras caminham na mesma direção daqueles exigidos pela lei brasileira, não havendo conflitos ou

incompatibilidades entre os dois sistemas. No entanto, suas regras para os laudos arbitrais estrangeiros foram ultrapassadas pela Lei de Arbitragem, que simplificou o reconhecimento desses laudos, deixando de exigir a dupla homologação, além das regras posteriores da Convenção de Nova York sobre Execução e Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 4.311/2002.

No campo da cooperação interjurisdicional do Mercosul, o Protocolo de Las Leñas representou significativo avanço ao permitir que a sentença estrangeira seja enviada diretamente pela justiça do país estrangeiro, através de carta rogatória. Com isso, embora a tramitação continue sob a égide do STJ, tornou-se mais rápida.[768] Inaugurou-se uma via simplificada de homologação para as medidas provenientes dos países do Mercosul.[769] O STJ já utilizou o procedimento do Protocolo e homologou sentenças estrangeiras que foram enviadas para tal pela via da carta rogatória.[770]

Ante a ausência de uma convenção de caráter global a esse respeito, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tem um projeto sobre o tema desde os anos noventa do seculo XX, proposto pelos Estados Unidos. O projeto malogrou na Conferência Diplomática de 2001 e somente a partir de 2012 voltou à mesa de discussões, com a nomenclatura de Judgments Project.[771] Várias reuniões do Grupo de Trabalho foram realizadas, e o projeto de convenção será apresentado na Reunião de Assuntos Gerais do Conselho em 2016, para que uma Comissão Especial inicie os trabalhos de análise do projeto. O Brasil faz parte do grupo de trabalho e tem atuado de forma bastante ativa para o sucesso do projeto. O Judgments Project é uma iniciativa necessária e viável para se chegar a uma regulamentação de carater global do tema de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras entre os Estados.[772]

As decisões oriundas da justiça estrangeira devem passar pelo crivo do STJ para então terem eficácia no território nacional. Esse procedimento as torna assemelhadas às sentenças nacionais. A prática consolidada do STF continuou a ser utilizada pelo STJ, vigorando o sistema instaurado no início do século XX.[773]

Veja-se como sempre funcionou o sistema na ementa da SEC 5093[774], de relatoria do Ministro Celso de Mello, ainda atual:

> " As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal. O processo de homologação desempenha, perante o Supremo Tribunal Federal - que é o Tribunal do foro -, uma função essencial na outorga de eficácia às sentenças emanadas de Estados estrangeiros. Esse processo homologatório - que se reveste de caráter constitutivo - faz instaurar, perante o Supremo

Tribunal Federal, uma situação de contenciosidade limitada. Destina-se a ensejar a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciando, desse modo, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentenças estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que lhes são inerentes."

Adotou-se o sistema de delibação, oriundo do sistema italiano, pelo qual não se questionava o mérito da decisão, em sua substância, senão para a verificação dos requisitos formais e da ofensa à ordem pública, bons costumes e soberania nacional. Estabeleceu-se, assim, um processo de contenciosidade limitada.[775]

Os requisitos a serem cumpridos encontram-se na LINDB (Art. 15), no Código de Processo Civil (Arts. 960 a 965) e no Regimento Interno do STJ. São pressupostos de homologabilidade da sentença estrangeira: (i) ser proferida por autoridade competente, (ii) ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia, (iii) ser eficaz no país em que foi proferida, (iv) não ofender a coisa julgada brasileira, (v) estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado e (vi) não conter manifesta ofensa à ordem pública[776].

A sentença proferida por tribunal estrangeiro só terá eficácia no Brasil depois de homologada pelo STJ.[777] Essa disposição, constante do Art. 961 do atual CPC, advem do Art. 483 do antigo CPC de 1973 e, à época, foi alvo de polêmica, por conta da anterior determinação do parágrafo único da LINDB, que não exigia a homologação das sentenças declaratórias. Mas com o CPC de 1973, a regra passou a se aplica ar todas as decisões estrangeiras, em face de seu caráter imperativo.[778]

O novo CPC, conquanto tenha mantido a regra[779], introduziu a exceção das sentenças estrangeiras de divórcio consensual, as quais prescindem de homologação[780]. Se houver uma dúvida a respeito, cabe ao juiz que examina a questão principal decidir incidentalmente sobre o divórcio. Nos parece que a regulamentação da matéria em âmbito incidental traz insegurança às partes. Isso porque se antes o divórcio era reconhecido e executado de maneira célere, sujeito apenas ao juízo de delibação, agora estará à mercê do sistema recursal tradicional, o que pode significar um grande dispendio de tempo e dinheiro. O tema já foi objeto de controvérsia no passado e certamente voltará a ordem do dia com a dispensa do Novo CPC.[781]

Um ponto que precisa ser mencionado é a possibilidade da sentença estrangeira ser utilizada no Brasil sem ser homologada, quando se tratar de mera prova da existência de um fato. Barbosa Moreira traz comentário nesse sentido: "Mas também como documento, utilizável para

fins probatórios, a sentença estrangeira pode mostrar-se apta a surtir efeitos no território nacional, independentemente do ato formal de reconhecimento. É concebível que se torne necessário, em processo instaurado perante a Justiça brasileira, provar o próprio fato da prolação de uma sentença, pela Justiça de outro Estado, sobre determinada matéria."[782]

Por exemplo, nos casos de sequestro de menores, uma decisão do juiz alienígena pode ser usada para comprovar que a guarda de um menor estabelecida no país estrangeiro foi deferida a um dos genitores, sem que seja necessário proceder-se ao processo de homologação. Nesse caso, a sentença estrangeira terá um efeito apenas probatório.

A homologação reveste-se de caráter de verdadeira ação, e tem natureza tipicamente jurisdicional. Cria-se situação nova, que passa a produzir efeitos no território nacional.[783] Sua natureza processual confirma-se com a possibilidade de ser rejeitada ou não, sendo do tipo constitutiva.[784] O CPC expressamente alude a esse condição ao dispor que "a ação de homologação será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira"[785]. Após o procedimento no STJ, a sentença estrangeira se torna um título executivo judicial e pode ser executada na Justiça Federal[786].

O contraditório se restringe à discussão sobre a satisfação dos requisitos de homologabilidade, sendo este o julgamento de mérito do pedido. Consequentemente, denegando ou concedendo a homologação, a decisão do STJ reveste-se da autoridade de coisa julgada no sentido material, e pode, ainda, ser homologada parcialmente, conforme previsão expressa do CPC.[787]

As partes interessadas podem ingressar com o pedido diretamente no STJ. Ao presidente cabe examinar a inicial e verificar se todos os requisitos foram preenchidos, podendo dar prazo ao requerente para emendar ou aditar o pedido, sob pena de indeferimento. Em seguida, intima-se o requerido, nomeando-se um curador especial se este não for encontrado, pois não incide a presunção de veracidade.[788] A contestação só versará sobre os requisitos de admissibilidade e contrariedade à ordem pública. A parte ré não pode pretender discutir a justiça ou injustiça da sentença estrangeira. Opina, ainda, o Ministério Público Federal, na condição de fiscal da lei.[789]

Um aspecto que revela a separação entre a decisão do STJ ao homologar a decisão estrangeira e o mérito da decisão estrangeira apareceu em uma petição avulsa em sentença estrangeira que pretendeu homologar um laudo arbitral.[790] Impugnou o requerido o valor da causa ao argumento de que o estabelecido pelo autor (R$ 10.000,00) era infinitamente menor do que o valor total do laudo arbitral (R$ 7.615.385,00), em flagrante violação ao Art. 259 do então

vigente CPC de 1973. O STJ decidiu pela denegação da impugnação.[791]

O presidente do STJ pode homologar a decisão estrangeira por decisão monocrática, sujeita ao recurso de agravo[792]. Todavia, se a sentença estrangeira for contestada, cessa a competência do presidente e a ação deve ser distribuída a um relator, e julgada pela Corte Especial do STJ.[793]

O CPC de 2015 alçou ao status de lei as regras constantes do Regimento Interno do STJ, a saber:

a) A possibilidade de homologação de decisão não judicial, que pela lei brasileira teria natureza judicial (Art. 961, §1º);
b) A possibilidade de homologação parcial da decisão estrangeira (Art. 961, §2º)
c) O deferimento de pedidos de urgência no curso da ação de homologação (Art. 961, §3º).

A regra listada na letra (a) acima será analisada no subitem 14.3.1 abaixo.

No que se refere à regra listada na letra (b) acima, temos que a homologação parcial dos pedidos de homologação foi consagrada em inumeros casos do STJ. Sua ocorrência é bastante comum na área de direito de família, em especial quando o pedido se refere, além do divórcio, a questões relativas à pensão e guarda de menores. Por exemplo, na SEC 12116[794], apenas o pedido com relação ao divórcio foi homologado. O pedido relacionado à guarda foi indeferido porque havia decisão sobre o mesmo tema na justiça brasileira. Assim, sua previsão legislação nos paragrafos 1º e 2º do Art. 961 do CPC não impactará a jurisprudência do STJ.

Por fim, com relação à regra listada na letra (c) acima, o deferimento dos pedidos de urgência no curso da ação de homologação, novidade introduzida pela Resolução nº 9/2005, está hoje sedimentada no Art. 961, §3º do CPC, na esteira da jurisprudência do STJ. Com efeito, ao longo dos últimos dez anos, o STJ tratou diversas vezes da matéria. No primeiro caso analisado, a homologação foi denegada.[795] Tratava-se de um pedido de homologação de sentença de divórcio proferida na Inglaterra, e o requerente pediu a tutela antecipada porque já tinha data marcada para o novo casamento no Brasil, e ante a exigência de um documento pelo STJ, alegava que não tinha acesso aos autos originais para obtê-lo. O requerimento de tutela foi indeferido, ao argumento de que a melhor interpretação dessa nova permissão ao deferimento de pedidos de urgência era de que se destinava a casos excepcionais. No caso dos autos, a concessão da medida seria irreversível, ao autorizar o requerente a contrair novo matrimônio.

Na SEC 746[796], o STJ deferiu a tutela de urgência em, pedido de homologação de sentença estrangeira de divórcio, com determinação de pagamento de pensão alimentícia. Em sua decisão,

o Relator destacou o caráter alimentar da dívida, o que caracterizava a existência de risco de dano de difícil reparação. Em outro pedido deferido, na SE 5717[797], pedia-se o impedimento judicial para a venda de um imóvel que serviria para garantir a execução de quantia elevada, cuja condenação era objeto de pedido de homologação de decisão estrangeira. O pedido foi deferido e o imóvel não pode mais ser vendido até a suspensão da medida.

Desde então, o STJ tem sido frequentemente instado a se manifestar a respeito da concessão de medidas de caráter de urgência, tendo sempre concedido a tutela com muita parcimônia, após cuidadoso exame da existência do fumus boni iuri e do periculum in mora[798]. Pode-se dizer que o STJ defere menos de 10% dos pedidos dessa nautreza. Na maior parte das vezes, o Ministro Presidente analisa os requisitos da tutela e a indefere, ao argumento de que sua concessão somente é cabível em casos excepcionais[799], mormente em face dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O §4º do Art. 961 do CPC previu, ainda, a possibilidade da homologação de sentença estrangeira para fins de execução fiscal, quando prevista em tratado ou com base em promessa de reciprocidade.

O novel Art. 962 do CPC[800] permite a execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência, o que não se confunde com a possibilidade de permitir uma medida de urgência no curso do procedimento de homologação, tratada acima. Na verdade a medida de urgência será encaminhada por meio de carta rogatória, e seguirá o rito desta. Já é possível o deferimento de carta rogatória de caráter executório, inclusive sem oitiva do réu, possibilidade utilizada em casos graves e raros, mas ainda assim conhecidos. Embora o juízo da urgência deva ser analisado somente pelo juiz estrangeiro prolator da decisão, não se pode esquecer que o deferimento do pedido depende da análise de ausência de violação à ordem pública brasileira bem como a soberania nacional, o que indica que o STJ analisará, ainda que incidentalmente, o mérito da decisão recebida. Isso permitirá que o STJ indefira o pedido se discordar da opção do juiz estrangeiro por entender que a medida cautelar é contrária a nossa ordem pública, por exemplo se a parte não tiver tido ciência e isso fosse possível e desejável. O §4º do Art. 962 parece se dirigir a poucos casos, visto que somente nos casos de divórcio consensual dispensar-se-á a prévia homologação da decisão estrangeira. Ora, se o divórcio foi obtido de forma conseual, não parece haver muitas situações em que sejam necessárias medidas de urgência para o seu reconhecimento.

Os dois últimos artigos do Capítulo referente à homologação de decisão estrangeira no CPC (Arts. 964 e 965) não apresentam maiores novidades. O primeiro esclarece que não se homologa

decisão que verse sobre hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, o que já era praxe dos tribunais, pois é corolário direto do que dispõe as normas de competência exclusiva. O segundo também já era previsto na legislação existente, e decorre de mandamento constitucional consubstanciado no Art. 109, X da Constituição Federal.

Embora as regras do CPC para os pedidos de homologação de sentença estrangeira não tragam mudança expressivas à regulamentação e jurisprudência já consagrada a respeito, é positivo que estejam consolidadas em um mesmo local e que tenham sido alçadas ao status de lei.

14.4.1. Requisitos da homologação de sentenças estrangeiras

O Art. 963 do CPC elenca os requisitos para a homologação da sentença estrangeira, os quais permaneceram inalterados vis a vis a legislação anterior. Eles serão objeto de análise detalhada neste subitem.

a) Objeto da homologação: a sentença estrangeira

A acepção "sentença estrangeira" foi compreendida pelo STF de forma ampla, bastando que tivesse conteúdo e efeitos típicos de sentença. Sempre foram aceitas, sem qualquer restrição, decisões proferidas por órgãos que não fazem parte do Poder Judiciário, mas têm a função de expedir determinações com eficácia sentencial. Em casos de divórcio provenientes do exterior, têm sido homologadas decisões proferidas por decreto real da Dinamarca; de tribunal rabínico de Israel; de autoridade administrativa do Japão.[801] O STJ tem seguido a mesma orientação. Por outro lado, o título executivo extrajudicial prescinde de homologação (Art. 784, §2º do CPC), mas sobre esse ponto o STJ ainda não se pronunciou.[802]

O STJ cuidou de dois casos em que o documento que se pretendia homologar não foi considerado sentença judicial, na acepção da legislação brasileira. No primeiro, indeferiu um pedido que não era nem sentença estrangeira nem tampouco título judicial, mas simplesmente um início do procedimento de execução.[803] No segundo, a requerente pretendia homologar uma certidão de um notário sobre um bem imóvel aqui situado, com o que seria alterado o registro civil de sua propriedade.[804] O STJ entendeu que não se tratava de decisão e, ainda, a hipótese versava sobre caso de competência exclusiva da justiça brasileira, na forma do Art. 89, II do então vigente CPC de 1973.

Outro caso interessante é o de uma sentença estrangeira de divórcio proveniente de Portugal, em que a requerente solicitava voltar a usar o nome de solteira, apesar de a decisão

nada dizer sobre esse ponto. Instada a comprovar o direito estrangeiro aplicável, juntou a legislação de Portugal, no sentido de que a volta era automática, mas para preservar o nome de casada havia necessidade de autorização expressa, razão por que a decisão nada dizia a esse respeito. O STJ, sob esses argumentos, homologou a decisão.[805]

Em 2015, no julgamento da SEC 5782[806], o STJ indeferiu o pedido de homologação de laudo arbitral que havia sido anulado na origem. Comprovada a anulação, tem-se que a sentença arbitral acabou não completando o trânsito em julgado, razão pela qual não poderia ser homologada. Veja-se o trecho da ementa:

> "O procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão de Estado estrangeiro. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Na hipótese sob exame, sendo nulo na Argentina o presente laudo arbitral — por causa de decisão judicial prolatada naquele País, com trânsito em julgado devidamente comprovado nos autos —, nula é a sentença arbitral no Brasil que, por isso, não pode ser homologada."

Outro caso interessante foi o deferimento do pedido de homologação de sentença estrangeira que tratava de anulação de casamento religioso, confirmado pela Santa Sé, no Vaticano. O Relator asseverou que o Decreto que regula a Igreja Católica no Brasil considera as decisões da Santa Sé como sendo sentenças estrangeiras para efeitos de homologação[807].

b) Competência do juiz prolator

O STJ, na esteira do anterior entendimento do STF, nunca se imiscuiu na sistemática interna do país estrangeiro, verificando apenas se as regras atributivas de competência internacional daquele país permitiam que fosse ali julgada a causa. Não cuida das regras específicas de competência interna. A impugnação à competência determinada pelo tribunal estrangeiro, segundo suas leis, não poderá prosperar, a menos que configure em uma ofensa à nossa ordem pública. Limita-se a determinar se a causa é da competência geral do juiz prolator.

Há varios precedentes sobre o tema, em que o STJ reitera sua posição do precedente SEC 4.127[808], de que "Segundo o sistema processual adotado em nosso País em tema de competência internacional (CPC, arts. 88 a 90), não é exclusiva, mas concorrente com a estrangeira, a competência da Justiça brasileira para, entre outras, a ação de divórcio, de alimentos ou de regime de guarda de filhos, e mesmo a partilha de bens que não sejam bens situados no Brasil".

Isso significa que "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas" (CPC, art. 90) e vice-versa"[809]. Aliás, o novel parágrafo único do Art. 24 do CPC consagrou esse entendimento já pacificado pela jurisprudência.

Dá-se o efeito negativo da competência quando esta é exclusiva da justiça brasileira (Art. 23 do CPC), negando-se a homologação. O STJ já se pronunciou sobre a matéria, seguindo a jurisprudência do STF. O caso dizia respeito ao reconhecimento de uma decisão que validava a doação de bens situados no Brasil, embora houvesse aqui herdeiros necessários do falecido. O STJ entendeu ser inviável a homologação.[810]

A redação do Art. 89, II do antigo CPC de 1973 foi amenizada, ao longo dos anos, para considerar competência exclusiva tão-somente os casos de inventário e partilha de bens causa mortis, aceitando-se as partilhas realizadas no exterior em divórcios, em casos de acordo.[811] Nesse tema, o STJ deu interpretação mais larga do que o STF, nos casos de competência exclusiva para partilha de bens, abrandando o conceito. Em casos de divórcio, aceitou a partilha efetuada no exterior, analisando que, segundo o direito material aplicável brasileiro, a divisão seria a mesma.[812] Veja-se a recente EDcl na SEC 11.616[813], em que foi homologada sentença estrangeira que decidiu partilha de bens, com determinação de venda de bem aqui situado, pois para o STJ o Art. 89, II do CPC de 1973 aplicava-se somente à sucessão causa mortis.

Todavia, com a promulgação do CPC em 2015, esse tema será provavelmente revisto pelos tribunais, em razão do que dispõe o Art. 23, II do CPC, segundo o qual “em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional”. O legislador do Novo CPC reforçou a posição de que bens aqui situados devem ser tratados no Brasil, posição mais abrangente do que a que prevalecia através da interpretação do Art. 89, II do antigo CPC de 1973 no STJ.

Na área do direito de família, a decisão brasileira prevalece sobre a sentença estrangeira cuja homologação é buscada, sem necessidade de ser final. Isso porque como se vê em vários casos, “A jurisprudência desta col. Corte é pacífica no sentido de que a existência de decisão no Judiciário brasileiro sobre a guarda e alimentos de menor, mesmo que em sede de liminar e após o trânsito em julgado da decisão alienígena, impede a homologação, sob pena de ofensa à soberania nacional”[814].

c) Citação do réu

A ausência de citação válida, promovida na forma da lei brasileira, tem sido um dos maiores obstáculos à aceitação de sentenças estrangeiras. O STF desenvolveu extensa prática de só considerar a citação efetuada através de carta rogatória, não aceitando as promovidas por via postal ou por outros métodos. Entendeu que a inobservância a esta forma implicava contrariedade à ordem pública brasileira, pois esta seria a única maneira pela qual haveria segurança jurídica para o réu aqui domiciliado. Sua posição não era de mera formalidade, pois, se a parte comparecesse espontaneamente ao juízo estrangeiro, estaria suprida a questão.[815] O STJ tem caminhado na mesma direção e já decidiu alguns casos da mesma forma.[816] Recusou a homologação de sentença estrangeira cuja citação não fora realizada.[817] Recentemente reiterou a jurisprudência nesse sentido, na SEC 10.885[818], como se verifica da ementa: "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para homologação de sentença estrangeira proferida em processo que tramitou contra pessoa residente no Brasil, revela-se imprescindível que a citação tenha sido por meio de carta rogatória, o que não ocorreu no presente caso." A razão para esse cuidado decorre da garantia constitucional do contraditório[819].

d) Trânsito em julgado

Um dos requisitos essenciais para a homologação da sentença estrangeira é seu trânsito em julgado, pois, nos dizeres de Barbosa Moreira, "se reclama que a decisão haja atingido um certo grau de estabilidade no país de origem",[820] o que significa que a decisão é definitiva. O descumprimento deste requisito importa a denegação do pedido.

Essa exigência também visa assegurar o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, estando em total harmonia com os princípios estabelecidos na Constituição de 1988.[821]

É preciso comprovar o requisito. Não há qualquer disposição na LINDB, no CPC ou mesmo no Regimento Interno do STJ sobre a forma pela qual deve ser realizada a prova do trânsito em julgado da sentença estrangeira. Mas, respeitando-se a regra do locus regit actum, é imperativo observar as peculiaridades do direito vigente no Estado onde a sentença houver sido proferida para auferir se houve ou não o trânsito em julgado.

A comprovação do trânsito em julgado de sentença estrangeira que se pretenda homologar no Brasil era realizada no STF usualmente de duas formas: (i) através de uma certidão, ou declaração expressa, do tribunal estrangeiro; ou (ii) quando não existisse tal documento, aplicando-se, subsidiariamente, a regra contida no Código Bustamante (Arts. 409-411) para comprovar o direito estrangeiro.[822] De notar que o STF, ao se pronunciar sobre a utilização

dessas normas do Código Bustamante, entendeu que este deveria ser utilizado de maneira ampla.[823]

O STJ, na esteira dos precedentes do STF, tem entendido essa questão de maneira bastante ampla, e não apenas como a necessidade de um carimbo. O trânsito em julgado significa que a sentença estrangeira é final, segundo o direito local. Portanto, os pedidos de homologação têm sido deferidos desde que a parte comprove este fato. Em um caso recente, havia uma certidão de arquivamento do feito que foi interpretada como significativa de que o mesmo era definitivo.[824] Em outro, interpretou a expressão em espanhol "se encuentra firme", como trânsito em julgado.[825] Na CR 1931[826], o STJ entendeu que havia o trânsito em julgado, e permitiu a citação editalícia do outro cônjuge, já que o divórcio havia sido proferido treze anos antes e não havia motivo para questionar a afirmação do requerente de que não sabia do paradeiro do outro.

Não havendo litispendência no plano internacional, somente depois da homologação de sentença transitada em julgado poder-se-á suspender uma ação sobre a mesma causa em andamento no Brasil.[827]

A exceção de litispendência não pode ser oposta no juízo de delibação instaurado na homologação de sentença estrangeira, posição mantida pela doutrina e prestigiada pela jurisprudência, desde o tempo do STF, como explica o Ministro Celso de Mello, em obiter dictum de um pedido de homologação.[828]

Nos últimos anos, o STJ vem entendendo o significado do trânsito em julgado com bastante latitude. Para ele, "o trânsito em julgado pode receber tratamento e nomenclatura diversos nos diferentes ordenamentos jurídicos, sendo o bastante, para o fim da homologação, que a decisão homologanda ostente o caráter de definitividade e reúna as formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida."[829]

e) Autenticação dos documentos

Para que o STJ proceda à análise da sentença estrangeira, é necessário comprovar sua autenticidade. O documento deve estar consularizado, contendo a chancela do consulado brasileiro do local de origem da sentença.[830] O cônsul brasileiro no exterior possui funções notariais, cabendo-lhe dar ao documento que se quer importar o valor probante necessário no território nacional. Ademais, por estar no local, pode suprir dúvidas surgidas junto à autoridade estrangeira que expediu o documento.

Este requisito só será dispensado se a sentença tramitar por via diplomática.[831] Convenções

bilaterais também contêm normas sobre a dispensa da autenticação consular. O STJ tem decidido os casos relativos às convenções no mesmo sentido. Em sentença estrangeira[832] proveniente da França, cujos documentos estavam sem a chancela consular, aplicou a convenção bilateral que a dispensava, por ser norma especial e posterior à exigência legal.

O CPC expressamente alude à desnecessidade de consularização quando os documentos são transmitidos através de autoridades centrais. Por exemplo, veja-se a SEC 7173[833], em que o pedido de homologação da decisão estrangeira foi requerido pelo MPF, na qualidade de autoridade intermediária da Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, tendo sido dispensada a chancela consular dos documentos que instruiam o pedido.

A esse respeito, é preciso pontuar a recente aprovação, em Congresso Nacional, da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, celebrada na Haia, em 5 de outubro de 1961. Tendo sido promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 8.660/2016, facilitará sobremaneira o cumprimento do requisito de autenticação de documentos para fins de homologação de sentenças estrangeiras e concessão de exequatur a cartas rogatórias.

f) Tradução realizada por tradutor juramentado

A tradução da decisão e demais documentos necessários ao processo de homologação é indispensável, devendo ser feita por tradutor juramentado. Esta exigência se justifica, pois o tradutor tem fé pública, não só para a tradução como para as certidões que expedir. Por isso, não é possível efetua-la fora do Brasil. Quando não há tradutor do idioma em questão, um tradutor ad hoc deve ser nomeado para o ato, devendo a parte diligenciar nesse sentido.[834] Há legislação específica sobre o tema e obrigatoriedade de registro do tradutor em junta comercial.

No entanto, nos últimos anos, o STJ tem abrandado essa exigência quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática. "As exigências de que a sentença estrangeira esteja autenticada pelo cônsul brasileiro e de que tenha sido traduzida por tradutor juramentado no Brasil cedem quando o pedido de homologação tiver sido encaminhado pela via diplomática."[835]

g) Denegação da homologação por ser a sentença contrária à ordem pública brasileira

No sistema brasileiro de delibação, o STJ analisa o mérito da decisão em estreitos limites, para verificar se não houve violação à ordem pública e à soberania nacional, a qual pode ser

incluída na acepção geral de ordem pública. O Regimento Interno acrescentou a violação à dignidade humana. Não há notícias sobre a razão da inclusão de mais essa exceção no Regimento Interno, nem tampouco casos que tenham denegado a homologação por esse motivo. Relevante destacar que entendemos que o princípio se insere na categoria da ordem pública, que diz respeito à violação de direitos fundamentais, conforme examinado ao longo deste livro.

A ordem pública funciona como uma válvula de escape, por força das regras de DIPr, quando é preciso impedir a aplicação da norma estrangeira competente, sendo de caráter indeterminado e mutante. Moura Ramos informa que o tribunal deve recusar a aplicação da lei estrangeira, não por um imperativo que se ancore no seu interesse, mas somente por conta de um princípio da ordem constitucional.[836] Através da análise das decisões do STF e do STJ, pode-se avaliar a posição do Judiciário brasileiro em relação à ordem pública no DIPr. Essas decisões servem, indiretamente, para os demais tribunais brasileiros.[837]

Da análise dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, nota-se que a maioria tem sido deferida, e que os indeferimentos são, em grande parte, decorrência da inobservância de algum requisito formal. Por exemplo, veja-se a SEC 843[838], que não foi homologada por ausência de diversos requisitos.

Por outro lado, um tema recorrente diz respeito à não homologação em função da competência exclusiva da justiça brasileira. Nesse sentido, a SE 2218[839] foi indeferida, porque a decisão procedeu à partilha de bens situados no Brasil, em contrariedade ao disposto no Art. 89, II do então vigente CPC de 1973.

Outra hipótese de homologação denegada foi a SEC 819[840], em que se requeria a execução de decisão francesa que cuidara da visitação de filho brasileiro. Anteriormente ao pedido, a justiça brasileira havia decidido sobre a visitação. Embora ainda não houvesse o trânsito em julgado da decisão estrangeira, o STJ entendeu que a sentença francesa era contrária à soberania nacional, pois a existência de sentença pátria sobre o assunto impedia a aceitação da decisão alienígena. Nesse sentido, o STJ acompanhou a posição anterior do STF, que em matéria de menores sempre deu preferência às decisões internas.

Em um caso recente, mais uma vez o STJ se pronuncia no sentido de que é contrária a ordem pública a atribuição da guarda em país estrangeiro a apenas um genitor, em detrimento do que considera o melhor interesse da criança[841]. Para o STJ, é preciso garantir à criança a ampla convivência familiar, o que não está ressalvado de forma correta na decisão estrangeira.

Ainda na área de direito de família, há um caso que poderia ser classiificado como de ordem

pública positiva, em que a homologação se impôs apesar de aparentemente contrária ao direito brasileiro, eis que na verdade estava a confirmá-lo.[842] Tratava o caso de um pedido de homologação de decisão proferida na Alemanha que modificava o registro de nascimento de um menor para excluir o patronímico do pai biológico e acrescentar o nome do padastro. O STJ analisou o mérito da decisão em detalhes a fim de verificar se não houve violação aos direitos da personalidade e ao melhor interesse da criança. Note-se que o pai biológico resistiu à mudança, tanto na Alemanha quanto no Brasil, tendo sido citado por carta rogatória. Por seu turno, o Ministério Público, em seu parecer, ressaltou que a decisão seria contrária à lei brasileira, que não permite essa alteração, citando, inclusive, precedente da corte em caso anterior[843]. A Relatora do caso apontou ter o tribunal estrangeiro decidido de acordo com o melhor interesse da criança, por ter procedido a uma ponderação dos valores envolvidos no caso concreto, que a seu sentir estão acordes à interpretação que vem sendo dada em outros casos de mudança de nome no plano interno na mesma corte.

h) Homologação de laudos arbitrais

O Brasil filiava-se ao sistema da dupla homologação para laudos arbitrais. Em 1996, a Lei de Arbitragem simplificou este rito, eliminando a homologação da decisão arbitral no seu local de origem. Restou, somente, a homologação do laudo pelo STF (Art. 35 da Lei nº 9.307/1996), hoje STJ. A mudança, de cunho processual, teve sua aplicação imediata decretada pelo STF, em um caso no qual o laudo era anterior à lei, mas o pedido se processara já sob sua vigência.[844] Anote-se que a Lei de Arbitragem adotou a regra da distinção geográfica para estabelecer se um laudo arbitral é nacional (quando aqui proferido) ou estrangeiro (quando feito no exterior), sem que nenhum outro requisito seja levado em conta.

Ainda no campo da arbitragem, houve grande discussão no STF a respeito da constitucionalidade de alguns dos artigos da Lei de Arbitragem, que só foram resolvidos em 2001. A Lei de Arbitragem foi declarada constitucional justamente no âmbito de uma homologação de sentença estrangeira.[845]

O STJ já teve oportunidade de julgar pedidos de homologação de sentenças estrangeiras referentes a laudos arbitrais proferidos no exterior. Por exemplo, na SEC 802[846], a sentença arbitral foi homologada sem problemas, pois a impugnação do requerido versava sobre o mérito da causa, o que não é permitido pelas regras da homologação. Na SEC 856[847], tratava-se de uma sentença arbitral em que se impugnava a ausência de pacto compromissório. O STJ entendeu que se a parte comparecera regularmente à arbitragem e nada alegara sobre esse fato, não lhe caberia

fazê-lo no momento da homologação. Além disso, a forma tácita de aceitação da cláusula compromissória estaria de acordo com as regras vigentes no comércio internacional, em especial quando se trata de cláusulas pactuadas em instituições especializadas em determinado seguimento, como a do algodão, de Londres. O julgamento é interessante por ser também o primeiro que menciona a Convenção de Nova York[848].

A decisão na SEC 966[849] causa espécie porque contraria o sistema brasileiro que não aceita a litispendência internacional. É que a requerida, quando no exterior perdeu o procedimento arbitral, ajuizou ação de rescisão contratual em Pernambuco, ainda não julgada. Ao mesmo tempo, a requerente iniciou o procedimento de homologação de sentença estrangeira. Em decisão monocrática, o Ministro Relator suspendeu o processo e oficiou a Pernambuco para que informasse a situação do caso. Em 2008, o processo foi extinto, a pedido das partes, por força de acordo realizado entre elas.

Da análise dos casos já julgados, conclui-se que a maior parte das decisões[850] foi homologada, desde que cumpridos os requisitos formais. As diversas tentativas de se discutir o mérito dos casos não foram aceitas pelo STJ. Houve alguns casos de indeferimento, que não chegam a 10% do total de julgados. Nesta pequena lista, deve-se mencionar a SEC 866 e a SEC 967[851], em que indiretamente o STJ adentrou no mérito dos laudos, ao verificar questões relativas à própria existência da cláusula arbitral, o que vai de encontro às demais decisões. No entanto, da leitura dos acórdãos, sobressai a necessidade de as partes terem cautela com relação a manifestação da vontade nos contratos, com cláusula expressa, pois este ponto é quase sempre discutido. Outro ponto de destaque é que a maioria dos casos se refere a contratos de compra e venda internacional e as arbitragens foram realizadas por instituições especializadas.

Recentemente, foi indeferida a homologação de um laudo arbitral estrangeiro proferido por um tribunal arbitral constituido em desacordo com a clausula arbitral. Por esta razão, o STJ entendeu que era incompetente a autoridade arbitral julgadora, tendo descumprido o requisito de que a sentença seja proferida por autoridade competente.[852]

De todos os casos analisados, surgem algumas diretrizes práticas: a) é essencial comprovar de forma adequada a existência e aceitação da cláusula compromissória pelas partes; b) no momento da arbitragem, deve ficar claro como se operou a intimação das partes; c) o argumento de contrariedade à ordem pública deve ser utilizado com cautela, pois o STJ não vai adentrar o mérito do processo arbitral; d) ao STJ compete, tão somente, verificar o cumprimento dos requisitos da Lei de Arbitragem e demais diplomas legais que cuidam da matéria, mormente a LINDB, o Código de Processo Civil e o Regimento Interno do STJ.

Os operadores do direito, envolvidos no comércio internacional, precisam estar atentos às normas que regem a cooperação jurídica internacional, em especial à prática do STJ, pois este tribunal tem compreendido seu novo papel e se colocado a favor da autonomia da vontade das partes em eleger a via mais apropriada para dirimir conflitos específicos da atividade comercial: a arbitragem.[853]

IV. A FAMÍLIA NO DIPR

15. Direito de Família no DIPr

"Força é acentuar que o casamento é o ato jurídico que mais oferece campo às discussões em torno aos conflitos interespaciais que freqüentemente gera, dada a minuciosidade com é que regulado pelas leis internas e a maneira diversa pela qual as questões são encaradas e resolvidas."

Miguel Maria de Serpa Lopes[854]

A família sempre foi a peça nuclear da sociedade, tendo recebido do Direito a correspondente proteção. Na acepção clássica, compreendia as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união e as que descendiam de um tronco ancestral comum ou por adoção.[855] Estamos vivendo no Brasil uma série de modificações desse antigo conceito de família, no sentido de ampliar sua noção. Esse processo, iniciado na jurisprudência e na legislação ordinária, foi afinal consagrado pela Constituição de 1988. A sociedade brasileira enfrentou novos desafios com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e seu extenso catálogo de modificações nesta área.[856] Deslocou-se a tutela constitucional do casamento para as relações familiares dele decorrentes (mas não unicamente dele), transformando a proteção da família como instituição em uma tutela funcionalizada à dignidade de seus membros, como bem acentua Gustavo Tepedino.[857]

A família moderna enseja inúmeras repercussões no plano internacional. No limiar deste novo milênio, no qual a comunicação global é um dos traços característicos da sociedade, tendem a aumentar as ocorrências de famílias transnacionais, e por conseguinte as questões de direito internacional privado. Apenas para citar alguns exemplos, há problemas de cunho internacional relacionados à validade do casamento, ao regime de bens, à posterior repartição do patrimônio em caso de separação e divórcio, à sucessão e às crianças.

Para além da proteção que o patrimônio familiar recebe no direito interno, sempre houve regras de cunho internacional voltadas para a resolução das situações multiconectadas.

Em um mundo decididamente "globalizado" e que permite grande mobilidade aos indivíduos, vive-se a dicotomia entre os direitos individuais e as necessidades específicas do direito de família, que demanda uma proteção especial aos interesses do grupo familiar. Enquanto os primeiros têm por característica seu caráter universal, a família, ao contrário, está muito vinculada à cultura, às tradições e à religião de cada sociedade.[858] O Dipr e suas regras acabam ajudando os indivíduos a lidar com o conflito de culturas.[859]

No Brasil, as questões relativas à família internacionalizada se colocam perante o juiz quando é preciso determinar, através do método conflitual, a lei aplicável ao fato concreto, ou quando é necessário dar efeitos aqui aos atos ou fatos ocorridos no exterior. Como conciliar os princípios gerais de direito internacional privado com a necessidade de se garantir uma proteção diferenciada a determinadas situações ligadas à família, consagrada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros?

Desde 1942, com a LINDB, o Brasil adota o domicílio como elemento de conexão[860] para reger as questões relativas à capacidade e ao direito de família. Será regido pela lei brasileira o estrangeiro aqui domiciliado, sendo irrelevante, em regra, a nacionalidade[861] do indivíduo ou qualquer disposição proveniente de sua lei nacional. Da mesma forma, o brasileiro domiciliado no exterior não será mais regulado pela lei brasileira no tocante à sua capacidade e direitos de família, mas sim pela lei de seu domicílio. Esta regra, consubstanciada no Art. 7º da LINDB, cuida da lei aplicável ao "começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família".

15.1. O casamento e seus efeitos para o DIPr

O casamento é um ato complexo para o DIPr, pois exige tanto a determinação da lei aplicável à capacidade das partes para praticar o ato como da lei aplicável à celebração do ato. Devido a esta complexidade, o caput do Art. 7º da LINDB não é suficiente para solucionar, pela simples aplicação da regra domiciliar, todos os problemas de conflito de leis que possam surgir em função do casamento. Os parágrafos 1º a 6º desse artigo regulam questões pertinentes ao casamento, em alguns casos trazendo exceções ao critério domiciliar geral. Essas questões dizem respeito a: celebração; invalidade; regime de bens; e efeitos do divórcio estrangeiro. No tocante à natureza das normas de DIPr que cuidam especificamente do casamento temos uma predominância de normas de caráter unilateral, pois somente os parágrafos 3º e 4º são bilaterais.[862]

15.1.1. Casamento celebrado no Brasil

Para entender os casamentos celebrados no Brasil com repercussões no DIPr, é preciso separar em dois pontos a temática: (1) as questões relativas à capacidade dos nubentes; e (2) a análise dos efeitos de uma decisão de divórcio estrangeira, quando um dos nubentes está se habilitando no Brasil.

Capacidade para casar de indivíduo domiciliado no exterior

O legislador introduziu uma regra específica para casamentos no §1º do Art. 7º da LINDB, determinando a aplicação da lei brasileira aos casamentos realizados no Brasil não só quanto às formalidades da celebração, como também em relação aos impedimentos dirimentes.[863]

Esta norma — pela qual as formalidades da celebração do casamento realizado no Brasil seguem a lei brasileira — não apresenta qualquer dificuldade, sendo na verdade uma aplicação da regra clássica locus regit actum que, no tocante ao casamento, é designada como a regra de conexão lex loci celebrationis.[864] Em matéria de celebração de casamento as normas são de caráter imperativo e determinam que o casamento seja realizado em cumprimento das normas internas de celebração. A lex loci celebrationis é uma regra de DIPr que protege o favor matrimonii, e por sua universalidade foi alçada à condição de princípio da disciplina, tendo sido tema de uma das primeiras Convenções da Haia, a Convenção para Regular os Conflitos de Leis e de Jurisdições em Matéria de Divórcio e de Separação de Pessoas, de 1902.[865]

A exigência de que sejam observados os impedimentos dirimentes da lei brasileira traz à tona a discussão sobre a lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio. O Art. 183 do Código Civil de 1916, que elencava os impedimentos dirimentes a que se refere o §1º do Art. 7º da LINDB, ao dizer claramente "não podem casar: (...)" cuidava justamente da capacidade para contrair matrimônio. O Código Civil de 2002 substituiu este artigo pelos Arts. 1.521, e 1.523. Pela sistemática, a lista dos impedimentos públicos foi mantida, mas a outra parte do Art. 183 — impedimentos relativos —, foi separada e passou a integrar as causas suspensivas do casamento.[866]

Amílcar de Castro dizia que a capacidade para casar era apenas um dos aspectos da capacidade civil em geral, portanto não poderia ser estabelecida de forma idêntica aos demais. O casamento, sendo uma instituição que interessava diretamente à ordem pública, não poderia ser comparado aos contratos apreciados pelo direito das obrigações.[867] No seu entender, o direito civil estabeleceu limites para a capacidade de casar diferentes daqueles para contratar ou agir em

geral, constituindo-a em uma capacidade específica. Se o casamento ocorresse no Brasil, por ocasião da habilitação, o nubente, mesmo domiciliado no exterior, deveria atender aos requisitos de capacidade matrimonial da lei brasileira, mesmo que diversos ou inexistentes em sua lei domiciliar.

A norma do Art. 7º, §1°, da LINDB possui caráter unilateral e imperativo. Em vez de se chegar à lei estrangeira pela norma de conflito do caput, aplica-se a lei brasileira a ambos os nubentes, sejam eles domiciliados ou não no Brasil. Por meio desta regra, evitam-se os problemas de qualificação advindos da confusão entre as questões de forma e de fundo que permeiam o tema — e que existiam à época da Introdução ao Código Civil. O §1º do Art. 7º da LINDB unificou forma e fundo sob a mesma lei. Exige-se para os casamentos aqui realizados o cumprimento da lei brasileira no que concerne a celebração e a capacidade dos nubentes, conforme inspiração americana. Com isso, simplifica-se o procedimento pois não é necessário verificar os impedimentos da lei pessoal de nubentes com domicílio no exterior. Instaura-se, com relação ao casamento, um conceito de territorialidade, excepcional em relação ao método conflitual que é utilizado nos outros temas do DIPr.[868] A ausência de jurisprudência[869] exigindo o atendimento a impedimentos da lei domiciliar estrangeira confirma esta linha de interpretação.

15.1.2. Habilitação de nubente divorciado no estrangeiro

No processo de habilitação para o casamento a ser realizado no Brasil em que um dos nubentes seja divorciado, tendo o divórcio se realizado no exterior, há necessidade de se proceder à homologação desta sentença como condição à concessão da habilitação. Houve polêmica a este respeito em função da redação do antigo § único do Art. 15 da LINDB, de acordo com o qual "não dependem de homologação as sentenças meramente delcaratórias do estado das pessoas", ei que a condição de divorciado diz respeito a uma questão de estado.[870]

Essa divergência dos juristas, sobre a qual a jurisprudência se manifestara nos dois sentidos,[871] foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou derrogado tal dispositivo pelo Art. 483 do Código de Processo Civil[872] e, posteriormente, pela revogação do parágrafo único do Art. 15 da LINDB[873].

Desta forma, atualmente, é obrigatória a homologação da sentença estrangeira, já que virá a produzir efeitos no Brasil, independentemente de sua natureza.[874] Não obstante, é preciso pontuar, a esse respeito, o teor do novel Art. 960, §5º do CPC, de acordo com o qual a "sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação

pelo Superior Tribunal de Justiça". Nesse caso, qualquer juiz poderá examinar a validade da decisão, seja em caráter principal ou inicidental, quando for instado a sobre ela se manifestar em processo de sua competência[875].

15.1.3. Casamento consular celebrado no Brasil

No Brasil, o casamento consular é reconhecido desde os tempos do Império, se houver reciprocidade, sendo permitido, no entanto, apenas aos nacionais dos Estados celebrantes.[876] A possibilidade da realização de um casamento segundo as leis estrangeiras remonta à ficção da extraterritorialidade das repartições diplomáticas, teoria concebida por Hugo Grotius[877] no século XVII, mas abandonada no século XIX. Esta ficção de extraterritorialidade permanece no casamento consular, ao permitir-se como única exceção à norma geral da lex loci celebrationis sua realização segundo as leis de outro Estado.

A Introdução ao Código Civil de 1916 não dispunha expressamente sobre o casamento consular, que era aceito pelo Art. 204 do Código Civil de 1916.[878] O Código Civil de 2002 acompanhou a prática da Lei de Registros Públicos (Art. 1.544),[879] preocupando-se com a obrigatoriedade do registro posterior para os casamentos de brasileiros. Permanece, então a desnecessidade de registro de casamentos de estrangeiros realizados fora do país no registro civil de pessoas naturais. Inovou o Código Civil de 2002 ao determinar, no artigo 1544, o prazo de 180 dias para o registro do casamento no Brasil, contados do retorno de um dos cônjuges brasileiros. Contudo, não foi estabelecido qualquer tipo de sanção caso o prazo não seja atendido.[880] Sua ausência não significa invalidade do casamento, já que a regra unilateral da lex loci celebrationis, prevista no Art. 7º da LINDB para os casamentos aqui realizados, bilateraliza-se pelo costume e cortesia internacional, impondo o reconhecimento em nosso país do ato celebrado no exterior, se lá sua validade não houver sido contestada.

O §2º do Art. 7º da LINDB,[881] ao dispor sobre o casamento consular, o fez em estreitos limites, eis que aplicável somente se ambos os nubentes forem estrangeiros e da mesma nacionalidade. Se um dos nubentes, apesar de estrangeiro, for de outra nacionalidade, o casamento no Brasil perante o consulado será considerado nulo e sem efeitos no Brasil.[882]

Registro do casamento consular no Brasil

A Lei de Registros Públicos não disciplina o registro do casamento consular no Registro de

Pessoas Naturais, pois o Art. 32 diz respeito a casamentos realizados em país estrangeiro, os quais serão considerados autênticos nos termos da lei do lugar de sua realização. Mas se o casamento consular, apesar de realizado no Brasil, seguiu a lei do país do consulado por força da ficção de extraterritorialidade, será permitido somente a estrangeiros. Dispensa-se seu registro no Registro Civil de Pessoas Naturais, mas, para ter efeitos no Brasil, por ser a certidão documento de autoridade estrangeira, sujeitar-se-á ao arquivamento em Registro em Títulos e Documentos.[883]

Se um dos cônjuges se naturalizar brasileiro, há necessidade de registro do casamento realizado em consulado estrangeiro no Registro de Pessoas Naturais. O STF já decidiu nesse sentido em um caso sobre casamento realizado no exterior, em que um dos cônjuges, posteriormente, naturalizou-se brasileiro.[884]

15.1.4. Casamentos celebrados no exterior

A regra lex loci celebrationis para regular as formalidades do casamento já era encontrada nos escritos dos estatutários e perdura até hoje, sendo um dos grandes princípios do DIPr.[885] Sempre será considerado válido em outro país o casamento celebrado de acordo com a lei do local de sua realização.

O que suscita questionamentos são os efeitos, no Brasil, do ato realizado no exterior. A lei brasileira (Lei de Registros Públicos e Código Civil) determina a obrigatoriedade do registro no Brasil dos assentos de casamentos de brasileiros realizados no exterior, ainda que estes não estejam aqui domiciliados.[886] Esta é uma hipótese na qual remanesce o critério da nacionalidade, como exceção ao princípio geral do domicílio (Art. 7º da LINDB).[887] Sob o regime do Código Civil de 2002, o brasileiro que se casa no exterior, perante autoridade estrangeira ou consular, tem a obrigação de registrar o casamento no 1º Ofício de onde residir.[888]

O STJ já se manifestou a respeito em pedido de homologação de sentença estrangeira de divórcio[889]. A parte ré arguiu a nulidade do casamento porque depois de sua realização no exterior, este não fora registrado perante as autoridades brasileiras. Para o STJ a validade do casamento não depende do registro, que visa tão somente lhe dar publicidade, sendo de natureza declaratoria e não constitutiva.[890]

Não obstante a obrigatoriedade de registrar o documento comprobatório do matrimônio, a inexistência do documento não invalida a sua ocorrência, pois se trata de questão relativa ao

estado da pessoa. Em alguns casos da época da guerra, promoveu-se a comprovação por outras formas admitidas em direito, porque houve a perda dos documentos.[891]

15.1.5. Casamento celebrado no exterior perante a autoridade consular brasileira

A LINDB prevê em seu Art. 18 a contrapartida aos poderes conferidos aos cônsules estrangeiros para realizar casamentos em território brasileiro. As autoridades consulares brasileiras também podem celebrar casamentos no exterior, desde que ambos os nubentes sejam brasileiros, além de praticar todos os demais atos de registro civil e de tabelionato.[892] Estes atos independem de qualquer nova legalização para sua validade no Brasil, pois são equiparados aos nacionais.[893]

15.1.6. Os efeitos pessoais do casamento e as regras de DIPr

O casamento gera diversos efeitos ao modificar a situação das pessoas, que passam a constituir uma unidade familiar com consequências na vida jurídica, muitas vezes com repercussão no direito internacional privado. Entre os efeitos que interessam ao DIPr, e que serão analisados a seguir, estão: a constituição do domicílio conjugal; a possibilidade de modificação do nome; a qualidade de herdeiro do cônjuge; a não expulsão de estrangeiro casado com brasileira; o estabelecimento de um regime de bens aplicável ao casal; a proteção especial do patrimônio familiar, com a instituição do bem de família; a restrição à aquisição de bens no caso de um dos cônjuges ser estrangeiro; a necessidade da outorga uxória para qualquer modificação do patrimônio comum, inclusive para a assunção de atos que afetem direta ou indiretamente o patrimônio comum.

Toda a matéria relativa aos efeitos do casamento é submetida aos preceitos do Art. 7º da LINDB, que utiliza o critério do domicílio para a determinação das questões relativas ao direito de família em geral. Serpa Lopes[894] esclareceu que, no tocante às relações pessoais entre cônjuges, os parágrafos especiais da LINDB não haviam previsto regras, prevalecendo o critério geral do domicílio. Assim, para aplicar o DIPr, é preciso verificar o mais importante efeito do casamento: o estabelecimento do domicílio conjugal.

O domicílio conjugal

Uma das consequências do casamento é o aparecimento de um domicílio qualificado: o conjugal. Antes da proclamação da igualdade entre os cônjuges, não só no Brasil, como no exterior, os sistemas de DIPr determinavam a lei aplicável à sociedade conjugal utilizando a lei pessoal do marido — fosse pelo critério do domicílio ou da nacionalidade. Isso se justificava naquela época devido à condição de incapacidade relativa da mulher casada, que se refletia na impossibilidade de ter um domicílio distinto daquele estabelecido pelo marido. Este sistema, de caráter unitário, facilitava o estabelecimento da lei aplicável às relações familiares. Todavia, com a adoção do princípio da igualdade entre marido e mulher, os antigos critérios determinadores da lei aplicável — como o do domicílio ou da nacionalidade do marido — deixaram de trazer soluções satisfatórias para os crescentes conflitos de leis.[895]

Mesmo antes da Constituição de 1988, as prerrogativas decorrentes da autoridade do marido, inclusive o direito de fixar o domicílio da família, já vinham sendo retiradas do ordenamento jurídico brasileiro paulatinamente.[896] Por força do Estatuto da Mulher Casada de 1962[897], deixou-se de aplicar o §7º, Art. 7º da LINDB único dispositivo sobre efeitos pessoais do casamento, para determinação do domicílio conjugal, pois o referido Estatuto permitiu à mulher fixar domicílio próprio, sem sujeitar-se ao mesmo domicílio do marido.

Com a nova ordem constitucional instaurada em 1988, ficou clara a posição de igualdade dos cônjuges. Persistia, no entanto, uma indefinição quanto ao critério determinador do domicílio conjugal nos casos de os cônjuges manterem domicílios diversos, pois a lei era omissa nessa hipótese.

O Código Civil de 2002 inovou em matéria de domicílio ao estabelecer, a par do domicílio civil da pessoa física — que continua sendo identificado como o local da residência com ânimo definitivo —, também um domicílio no local das suas atividades profissionais.[898] Rompeu-se com o dogma do domicílio único da pessoa natural e da sociedade conjugal. A determinação do domicílio conjugal deve ser feita de comum acordo por ambos os cônjuges, segundo o Art. 1.569 do Código Civil. Em linha com o disposto no Art. 72 do Código Civil, esse dispositivo prevê a possibilidade de um ou outro cônjuge vir a residir em local diverso do domicílio conjugal, por motivos profissionais ou pessoais relevantes, sem que se considere isto uma infração ao Art. 1.566, II do Código Civil[899].

A questão é de grande importância para o DIPr,[900] pois depende do domicílio conjugal a determinação da lei aplicável aos efeitos patrimoniais do casamento.[901] A hipótese de cônjuges residentes em países diversos não é incomum, podendo acarretar, no plano internacional, dúvidas sobre a lei aplicável à sociedade conjugal.

As inovações em matéria de domicílio trazidas pelo Código Civil brasileiro ao mesmo tempo que introduzem a autonomia da vontade nas relações de família, eis que deixam à livre escolha dos cônjuges a determinação do domicílio conjugal, eliminam a dúvida a respeito de qual domicílio utilizar para fins de determinação da lei aplicável ao casamento. Fez-se a distinção entre o domicílio pessoal e o domicílio conjugal, mostrando-se que este último é um domicílio de tipo qualificado[902], utilizado pelo DIPr como elemento de conexão para a determinação da lei aplicável às relações decorrentes desta vida em comum. O domicílio conjugal não exclui a existência de um domicílio pessoal de qualquer dos cônjuges, o qual será levado em consideração para resolver questões da vida profissional de cada um, segundo o Art. 72 do Código Civil, bem como, no âmbito do DIPr, questões relativas à capacidade civil dos mesmos.

A prova do domicílio conjugal é de suma importância para o DIPr, pois a aplicação da regra supletiva do primeiro domicílio conjugal, presente no §4º, do Art. 7º, da LINDB depende da existência ou não de domicílio comum. Nos termos do Art. 74 do Código Civil, a prova da intenção de modificar o domicílio resultará "do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares que deixa e para onde vai". A declaração prestada pelos nubentes perante o oficial do registro civil do seu domicílio e residência é requisito essencial da habilitação para o casamento[903]. O domicílio declarado no processo de habilitação irá constar da certidão de casamento, e fará prova do domicílio dos contraentes no momento do casamento. Se comum, será este o que definirá o regime de bens; se diverso, poderão os cônjuges prestar declaração às autoridades no momento em que estabelecerem o primeiro domicílio conjugal, a partir do qual será fixado o regime de bens. O STF já decidiu a respeito em julgamento de recurso extraordinário,[904] entendendo que a declaração de domicílio feita pelos nubentes no momento do casamento (que constava da certidão) fazia prova da vontade das partes para fins de determinação do domicílio conjugal.

Um ponto que tem afetado bastante as famílias transnacionais é a ausência, no Brasil, da noção de residência habitual, termo empregado pela Conferência da Haia na maioria de suas convenções, em especial na Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores[905]. As convenções deixam a cargo da lei do foro a determinação do conceito de residência habitual e sua prova. No Brasil, não se pode dizer que o conceito de domicílio equivale ao de residência habitual. Na acepção do direito brasileiro, só há um domicílio, mas é possível ter várias residências. No nosso entendimento, a residência habitual, conquanto possa existir em uma situação de pluralidade de residências, será aquela com a qual a pessoa tiver seu maior vínculo, onde preponderam seus interesses, mas não necessariamente onde tem o animus de se instalar de forma definitiva, o que então passaria a configurar seu domicílio. Há uma nuance entre os dois conceitos e um certo vácuo na legislação pátria a respeito. Não temos

notícia de decisões que se debruçaram sobre esse ponto.

Outorga Uxória

O estado de casado impõe aos indivíduos restrições de diversas ordens, dentre as quais se elenca a necessidade de consentimento do cônjuge para a prática de certos atos, que venham de alguma forma a comprometer ou onerar o patrimônio comum do casal, tais como disposições sobre imóveis e constituição de garantias e doações.

O Código Civil de 2002 introduziu modificações nessa matéria ao estabelecer um novo regime de bens, o da separação absoluta, onde não haverá patrimônio comum nem comunhão de aquestos. Na forma do Art. 1.647, dispensa-se, neste regime, a outorga uxória.[906] Nos demais, o consentimento do cônjuge permanece obrigatório.

Essa restrição à capacidade depende do regime de bens do casamento, sendo assim qualificada como efeito pessoal do casamento. Independente, ainda, de ser a lei brasileira aplicável à capacidade do agente, eis que incide para todos os atos realizados em território brasileiro.[907] Chama a atenção por se tratar de requisito ligado à questão de imóveis, na qual a lex rei sitae sempre prevalece sobre qualquer outra, sendo necessária a outorga uxória independentemente de haver essa disposição na lei domiciliar do casal.

A jurisprudência, apesar de escassa, inicialmente qualificou a questão da outorga uxória como ligada exclusivamente à capacidade pessoal, e por esta razão dispensável no caso de estrangeiros não domiciliados no Brasil, segundo decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.[908] Depois, o Tribunal de Justiça do Paraná veio a aplicar o princípio da lex rei sitae, tornando obrigatória a outorga uxória para qualquer venda de imóvel situado no Brasil. A qualificação foi diversa do TJSP, entendendo-se que era relativa à forma do ato.[909] Essa última corrente prevaleceu, como se verifica de posterior manifestação do próprio TJSP, que declarou a nulidade de uma fiança prestada por estrangeiro, por falta da outorga uxória do cônjuge.[910]

A necessidade de outorga uxória, mesmo para quando não estiverem envolvidos imóveis situados no Brasil — como fiança e doação —, é formalidade requerida pela lei brasileira para a validade do ato. Tratando-se de ato praticado no Brasil, a lei estipula a necessidade de se cumprirem as formalidades da lex fori para a sua realização, ainda que aplicável uma lei estrangeira à sua substância[911]. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul esclareceu esse ponto, ao julgar caso de doação entre cônjuges, vedada pela lei do Uruguai, local da celebração do casamento, mas válida no Brasil. Nas palavras do Ministro Rui Rosado de Aguiar Jr.: “ocorre que a

incidência da legislação estrangeira foi reconhecida como aplicável apenas na regulação do direito patrimonial decorrente do casamento, lá realizado. A doação é ato obrigacional praticado no Brasil e a ele se aplica a lei brasileira (Art. 9º da LICC), onde não existe disposição assemelhada à do Art. 1.657 do Código Civil do Uruguai, isto é, pela nossa legislação, o ato é válido".[912]

Nos casos em que é preciso aplicar as regras de conexão do DIPr, os tribunais brasileiros privilegiam, cada vez mais, o elemento territorial — lex fori —, aproximando-se do sistema americano, e distanciando-se de suas raízes clássicas européias.

Um caso interessante foi decidido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.[913] Tratava-se de uma questão relativa a um imóvel, em sucessão internacional, na qual era preciso determinar a partir de quando o casamento era considerado válido no Brasil. Isso porque a averbação do casamento se deu posteriormente à aquisição e venda do imóvel em questão. Uma das partes alegava a invalidade do casamento antes da transcrição no registro brasileiro. O Tribunal entendeu que a validade do casamento independia de sua transcrição e, ainda, que restara evidente a intenção do de cujus de fraudar os direitos da mulher.

Direito ao nome de família

A regra da adoção, pela mulher, do nome de família do marido tinha por função tornar público o seu estado de casada, passando esta a fazer parte da família do marido.[914] Este acréscimo, antes compulsório e agora facultativo, revelava que o marido ocupava o primeiro plano na sociedade conjugal. A matéria sofreu mudanças expressivas. Mesmo antes do Código Civil de 2002, essa obrigatoriedade não mais subsistia (§ único do antigo Art. 240 do Código Civil de 1916), sendo mera faculdade. O Código Civil de 2002 aplica o critério da igualdade entre os cônjuges para estender esta faculdade ao cônjuge varão (Art. 1.565). O dispositivo tem importância social, pois o nome de família permite não só a identificação do estado civil de casado dos cônjuges, mas principalmente a sua relação de parentesco com os filhos, e com o ramo familiar ao qual pertencem. Esta função social do sobrenome comum foi valorizada pelo legislador neste Código Civil, permitindo-se que se mantenha o sobrenome de casado em caso de dissolução da sociedade conjugal.[915] Para o DIPr, o direito ao nome se rege pela lei pessoal, que, no Brasil, é a do domicílio.

Considerando que essa questão possui regulamentação variada em outros países, podem surgir conflitos de leis entre a lei do local da celebração do casamento e a lei aplicável ao direito de família. Mas as relações pessoais entre os cônjuges não estão, de regra, submetidas à supervisão judicial e, quando surgem diante do Tribunal, há uma tendência muito natural a se

aplicar a lei do foro.[916]

Sobre o tema, apresentou-se o conflito de leis em caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se permitiu à mulher adicionar ao seu nome o sobrenome do marido, apesar de proibido pela lei do país onde o casamento havia sido celebrado. O tribunal entendeu que a adição posterior do nome, por meio da averbação à certidão de casamento já transcrita — que o fora ipsis literis, expedida segundo a lei do local da celebração — decorria do exercício de um direito garantido pela lei brasileira: o direito ao nome de família.[917]

No entanto, mais recentemente, o mesmo tribunal não permitiu a inclusão do nome do marido, sob o argumento de que o ato era regulamentado pela lei estrangeira (locus regit actum) e o registro deveria reproduzir fielmente os dados existentes no documento emitido pela autoridade competente no país estrangeiro.[918] Foram encontrados vários precedentes nesse sentido.

O STJ se manisfeta sobre a questão relativa ao nome, em sede de homologação de sentença estrangeira, pois muitas vezes o decreto de divórcio nada menciona a respeito. Na SE 13.736[919], em que a requerente pleiteava a volta ao nome de solteira, o Presidente decidiu pelo deferimento do pedido, uma vez que embora a sentença nada tenha dito a respeito, como a requerente é domiciliada no Brasil e aqui isso seria permitido, não via obice ao deferimento do pedido. Assim a maioria dos pleitos de mudança de nome tem sido deferidos.

Não expulsão de estrangeiro

O Estatuto dos Estrangeiros[920], que define a situação jurídica do estrangeiro no território nacional, garante o direito à permanência aqui do estrangeiro casado com brasileiro (Art. 75) sempre que comprovado o efetivo vínculo matrimonial no casamento de mais de cinco anos. Considera o divórcio, ou separação de fato ou de direito, como motivador da perda da garantia de não expulsão em razão da qualidade de cônjuge de brasileiro, uma vez que a razão de ser da norma é proteger a família e assegurar a sua união. Cessado este vínculo, cessa também a garantia, podendo o estrangeiro ser expulso. Mas não se aplica aos casos de deportação ou de extradição.[921]

15.1.7. Efeitos patrimoniais do casamento

A lei aplicável ao regime de bens do casamento

O regime matrimonial de bens é a regulamentação das relações pecuniárias derivadas da associação conjugal.,[922] Os consortes muitas vezes já possuem bens e durante a vida conjugal poderão vir a adquirir outros, quer por aquisição própria, doação ou sucessão.[923] Faz-se necessário, assim, determinar como serão administrados esses bens, se constituem um patrimônio comum ou reservado, se e em que limites poderão ser alienados e ainda seu destino em caso de dissolução da sociedade conjugal, por divórcio ou por falecimento de um dos cônjuges.

No Brasil, o regime de bens decorre da lei ou de convenção dos nubentes, por pacto antenupcial. No Código Civil de 1916 tinha por característica ser imutável. O regime legal era o da comunhão total de bens. Com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977, passou a ser o da comunhão parcial. O Código Civil de 2002 mantém como regime legal o da comunhão parcial, mas admite sua modificação, mediante autorização judicial (Art. 1639, § 2º).

A separação das leis de regência para o casamento e para o regime de bens foi uma inovação da LINDB, pois a Introdução de 1916 estabelecia apenas a aplicação da lei nacional da pessoa ao regime dos bens no casamento, o que gerava inúmeros conflitos quando os cônjuges tinham nacionalidade diversa. Justificada, portanto, a preocupação do legislador que acrescentou a menção ao primeiro domicílio conjugal como forma de evitar os conflitos (Art. 7º, § 4º).[924]

O regime de bens será sempre determinado pela lei do domicílio comum, na seguinte ordem: o domicílio que já existia antes do casamento, havendo aqui uma presunção de permanência deste mesmo domicílio para a sociedade conjugal; ou o primeiro domicílio da recém-criada sociedade conjugal, no caso dos nubentes terem domicílios diversos, pois este será o primeiro domicílio comum.

A tendência de submeter o regime de bens à lei do domicílio conjugal sempre prevaleceu na doutrina clássica brasileira, como salientam Serpa Lopes,[925] Haroldo Valladão,[926] e Jacob Dolinger.[927] Na vigência da Introdução de 1916, quando a regra de conexão era da nacionalidade, Clóvis Beviláqua incluiu o domicílio conjugal como critério supletivo para os casos de ausência de nacionalidade comum ou de dupla nacionalidade de um dos cônjuges.

A regra de conexão adotada para o regime de bens, no caso de já haver um domicílio comum dos nubentes, não admitia a autonomia da vontade, com a utilização de um domicílio diverso do domicílio comum. Apenas os nubentes com domicílios diversos podiam determinar um novo domicílio comum e afetar a lei aplicável ao regime de bens. No Código Civil de 2002, a escolha do domicílio comum é permitida e deve ser consensual.

O STF decidiu desta forma quando permitiu que a declaração a respeito do domicílio comum fosse interpretada como a verdadeira escolha do casal sobre o regime aplicável ao seu patrimônio, conforme já menionado.[928] Tratava-se de casal cujo casamento havia sido celebrado no Uruguai. Na ocasião do casamento, declararam ambos estarem domiciliados no Uruguai. Anos depois, quando da separação, sendo necessário determinar a lei aplicável ao regime de bens (que segundo o DIPr brasileiro seria a do domicílio comum), quis o cônjuge varão convencer o tribunal de que o Rio Grande do Sul, onde ambos então eram domiciliados, era o verdadeiro domicílio conjugal, de modo que a lei brasileira, e não a uruguaia, deveria ser aplicada à partilha de bens. Alguns aspectos devem ser apontados: a mulher era viúva, de família abastada, enquanto o noivo tinha vinte anos menos, sem qualquer patrimônio, e na época o consórcio era considerado escandaloso para os padrões da sociedade local. Por esse motivo, o casal pensou, inclusive, em radicar-se no Uruguai, onde tinha fazendas. Além disso, o casal não tinha qualquer impedimento para casar segundo a lei brasileira, e podia adotar o regime de bens que bem entendesse. Mas, depois de 30 dias, voltaram ao Rio Grande do Sul onde permaneceram casados por vários anos.

A determinação do domicílio do casal foi crucial para estabelecer o regime de bens, pois no Brasil seria o da comunhão universal e, no Uruguai, o da comunhão parcial. A mulher era proprietária de expressivo patrimônio imobiliário, cuja propriedade era anterior ao seu casamento, visto que viúva. O STF não tinha por que desconsiderar a vontade declarada de ambos, no sentido de que o domicílio era o uruguaio. O caso foi objeto de manifestação de Haroldo Valladão, que entendeu não ser possível que o cônjuge varão alegasse a nulidade de uma declaração validamente proferida.

Com relação à segunda hipótese de determinação de domicílio comum, a dos nubentes que têm domicílio diverso, os tribunais brasileiros sempre aplicaram a lei do primeiro domicílio conjugal. Em um agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que tendo sido celebrado o casamento em país estrangeiro (local de domicílio dos nubentes e do primeiro domicílio conjugal) aplicava-se a lei desse país ao regime matrimonial de bens.[929] Este acórdão reforça a idéia de que o objetivo da LINDB é o de que a lei aplicável ao regime de bens seja aquela referente ao domicílio comum da recém-instaurada sociedade conjugal, ou seja, se antes tinham domicílios diversos, o regime seguirá aquele domicílio com que se inicia o casamento. Essa orientação também encontrou eco no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.[930]

Com o Código Civil de 2002,[931] e a determinação de que o domicílio conjugal deve ser estabelecido de comum acordo, a autonomia da vontade conferida aos cônjuges não se harmoniza com a regra do domicílio do chefe de família que se estende ao outro cônjuge, prevista

no Art. 7º, § 7º da LINDB. O código manda aplicar a lei do domicílio comum existente antes do casamento. O dispositivo da LINDB já havia sido derrogado pelo Estatuto da Mulher Casada, que lhe permitia ter domicílio diverso do marido, e depois pela regra de igualdade da Constituição de 1988, tornando-se inadequado ao sistema brasileiro.

A ausência de modificação da LINDB e seu convívio com o Código Civil de 2002 é prejudicial. Deve-se respeitar a autonomia da vontade para estabelecimento de um domicílio conjugal por mútuo consenso, não só para os casais que tinham domicílios diversos antes do casamento, mas também para os casais que tinham um domicílio comum mas que o transferiram por ocasião do casamento.

A (i)mutabilidade do regime de bens

No direito brasileiro, sempre vigeu o princípio da imutabilidade do regime de bens. Salvo pela hipótese do § 5º do Art. 7º da LINDB[932], não era permitido aos cônjuges alterar o regime de bens escolhido ou modificar o pacto antenupcial celebrado após o casamento. O reflexo desse princípio para o DIPr significava que a lei aplicável ao regime de bens, uma vez determinada, também era imutável. Quando houve a substituição do critério da nacionalidade pelo do domícilio (LINDB), o STF decidiu em favor da imutabilidade do regime e da a ele lei aplicável.[933]

A única exceção à imutabilidade era a que permitia ao estrangeiro, no momento de sua naturalização e mediante expressa anuência de seu cônjuge, proceder à mudança do regime, para o regime legal brasileiro (de comunhão parcial, Art. 7º, § 5º da LINDB). A mudança do regime de bens acarretava também a mudança da lei aplicável, que passava a ser a brasileira, por força do domicílio conjugal. Essa regra, de caráter unilateral, fazia mais sentido na época da Introdução ao Código Civil, de 1916, quando o estatuto pessoal era regido pela lei da nacionalidade.[934]

O Código Civil de 2002 inovou consideravelmente ao estabelecer de maneira expressa a possibilidade de se alterar o regime matrimonial, mediante procedimento de jurisdição voluntária, com a participação obrigatória do Ministério Público.[935] Exige-se, para tanto, manifestação de vontade de ambos os cônjuges e a exposição dos fundamentos pelos quais assim desejam proceder. A guarida judicial tem por finalidade apurar se a alteração pretendida prejudicará direitos de terceiros.

Autorizada a alteração do regime de bens, será necessário dar-lhe publicidade mediante averbação (i) à margem da certidão de casamento, lavrada no cartório de registro civil de pessoas naturais competente e (ii) em livro especial no Registro de Imóveis do domicílio dos

cônjuges.

As consequências da inovação trazida pelo Código Civil de 2002 para o DIPr não podem ser menosprezadas, pois possibilitam a substituição da lei aplicável ao regime de bens da época do casamento pela lei brasileira, mesmo quando a lei estrangeira inicialmente aplicável estabelecer a sua imutabilidade.[936]

Com efeito, há que se ter em mente tratar a LINDB de normativo editado no ano de 1942, quando ainda vigorava no Brasil o Código Civil de 1916 e, com ele, o princípio da imutabilidade do regime de bens. Assim, a redação do §4º do Art. 7º não contempla a influência de mudanças posteriores de domicílio na determinação da lei aplicável pelo simples fato de não se conceber qualquer alteração no regime de bens.[937] O único domicílio relevante só poderia ser, então, aquele mantido pelos nubentes à época do casamento ou, se diverso, o primeiro do casal.[938]

A inovação trazida pelo Código Civil de 2002 põe por terra a interpretação calcada na imutabilidade do regime matrimonial e aproxima o instituto do regime de bens das demais questões de direito de família, para quais a LINDB determina no caput do Art. 7º ser aplicável a lei do domicílio. Seria incoerente admitir-se que as questões de direito de família sejam reguladas pela lei do atual domicílio dos cônjuges, excetuado o regime de bens, ao qual restaria permanecer para sempre vinculado a um domicílio sem qualquer relação com as partes ou com seus bens.

Outra questão importante diz respeito à necessidade ou não da comprovação do regime aplicável aos bens do casal. Há precedentes judiciais pela desnecessidade da prova do regime de bens em casos de transcrição de assento de casamento realizado no estrangeiro.[939]Considerando que entre as formalidades locais, onde o ato foi praticado, não era necessária a informação sobre o regime de bens na certidão, não poderia o direito brasileiro exigi-la, criando requisito que a lex fori não previa.

Regime convencional de bens — pactos antenupciais

Quando os nubentes decidem estabelecer, através de um pacto antenupcial, o regime de bens de seu matrimônio, diverso do legal, surgem alguns problemas relacionados ao direito internacional privado, se este ato for praticado no exterior. Não há distinção na lei (Art. 7º, § 4º da LINDB) entre o regime de bens legal e o regime de bens convencional. Aplicam-se ao regime de bens convencional as mesmas disposições do regime legal quanto à lei aplicável, em função do domicílio comum. Se o domicílio comum ou o primeiro domicílio conjugal for no Brasil, a lei aplicável ao pacto será a brasileira.

O pacto é um acordo de vontades de caráter obrigacional, cuja validade fica sujeita ao Art. 9º da LINDB, sem prejuízo do disposto na lei local. Contudo, no momento de dar efeito a esse pacto no Brasil — por ser o domicílio comum dos nubentes ou o primeiro domicílio conjugal —, a interpretação de suas cláusulas será feita também à luz das normas imperativas do direito brasileiro. Para Caio Mário,[940] embora o pacto seja um contrato, não se subordina ao direito das obrigações, mas sim ao direito de família, adquirindo um caráter institucional diverso do que é permitido pactuar no campo obrigacional.

No tocante à forma, surge a dúvida quanto a necessidade de atender aos requisitos formais da lei brasileira[941] v.g., no caso de um pacto feito no exterior por instrumento particular, quando a lei brasileira exige escritura pública e registro em livro especial do Registro de Imóveis, para produzir efeitos perante terceiros. A solução está na aplicação da regra locus regit actum, tendo em vista que seguiu-se a lei local no momento de sua elaboração, sendo um ato jurídico perfeito e não havendo óbice para a sua aceitação no Brasil.[942] Serpa Lopes entendia não haver dúvida de que prevalece, quanto à forma, a regra locus.[943] Quando o pacto é celebrado no exterior, é dispensada a observância da forma essencial da lei brasileira, qual seja, a forma pública.[944]

Se o pacto versar sobre direitos reais sobre imóveis no Brasil, será aplicável a lex rei sitae (a lei brasileira), e necessária a indicação expressa da existência do pacto antenupcial nos registros dos imóveis ou outros direitos reais pertencentes aos cônjuges, por ser requisito essencial de publicidade.[945] A ausência do registro, e o consequente desconhecimento da existência do pacto antenupcial não o invalida, mas gera a presunção de que o regime patrimonial dos cônjuges é o regime legal, em benefício de terceiros.

Quanto à substância das disposições do pacto, há países em que esta liberdade é ampla, permitindo estipulações desconhecidas da lei brasileira. No momento do divórcio ou da sucessão, considerar-se-ão não escritas as cláusulas violadoras da ordem pública brasileira, mesmo se aplicável a lei estrangeira. Pode ocorrer que um pacto, válido pela lei local de sua celebração, em caso de cumprimento no Brasil, tenha algumas de suas cláusulas tidas como nulas, com relação aos bens aqui situados.[946]

A questão da comunicação dos aquestos

Embora no direito internacional privado a questão da lei aplicável ao regime de bens resulte de uma escolha fria e matemática, esta espelha as características de culturas diversas. Há grandes variações no que diz respeito à proteção da família entre os países que adotam a comunhão total, parcial ou a separação de bens como regime legal. Tais variações remontam às

diferenças entre os sistemas jurídicos de origem romana ou germânica — no primeiro, o sistema era de separação total e absoluta; e no segundo, o da comunhão universal de bens. Haroldo Valladão relata que o regime da comunhão universal aparece e domina em Portugal, como costume do reino longamente usado, desde as ordenações afonsinas, perdurando nas ordenações filipinas, quanto aos bens presentes e futuros. Posteriormente, mantido no Código Civil Português, seguido até 1977 no Brasil. Entre esses extremos temos ainda numerosos sistemas mistos de comunhão e separação parciais, dentre os quais podemos citar o tradicional costume espanhol da sociedad de los gananciales, que compreende a comunhão apenas dos bens adquiridos durante o casamento, a título oneroso, e que foi adotado nos códigos civis dos países hispano-americanos.[947]

Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era de um país distante de sua realidade pessoal (vieram já casados e obtiveram seu patrimônio aqui, embora o regime de bens continuasse sendo regido pela lei do país de origem, em face da então vignete imutabilidade). Houve inúmeras situações injustas, em relação ao que determinava o sistema brasileiro, em especial com relação aos italianos, país cujo regime legal era o da separação. Em alguns casos, a viúva, após anos de convivência, ficava em situação de penúria no momento da morte do marido. Por isso, os tribunais brasileiros desenvolveram interessante teoria acerca da comunhão dos aquestos, para os regimes de bens regidos por lei estrangeira, e para os casos da lei brasileira que previa a obrigatoriedade da separação de bens em algumas hipóteses, como a dos maiores de 60 anos. Os tribunais brasileiros deram uma interpretação mais elástica a esse conceito de separação de patrimônio, de forma a privilegiar o esforço comum, mesmo quando a lei aplicável fosse a estrangeira e dispusesse de forma diferente. Essas decisões atingiram somente àqueles bens situados no Brasil, em razão da competência exclusiva da justiça brasileira. O tema foi consolidado pelo STF, por meio da Súmula 377, que dispôs serem comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento, apesar de o regime legal ser o da separação.

A regra consolidou-se pela comunhão dos aquestos para os bens adquiridos pelo esforço comum e situados no Brasil, tanto no divórcio, quanto na sucessão, quando a lei estrangeira designar a separação de bens. O STJ no REsp 123.633[948] proferiu decisão em que retomou a discussão do regime de bens em um caso internacional. Tratava-se de um inventário de bens do conjuge varão onde se discutia se os bens que estavam em nome da esposa do falecido deveriam ou não integrar o monte.

Segundo consta do relatório do caso, o segundo casamento do de cujus foi realizado na Áustria em 1951, onde residia na época. O casamento foi realizado sem pacto antenupcial, sendo

o regime legal de bens naquele país o da separação. Após três anos de casamento, o de cujus e a mulher fixaram domicílio no Brasil, onde conviveram por quatro décadas, adquirindo diversos bens, sempre no nome próprio de cada um.

Por ocasião do falecimento do marido, a filha deste, do primeiro casamento, quis trazer à colação os bens da viúva, segunda esposa, ao argumento de que houve comunicação dos aquestos, apesar de o regime de bens do casamento ser o da separação total. O juiz de primeiro grau indeferiu o pedido, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao agravo para incluir no inventário todos os bens da viúva.

O recurso especial interposto pela segunda esposa foi aceito para discutir a contrariedade da sentença de primeiro grau ao Art. 7º, §4º da LINDB e ao Art. 259 do Código Civil de 1916, em cotejo com a Súmula 377 do STF que assim dispõe: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

O Ministro Luis Felipe Salomão, em voto cuidadosamente elaborado, discutiu questões pertinentes do Direito Internacional Privado, até então pouco aprofundadas. A primeira questão dizia respeito à aplicação da regra de conexão do Art. 7º, §4º da LINDB para estabelecer a regência do regime de bens pela lei austríaca, por ser a lei do domicílio comum dos nubentes no momento do casamento. No caso da Áustria, a regra geral exige que qualquer previsão de comunicação dos bens do casal decorra de contrato especial, vale dizer, por pacto formal. Não havendo pacto, o regime de bens era o regime legal austríaco da separação.

A segunda questão dizia respeito à existência de algum impedimento à aplicação do direito estrangeiro. Na exegese do DIPr, a lei austríaca não poderia ser aplicada se fosse contrária à ordem pública brasileira, por força do Art. 17 da LINDB.

Com relação a este ponto, Min. Salomão empregou a fórmula de adequação da norma de DIPr com o atual direito constitucional brasileiro, que possui normas de proteção à unidade familiar que não podem ser desprezadas. Desta forma, aplicou ao caso concreto a Súmula 377 do STF, sob uma nova ótica, a de que embora seja necessário amenizar o rigor da norma da separação e reconhecer a comunhão dos aquestos provenientes do esforço comum dos cônjuges, esse esforço não pode mais ser presumido, visto que outras variantes podem ter um peso significativo na construção do patrimonial conjugal. Por isso, esclarece que é necessário comprovar o esforço comum, caso a caso, antes de se afastar a aplicação do direito estrangeiro em prol da comunicação dos aquestos.

Temos, assim, que o método conflitual não deixou de ser aplicado, mas o foi a partir de uma ótica contemporânea de respeito aos valores adotados pela Constituição de 1988. O voto, com

muita precisão, aponta para a necessidade de se fazer a ponderação entre o esforço comum e o enriquecimento sem causa que pode decorrer da aplicação indiscriminada do regime de participação final nos aquestos a todos os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do casamento.

A decisão do STJ tomou o cuidado de remeter a questão às vias ordinárias, pois há que ser feita a prova minuciosa do alegado esforço comum. Os embargos de declaração ainda esclareceram que a prova caberia à filha do de cujus, em face da regra do ônus da prova.

Numa concepção moderna do DIPr, o respeito à ordem pública na aplicação do direito estrangeiro implica na verificação dos valores em jogo no caso concreto, como forma de adequar a norma estrangeira ao nosso ordenamento. No RE 78811, o STF reconheceu o esforço comum como um valor a ser protegido contra a aplicação fria do direito estrangeiro; no REsp 123,633, por sua vez, o STJ entendeu que o esforço comum precisaria ser comprovado no caso concreto, sob pena de vir a gerar uma situação de enriquecimento sem causa em beneficio de um único herdeiro. Cumpre observar que as duas decisões – a do STF de 1975 e a do STJ de 2009 – dizem respeito a casos em que o regime da separação total de bens decorria do regime legal da lei estrangeira e não da vontade das partes. Em nenhum dos dois casos havia pacto antenupcial.

Pela decisão do STJ, fica claro que a noção de ordem pública no direito brasileiro privilegia o esforço comum em detrimento da regra rígida da separação de bens, quando esta não resulta de uma manifestação expressa da vontade das partes, como é o caso de um regime legal. O respeito à ordem pública exige do julgador a utilização da técnica de ponderação de valores, no caso a proteção dos bens da família, de um lado, e a proibição de enriquecimento sem causa, de outro, para determinar como se aplicaria o princípio da ordem pública nesse caso concreto. Saiu-se da lógica matemática que sempre regeu o DIPr, para uma noção de ordem pública que não descura do resultado obtido e das situações individuais que devem ser protegidas.

No campo do Direito Internacional Privado, um dos debates contemporâneos que assume um papel inovador é o da extensão da autonomia da vontade da área das obrigações para a área de direito de família. Para Erik Jayme,[949] a liberdade do indivíduo, o seu direito à plena expressão de sua personalidade, também compreendem a esfera econômica. Nesse sentido, a Convenção da Haia sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais, de 1978, permite a autonomia da vontade, e uma vez exercida, esta autonomia deve ser respeitada. No entanto, para que haja um verdadeiro exercício da autonomia pelas partes, é preciso que isso ocorra de forma expressa. Daí porque é necessário distinguir, na seara de regime de bens, o regime legal do convencional. É que no primeiro caso não é possível ter ciência do grau de consciência dos nubentes, enquanto que no segundo ele é evidente.

Restrição à aquisição de bens imóveis por estrangeiro

Outro efeito que pode advir do casamento entre brasileiro e estrangeiro diz respeito à aplicação das restrições à aquisição de imóvel por estrangeiro no Brasil, por força da comunicação do patrimônio comum do estrangeiro com o patrimônio do cônjuge brasileiro.

A Constituição Federal, em seu Art. 190[950], remete à legislação infraconstitucional a regulamentação sobre a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira. Anteriormente, a matéria já havia sido regulada pela Lei nº 5.709/1971 e pelo Decreto nº 74.965/1974.

Havia dúvida sobre a aplicação dessa legislação ao patrimônio comum do casal, já que a regulamentação exigia prévia autorização para aquisição de imóveis rurais e impunha limites máximos por município. O STJ se pronunciou a respeito, em um mandado de segurança[951] impetrado por um brasileiro casado com estrangeira, que se insurgia contra a exigência de uma prévia autorização do Incra para a aquisição de um imóvel rural. Decidiu o STJ que a exigência de caráter administrativo imposta ao estrangeiro se estende ao cônjuge brasileiro quando se tratar de uma propriedade que passará a integrar o patrimônio comum dos cônjuges. Esclareceu que a Lei nº 5.709/1971 foi recepcionada pela Constituição e regulamentada no Art. 23, § 1º, da Lei nº 8.629/1993. A interpretação do Art. 190 da Constituição Federal, em consonância com a regulamentação infraconstitucional, é de que "o estrangeiro casado com brasileiro, ou vice-versa, em regime de comunhão universal de bens, só pode adquirir imóvel rural, com área especificada na lei, com autorização do Incra".[952] Esclarece o STJ que não se trata de uma proibição à aquisição da propriedade, mas sim um requisito de ordem administrativa que deve ser cumprido, pois previsto em lei.

A necessidade de obter a prévia autorização do Incra se aplica não só aos casos de casamentos sob o regime de bens da comunhão universal, mas a todos aqueles em que, pelo regime de bens do casamento, o imóvel adquirido for considerado propriedade comum de um casal em que um dos cônjuges seja estrangeiro.

A qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente

A tradição brasileira sempre foi no sentido de não considerar o cônjuge como herdeiro necessário, sendo chamado à sucessão apenas no caso de ausência de descendentes ou ascendentes. Quando o regime de bens legal era o da comunhão universal, o cônjuge já fazia jus à meação do patrimônio conjugal. Com a mudança do regime legal para o da comunhão parcial em

1977, a comunhão de aquestos já era expressiva — embora não houvesse garantia da existência de patrimônio a dividir com o cônjuge sobrevivente, especialmente quando o patrimônio era formado por bens havidos por herança do de cujus. O Código Civil de 2002 operou significativa mudança: o cônjuge supérstite concorre com os descendentes na sucessão legítima, em alguns casos.[953]

Para o DIPr, embora a LINDB não qualifique o cônjuge sobrevivente como herdeiro — como faz o Código Civil —, havia casos em que isso poderia decorrer da regra de conexão, ao determinar a aplicação da norma estrangeira à sucessão (Art. 10 da LINDB).[954] No curso do cumprimento de um testamento particular no Brasil, sendo o de cujus estrangeiro e tendo falecido no exterior, havia a dúvida acerca da identificação de possíveis herdeiros em uma sucessão legítima, já que o Art. 1.131 do então vigente CPC de 1973 dispunha que seriam intimados para a inquirição não somente os beneficiados pelo testamento, mas também "aqueles a quem caberia a sucessão legítima". O pedido foi feito pelo cônjuge sobrevivente, herdeiro por força do testamento e da lei aplicável à sucessão. A qualidade de herdeiro é dada pela lei da sucessão (Art. 1º da LINDB), que seria a do Panamá, último domicílio do de cujus. E pelo direito panamenho (comprovado nos autos pelas regras do Código Bustamante) o cônjuge supérstite é sempre herdeiro na sucessão intestada, concorrendo em igualdade de condições com os descendentes e, na sua ausência, com os ascendentes. Por causa da disposição da lei estrangeira, foi considerado essencial intimar a mãe da falecida, que era domiciliada na Espanha, para se manifestar sobre o testamento particular. Somente a confirmação do testamento, após a inquirição das testemunhas, é que excluiria o ascendente da sucessão, pois na eventualidade do testamento não ser confirmado, o ascendente herdaria juntamente com o cônjuge sobrevivente, segundo o direito panamenho.

15.2. A dissolução do casamento

De acordo com o disposto no Código Civil, o casamento pode dissolver-se por quatro motivos: nulidade ou anulação, separação judicial, divórcio ou morte de um dos cônjuges. Cada um desses motivos tem uma repercussão diferente para o DIPr.

No que diz respeito à anulação proposta no Brasil, a LINDB contém dispositivo especial a respeito, o Art. 7º, § 3º. Repetindo o sistema do regime de bens, manda aplicar a lei do domicílio dos nubentes ou, sendo diverso este domicílio, a lei do primeiro domicílio conjugal. O STF cuidou do tema em priscas eras, e não há noticia de casos mais recentes no STJ. Ao negar homologação a

uma sentença estrangeira anulatória de casamento, o STF declarou que o dispositivo da LINDB resultou em um equívoco evidente na transição do princípio da nacionalidade para o domiciliar em direito de família, pois "a validade de um ato só pode ser aferida em face da lei a que ele obedeceu".[955]

Haroldo Valladão[956] classifica esse mesmo artigo como sendo absurdo, entendendo que a validade de um ato da importância do casamento não pode se submeter a uma lei diferente daquela que o presidiu, e cuja incidência decorre de evento alheio à própria celebração. Não se pode aplicar à anulação do casamento baseada em defeitos da celebração, tais como infração aos impedimentos, uma lei diferente daquela que regeu a habilitação dos nubentes. Admite-se a regra em questão, a do domicílio conjugal, somente para os casos de erro essencial ou coação, observando-se, neste caso, os prazos prescricionais da lei domiciliar.

A dissolução do casamento pelo divórcio apresenta duas hipóteses com repercussões no DIPr: divórcio realizado no Brasil de casamento realizado no exterior,[957] e os efeitos de divórcios realizados no exterior, tenha sido o casamento celebrado no exterior ou no Brasil.

Estando o casal, cujo casamento foi celebrado no exterior, domiciliado no Brasil, e querendo aqui divorciar-se, será competente a justiça brasileira para processar o feito, seguindo-se a lei processual brasileira. As questões de DIPr que se apresentam ao juiz dizem respeito à verificação da validade do ato estrangeiro, por força da regra locus regit actum, e à incidência do Art. 7º, §5º da LINDB para determinação do regime de bens.

Se o divórcio ocorreu no exterior, a produção de efeitos no Brasil dependerá de sua homologação no STJ. A LINDB, no parágrafo único do Art. 15, dispensava de homologação as sentenças que qualificava como "meramente declaratórias do estado das pessoas". As sentenças de divórcio que não dispussessem sobre partilha de bens, alimentos ou qualquer outro efeito diferente do estado civil dos ex-cônjuges não precisavam ser homologadas, sendo levadas diretamente ao registro no Registro Civil de Pessoas Naturais. Todavia, conforme já exposto acima, essa orientação foi modificada pelo STF, num caso em que o juiz da comarca de Bicas/MG, confirmou exigência de homologação da sentença pelo oficial do Registro Civil e solicitou pronunciamento do STF, então competente. O Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, declarou que esse artigo havia sido revogado pelo Art. 483 do então vigente CPC de 1973, e todas as sentenças estrangeiras necessitavam de homologação.[958] A partir da EC nº 45/2004, o STJ decidiu na mesma direção, tendo o parágrafo único que continha o permissivo sido posteriormente revogado em 2009. Cumpre observar que a matéria foi recentemente alterada no CPC promulgado em 2015, o qual dispensa, no Art. 960, §5º, a homologação de sentenças

estrangeiras de divórcio consensual.

O Art. 7º, da LINDB contém em seu § 6º redação introduzida pela Lei do Divórcio[959], que estabelece a necessidade de observância do prazo previsto na lei brasileira para a conversão da separação judicial em divórcio, ainda que o divórcio tenha sido realizado no exterior, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros. Devido à exiguidade do prazo da lei brasileira, essa questão se tornou irrelevante. Também é possível aos cônjuges requerer diretamente o divórcio, se comprovada separação de fato por mais de dois anos, na forma do Art. 1.580, §2º do Código Civil.

A possibilidade de o divórcio realizado no exterior dispor sobre a partilha de bens situados no Brasil, prevista no Art. 89, II, do antigo CPC de 1973, já havia sido pacificada no STF e posteriormente no STJ. O STJ tem aceito as partilhas de divórcio realizadas no exterior, pois não entende haver incompatibilidade com a lei processual brasileira, que cuida de partilha mortis causae. A redação do novel Art. 23, III do CPC de 2015 ensejará uma mudança nessa posição, pois a lei é expressa sobre a necessidade de proceder à partilha no Brasil em casos de dissolução tanto de divórcio quanto de união estável.

16. Sucessão Internacional

As questões relativas à sucessão internacional fazem parte do estudo das repercussões das relações familiares transnacionais no DIPr. Essas relações deixaram de ser regidas pelo critério da nacionalidade desde a adoção da LINDB em 1942, que o substituiu pelo critério domiciliar como regra de conexão. A exceção à regra privilegia a nacionalidade, a fim de proteger os filhos e cônjuges brasileiros na sucessão dos bens que se encontrem no Brasil (§ 1º do Art. 10 da LINDB[960] e inciso XXXI, do Art. 5º da CF[961]). É interessante notar que o princípio da proteção da família brasileira tem foro constitucional desde 1934.[962]

O princípio não abrange toda a unidade familiar, pois não reconhece a união estável como entidade familiar, ao aludir somente ao cônjuge brasileiro. Mas, com relação à proteção dos filhos, todos, de qualquer natureza, estão englobados no texto constitucional. A doutrina constrói a equiparação da união estável ao casamento através da interpretação da vontade do constituinte. Segundo Gustavo Tepedino[963], não há dúvida quanto à admissão, pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável. Tais entidades demonstram a mudança da ótica valorativa constitucional e impedem que se pretenda dar tratamento desigual a qualquer das ali previstas. Resta saber se, diante de um direito de um convivente brasileiro sobre bem imóvel aqui situado, interpretará o juiz a norma brasileira como sendo-lhe mais favorável, ampliando o caráter do Art. 5º XXXI em razão da interpretação teleológica que a situação merece.

A regra constitucional é de caráter unilateral, pois na sua primeira parte privilegia, de forma expressa, a norma brasileira. Sua interpretação mais açodada poderia indicar não ser cabível a análise da norma estrangeira. No entanto, uma leitura mais atenta da segunda parte do Art. 5º, XXXI da CF demonstra que, antes de ser aplicada a lei brasileira, é necessário efetuar uma análise detida da lei estrangeira para que se possa avaliar se é ou não mais benéfica do que a nossa lei. O dispositivo é precursor da tendência constitucionalizante de inúmeras categorias do direito privado. Esses novos direitos supralegais, em razão do papel integrador da ordem jurídica desempenhado pela Constituição, passaram a exercer uma espécie de liderança axiológica dos microssistemas normativos.[964] Mas é preciso cuidado na interpretação do alcance do princípio da proteção da família na sucessão internacional, pois, no mais das vezes, utiliza-se, exclusivamente a lei brasileira sem o prévio estudo do direito comparado, sem o qual não se pode averiguar se a regra estrangeira é mais benéfica do que a brasileira.

16.1. A sucessão e o DIPr

O regime da sucessão causa mortis no Brasil é regulado pelo Código Civil com duas formas de determinação da vocação hereditária: a testamentária e a legal.[965]

O testamento é ato solene de última vontade, pelo qual um indivíduo dispõe dos seus bens. Mas a vontade do indivíduo possui um limite imposto pela lei — a sucessão legítima. Nesse caso, os herdeiros são designados por sua estreiteza de parentesco, limitando-se a liberdade de testar.[966] Desta forma, permite-se a disposição, por testamento, de apenas metade dos bens, em face da proteção à legítima, ou seja, à parcela dos bens reservados àqueles tidos pela lei como herdeiros necessários.[967] Tais regras aplicam-se à sucessão realizada no Brasil de pessoas aqui domiciliadas (Art. 10 da LINDB). No entanto, há situações em que o inventariado encontrava-se domiciliado fora do território nacional, embora possuísse bens no Brasil e mesmo no exterior. Nesses casos, é preciso utilizar conceitos próprios à disciplina do DIPr para determinar a jurisdição competente e a lei aplicável à sucessão.

A regra brasileira de conexão é a do último domicílio do de cujus[968], seja qual for a natureza e a situação dos bens (princípio da universalidade sucessória). Esse sistema vige também em outros países. Se uma determinada sucessão tiver bens em mais de um país, não será possível aplicar o princípio da universalidade sucessória, pois haverá pluralidade de foros sucessórios. Isso se dá em decorrência da norma processual da competência absoluta, já que a maioria dos países não aceita qualquer decisão proveniente do exterior sobre bens situados em seu território. Portanto, é possível ter uma dupla regência legal da sucessão, com cada país aplicando sua regra de DIPr para determinar o processamento em relação aos bens ali situados.

Embora a regra geral brasileira para a sucessão siga o princípio da universalidade, quando se trata de uma sucessão com repercussão em outros países, haverá uma fórmula plural. Há a possibilidade de ser aplicável norma diversa nos demais países, dependendo da regra de conexão local aplicável à sucessão. Enquanto o Brasil adota o critério do domicílio, outros países adotam o critério da nacionalidade para a sucessão internacional. Não há como evitar essa fragmentação da sucessão, pois cada país envolvido aplicará suas normas de DIPr, uma vez que não permitirá a nenhum outro proceder a qualquer determinação sobre bens ali situados.[969] Dar-se-á, assim, a aplicação de diversas leis.[970]

Há situações em que, escolhida uma lei estrangeira, a ordem pública[971] do foro impedirá sua

aplicação em determinado caso concreto. Mas essa exclusão da lei estrangeira deverá ser tão estrita quanto possível, aproveitando-se a parte remanescente que puder ser aceita no foro.[972] Com relação ao conflito entre uma lei estrangeira e a Constituição, a supremacia da norma constitucional está assegurada de forma categórica no direito brasileiro, e ainda a teor da disposição do Código Bustamante[973], que em seu Art.4º estatui serem os preceitos constitucionais de ordem pública internacional.

A determinação das regras da sucessão se dá em duas etapas: primeiro, determina-se a competência jurisdicional e depois, verifica-se a lei aplicável.

A regra da competência exclusiva para bens imóveis no inventário e partilha de bens, prevista no Art. 23, II do CPC, encontra similar na maior parte das legislações processuais estrangeiras, independentemente da nacionalidade do autor da herança.

Fixada a competência do juiz nacional, determina-se a lei aplicável à sucessão legítima e à testamentária (lei do último domicílio do de cujus, independentemente de sua nacionalidade, na forma do Art. 10 da LINDB) abrangendo bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos. A exceção à regra, prevista no Art. 5º, XXXI da CF, cuida de proteger os interesses de filhos e cônjuges brasileiros. Em caso de falecimento de pessoa domiciliada no estrangeiro com bens situados no Brasil, o inventário desses bens será no Brasil, podendo o juiz estar diante de duas hipóteses quanto à lei aplicável: na primeira, em não havendo filhos ou cônjuge brasileiro, o bem imóvel aqui localizado será regido pelas regras da lei estrangeira do último domicílio do de cujus; na segunda, em havendo filho ou cônjuge brasileiro, a sucessão seguirá as normas brasileiras, a menos que a lei estrangeira lhes seja mais benéfica.[974]

Há também o reverso da situação, que deverá ser aceito pela justiça brasileira. Quando a sucessão iniciar-se no Brasil e integrarem o patrimônio do de cujus bens imóveis situados em outro país, não poderão estes fazer parte do monte a ser partilhado, conforme foi decidido pelo STF.[975] Aberta a sucessão, não serão trazidos à colação os imóveis localizados no estrangeiro. Não poderá um dos herdeiros, ainda que demonstre a existência do bem no exterior e que teria sido alocado ao arrepio da lei brasileira, promover a compensação na partilha. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu nesse sentido quando, em um inventário aqui ajuizado, discutia-se a situação de bens imóveis situados em Portugal. Foi considerada indeclinável a jurisdição brasileira para inventariar os bens aqui situados, assim como só em Portugal poder-se-ia partilhar os bens que lá estivessem.[976]

O STJ decidiu caso[977] em que a sucessão se deu no Brasil, mas posteriormente os sobrinhos souberam que a tia, irmã de seu falecido pai, herdara um bem situado na Alemanha na sua

totalidade, sem que a parte de seu pai lhes tivesse sido comunicada. Os fatos remontam à 1943, quando os avós de sua tia e seu pai fizeram um testamento conjuntivo. O STJ debruçou-se sobre a validade do testamento, conquanto não conhecido no Brasil. Com relação ao domicílio do autor da herança, que segundo o artigo 10 da LINDB seria o Brasil, entendeu o STJ que outros elementos de conectividade deveriam prevalecer no caso concreto.

Em suma, entendeu o STJ que "[e]fetivamente, a existência de imóvel situado na Alemanha, bem como a realização de testamento nesse país são circunstâncias prevalentes a definir a lex rei sitae como a regente da sucessão relativa ao aludido bem (e somente a ele, ressalta-se), afastando-se, assim, a lei brasileira, de domicílio da autora da herança. Será, portanto, herdeiro do aludido imóvel quem a lei alemã disser que o é. E, segundo a decisão exarada pela Justiça alemã, em que se reconheceu a validade e eficácia do testamento efetuado pelo casal Otto e Anna em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial, a demandada Ingeborg é a única herdeira do imóvel situado naquele país (ante a verificação das circunstâncias ali referidas - morte dos testadores e de um dos filhos).

No seu entender, a interpretação correta do Art. 89, II do antigo CPC (agora Art. 23, II) é a de que o Brasil adota o princípio da pluralidade sucessória, o que importa concluir que não há como a justiça brasileira ser competente sobre os bens situados no exterior. A esse respeito veja-se trecho do acórdão: "O solo, em que se fixam os bens imóveis, afigura-se como expressão da própria soberania de um Estado e, como tal, não pode ser, sem seu consentimento ou em contrariedade ao seu ordenamento jurídico, objeto de ingerência de outro Estado".

Desta forma, para o STJ, a interpretaçäo correta para determinar a lei aplicável aos imóveis combina o que dispõe o Art. 8º, § 1º da LINDB, de que estes devem ser regulados pela lei do país em que se encontrem, com a determinação a contrario sensu do Art. 89, II do CPC de 1973 (atualmente, Art. 23, II do CPC) de que o tribunal do local em que se situem terá exclusividade para conhecer e julgar a sucessão. E continua seu argumento, ressaltando a ineficácia de um provimento obtido no Brasil para ter efeito em bem imóvel situado no exterior, já que o contrario não seria aceito.[978] Este caso mereceu relato mais extenso, pela sua raridade e pelo cuidado com que o STJ analisou as questões de DIPr pertinentes.

A utilização da norma da lei mais benéfica não é incomum. Outras leis determinam vantagens maiores para os filhos do que a lei brasileira, como é o caso da francesa, italiana e portuguesa, que possuem alocações flexíveis para a legítima, dependendo do número de filhos existentes, aumentando o quinhão de metade até três quartos.[979] Quando houver herdeiros necessários, o de cujus só pode expressar sua vontade relativa à parcela não reservada dos bens.

Na Itália, que modificou sua Lei de DIPr, mas continuou a adotar o critério da nacionalidade, a sucessão é regulada pela lei nacional do de cujus no momento de sua morte (Art. 46 da Lei de DIPr de 1995). A sucessão será regulada pela lei designada, desde que não prejudique os residentes na Itália. A competência é da justiça italiana se houver bens ali situados (móveis e imóveis), pelo que, com relação a estes, a sucessão terá que ser processada na Itália, sendo então aplicada sua norma de DIPr para definir a norma aplicável à sucessão.[980]

A regra que dispõe sobre a capacidade do herdeiro para suceder prevista no §2º do Art. 10, da LINDB aparentemente entra em conflito com o caput, ou mesmo com o §1º desse mesmo artigo, já que a capacidade do indivíduo para herdar dependerá da lei do seu domicílio. Esta interpretação, entretanto, está equivocada. Isso porque está dentro do âmbito de aplicação da lei da sucessão (lei do domicílio do de cujus) a determinação dos herdeiros, assim como a ordem de vocação hereditária. Neste sentido, o Art. 10, §2º teria aplicação unicamente nas hipóteses em que, já determinado o herdeiro, a lei do seu domicílio é que seria competente para regular sua capacidade, à semelhança do que já dispõe o Art. 7º, da LINDB. Em relação à sucessão, a lei do domicílio do herdeiro regeria, v.g., os casos de indignidade.

O STJ decidiu um caso sobre a condição de herdeiro.[981] Tratava-se de sucessão de bens de estrangeiro, domiciliado no Brasil. A filha do de cujus fora adotada na Espanha e, lá domiciliada, habilitou-se como herdeira necessária no processo sucessório aberto no Brasil. A adoção, realizada na forma da lei espanhola não concedia à filha direitos sucessórios. Afirmou o STJ que a lei aplicável à sucessão (que determinaria quem teria qualidade de herdeiro) era a lei do último domicílio do de cujus, no caso a lei brasileira (Art. 10 da LINDB). Como a lei brasileira não faz qualquer distinção entre filhos naturais e adotados, a filha adotada no Estado estrangeiro foi considerada herdeira na sucessão dos bens situados no Brasil. A lei do domicílio da herdeira só seria considerada para a questão da capacidade para receber a herança (§2º do Art. 10. da LINDB), sendo que a capacidade para receber a herança, não se confunde com a qualidade de herdeiro.

Nos últimos anos, vários pedidos de homologação de sentenças estrangeiras foram deferidos parcialmente, eis que cuidavam da declaração de herdeiros e da sucessão de bens situados no Brasil e no exterior. Apenas a parcela referente ao exterior foi homologada[982].

16.2. O testamento com efeitos em outro país

Os testamentos realizados no estrangeiro devem ser analisados sempre por dois ângulos: o

primeiro diz respeito à forma do ato, que segue as regras do local de sua elaboração (regra locus regit actum)[983]; o segundo diz respeito a sua substância, dividido-se em questões sobre a capacidade de testar no momento do ato, e regras da sucessão. Há no DIPr uma grande discussão sobre a qualificação: o que um Estado considera como sendo questão de forma, para outro pode ser questão de substância.

A regra locus regit actum, apesar de ter sido retirada na LINDB é bastante utilizada pelos tribunais, sendo de caráter consuetudinário. A polêmica com relação aos testamentos ológrafos (de próprio punho) foi resolvida no caso da cantora lírica Gabriela B. Lage, em que se discutia-se a validade do testamento particular realizado na Itália e suas disposições acerca de bens imóveis situados no Brasil.[984]

Gabriela Lage faleceu em Roma, onde era domiciliada, e dispôs em testamento particular sobre seus bens, entre eles imóveis, aqui situados. A competência da justiça brasileira foi determinada em face da situação dos bens. Aberta a sucessão, discutiu-se a validade do testamento, feito sem testemunhas. Decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que o testamento realizado na Itália, de acordo com as normas preconizadas pelo Código Civil Italiano, era válido e deveria ser cumprido no Brasil. O testamento foi considerado válido, pois não era contrário à ordem pública brasileira. As diferenças estavam nos requisitos de forma, pois o testamento particular no Brasil exigia cinco testemunhas,[985] enquanto na Itália podia ser escrito de próprio punho. Sendo aplicável às formalidades do ato a lei do lugar de sua realização, que não feriam a ordem pública brasileira, não poderia ser arguida a nulidade do documento em questão. Esclareceu ainda o tribunal que, em matéria de testamento, o princípio dominante é sempre no sentido de preservar a declaração de vontade do testador, desde que respeitada a ordem pública, e que não seja uma fraude à lei.

No julgamento do caso pelo STF, no recurso extraordinário, a decisão do TJRJ foi mantida. Esclareceu-se que a lei aplicável à forma do testamento deveria observar as disposições da lei do local do ato, e não o Art. 10 da LINDB, da sucessão. Não havia proibição no Brasil a testamento particular, apenas diferença nas formalidades requeridas segundo a lei italiana.[986] Na Itália, o testamento é regulado por lei, que também cuida da capacidade de testar, utilizando-se o critério da nacionalidade do indivíduo, no momento da feitura do ato. Mas a forma do ato respeita a lei do Estado no qual o testamento foi realizado. A jurisprudência italiana considerou válido um testamento realizado em Nova York, segundo as formalidades locais, sendo ainda a lei americana reguladora da sucessão por ser o testador nacional daquele Estado.[987]

O STJ também já asseverou a validade de testamento conjuntivo, realizado no exterior,

ainda que desconhecido da lei brasileira, no REsp 1362400, já resenhado neste capítulo. E no bojo de um pedido de homologação de sentença estrangeira[988], considerou válido o testamento ológrafo realizado na Argentina e validado pelo juiz local, sobre bem imóvel situado no Brasil. De destacar que, no caso, os demais herdeiros na Argentina se manifestaram favoravelmente ao pedido da autora.

17. Alimentos

"It is hoped and expected that the new Hague Convention [on maintenance] will provide the common global framework for international maintenance procedures – one which helps to reduce the confusing multiplicity of procedures which characterises the existing international set-up."

William Duncan[989]

A célula familiar é uma entidade feita para funcionar em conjunto, provendo seu sustento, especialmente com relação à prole. No entanto, nos dias de hoje, está cada vez mais distante a idéia de que os casais permanecem juntos por toda a vida. No plano interno, o direito de família é intensamente regulado pelo Código Civil. No momento da separação a lei precisa garantir o devido amparo aos que dele necessitam, através do estabelecimento de uma obrigação alimentar. Seu estabelecimento e cobrança demandam grande dispêndio de energia e recursos da máquina jurisdicional, sendo uma das áreas do Poder Judiciário mais utilizadas pela população.

Inúmeros são os problemas da efetiva prestação dos alimentos aos necessitados e o seu descumprimento é de tal gravidade que até a pena da prisão civil pode ser aplicada ao devedor. Dada a premência da necessidade dos que dela dependem, a fixação e a cobrança de alimentos desafiam o poder público. A prestação jurisdicional deve ser rápida, porque não há como suportar qualquer atraso sem comprometer a sobrevivência dos alimentandos. No direito comparado, esta é uma área na qual as características individuais e as tradições de cada país se revelam por inteiro nas opções legislativas adotadas.

As obrigações alimentares estão reguladas no Código Civil nos Arts. 1.694 a 1.710. Ao longo dos anos, a matéria foi tratada à exaustão pelos tribunais, consolidando uma rica jurisprudência sobre diversos pontos.[990]

A cobrança de alimentos no plano internacional é um desafio, para o qual se torna imprescindível uma atuação conjunta dos Estados, através da cooperação interjurisdicional ou administrativa. Nesse ponto, assumem grande importância os tratados multilaterais e bilaterais firmados pelo Brasil.

No estudo do tema em DIPr, a matéria transcende a questão da lei aplicável, pois cuida de diversos aspectos relativos à jurisdição internacional e à cooperação jurídica internacional,

sobretudo no que concerne à transferência de fundos de uma jurisdição à outra para fazer frente ao pagamento das obrigações alimentares estipuladas.[991]

17.1. A legislação brasileira: normas de origem interna e internacional

A legislação brasileira de DIPr não possui normas específicas sobre alimentos. A regra de conexão aplicável aos alimentos é a mesma regra do direito de família, que na Introdução ao Código Civil de 1916 era a da nacionalidade, e mudou para a do domicílio, em 1942, persistindo inalterada até os dias atuais.

As questões processuais relativas à cobrança de alimentos, como a citação no curso do processo do devedor domiciliado no exterior, e a homologação da sentença estrangeira, são tratadas através de instrumentos que regulam a utilização de tais institutos em geral: as cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras, bem como convenções bilaterais e multilaterais de cooperação jurídica internacional.

Há fontes de origem interna — as regras da LINDB-, e de origem internacional. Estas últimas podem ser divididas segundo sua origem universal (a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, mais conhecida como Convenção de Nova York[992]), ou regional (a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar[993]). Essas duas convenções também regulam as situações existentes entre os países signatários e não signatários. A prática brasileira de aplicar a Convenção de Nova Iorque aos não signatários que assim demandem, mediante a utilização da mesma autoridade central, se dá em nome da boa-fé e da cooperação internacional.

O Brasil finalmente enviou ao Congresso Nacional para aprovação a Convenção da Haia sobre a cobrança internacional de alimentos para crianças e outros membros da família, bem como o seu Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de prestar alimentos.

Espera-se que sua aprovação seja benéfica para o país e seus cidadãos, em especial a grande comunidade de brasileiros que vive em países que não são parte da Convenção de Nova York, os Estados Unidos e o Japão. Ademais, a convenção regulamentou a matéria possuiu instrumentos modernos para que a cooperação entre os países seja mais célere e eficiente, consequentemente com a utilização de menos recursos para chegar a um resultado satisfatório. Destaca-se, nesse sentido, o uso de formulários e a maior regulamentação da atuação das autoridades centrais, aumentando o seu escopo.

17.2. Iniciativas globais e regionais

Apesar de ter sido objeto de algumas iniciativas no século XIX e no início do século XX,[994] o problema da cobrança de alimentos no plano internacional adquiriu contornos mais dramáticos depois da Segunda Guerra Mundial, quando foi discutido sob os auspícios do UNIDROIT. O projeto elaborado nesse foro foi depois encaminhado à ONU, que convocou uma conferência diplomática em 1956, a qual culminou com a celebração da Convenção de Nova York sobre Execução e Reconhecimento de Obrigações Alimentares. Quase paralelamente, a Conferência da Haia normatizou a questão através de duas convenções[995], modificadas nos anos setenta.

Na América Latina, o Código Bustamante, ainda em vigor no Brasil, possui dois artigos específicos sobre o tema dos alimentos,[996] sem no entanto adentrar na questão da cooperação jurisdicional. No Art. 59, afirma ser de ordem pública internacional a regra que confereá ao filho direito a alimentos, impondo uma norma material posteriormente empregada pela Convenção Interamericana. Os Arts. 67 e 68 regulam a sujeição à lei pessoal do alimentado, o conceito legal dos alimentos, a ordem de sua prestação, e a extensão deste direito. Dispõe, ainda, quanto ao fato de serem de ordem pública internacional as regras que estabelecem o dever de prestar alimentos, seu montante, redução e aumento, a oportunidade em que são devidos e a forma de seu pagamento, assim como a proibição de renúncia e cessão desse direito.

Na década de 1980, a CIDIP IV, realizada em Montevidéu, elaborou a Convenção Interamericana sobre obrigação alimentar[997], aqui vigente.

17.2.1. A Convenção de Nova York

A Convenção de Nova York foi assinada em 1956 e entrou em vigor no Brasil em 1965,[998] tendo sido o primeiro instrumento de cooperação na área de obrigações alimentares. Instaurou um sistema complementar àquele instituído pela Conferência de Haia nos anos 50. Contudo, ao longo do tempo, teve maior aceitação e utilização do que as próprias convenções da Haia.[999]

Sua principal função é cuidar das questões de natureza administrativa da cobrança dos alimentos. Nesse sentido, criou a figura das autoridades centrais com o fito de agilizar a cobrança da obrigação alimentar, sem passar por nenhuma outra instância diplomática ou administrativa. A convenção também inovou ao conceder ao credor algumas vantagens, como assistência judiciária gratuita, dispensa da caução, serviços gratuitos para a expedição dos documentos e

facilitação na transferência dos fundos.

A dinâmica da Convenção funciona da seguinte forma: a parte pode reclamar alimentos tanto no país de sua residência habitual (e posteriormente tratar do reconhecimento e execução no país estrangeiro), quanto ir ao país em que reside o devedor e entrar com a ação diretamente. Ambas as soluções têm vantagens e desvantagens, pois lidam com as dificuldades inerentes aos processos transnacionais. O objetivo maior da convenção é o de facilitar a obtenção dos alimentos, utilizando-se de todos os meios possíveis. Preocupou-se, inclusive, com as barreiras existentes com relação à transferência de fundos no plano internacional.[1000]

A Convenção está em vigor no Brasil há vários anos. A Procuradoria Geral da República é a autoridade central designada para atuar como autoridade intermediária e remetente, tendo cumprido com excelência o seu papel. As suas funções estão centralizadas no gabinete do Procurador Geral da República, em Brasília, que promove as ações necessárias para sua operacionalização, utilizando-se da estrutura do Ministério Público Federal nos estados para os pedidos locais.[1001] Em 2015, comemorou-se os dez anos da criação da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional (SCJI), vinculada ao gabinete do Procurador Geral da República. A SCJI foi constituída como uma comissão de apoio, com tarefas específicas a cumprir, mormente na atuação designada pelo decreto já citado.[1002]

A Convenção de Nova York prevê dois tipos de procedimentos manejado pela autoridade central: os pedidos oriundos do exterior, e os originados do Brasil e que precisam ser enviados ao exterior. No caso dos pedidos que vêm de fora, o Ministério Público Federal dá o encaminhamento que entender mais adequado, que pode consistir no pedido de reconhecimento da decisão estrangeira,[1003] no processamento de cartas rogatórias ou, se for necessário, no ajuizamento de uma ação de alimentos no Brasil, através do Procurador da República que atue no local do domicílio do réu. No caso reverso, de posse dos documentos oriundos do Brasil, o Ministério Público Federal entra em contato com a autoridade central correspondente no exterior para que o pedido seja processado.

Os pedidos de cooperação provenientes do exterior precisam ser enviados ao Brasil respeitando as regras do Estado requerente no que diz respeito aos requisitos locais, e ainda obedecer às condições aqui preestabelecidas para seu cumprimento. Isso quer dizer que a autoridade remetente deverá checar quem tem direito aos alimentos e em quais condições. Por outro lado, caberá à autoridade destinatária analisar as condições para o cumprimento previstas pelo direito brasileiro, como, por exemplo, a necessidade da prévia homologação da decisão estrangeira no Superior Tribunal Justiça para o seu cumprimento pelas autoridades judiciárias

locais.[1004]

Por outro lado, essa não é a única maneira de se obter os alimentos. A parte requerente que está no estrangeiro também pode iniciar o processo aqui, país do devedor. Neste caso, cabe à PGR tramitar o pedido, exemplo clássico da modalidade de cooperação jurídica internacional, conhecido como auxílio direto. Nesse caso, é designado um Procurador da República para iniciar a ação de cobrança de alimentos.

No sentido inverso, quando o pedido é proveniente do Brasil para o exterior, a SCJI relata, resumidamente, a tramitação desses pedidos ativos: "as Procuradorias da República (PR), presentes nos estados membros e em diversos municípios, quando procuradas pela parte interessada, dão início ao processo que dará origem ao pedido de cooperação. Assim, realizam as orientações necessárias para a instrução documental e providenciam sua autuação. Formado o procedimento, este será remetido fisicamente à Procuradoria-Geral da República (PGR) em seus originais. As Procuradorias da República serão comunicadas para providências, caso haja necessidade de complementação dos procedimentos, ou na falta de documento essencial ao seu regular cumprimento. Havendo necessidade de traduções de documentos integrantes dos procedimentos originários das Procuradorias da República, estas serão realizadas por meio de profissionais credenciados pela PGR e só então o pedido de cooperação será remetido ao país de destino." [1005]

A Convenção de Nova York foi alvo de vários julgamentos na justiça brasileira. A Procuradoria Geral da República fez pedidos de homologação e também entrou com ações diretamente. Isso porque nas ações de alimentos é comum o pedido liminar de fixação de uma verba alimentar provisória, o que era muito difícil de se obter no STF, em face da jurisprudência restritiva do tribunal na concessão de medidas de caráter executório ou qualquer efeito ao pedido, no curso da ação de homologação, o que hoje já é uma realidade nos pedidos efetuados no STJ.

Uma questão recorrente diz respeito à competência interna para julgar os feitos, se na Justiça Federal, por força do tratado, ou na Justiça Estadual. O STJ decidiu alguns conflitos de competência sobre o tema e concluiu que a Justiça Federal é competente quando há intervenção do Ministério Público Federal, na qualidade de autoridade central.[1006] Muitas vezes, apesar de a propositura da ação ter por base a Convenção de Nova York, as partes o fazem diretamente, sem utilizar a autoridade central. Nesses casos, a ação tramitará na Justiça Estadual. Outros casos encontrados na Justiça Federal eram sobre a própria ação de alimentos e comprovação de seus requisitos.[1007]

Na sua experiência como autoridade central, a PGR acumulou uma longa experiência no trato dessas questões de cunho internacional, bastante delicadas. Foi-nos informado que os países com os quais há mais pedidos de cooperação nas Américas são o Chile e a Argentina. É importante notar que nem os Estados Unidos nem o Japão, países em que há expressivo contingente de brasileiros, fazem parte da Convenção de Nova York.

Ainda a partir de informações prestadas pela Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional, com informações mais recentes relativas ao ano de 2013 constata-se o aumento dos pedidos e a proeminência dos casos de Portugal. Informa-nos a SCJI que este é o país que melhor orienta o cidadão a respeito do cumprimento da Convenção de Nova Iorque.[1008] Os pedidos de cooperação passiva são provenientes majoritariamente de países europeus, com Portugal e Alemanha no topo da lista, destacando-se Chile e Argentina na América Latina[1009].

Entre as dificuldades relatadas pela SCJI, estão as questões relativas à tradução, especialmente com relação ao idioma alemão, a ausência do endereço do credor, nos pedidos ativos, e a ausência do reconhecimento da paternidade, que é exigido em alguns países.

Interessante notar que a maioria dos países do Mercosul são partícipes da Convenção de Nova York, que assim representa o direito uniforme do bloco no tema de alimentos, embora os países também sejam parte da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, de 1989.[1010] Na prática, nota-se a aplicação diuturna da Convenção de Nova Iorque, até porque aplicável a um maior numero de países do que a Convenção Interamericana, de caráter regional. Sobre essa última, ao menos no Brasil, não se tem notícia de nenhum caso prático ou jurisprudencial.

17.2.2. A Convenção Interamericana

A Convenção Interamericana sobre Obrigações Alimentares foi resultado da CIDIP IV, de 1989. É uma convenção que reúne em um só documento os dois temas tratados pelas Convenções da Haia, além de trazer também normas de caráter material destinadas a assegurar o funcionamento das normas conflituais. Está em vigor em 13 países.[1011]

Possui uma norma de caráter material, verdadeira regra de ius cogens, que estabelece o dever dos Estados de reconhecer, de forma universal, o direito aos alimentos (Art. 4º).[1012] Outra norma de caráter material é a que cuida da proporcionalidade da fixação dos alimentos, aliás em total consonância com o binômio necessidade versus possibilidade que orienta o direito

brasileiro.[1013]

Seu campo de aplicação se restringe às obrigações alimentares dos menores e aquelas decorrentes do casamento ou do divórcio, sendo mais restrita que a Convenção da Haia.

A escolha da lei aplicável é tema que foi tratado pela Convenção Interamericana a partir dos métodos mais modernos de DIPr, através de princípios e designação de uma regra de conexão alternativa. Deixa à autoridade competente a escolha da lei aplicável a partir da regra mais favorável ao credor, que será escolhida entre duas alternativas: a do domicílio ou residência habitual do credor e a do domicílio ou residência habitual do devedor. A utilização do critério da residência habitual se deu para atingir o objetivo maior de proteção da criança.[1014]

Na questão relativa à competência internacional, traz três possibilidades: competência conferida ao juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do credor[1015]; competência conferida ao juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor[1016]; e, por fim, a regra segundo a qual o juiz ou autoridade do Estado com o qual o devedor mantiver vínculos pessoais — tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos —, terá competência para conhecimento de questões referentes às reclamações de alimentos[1017]. Dispõe, também, acerca da competência das autoridades judiciárias ou administrativas de outros Estados, desde que o demandado no processo tenha comparecido sem objetar a competência.

A previsão da Convenção Interamericana de competência do juiz do foro do credor foi incorporada no Art. 21 do CPC de 2015, passando a figurar como hipótese de competência concorrente dos tribunais brasileiros. Permitir ao autor a utilização do foro de sua residência habitual servirá para atender os interesses da comunidade brasileira de um modo geral, e dos mais vulneráveis, de modo especial .

O Art. 13[1018] da Convenção Interamericana dispõe que a sentença estrangeira deverá ser cumprida sem demora e diretamente pelo juiz da execução, o que vai de encontro às nossas regras internas, que impõem o procedimento de homologação das decisões estrangeiras antes de seu cumprimento. Jacob Dolinger entende que esse artigo, que não foi objeto de reserva, abriu uma exceção ao sistema brasileiro.[1019] No entanto, a previsão constitucional não deixa dúvidas sobre a necessidade de homologação e, em um eventual conflito de normas, a de hierarquia constitucional prevalece sobre a do tratado. Com exceção da Venezuela, que ainda não ratificou, os demais países do Mercosul são signatários da Convenção, que desta forma representa o direito uniforme do bloco no tema de alimentos. Às questões de cooperação jurídica internacional têm sido aplicados os Protocolos genéricos, como o de Las Leñas e o de Medidas Cautelares.[1020]

Apesar de suas vantagens, a convenção é pouco conhecida. Seu pouco uso deve-se a dois motivos: desconhecimento dos operadores e utilização da Convenção de Nova York, em seu lugar, já que a maioria dos Estados signatários também integra o sistema de Nova York. A base de dados da Justiça Federal e de vários estados não informa sua utilização. Com efeito, talvez o fato de a Convenção Interamericana não estabelecer um sistema de cooperação com autoridades centrais seja determinante para sua perda de espaço frente à Convenção de Nova York.

17.3. Jurisprudência brasileira sobre alimentos no plano internacional

Na jurisprudência pesquisada, a maioria dos casos diz respeito à aplicação da Convenção de Nova York e à cooperação jurídica internacional. No campo do direito material, a legislação nacional é sempre utilizada. Em um caso, a lei nacional foi aplicada para se analisar o conjunto probatório e o dever do réu de prestar alimentos[1021]; no segundo, para aplicar o Art. 234 do Código Civil, desonerando o ex-marido de prestar alimentos para mulher que o abandonara e se mudara para o Chile com a filha.[1022]

Os demais casos julgados pelos tribunais no âmbito da cobrança de alimentos dizem respeito à determinação da jurisdição competente, à cooperação jurídica internacional no curso do processo e ao reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Com relação a essas duas últimas, a forma passiva já foi analisada no capítulo de cooperação jurídica internacional.

Da jurisprudência pesquisada nota-se que os tribunais não discutem com afinco essa questão, considerando-se, em geral, competentes, ainda que o caso em concreto não se enquadre no Art. 88 do então vigente CPC de 1973. Esse 'alargamento' da competência certamente está associado à inclinação de nossos tribunais para a proteção aos cidadãos brasileiros e estrangeiros aqui domiciliados, que em geral são demandantes e estão em situação dramática de necessidade. Os casos encontrados pouco discutem a questão da competência, mas houve um, no Rio Grande do Sul, em que o Tribunal se declarou incompetente.[1023] Quanto às alegações de litispendência, estas são paulatinamente recusadas, a menos que a decisão estrangeira já tenha sido homologada no Brasil.[1024] Esse posicionamnto decorria do Art. 90 do então vigente CPC de 1973 e deve permanecer, dada a previsão do Art. 24 do CPC de 2015.

A maior parte dos casos cuida das dificuldades inerentes aos aspectos transnacionais do processo, a citação do réu em país estrangeiro,[1025] questões relativas à prova,[1026] e posterior

execução da decisão.[1027] Também é comum, ante a dificuldade de obter alimentos de pai residente no exterior, tentar-se impor aos avós essa obrigação.[1028]

17.4. Iniciativa global no tema de alimentos: a nova convenção da Conferência da Haia

Sobre as obrigações alimentares, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado já realizou quatro convenções especializadas, sendo duas da década de 1950 e duas da década de 1970, as quais substituiram as anteriores.[1029]

As discussões a respeito dessas Convenções foram reacendidas em 1992, inspiradas nos princípios adotados pela Convenção das Nações Unidas relativas aos direitos da Criança de 1989, já ratificada pelo Brasil[1030], que no seu Art. 27 §4º insta os países a tomarem as medidas apropriadas para garantir o pagamento de alimentos aos menores, mesmo que em países não-signatários.[1031]

A Comissão Especial para cobrança de alimentos no plano internacional reuniu-se de 2003 a 2007 para elaborar a convenção. A Conferência Diplomática foi realizada em novembro de 2007, quando a nova convenção e o seu protocolo adicional foram adotados.[1032] As bases que serviram para o início do novo instrumento constaram do relatório elaborado por William Duncan[1033] antes do início das negociações. Foram elas: prever, como um de seus elementos essenciais, disposições em matéria de cooperação administrativa; ser completa e inspirar-se nos melhores aspectos dos documentos já existentes; ter em conta, para as necessidades futuras, o desenvolvimento já obtido por diversos países no que concerne o progresso das técnicas de informação; estar estruturada de forma a combinar máxima eficácia com a flexibilidade necessária para o maior número possível de ratificações. O relatório concluiu, em síntese, que a matéria era regulada de forma excessivamente complexa, subutilizada e com custos elevados, tornando o processo caro, demorado e pouco acessível.

O objetivo da Comissão Especial foi o de preparar um documento que efetivamente possibilitasse a obtenção internacional de alimentos para crianças e outros membros da família, com regras mais abrangentes que as anteriores e que dialogassem com outros documentos internacionais.[1034]

Um dos pontos altos da Convenção diz respeito à importância da cooperação internacional através do trabalho das autoridades centrais, que pode ser medido pelo sucesso da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Menores. Vários países manifestaram

preocupação em definir o alcance e os limites da atuação das autoridades centrais, chegando-se afinal a um acordo sobre a matéria.

A Convenção aprovada é um documento moderno e preocupado com o dia-a-dia da cooperação jurídica internacional. Incorpora várias metodologias já testadas em outras Convenções da Haia, e dá às autoridades centrais um grande poder de coordenação dos trabalhos e procedimentos nela previstos.

O Art. 14 cuida da assistência jurídica e foi objeto de grande polêmica ao longo das negociações, pois a maioria dos países não presta essa assistência nem aos seus cidadãos. Ao final, foi ajustado por meio do Art. 16, que os países que não desejassemfornecer a assistência de forma indiscriminada poderiam adotar uma declaração restringindo a assistência apenas àqueles que efetivamente não tenham condições econômicas para arcar com seus trâmites.

Já no que diz respeito ao reconhecimento das decisões estrangeiras, o Art. 20 traz regras para um procedimento mais célere. Novamente, a Convenção abre espaço para que os países possam declarar sua não adesão à essa regra, em prol de seu sistema interno.

Além disso, por iniciativa do Brasil, foi incluída a previsão de aplicação da Convenção às pessoas incapazes nos pedidos diretos, o que abrange mais do que apenas os menores de 18 anos.

A questão da lei aplicável foi tema de inúmeros debates no âmbito de um Grupo de Trabalho especialmente dedicado a esse tema, cujo trabalho resultou em um instrumento em separado da convenção, o Protocolo sobre a lei aplicável,de adoção facultativa e independente da convenção.[1035]

Destaca-se alguns itens do Protocolo aprovado: (i) seu caráter universal, o que permite sua aplicação para os países não signatários, quer do Protocolo, quer da Convenção. Para o Brasil, a norma do Art. 2º é de especial importância, uma vez que a LINDB não possui normas específicas sobre alimentos; (ii) prevaleceu como regra geral de conexão a da residência habitual do credor (Art. 3º), sendo que em caso de mudança, a regra da nova residência habitual será aplicável. Isso é importante para os casos em que o credor se mude, aplicando-se, afinal a lei do foro; (iii) as regras especiais, com relação à lei aplicável em caso de alimentos para crianças com outras pessoas, e de filhos para com seus pais foram incorporadas no Art. 4º, objeto de grande debate, mas que foi afinal aprovado; (iv) com relação à ex-esposa, há uma regra especial diversa da do Art. 3º: este não se aplica se houver mais contato com o lugar da última residência comum; (v) o reenvio foi excluído, o que facilita a aceitação do Protocolo pelo Brasil, já que a LINDB também possui norma similar; (vi) possibilidade de as partes designarem a lei aplicável às obrigações

alimentares, dentro de estreitos limites. É uma nova tendência do direito internacional privado a possibilidade de escolha da lei em outras áreas do direito, seguindo a já consagrada autonomia da vontade nas obrigações. Não haveria incompatibilidade com o direito brasileiro, tendo em vista as modificações do Código Civil de 2002; (vii) o Protocolo cuida do seu âmbito de aplicação e da ordem pública, em disposições já clássicas sobre a matéria; (viii) o Art. 14 traz uma norma de caráter material, de que em questões de lei aplicável aos alimentos dever-se-á levar em conta as necessidades do credor e as possibilidades do devedor. Como visto, esse balizamento é a pedra de toque do sistema brasileiro.

Por tudo isso, da análise do novo documento, conclui-se que o Protocolo não só é compatível com o direito brasileiro, como também representaria um avanço para o aggiornamento da normativa existente, que é parca e lacunosa.

Em geral, a participação do Brasil nos trabalhos da Comissão Especial foi muito proveitosa. A maioria dos tópicos, objeto de dissenso ao longo das negociações, não apresentava grandes problemas no que dizia respeito ao sistema jurídico brasileiro, em vista da avançada legislação protetiva da criança no plano jurídico nacional.

Com efeito, alguns direitos já incorporados ao dia-a-dia dos brasileiros ainda são alvo de polêmica em outros países. Por exemplo, o papel das autoridades centrais para prestar assistência aos necessitados já é feito pelo Ministério Público Federal na sua atuação em prol da Convenção de Nova York. Tampouco seria considerado um problema para o nosso direito interno a execução de uma decisão de cunho administrativo, dada a jurisprudência pacífica de nossos tribunais a respeito.

O Brasil procurou, neste tradicional fórum multilateral, assegurar proteção a brasileiros que são credores de alimentos provenientes do exterior, muitas vezes de outros brasileiros, e permitir a maior cooperação com países que são credores de alguns dos nossos nacionais, ou estrangeiros aqui residentes.

A incorporação, pelo Brasil, de um documento multilateral dessa natureza serve para implementar, no plano das relações internacionais, o respeito aos direitos fundamentais, já garantidos pela Constituição, no tema de proteção da família e da infância. Desta forma, se estaria fomentando a aplicação horizontal de direitos privados, cuja origem provém dos direitos e garantias fundamentais.

O Ministério da Justiça liderou o processo de análise da compatibilidade da convenção e seu de protocolo com o direito brasileiro, bem como da adequação da tradução do texto. Primeiro, foi criado um Grupo de Trabalho interno,[1036] composto pela da Secretaria Nacional de Justiça e pelo

setor acadêmico, para analisar a necessidade do Brasil apresentar sua posição acerca das reservas e declarações existentes no texto convencional. Após esse trabalho, foi criado novo Grupo de Trabalho pela Portaria 500, de 21 de março de 2012, com composição mais ampla, contando com representantes de outras instituições e ministérios. O relatório final deste Geupode Trabalho serviu de base à exposição de motivos para envio ao Congresso Nacional.

A Convenção foi enviada ao Congresso Nacional através da Mensagem 163/2015. Na mensagem que a precede, o Ministério das Relações Exteriores, em conjunto com o Ministério da Justiça, explicam o propósito de dar continuidade à Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990. Tudo isso para assegurar a cobrança internacional de alimentos, através de um sistema eficaz de cooperação entre autoridades centrais. Também se explica as reservas e declarações que o Brasil entendeu fazer para garantir a compatibilidade da convenção com o seu sistema jurídico interno.

Duas foram as reservas apresentadas: ao Art. 20, § 1º, alinea e, por entender que seria contrária à nossa ordem pública a prévia escolha do foro pelos pais, uma vez que se trata do direito de menores; ao Art. 30, § 8º, pois tampouco se reconhece acordos privados que traga disposições a respeito de menores e incapazes, categorias que contam com proteção especial na nossa legislação.

No campo das declarações, foi feita apenas a do Art. 2º, § 3º, que amplia a aplicação da Convenção a obrigações de prestar alimentos derivadas de relação de parentesco em linha colateral, parentesco em linha reta, casamento ou afinidade, incluindo, especialmente, as obrigações relativas a pessoas vulneráveis.

Por fim, merece ser ressalvado o Art. 57, que impõe aos Estados a obrigação de informar sobre o seu direito interno. É que a análise e eplicação do direito estrangeiro é etapa é custosa e difícil cumprimento. A solução da Convenção representa uma grande ajuda às partes, que podem assim discutir previamente seus direitos e evitar a despesa com especialistas para comprovar o direito estrangeiro. Também é uma área em que há marcante diferença entre o sistema da common law e do direito civil, pois no primeiro a prova do direito estrangeiro é uma questão de fato e deve ser comprovada em cada caso, enquanto que no segundo é uma questão de direito e pode ser aproveitada em mais de um processo. Ademais, no caso do Brasil, esta é uma área em que o corpo acadêmico pode estreitar sua contínua colaboração com o Ministério da Justiça, e ajudar para que as informações sobre o Brasil estejam sempre atualizadas, sem maiores dispêndios da máquina pública.

A Convenção entrou em vigor em 2013 e já foi adotada por 33 países. O Protocolo também

entrou em vigor em 2013, e foi adotado como regra de lei aplicável na União Europeia.

A Conferência da Haia tem trabalhado ativamente para que a Convenção seja mais do que um mero texto legal. Para isso, em seu sítio[1037] há uma seção especialmente dedicada não só ao texto da convenção, mas também a todos os instrumentos necessários para a sua boa utilização. Foi realizado grande esforço para elaborar formulários que auxiliem o trabalho das autoridades centrais, bem como de outros documentos de suporte, tais como um guia de itens para a sua implementação, um manual para quem trabalha com a convenção e o iSupport Project, o qual estabelece um sistema de transmissão de pedidos, informação e comunicação eletrônica entre as autoridades centrais.

18. Aspectos civis do Sequestro Internacional de Menores

" Conflict over the care and control of a child following the breakdown of a marriage or relationship is undoubtedlu an emotive issue. This is only exarcerbated when an international element is added and the matter descends into the merits of life in one state being set against those in another."

Beaumont and McEleavy[1038]

A sociedade global, com sua imensa gama de comunicações e mobilidade, mudou o perfil das famílias: é comum haver mais de uma nacionalidade no grupo familiar e um ou mais membros fixar residência em outro país.

Aos problemas já existentes, objeto do direito de família, adicionam-se os de caráter internacional, a reclamar uma regulamentação específica. Esta situação é o centro das atenções de organizações internacionais que procuram uniformizar procedimentos e regras substantivas necessárias a esses casos multiconectados, como a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado; a Organização das Nações Unidas, ambas no plano internacional; e, no plano regional, a Organização dos Estados Americanos, através das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado.

O tema da proteção à criança inclui-se no âmbito dos estudos de direitos humanos. Sua regulamentação, mesmo nos aspectos privados, não perde de vista este viés, ligado aos direitos fundamentais.[1039] Nesta área, as fronteiras do direito internacional se diluem e se misturam aspectos públicos com privados. O DIPr e sua técnica devem ser entendidos como integrantes do sistema de proteção à dignidade da pessoa humana, e a proteção à infância é o seu maior exemplo.

A proteção da criança de forma isolada é tema recente, pois até pouco tempo seus destinatários apenas se sujeitavam ao poder familiar.[1040] Nesse sentido, servem de baliza as normas específicas da Convenção sobre os Direitos da Criança,[1041] que estabelece os princípios de proteção. Interessam ao DIPr os artigos que remetem às questões de cunho privado com repercussão na esfera de mais de um país, de mais de um ordenamento jurídico.[1042] Os tópicos contemplados de forma genérica nessa Convenção, que foi celebrada no âmbito da ONU, foram regulamentados pela Conferência da Haia e pelas Conferências Especializadas da OEA.

O fenômeno mais dramático da separação de casais de nacionalidades diversas é o aumento de casos em que um dos pais retira o menor do país de sua residência habitual sem a permissão do outro. É uma situação típica da vida moderna, onde a maior mobilidade do indivíduo resulta em inúmeros casamentos internacionais, ou em crianças advindas de relacionamentos fortuitos, em que a família não se estruturou legalmente. O alto índice divórcios na atualidade é fator complicador dessa situação.[1043] Até alguns anos essa situação não apresentava solução satisfatória e a maioria dos países tendia a reter o seu nacional, ainda que a criança tivesse ingressado através de um ato ilícito. Além disso, uma das maiores dificuldades era a localização do menor, já que os Estados não dispunham de mecanismos de cooperação internacional nessa matéria.

Para essas situações, os instrumentos tradicionais do direito internacional privado eram inadequados: era difícil tanto o pedido de guarda no país estrangeiro, quanto o cumprimento da ordem proveniente do exterior, que necessitava ser cumprida em outra jurisdição, pois havia grande sentimento de desconfiança entre os juízes. Presumia-se que depois que a criança fosse restituída para outro país jamais retornaria. Isso gerava grande sensação de frustração por parte de todos os envolvidos. Não havia nenhum instrumento em prol da cooperação entre os poderes judiciários e a exceção de ordem pública assumia um papel preponderante na maioria dos julgamentos.

Essa situação só mudou com o trabalho realizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional que, ciente das dificuldades, iniciou discussões para a celebração de um instrumento multilateral a respeito a partir da década de 1970. O projeto de convenção foi objeto de muita controvérsia durante as reuniões da Comissão Especial, e com muita dificuldade se atingiu a fórmula de equilíbrio entre a regra geral da devolução da criança e as exceções permitidas.[1044] Concentrando-se primordialmente na cooperação entre Estados, a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 se tornou uma das mais importantes já elaboradas pela Conferência de Haia. A Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.413/2000.

18.1. A regulamentação brasileira

Como já examinado, o DIPr brasileiro utiliza a regra clássica da lei do domicílio como lei aplicável ao direito de família, [1045]. Os mecanismos processuais utilizados ainda são os genéricos, comuns a todas as causas internacionais. Isso ocorre através da carta rogatória ou da

homologação de uma sentença, utilizados indistintamente para a área de família e para as demais, como a comercial. Até a adesão do Brasil aos instrumentos internacionais de proteção à infância, a questão dos aspectos civis do sequestro internacional de menores não possuía nenhuma legislação específica internamente. Nos casos em que a criança era retirada do Brasil de forma ilícita, cabia ao pai ou à mãe recorrer à justiça estrangeira sem qualquer apoio das autoridades brasileiras. Ao contrário, quando a criança vinha para o Brasil, a decisão estrangeira ordenando sua restituição precisava ser homologada previamente no STF, que reiteradamente negava o exequatur às medidas de caráter executório. Como era fácil a obtenção de uma guarda provisória no país, o destino da sentença estrangeira era invariavelmente o indeferimento, por já existir decisão nacional sobre a matéria.[1046]

A partir da promulgação da convenção no Brasil, passou a ser possível requerer diretamente ao juiz de 1º grau o pedido de restituição, no que se denomina auxílio ou assistência direta.

18.2. Convenções internacionais e sua aplicação no Brasil

O Brasil aderiu à Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Menores[1047] e à Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores[1048]. No entanto, as convenções não são aplicáveis para todos os pedidos, pois só podem ser utilizadas para os casos envolvendo Estados signatários. Assim, ainda há pedidos que são transmitidos pelos meios tradicionais de cooperação jurídica internacional.

18.2.1 A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Menores e sua aplicação no Brasil

A Conferência de Haia iniciou o estudo do "rapto legal" nos anos 1970, quando a maioria dos casos dizia respeito à retirada ilegal do menor pelo pai, insatisfeito com as decisões judiciais que na maior parte das vezes beneficiavam somente a mãe para a ser a responsável pela criança.[1049]

Nos estudos preliminares, a Conferência deu-se conta dos diversos aspectos da questão, como os casos de sequestro ocorridos antes da determinação legal da guarda. As negociações foram tensas e complexas. O sucesso da Convenção deveu-se ao trabalho de uma comissão especial reunida na Haia em setembro de 1979, que preparou o projeto do Secretariado para a

reunião plenária.[1050] Com isso, chegou-se a uma fórmula de compromisso em um dos assuntos chave do novo documento: o retorno ao status quo ante sem nenhuma dependência de uma decisão do foro acerca do mérito da guarda.

A Convenção inova em vários aspectos e foge do modelo tradicional, preocupado somente com as questões relativas à lei aplicável. É um exemplo de um novo sistema de cooperação, com dispositivos de caráter legislativo, judicial e administrativo. Pretende conjugar instrumentos para o rápido retorno da criança, bem como garantir o respeito aos direitos de guarda e visitação. Não deixa de prever regras que permitam evitar o retorno da criança em exceções muito bem delineadas, para serem usadas de forma bastante restrita.

A convenção não trata da questão da guarda, prevendo tão somente a uniformizaçãode uma regra de direito internacional privado para determinação da da lei aplicável, a saber, a lei da residência habitual. A Convenção tampouco se propõe a ser um conjunto de regras para o reconhecimento da decisão estrangeira. Ao contrário, cria um procedimento específico para o retorno do menor ao país de sua residência habitual, referindo a questão da guarda também à lei da residência habitual do menor. Nas palavras de Alfonso Carlos Calvo Caravaca,[1051] a situação contemplada na Convenção equivale a um interdito possessório, resolvido através de uma ação direta. Paul Beaumont alerta para a difícil tarefa dos tribunais, que precisam cumprir o caráter peremptório da Convenção e ao mesmo tempo garantir a proteção adequada à criança e aos direitos do requerido. Há um equilíbrio porque a presunção do retorno não é absoluta, admitindo exceções e assegurando a flexibilidade necessária a sua adequação à míriade de casos concretos.[1052]

Análise da Convenção

No Art. 1º da Convenção estão delineados os seus objetivos: a) assegurar o retorno imediato das crianças ilicitamente transferidas para outro Estado ou neles retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes no outro Estado contratante. A Convenção possui duas ideias-força: a retirada ilícita provoca uma ruptura na vida do menor, que é negativa, e as autoridades do país de sua residência habitual são as que estão em melhor posição para tomar uma decisão sobre quem deve manter a guarda da criança e o local onde o menor deve viver. Por isso, o retorno deve ser assegurado, de modo mais imediato possível. Só depois é que os demais aspectos do caso concreto serão discutidos.

A Convenção protege, também, o direito de visita, que é a contrapartida dos direitos de guarda[1053]. Desta forma, também pode ser utilizada para tornar efetivo o direito de visita de um

dos pais ou parente, através dos mecanismos postos à disposição das autoridades centrais de cada Estado signatário.

A convenção estabelece em seu preâmbulo uma série de princípios que devem nortear sua aplicação e interpretação. Esses princípios de proteção devem ter por objetivo resguardar os interesses da criança nos assuntos relativos à sua guarda, protege-la dos efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio, ou da retenção ilícita, garantindo o seu retorno imediato ao Estado de sua residência habitual, e ainda preservando o direito de visitação dos pais e parentes.

Seguindo a metodologia dos princípios, já exposta neste livro como basilar para a aplicação do método conflitual, o Art. 20 da Convenção[1054] amplia a noção de ordem pública para adequá-la aos movimentos de um direito constitucional pós-positivista, em consonância com os direitos humanos protegidos pelas convenções internacionais da matéria: embora a regra geral seja a de que é preciso promover o retorno de forma célere, há situações excepcionais em que o retorno não é possível. Tais exceções estão amparadas na defesa dos direitos fundamentais.

Constitui direito fundamental, protegido pela Constituição,[1055] o princípio da proteção do melhor interesse da criança. Seu efeito irradiador atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. Por isso, na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio da proteção de forma ampla.

Com isso, tem-se uma aplicação positiva da ordem pública, que garante os direitos individuais de respeito ao patrimônio jurídico e cultural das pessoas.

Para sua aplicação, a Convenção estabeleceu um procedimento especial, uma verdadeira ação, que deve ser seguida cuidadosamente, pois envolve inúmeras questões de prova, tanto no que concerne o retorno, quanto no que concerne a existência de motivos válidos para o seu indeferimento.

A Convenção estabelece um sistema que exige o retorno imediato da criança. No entanto, o juiz precisa apreciar toda a prova para determinar se a saída foi ilícita nos termos do Art. 3º e se estão presentes as exceções que impedem a volta da criança (Arts. 12, 13 e 20, além de outras circunstâncias previstas no Art. 17).

Em primeiro lugar, é importante pontuar que o mecanismo de retorno disponibilizado pela Convenção só abarca crianças menores de 16 anos de idade, nos termos do Art. 4º. Observado esse limite etário, a determinação da ilicitude da retirada da criança está explicitada no Art. 3º,

exigindo a ocorrência de dois fatores:

> a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
>
> b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente. no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

O Art. 3º não fixou os critérios de determinação da residência habitual da criança, mas o direito local sempre tem a última palavra sobre as regras qualificadoras. Portanto, para qualificar a residência habitual utilizar-se-á a noção do direito brasileiro. Uma vez definida a residência habitual em país estrangeiro, será necessário proceder-se à prova do direito estrangeiro, para verificar a ocorrência ou não da ilicitude. No Brasil, essa comprovação segue as normas do Art. 376 do CPC, do Código Bustamante e da Convenção Interamericana sobre a matéria, para os signatários, e considerando que não há norma na legislação nacional a respeito, pode-se usar essa regra para os país não signatários por analogia, para preencher a lacuna legal.

A operacionalização da Convenção da Haia se dá através das autoridades centrais, cujo papel é crucial para que seus mecanismos não se transformem, como ocorre em tantas outras convenções, em letra morta. Além das funções próprias de atuação judicial, existem outras de cunho administrativo em que o judiciário não é acionado, como nas hipóteses de acordo e de prestação de informação acerca do paradeiro da criança.[1056]

O Brasil evolui muito nos últimos anos e agora possui um sistema disponível para consultas na internet ao grande público, contando ainda com a relevante atuação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República[1057] — autoridade central brasileira para a Convenção da Haia — está estruturada com os meios e recursos adequados para tratar da matéria.[1058] A SDH, na qualidade de autoridade central, cuida de todos esses aspectos. Todavia, para representação em juízo, é necessária a atuação da Advocacia Geral da União, pois a SDH não tem capacidade postulatória. A Convenção fixa os requisitos do pedido de retorno da criança, e os critérios para a adoção de medidas urgentes para o restabelecimento imediato do statu quo ante. A Convenção estabelece um prazo máximo de seis semanas para que o cabimento de tais medidas seja deferido ou indeferido pelas autoridades do Estado Contratante requerido.[1059]

A Convenção possui regras sobre acesso à justiça e assistência judiciária para a parte requerente, pois os custos de processos transnacionais muitas vezes são proibitivos. No Art. 22, eliminou-se a imposição de caução ou depósito para o pedido. Para o Brasil, este artigo é relevante porque representa uma norma especial a ser seguida, em face do Art. 83 do CPC. A Convenção também dispensa no Art. 23 a legalização dos documentos, ou de qualquer formalidade similar, para os nacionais e residentes dos Estados signatários. Esta regra impede qualquer discriminação entre residentes e não residentes, nacionais e estrangeiros.[1060] O Brasil efetuou uma reserva ao Art. 24, exigindo a tradução do pedido, das comunicações ou de outros documentos por tradutor juramentado oficial.[1061]

Aspectos processuais da Convenção

A Convenção estabelece uma ação, iniciada com o pedido de restituição da criança, que deve ser corretamente instruído, de modo a permitir que no curso do processo sejam discutidos todos os aspectos relevantes do pedido, inclusive suas exceções, em cumprimento ao que determina a Convenção, para se chegar a uma ordem de retorno ou seu indeferimento.

O procedimento contraditório é indispensável para se analisar as exceções previstas em caso de pedido de retorno. Desta forma, uma ordem liminar impondo o retorno, embora possa parecer atingir o objetivo da rapidez em restabelecer o status quo ante da situação, é contrária ao espírito da Convenção, porque não permite a análise da questão de todos os seus ângulos, em face da sua natureza manifestamente satisfativa.

As exceções ao retorno da criança estão previstas nos Arts. 12, 13 e 17. A primeira exceção, consubstanciada no Art. 12[1062], busca preservar o bem-estar do menor, que depois de algum tempo já estará adaptado à nova vida no Estado requerido. Não obstante, para que seja utilizado como exceção, é necessária a comprovação do tempo decorrido e das condições de adaptação do menor à sua nova vida (familiar, social, educacional, etc).

A segunda exceção, constante do Art. 13, é fundada na existência de um grave risco para a criança caso seja restituída ao Estado de sua residência habitual. A condição da letra (a) envolve a comprovação da situação jurídica da criança, segundo o direito de sua residência habitual, ao passo que a letra (b) novamente exige prova firme do alegado, utilizando, inclusive, informações fornecidas pela autoridade central.[1063] Outra questão que precisa ser comprovada adequadamente diz respeito à manifestação do menor, se tal for possível, a respeito de sua permanência no Estado requerido.

Por fim, o Art. 17 trata da exceção da ordem pública, sob o prisma dos direitos

fundamentais, que tem cunho essencialmente jurídico, mas exige também a comprovação de fatos subjacentes à norma para embasar a alegação.

A Convenção passou a ser empregada efetivamente no Brasil a partir de 2001, tendo-se notícia de dezenas de casos por ano. A Autoridade Central Federal tem mantido os dados a respeito dos casos em que trabalha. Há maior número de pedidos passivos do que ativos, pois no Brasil o controle das fronteiras nacionais com relação à saída de crianças é bastante rígido, exigindo-se documentação apropriada, enquanto em países europeus, por exemplo, isso não ocorre.[1064]

Todavia, ainda é dificil fazer uma pesquisa completa de todos os casos nacionais. Isso porque muitos deles estão inacessíveis por estarem sob o manto do seguredo de justiça. Por essa razão, serão tratados primordialmente os casos julgados no STJ, em que os acordãos são disponibilizados.

18.2.2. Jurisprudência brasileira da Convenção

Casos recententes julgados pelo STJ tem esclarecido pontos importantes sobre sua aplicação. A análise que se segue não é exaustiva, nem do ponto de vista da pesquisa, nem dos temas. Apenas foram apontados os temas mais relevantes. Dentro dessa ótica, tratar-se-á da questão do conflito de competência entre a justiça estadual e federal; da legitimidade da AGU e da interpretação dos Arts. 12 e 13 e das causas da recusa à devolução.

A questão do conflito de competência entre a justiça estadual e federal tem assombrado inúmeros casos da convenção, mas foi afinal dirimida pelo STJ no CC 100.345.[1065] A confusão se dava porque enquanto a justiça federal é competente para a ação fundada no tratado, a justiça estadual cuida dos casos de guarda. Nos casos de sequestro, é comum o genitor que chega ao Brasil iniciar uma ação de guarda, sem mencionar as circunstâncias de sua vinda, no intuito de regularizar a situação do menor em solo brasileiro. Se não houver, por parte do outro genitor, nenhum pedido de retorno com base na Convenção, o que pode ocorrer, apesar da retirada ilícita do menor, não haverá pedido ou conflito. No entanto, quando há um pedido da Convenção, o requerimento de guarda fica prejudicado e, por força do disposto na própria Convenção, o mesmo juiz deve julgar os dois casos. É o que dispõe, inclusive, a Súmula 150 do STJ[1066], que dá aos casos em que a União tiver interesse a sua prevalência.

No caso, a negativa ao pedido do juiz federal de que o juiz estadual lhe enviasse os autos da ação de paternidade sócio-afetiva gerou o conflito de competência, dirimido pelo STJ. A situação

restou assim esclarecida: a competência do juiz federal para a ação de retorno tem o poder de atrair os casos sobre guarda em andamento na justiça estadual, para que não sejam tomadas decisões conflitantes, o que poderia acarretar o descumprimento das obrigações internacionais que o Estado brasileiro assumiu.

Mesmo depois dessa precedente, ainda continuaram a existir outras situações de conflito em que o STJ foi chamado a dirimir. No CC 132100[1067], o conflito entre o juiz federal e o juiz estadual não foi conhecido, mas foi recomendado que a ação da alçada estadual fosse suspensa até o final da ação de retorno, em face de sua prejudicialidade externa. Isso porque, se a ação de retorno for julgada improcedente, caberá ao juiz de família a decisão sobre a guarda.[1068]

No que diz respeito à legitimidade da União em promover essas ações, também o STJ se manifestou na Recl. 3863[1069], em que a parte insistia na impossibilidade da propositura de ação de retorno pela AGU. Em decisão monocrática, o STJ negou seguimento à reclamação. O Tribunal Federal da 2ª Região já havia se manifestado categoricamente sobre a legitimidade da AGU, como se vê no trecho: "Não há falar em inconstitucionalidade na atuação da União Federal, pois, para o exame da aplicabilidade dos preceitos contidos na Convenção de Haia de 1980, afigura-se irrelevante a nacionalidade da criança, porquanto a sistemática adotada é no sentido de possibilitar seu retorno ao Estado de sua residência habitual, certo que entendimento diverso frustraria a aplicabilidade interna do mencionado Tratado, na medida em que estaria criado óbice intransponível para solução de problemas envolvendo crianças indevidamente transferidas ou retidas em território nacional, contrariando-se a própria gênese da Convenção. — Afastada a alegação de ilegitimidade ativa ad causam da União, pois, tendo em sua estrutura a Secretaria Especial de Direitos Humanos, atua na qualidade de representante do Estado brasileiro, na forma do disposto no Art. 21, incisos I e IV da Constituição Federal, dotada de competência para se utilizar medidas necessárias ao integral cumprimento das obrigações assumidas pelo País, por ocasião da adesão e ratificação dos preceitos contidos na Convenção, inclusive a propositura de ações de busca, apreensão e restituição de menores." Esse entendimento já se encontra pacificado.

A questão relativa à interpretação do Art. 12 da Convenção, que cuida em devolução imediata a menos que a criança já esteja adaptada e as razões da recusa previstas no Art. 13 são as que apresentam maiores dificuldades de interpretação. Isso porque os casos no Brasil tem sido lentos, e muitas vezes ao final a criança já está adaptada. Mas negar a devolução por esse motivo acaba significando a frustração dos objetivos da Convenção. Além do mais, todas essas questões dependem de prova, cuja produção de maneira cabal não costuma ser fácil. Assim, ainda há decisões conflitantes a esse respeito[1070].

Caso emblemático da situação acima transcrita é o REsp 1214408[1071]. A vinda das crianças da Argentina para o Brasil se deu em 2003 e o pedido de retorno foi feito antes do transcurso de um ano da retirada ilícita. No entanto, a decisão do judiciário a respeito do pedido de devolução se deu após decorridos muitos anos de sua vindaa ao Brasil. Ouvidos os menores, o contexto probatório indicou sua plena adaptação ao Brasil e sua vontade de aqui permanecer. O desejo dos menores foi, então, considerado como fator de recusa ao retorno, a teor do Art. 13. Nota-se um certo constrangimento do STJ com o tempo decorrido sem solução do caso, o que impôs uma vitória indevida à mãe dos menores.

Já em outro caso, no REsp 1315342[1072], apesar do longo tempo decorrido, o STJ aplicou de forma bastante técnica a Convenção e entendeu que provada a residência habitual dos menores e o direito aplicado como sendo o direito estrangeiro, nada mais havia a fazer além de cumprir o diploma legal internacional, ainda que decorridos vários anos da subtração.

As ações mais antigas contrastam sobremaneira com o exíguo prazo de seis meses previsto na Convenção para o retorno. Não obstante, atualmente, a justiça federal tem imprimido maior celeridade a esses casos, a fim de . Os novos casos começarão em breve a chegar no STJ.

A situação que mais tem se apresentado é de mães que vêm para o Brasil com os filhos, sem antes obter a devida autorização dos pais, muitas vezes em razão da ausência de condições de permanecerem no país estrangeiro depois da separação, e aqui logo obtêm uma guarda provisória. Mas as regras da Convenção têm o objetivo de serem neutras, de forma a assegurar que o juiz natural para decidir o futuro das famílias seja aquele do local da residência habitual. Permitir a ação unilateral de um dos pais, que vai para outro país sem discutir essa mudança drástica na vida da criança, é contrário à Convenção e ao que ela preconiza como melhor interesse da criança: o de ter acesso à toda a sua família, e não apenas à parte dela. Na medida em que os juízes brasileiros começam a ter mais intimidade com a Convenção e com seus casos, as decisões são tomadas de forma mais célere, devolvendo-se as crianças que aqui vieram de forma ilícita. O poder de persuasão da convenção aumenta e, com o tempo, a tendência é a de que os casos diminuam, pois haverá mais consciência de que é preciso resolver essas questões antes de deixar o país da residência habitual.

18.2.3. Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores

Embora a Convenção Interamericana[1073] tenha entrado em vigor no Brasil antes da Convenção da Haia, esta foi a grande fonte de inspiração para sua elaboração. Seus objetivos são

idênticos: a restituição imediata de menores retirados de forma ilícita e a proteção dos direitos de guarda.

Observam-se vários pontos em comum. Por exemplo: a regra sobre a menoridade (16 anos), a residência habitual, o direito aplicável para definir o direito de guarda (isto é, o da residência habitual), a possibilidade de pleitear o retorno diretamente à autoridade central e os requisitos para o requerimento.

Diferentemente da Convenção da Haia , não foi designada nenhuma autoridade central para a Convenção Interamericana no Brasil. Segundo seu Art. 34, em caso de países que fazem parte também do sistema de Haia, os Estados signatários têm a prerrogativa de convencionar entre si, de forma bilateral, a aplicação prioritária da Convenção da Haia.[1074] Na ausência de uma autoridade central designada especialmente para esta convenção, atua o DRCI do Ministério da Justiça, aliás regra que agora vem anunciada no ARt. 26, §4º do CPC.

No entanto, tendo em vista que os países partícipes da Convenção Interamericana também o são da Convenção da Haia, esta última acaba sendo mais utilizada. Ressalte-se que a Convenção Interamericana está em vigor nos países do Mercosul, mas estes estão utilizando os protocolos de cooperação jurídica internacional para os casos de sequestro internacional.[1075]

Tal como na Convenção da Haia, as autoridades judiciárias e administrativas do Estado requerido não estão obrigadas a ordenar a restituição do menor. A denegação ocorrerá quando os titulares da solicitação não estiverem exercendo plenamente seus direitos no momento do transporte ilegal ou da retenção, quando existir grave risco da restituição expor o menor a perigo físico ou psíquico, ou quando se verificar que o menor tem maturidade e se opõe ao retorno.

Em consonância com a Convenção da Haia, a restituição do menor não implica o prejulgamento sobre a determinação definitiva da guarda ou custódia.[1076] Com o conhecimento de que o menor foi transportado ou retido ilicitamente, as autoridades judiciárias ou administrativas do Estado-Parte onde a criança estiver retida não poderão decidir sobre o direito de guarda enquanto não restar demonstrada a ausência dos requisitos da Convenção para o regresso do menor, ou estiver em curso o prazo para a solicitação.

O Art. 25 da Convenção Interamericana, de maneira análoga ao Art. 20 da Convenção da Haia, dispõe sobre a exceção de ordem pública. Verifica-se que a restituição do menor poderá ser denegada quando violar princípios fundamentais do Estado requerido, consagrados em instrumento de caráter universal ou regional sobre os direitos humanos e da criança.

Tanto a Convenção da Haia quanto a Convenção Interamericana estabelecem o prazo de um

ano para a propositura da ação de restituição de menor. Tal prazo pode ser flexibilizado se justificado pelas circunstâncias do caso, a menos que o menor já esteja integrado no novo ambiente.

V. OS NEGÓCIOS NO DIPR

19. Contratos Internacionais

> Today the freedom of the parties to na international contract to choose the applicable law and its corollary, to choose the forum, judicial or arbitral, for the settlement of their disputes arising out of such contract is almost universally acknowledged.
>
> - Peter Nygh [1077]

Os estudos sobre contratos internacionais integram a parte especial do DIPr, e o princípio da autonomia da vontade na determinação do direito aplicável é um dos tópicos mais importantes.[1078] No plano internacional, pode-se dizer que há um consenso de que cabe às partes escolher o direito aplicável a um contrato internacional, consagrado o princípio da autonomia da vontade. Os recém-aprovados Princípios da Haia sobre Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais[1079] refletem com exatidão a relevância com que a matéria é tratada por um número considerável de Estados.[1080] Não obstante a acolhida no exterior, a questão assume um caráter tormentoso quando chegamos ao Brasil. Apesar da sua clara adoção na Lei de Arbitragem[1081] e na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)[1082], e das inúmeras manifestações da doutrina[1083] a favor do princípio, continua vigente o Art. 9º da LINDB[1084] que, ante a ausência de permissão expressa, traz grande incerteza quanto ao tratamento do tema, que a jurisprudência tampouco esclareceu satisfatoriamente.

Os contratos internacionais no sentido que hoje conhecemos, ou seja, na qualidade de principais instrumentos para viabilizar o fluxo comercial expressivo e constante existente entre os países, só tomou esse formato em meados do século XIX. Até então, internacional era somente o transporte e a viagem das mercadorias. Naquela época, o produtor trazia sua mercadoria para o porto, e ali era realizada a transação com o comprador, que em geral exercia tanto as funções de dono do navio (armador) como de comerciante. Não havia segurança nas comunicações, o que inviabilizava o contrato à distância.

Somente com o advento do transporte marítimo a vapor, que exigiu um grande

investimento dos armadores e profissionalizou o transporte de carga, é que surgiu a possibilidade de que a compra e venda entre comerciantes de países diversos se desse diretamente, com a posterior contratação do transporte. Nesse momento, começaram a surgir as situações práticas que puseram em relevo a questão jurídica específica da validade e execução de um contrato efetivamente internacional, obrigando partes, juízes e advogados envolvidos a empreender uma análise da lei aplicável.

Um exemplo marcante dessa situação é o caso Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.[1085], na Inglaterra, no qual se discutia a validade e aplicabilidade de uma cláusula dispondo sobre a lei aplicável. A escolha das partes pela lei inglesa foi respeitada pelo tribunal inglês, sem se recorrer à regra de conexão. Até então, a regra de conexão oriunda da Idade Média era a lex contractus, ou seja havia a ideia de que o local da celebração era o fator preponderante na definição da lei aplicável à relação jurídica. Note-se que nessa época os contratos à distância eram praticamente desconhecidos. Foi a partir da formulação de Savigny que uma nova regra de conexão surgiu, a da sede da relação jurídica, passando-se a considerar mais importante para os contratantes o local da execução do contrato do que o de sua celebração.

No caso citado, o contrato de transporte era entre os Estados Unidos e o Canadá. Como na época a Corte Inglesa era a última instância para as questões canadenses, o julgamento ocorreu em Londres. Havia uma cláusula no contrato exonerando o transportador de responsabilidade, o que era permitido pela lei inglesa, mas proibido pela lei americana. O Bill of lading se referiu a outra lei expressamente para escapar daquela que lhe proibia a exoneração de responsabilidade desejada. A Corte Inglesa preferiu aplicar a lei inglesa e impedir qualquer mudança nas regras do contrato para preservar a segurança jurídica, e o fez com base na autonomia da vontade.

A partir dessas duas ideias (da lei da celebração da Idade Média e da lei do local da execução de Savigny), delinearam-se as regras de DIPr para os contratos internacionais do século XX. Nos Estados Unidos, o First Restatement of Conflicts of Law adotava a regra da lei do local da celebração. Somente em 1971, com a publicação do Second Restatement, é que se adotou a teoria da autonomia da vontade de forma ampla. O Second Restatement também introduziu importante modificação nas regras de conexão para a lei aplicável aos contratos internacionais, em caráter subsidiário na ausência de escolha pelas partes: estabeleceu como norma de conexão os vínculos mais estreitos, hoje conhecido como princípio da proximidade.

Na mesma época, na Europa, a regra oscilava entre países que adotavam o sistema de Savigny e os que adotavam a lei do local da celebração. Isso mudou na década de oitenta do século XX com o advento da Convenção de Roma[1086], posteriormente transformada no Regulamento CE nº 593/2008. O novo diploma internacional regional adotou como regra principal a autonomia da

vontade, permitindo às partes escolher livremente a norma regente de seus contratos[1087]. Em caráter subsidiário, adotou a regra dos vínculos mais estreitos[1088].

A expressiva mudança das regras seculares da lei do local da celebração ou execução dos contratos para essa nova fórmula dos vínculos mais estreitos (na ausência de escolha), foi alvo de críticas na Europa por seu caráter flexível, e por tender à aplicação da lei local. Não obstante, uma das razões para o seu sucesso e consequente adoção se deve ao seu caráter econômico: abandona-se um critério aleatório diante do mundo cada vez mais sem fronteiras para se perquirir os verdadeiros vínculos entre os contratantes. Na maior parte das vezes, esse vínculo é determinado por circunstâncias de caráter econômico, como local das tratativas, da execução do contrato e mesmo da sua celebração. Tais circunstâncias devem ser sopesadas no caso concreto para que a lei aplicável seja a mais próxima da realidade das partes e não advinda de uma concepção jurídica rígida e imutável, muitas vezes tida como inadequada.

Interessante constatar que embora as regras de DIPr aplicáveis aos indivíduos nos Estados Unidos e na Europa sejam muitas vezes divergentes, havendo mesmo um cisma entre os dois sistemas, na área contratual há uma convergência entre os fatores adotados para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais. Pode-se dizer que a american revolution[1089] e as regras dali advindas foram importadas pelos negociadores da Convenção de Roma ao adotarem a regra dos vínculos mais estreitos.[1090] Parece-nos que essa convergência teve, entre outras razões, as de cunho econômico, já que a possiblidade de escolher a lei aplicável é uma decisão comercial que traz ganhos substanciais às partes envolvidas na transação, como se verá a seguir.

Enquanto novas ideias se desenvolviam nos Estados Unidos e na Europa, na maioria dos países da América Latina consolidou-se a regra da lei do local da celebração dos contratos, sendo que nos países do Prata (Argentina, Paraguai e Uruguai) priorizou-se a lei do local da execução. Por seu turno, o princípio da autonomia da vontade foi muito criticado pela doutrina latinoamericana. Desde a codificação dos Tratados de Montevidéu (1889-90/1939-40) houve manifestações contrárias à liberdade das partes de escolher livremente a lei aplicável. Novamente, vislumbram-se em situações concretas as razões de cunho econômico para essa desaprovação: é que os países do Cone Sul, em especial o Uruguai, recebiam muitas importações de mercadorias e era comum a tentativa dos transportadores de incluir em seus contratos cláusulas de exclusão da responsabilidade em caso de danos, o que prejudicava os importadores pelos inúmeros acidentes que ocorriam no porto, no momento do desembarque. As leis locais dos portos eram contrárias a essas cláusulas, que aos que enviavam a mercadoria interessava aplicar. As partes que recebiam a mercadoria nos portos da América Latina também se consideravam em desvantagem com relação aos transportadores, em geral grandes empresas internacionais, e por

isso não queriam permitir que esse tipo de cláusula prosperasse.

Tal situação repete-se nos dias de hoje com relação ao consumidor, considerado como parte mais fraca em uma contratação com um fornecedor, razão pela qual as principais codificações e convenções internacionais sobre o tema excepcionam a essa categoria a aplicação da autonomia da vontade[1091].

Somente nos anos noventa do século XX, através da OEA, que promoveu a V Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP V),[1092] houve consenso entre os países latinoamericanos de que a situação fática modificara-se e que agora era necessário também mudar a regulamentação. E entre os motivos estavam novamente as razões econômicas, já que os países da região queriam inserir-se no mercado internacional em igualdade de condições, e se deram conta da necessidade de ter regras de conexão em que a autonomia da vontade fosse plenamente contemplada, pois na legislação dos países parceiros essa possibilidade já era uma realidade.

A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, aprovada em 1994, além de estabelecer a faculdade de escolha da lei aplicável como principal regra de conexão sobre o direito aplicável em seu Art. 7º[1093], também inovou ao incluir como norma subsidiária para os casos de ausência de escolha da lei a regra dos vínculos mais estreitos, segundo o Art. 9º[1094]. Essa última tem como motivação a necessidade de maior flexibilidade para as regras aplicáveis aos contratos internacionais, tendo em vista as novas circunstâncias do comércio internacional globalizado.

No entanto, apesar de seu sucesso entre os doutrinadores, a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais não sensibilizou os Estados e não teve o número de ratificações desejável. Por isso, encontra-se hoje em vigor apenas no México e na Venezuela, aguardando que os demais países das Américas a adotem no plano interno.

Até que a Convenção do México se torne a regra de DIPr dos países da região, continuarão a coexistir diferentes regras nacionais sobre a lei aplicável aos contratos internacionais nos países da América Latina, o que não contribui para a melhora do comércio interregional[1095].

O que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país, para ser cumprido em outro. As partes podem procurar prever situações futuras, estabelecendo regras de direito substantivo no bojo do contrato, e ainda determinar onde e como o litígio dali decorrente será julgado, através

de cláusulas de eleição de foro ou de arbitragem.

Todo contrato internacional será regido por uma lei nacional, determinada pelo DIPr do Estado onde a questão estiver sendo julgada. Ao negociar as cláusulas de um contrato internacional, é preciso considerar como decidem os tribunais locais. No Brasil, a regra de DIPr é a do local da celebração.[1096]

Modernamente, há os que entendem que poderia o contrato ser regido por normas que não pertencem a um país, como aquelas decorrentes da lex mercatoria ou ainda os Princípios do UNIDROIT.[1097] Todavia, a possibilidade de adoção de tais regras divide a doutrina[1098]. A Convenção do México, nos seus Arts. 9 e 10, estabelece que os tribunais devem levar em conta a lex mercatoria, mas de forma subsidiária. A única maneira segura de utilizar regras que não fazem parte de um determinado sistema jurídico é quando o litígio for resolvido através da arbitragem. Para Dolinger, esse seria um DIPr uniformizado, resultante do esforço comum de dois ou mais Estados por causa da natureza internacional de um instituto.

Como as regras de conflito variam de país para país, procurou-se harmonizá-las através da criação de normas conflituais internacionais uniformes,[1099] que apontem aos países signatários o mesmo caminho para a solução do conflito de leis, trazendo segurança jurídica e eliminando as possibilidades de forum shopping (para aplicação de lei diversa daquela designada pela regra de conexão). Outras iniciativas buscam a harmonia por meio da adoção de regras substantivas, como a Convenção da UNCITRAL sobre Compra e Venda Internacional. As normas materiais uniformes promovem a modificação e unificação de uma parcela do direito privado material.[1100] Uma tendência observada em ambos os casos de uniformização é no sentido de permitir às partes liberdade na escolha da lei aplicável.

No âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, os Princípios da Haia sobre Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais são um exemplo de soft law, e deram ênfase na utilização da autonomia da vontade, permitindo, de forma expressa, a utilização da lex mercatoria[1101]. De acordo com o artigo 3º , as partes podem escolher como lei aplicável, regras de direito aceitas em nível regional, supranacional ou internacional como um conjunto de regras neutras e equilibradas, desde que não sejam incompatíveis com as regras do foro.[1102] A regulamentação dos contratos internacionais pode ser analisada pelas partes contratantes a partir de sua relevância econômica, ou seja, a partir do seu impacto nos custos das transações internacionais[1103].

Estar na situação de negociar um contrato internacional e não saber quais os custos e consequências de litigá-lo em um tribunal que aplicará a lei obtida através da utilização do seu

próprio método de DIPr certamente traz insegurança jurídica. Pode ser inclusive um fator de impedimento da contratação, pois os custos da incerteza podem não compensar as vantagens que seriam auferidas a partir da conclusão do contrato.

No momento escolher a lei aplicável ao contrato, as partes levam em consideração características especiais de um determinado direito. Se este for mais flexível, ou mesmo mais adequado às transações comerciais, chega-se a uma solução mais eficiente em uma eventual disputa litigiosa. Por exemplo, nos Estados Unidos, onde essas regras são de caráter estadual, a maioria dos contratos de financiamento contém cláusula elegendo a lei de Nova York como aplicável, já que a legislação desse estado sempre teve a preocupação de adequar-se às necessidades do comércio, transformando Nova York na capital dos negócios a partir da adoção de um aparato legislativo adequado.[1104]

Assim, não surpreende que o princípio da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável a um contrato internacional tenha sido adotado em diversas jurisdições, tais como União Europeia, Estados Unidos e Canadá, e que sua utilização tenha gerado inúmeros ganhos em eficiência econômica para as partes envolvidas nas transações internacionais[1105]. As partes contratantes em uma transação internacional adotam uma cláusula de lei aplicável porque isso lhes parece mais vantajoso por inúmeras razões: a lei escolhida pode ter dispositivos mais adequados a sua situação jurídica. Há o desejo de escolher uma lei que pareça às partes mais neutra e, portanto que não traga vantagens excessivas ou seja parcial com relação a qualquer dos contratantes. Dessa forma, ao permitir a escolha da lei, não se cria uma situação em que uma das partes esteja em posição privilegiada por ter mais conhecimento do que a outra acerca da lei determinada pela norma de conexão.

Outra repercussão importante é que a permissão de escolha da lei faz com que haja uma saudável competição entre os Estados para atrair as partes, o que permite uma melhora do direito substantivo, tornando-o pouco a pouco mais adequado ao comércio internacional. E essa corrida por regras mais consentâneas com as questões específicas dos negócios internacionais torna-se ainda mais acirrada com a consolidação da possibilidade de se aplicar regras não estatais, a lex mercatoria, cuja expressão mais conhecida são os já mencionados Princípio do UNIDROIT, e agora os Princípios sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais da Conferência da Haia.

Ressalte-se, ainda, que a autonomia da vontade não é um princípio que possa ser aplicado indistintamente a toda e qualquer situação jurídica. É comum excluir essa possibilidade nos contratos com consumidores, nos de trabalho e de seguro, para evitar o aprofundamento de situações de desigualdade e a utilização oportunista da faculdade de escolher a lei.

19.1. A metodologia das regras de conexão

O estabelecimento do tipo de regra de conexão aplicável aos contratos internacionais coube à escola estatutária italiana, na Idade Média, e perdura até hoje em vários países, inclusive no Brasil. É a regra do local da celebração do contrato. Embora os princípios dessa escola já fossem conhecidos, atribui-se a Bartolo a sua sistematização.[1106] Ele dividiu as questões contratuais entre aquelas originadas do contrato e de sua forma (regidas pela lei do local da celebração) e aquelas decorrentes de sua execução, aplicando-se a lei do local da execução.[1107] Bartolo também antecipou a possibilidade da aplicação de mais de uma lei.

A princípio, o uso da lei do local da celebração fazia sentido pela dificuldade da contratação entre ausentes. Essa situação continuou por muito tempo, pois a mobilidade das pessoas era menor e a comunicação à distância incerta e escassa. O local da assinatura do contrato não era um locus aleatório, mas onde os negócios se realizavam.

No século XIX, Savigny formulou sua teoria sobre os conflitos de lei. Para as obrigações contratuais, designava como aplicável a lei da sede das relações jurídicas, por ser esta imposta pela natureza das coisas. Ele adotou como critério de conexão a regra da lei do local da execução porque a submissão das partes a uma lei deveria corresponder a um fenômeno visível na relação obrigacional. Savigny criticou a regra da lei do local da constituição da obrigação por considerá-la efêmera e fortuita,[1108] preferindo a lei do local da execução por ser onde ocorreriam as ações mais importantes do contrato internacional, como a entrega da coisa ou prestação do serviço ou o pagamento do preço ajustado.

Com o incremento das comunicações e das viagens, ambos os critérios perderam importância, sendo substituídos por uma nova metodologia. Nesta, a autonomia da vontade aparece como fator determinante da lei aplicável, tendência que teve acolhida nos Estados Unidos, pela via jurisprudencial, e posteriormente na Europa, pela via convencional, com a já mencionada Convenção de Roma de 1980, substituida pelo Regulamento (CE) nº 593/2008. Embora a teoria da autonomia da vontade tenha sido aceita mundialmente, as regras consubstanciadas pela escola italiana (lei do local da celebração) ainda têm grande utilização nos países de tradição romano-germânica da América Latina.[1109]

No Brasil, antes do advento do Código Civil, seguíamos as Ordenações, que adotavam o critério da lei do local da celebração. Não obstante, havia regras no Decreto nº 737/1850 (Código

Comercial) que dispunham sobre os contratos comerciais ajustados em país estrangeiro, aplicando-lhes a lei do local da execução.[1110]

Atualmente, a regra geral prevista no Art. 9º da LINDB para a determinação da lei aplicável é o local da constituição da obrigação. Repetiu-se a Introdução ao Código Civil de 1916. A única modificação foi a supressão da expressão "salvo estipulação em contrário", que até então dava espaço à autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável.[1111] A redação do artigo, apesar de ser de 1942, em muito se assemelha às regras de conexão clássicas do século XIX. Considerando que a introdução ao Código Civil de 1916 tinha redação similar com a ressalva "salvo estipulação em contrário", a mudança deixou em muitos doutrinadores fundadas dúvidas se não significaria uma vedação, ainda que indireta, à escolha da lei pelas partes.

O caput do Art. 9º da LINDB cuida da lei aplicável à validade substancial ou aos chamados aspectos intrínsecos ou de fundo do contrato,[1112] no que concerne os contratos celebrados entre presentes.

Para os contratos celebrados entre ausentes, passa-se à norma do §2º desse mesmo artigo, que apresenta como regra de conexão a lei da residência do proponente.[1113] Considera-se proposta, nos termos do artigo, não a inicial, mas sim a última versão,[1114] eis que a lei brasileira adota a teoria da expedição da resposta como o momento em que se aperfeiçoa a obrigação nos contratos entre ausentes. A noção de residência também depende da definição do direito brasileiro,[1115] servindo melhor à mobilidade inerente aos contratos por sua flexibilidade, ao invés do conceito mais rígido de domicílio. Serpa Lopes acrescenta que a residência pura e simples não é suficiente para se identificar a sede do contrato e oferece margem a incertezas. Portanto, acredita que a jurisprudência deva determinar de acordo com as peculiaridades de cada caso o lugar em que o ofertante se encontrava residindo no momento da oferta.[1116]

O legislador optou ainda por regra de caráter imperativo para as questões de forma, cujos requisitos devem ser observados quando a execução se der no Brasil. Serpa Lopes entende que se exigem tanto os requisitos essenciais da lei brasileira, como os da lei estrangeira.[1117] Segundo João Grandino Rodas,[1118] a forma essencial é a ad solemnitatem, compreendendo os requisitos de existência da obrigação. Em observância ao princípio da locus regit actum, as pecualiaridades da lei estrangeira relativas aos requisitos formais também deverão ser admitidas.[1119]

19.2. O princípio da autonomia da vontade

Atribui-se a Charles Dumoulin, jurista francês do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no DIPr.[1120] Em sua época, o direito francês ainda não havia sido codificado nacionalmente, e as leis das diversas províncias eram tratadas como direito estrangeiro, à semalhança das cidades italianas com seus estatutos.[1121] Dumoulin, considerado um continuador das doutrina estatutária italiana, distingue-se daquela escola por suas ideias sobre a escolha pelas partes de uma lei para os contratos internacionais e para os regimes patrimoniais.[1122]

O. Kahn-Freund, em seu curso da Haia de 1974, apresenta uma interessante análise da questão da autonomia da vontade.[1123] Para ele, o DIPr acompanha os fatos da vida. Até o século XVII, a única questão relevante dizia respeito à propriedade, o bem por excelência da época. Poderia surgir uma diferença entre o que determinava o regime de bens do casamento e a lei do lugar onde se encontrava o imóvel, e assim haveria a necessidade de uma regra de DIPr. A visão de Dumoulin se enquadra nessa ótica. Os contratos internacionais, como os conhecemos hoje, só passaram a ter relevância quando o transporte marítimo a vapor revolucionou o mercado de trocas.

Isso porque antes o que era internacional era a viagem, ou seja, o transporte da mercadoria, e não o contrato em si. A maioria dos comerciantes levava suas mercadorias ao porto e as vendia aos donos do navios, que então as tranportavam a seu ônus e risco. Com a separação das atividades, a melhora no transporte e nas comunicações, os vendedores passaram a se relacionar diretamente com os compradores, e então tivemos uma nova maneira de contratar, que era por correspondência, entre ausentes. Nesse momento, surgiram as primeiras questões de DIPr a respeito de fatos que ocorriam na entrega da mercadoria e na definição da responsabilidade de cada parte.

O caso American Co. é um exemplo dessa situação. Hoje, o lugar da contratação, ao invés de representar um local que designa a parte com maior poder de barganha, pode ser totalmente aleatório, dada a facilidade de locomoção dos comerciantes e das informações. Não é necessário comparecer, negociar e assinar um contrato em determinado lugar para definir a lei aplicável. Daí a maior importância das escolhas das partes, da lei que regerá suas relações jurídicas, bem como do local em que um litígio será julgado. Alia-se a essas duas manifestações da autonomia da vontade a possibilidade de fugir inteiramente de um juiz nacional e escolher a arbitragem, na qual a liberdade das partes inclui a escolha não só da lei aplicável, como também das normas processuais.

A teoria de Dumoulin só foi usada na prática nos séculos XIX e XX. Apesar de encontrar

fortes opositores, como Niboyet e Pillet, a jurisprudência francesa posicionou-se pela permissão da autonomia das partes. No acórdão marco American Trading Co.,[1124] ao estabelecer ser a lei aplicável ao contrato a escolhida pelas partes, a Corte de Cassação expressou, pela primeira vez, de forma clara, o princípio da autonomia da vontade.

Na Inglaterra, os tribunais não viam óbices à aceitação da autonomia da vontade. Embasavam-se na filosofia do laissez-faire, dominante no século XIX, sendo também uma boa razão para a aplicação da lex validitatis (geralmente a inglesa). A autonomia da vontade foi frequentemente aplicada em casos nos quais a outra lei envolvida era uma lei americana, o Harter Act, cuja regra obrigatória sobre responsabilidade civil no transporte de mercadoria era mais abrangente do que a lei inglesa. A doutrina inglesa, no entanto, não adotou o princípio da autonomia de forma unânime. Dicey posicionou-se a favor, apesar de uma certa relutância, enquanto Westlake, Cheshire e Morris eram contrários.

Atualmente, o princípio da autonomia da vontade é universalmente aceito, com adoção expressa tanto em convenções internacionais como na legislação interna de diversos países.

19.2.1. O princípio no Brasil

Na Introdução ao Código Civil de 1916, a autonomia da vontade foi considerada permitida pela doutrina por conta da ressalva "salvo estipulação em contrário" constante do Art. 13.[1125]

Bevilaqua, autor do dispositivo, mostrou-se favorável ao princípio, mas declinou tê-lo adotado. Discutiu-se muito a questão dos seus limites. Perguntava-se até onde ia a liberdade das partes para escolher a lei aplicável às obrigações livremente contraídas.[1126] O autor esclarecia que, em consequência do dépeçage, a vontade das partes quanto à lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Já com relação à capacidade e à execução, poderia haver a incidência de uma lei diversa. Para determinar qual a lei regente da capacidade de cada uma das partes, era preciso determinar seu estatuto pessoal e, para determinar a lei aplicável à execução do contrato, recorria-se à lei do lugar onde a obrigação seria cumprida, onde a autonomia da vontade não tinha lugar.

Bevilaqua enunciou a lex contractus como sendo a lei do local da celebração, salvo estipulação em contrário, ou quando ofensiva ao direito nacional dos contratantes ou à ordem pública.[1127] Da leitura do Art. 13 e seu parágrafo único, não era claro se a regra do caput deveria ser utilizada em conjunto com o parágrafo único ou se, quando a execução fosse no Brasil, aplicar-

se-ia a lei brasileira não só às questões da execução, como também àquelas relativas à substância e efeito. No entanto, da jurisprudência da época, verifica-se que a tendência era a aplicação da lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional (tanto para as questões relativas à substância quanto para as questões relativas à execução).[1128]

Apesar da opinião favorável de Bevilaqua, muitos autores do período se posicionavam contrariamente ao princípio, como Eduardo Espínola,[1129] Álvaro da Costa Machado Villela[1130] e Pontes de Miranda.[1131]

Com a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, ressurgiu a discussão na doutrinaem face da supressão da expressão "salvo estipulação em contrário", que antes dava espaço à autonomia da vontade. A polêmica perdurou, pois enquanto muitos acharam que isso significara a vontade do legislador em eliminá-la, outros entenderam que a simples supressão da expressão não poderia suprimir um princípio jurídico anteriormente aceito.

Oscar Tenório[1132] entendeu que a exclusão da teoria da autonomia da vontade na LICC (hoje denominada LINDB) deveu-se às severas críticas que a teoria havia recebido anteriormente. Não obstante, conquanto não tenha expressamente permitido a autonomia da vontade, a LINDB também não a proibiu expressamente. Dessa forma, a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável ao contrato passa a ser permitida de maneira indireta, quando a lei do local de celebração do contrato a permitir.

Serpa Lopes[1133] ressaltou que na Introdução de 1916, embora permitida, a autonomia da vontade não podia ser exercida senão no terreno supletivo.[1134] Já com relação à LINDB, a omissão sobre o tema a permitiria somente de forma indireta (quando indicada pela lei do local da celebração), com relação à matéria supletiva, não prevista na legislação apontada pela regra de conexão. Parece ter sido contrário à autonomia, quando aplicável a lei brasileira, pois a redação do Art. 9º dera-se em razão da forte pressão exercida pelos opositores da teoria.[1135] Para Oscar Tenório, a interpretação de Serpa Lopes acarretava uma forma de reenvio[1136], proibido pela lei, sendo apoiado por Franceschini, que não considerava a autonomia da vontade contemplada no Art. 9º.[1137]

Maria Helena Diniz,[1138] ao tratar do Art. 9º, entende não ter sido contemplada a autonomia da vontade como elemento de conexão, pois trata-se de norma cogente que não pode ser alterada pelas partes.

Para João Grandino Rodas, o caput do Art. 9º é taxativo e não se pode afirmar a existência da

autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável no DIPr brasileiro. Para o autor, restaria às partes apenas o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da regra lex loci contractus.[1139] Mais recentemente, Rodas posicionou-se pela mudança da LINDB, eis que o normativo não assegura aos operadores do direito regras adequadas e consentâneas ao desenvolvimento do tema no plano internacional.[1140]

É preciso ser cauteloso quando da redação de uma cláusula de lei aplicável em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado de forma clara as teses pró-autonomia defendidas por alguns doutrinadores. Nos casos pesquisados, nota-se que os juízes usaram o método conflitual para determinar a lei aplicável, sempre encontrando como resultado a lei brasileira ou a lei estrangeira a partir de uma interpretação literal do Art. 9º, caput da LINDB. O STJ tem discutido a questão da lei aplicável aos contratos internacionais apenas indiretamente, por exemplo, nas inúmeras homologações de laudos arbitrais estrangeiros. Um caso em que se discutiu a lei aplicável foi o REsp 861.248[1141]. Nele, o Ministro Ari Pargendler explica que embora a questão da competência internacional dependa da lei processual brasileira, "o juiz nacional pode aplicar a lei estrangeira escolhida para disciplinar os negócios disponíveis pelas partes".

Assim, ao contrário da grande utilização do princípio nos países europeus, a situação no Brasil ainda não evoluiu. A LINDB, no seu Art.9º, não menciona o princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio não encontra acolhida expressa em nossa legislação. Esta afirmação decorre da leitura do artigo, que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como, por exemplo, a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais.[1142] Somente com a revisão da LINDB e a adoção dos princípios consagrados na Convenção Interamericana é que se poderá permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade para escolha da lei aplicável em contratos internacionais.

No exterior, a normativa brasileira é vista com cautela[1143], sendo considerada ultrapassada em relação aos países em que a autonomia da vontade está em primeiro lugar. A postura do país traz consequências nefastas para os negócios concluídos no âmbito do Mercosul e demais negócios transnacionais, porque ao se sopesar o "custo Brasil", os contratantes levam em conta a certeza ou incerteza jurídica das regras internas. Para muitos acadêmicos estrangeiros, nossas regras de DIPr são incompatíveis com o papel que queremos desempenhar no mercado internacional.

Não obstante, nota-se que é chegado, também no Brasil, o momento de mudanças. É

possível notar tímidos avanços nos campos jurisprudencial e legislativo. Neste último, o melhor exemplo é a adoção plena do princípio da autonomia da vontade na Lei de Arbitragem. Ademais, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)[1144], calcada inteiramente no respeito ao princípio da autonomia da vontade, deve gerar frutos positivos para o comércio internacional brasileiro, e afinal modificar a situação anterior de reticência em relação ao desejo das partes contratantes de aplicar às suas transações a lei que lhes seja mais conveniente. A CISG passou a integrar o direito positivo brasileiro, contribuindo para de certa forma reduzir o problema relativo à lei aplicável, já que a sua determinação será irrelevante nas situações em que a convenção for utilizada.[1145]

Ainda no sentido de que a autonomia da vontade é um princípio merecedor de atenção pelos organismos internacionais dedicados à uniformização do DIPr, ressalte-se o já mencionado trabalho da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que, ciente da ausência de documento global a respeito, elaborou princípios balizadores das obrigações contratuais nas relações jurídicas multiconectadas.[1146]

Os Princípios da Haia têm por missão primordial promover a autonomia das partes, assegurando que a lei escolhida seja utilizada por ocasião de eventual litígio em relação ao contrato internacional em questão. Estabelecem, ainda, os limites para a escolha, mormente quando houver contrariedade às normas de caráter imperativo e à ordem pública, para evitar que sejam excluídas propositalmente regras internas que sejam consideradas como inafastáveis pelo Estado onde se processa o litígio ou onde uma decisão deva ser executada.[1147] No conjunto, refletem a tomada de decisão pela Conferência da Haia em prol de soluções há muito tempo consagradas, e que refletem a melhor prática para o comércio internacional.

Os Princípios da Haia e os Princípios do Unidroit relativos aos Contratos do Comércio Internacional se destinam precipuamente aos operadores do comércio internacional e aos que militam no contexto arbitral. Além disso, como demonstra a experiência, tais princípios poderão ser eventualmente usados como guia legislativo para os Estados que não possuam regras modernas de direito internacional privado na seara contratual[1148]. Além disso, podem se tornar uma ferramenta útil em arbitragens internacionais, eis que árbitros são geralmente mais flexíveis e propensos a incorporar normas não vinculantes em seu processo decisório, especialmente quando decorrem da escolha direta das partes.[1149]

19.2.2. O CDC, os contratos com os consumidores e a proposta de mudança do Art. 9º da LINDB

Os contratos internacionais envolvendo consumidores são cada vez mais frequentes. Em sua maioria, são contratos de adesão que espelham minutas-padrão desenvolvidas pelos principais players do mercado.[1150] Apesar de terem pequeno valor individual, somam em volume para a economia e se tornam um negócio expressivo. Esta característica - o baixo valor econômico da transação - inviabiliza muitas vezes o acesso à justiça. A lide fica reprimida, pois o consumidor não tem condições de assumir os gastos do processo, seja para reclamar ou para procurar novamente o fornecedor, ou ainda para fazer valer sua garantia.

Essa é uma das grandes diferenças de perspectiva entre os negócios internacionais realizados entre comerciantes e aqueles que envolvem consumidores. As normas já utilizadas no comércio internacional asseguram a confiança entre as partes e a continuidade dos negócios. A tônica da proteção é para quem vende, quem envia mercadorias a um desconhecido. No consumo internacional, esta lógica se inverte, pois o comprador é a parte mais fraca, deixa-se levar pela propaganda, não considerando os riscos legais do negócio.

Para o Direito Internacional Privado, os contratos internacionais de consumo despertam duas questões que precisam de regulamentação específica: a da lei aplicável e a da competência internacional. A regulamentação interna do Estado é ineficiente para cuidar da matéria, que deve ser tratada no plano internacional, através de uma convenção multilateral.

Um dos pontos que causa mais polêmica na regulamentação dos contratos internacionais é o princípio da autonomia das partes para escolher a lei aplicável, e os limites a essa autonomia quando houver interesses dos consumidores. Enquanto na seara internacional do B2B a faculdade de escolher a lei é desejável, nos contratos B2C dever-se-ia impor limites precisos para evitar que o consumidor não tivesse, afinal, escolha alguma, sendo-lhe imposta a lei do fornecedor do bem ou serviço.[1151]

As soluções mais modernas para os consumidores não excluem totalmente a autonomia da vontade. Essa eleição deve ter limites para garantir um nível adequado de proteção, pois, como parte mais fraca, o consumidor precisa de normas de DIPr diferenciadas.[1152]

A análise da nossa jurisprudência demonstra que os juízes brasileiros tendem a ignorar o caráter internacional da relação jurídica, para aplicar apenas o CDC, como se viu no caso Panasonic,[1153] posteriormente confirmado em outros julgados.

O DIPr deve se preocupar não só com a segurança jurídica obtida pela certeza do caminho indicado pelas normas de conexão, mas com o impacto social do caminho apontado. As regras de conexão devem nortear a adoção de uma solução mais justa, em respeito à justiça material, e não

simplesmente neutra em relação ao resultado. E esse ânimo está presente na atual proposta de atualização do CDC, como se verá abaixo.

Tramitação legislativa e texto do artigo

O Código de Defesa do Consumidor está em processo de atualização no Congresso Nacional.[1154] Passados vinte e cinco anos de sua promulgação, o Congresso Brasileiro entendeu por bem aperfeiçoá-lo.[1155]

Oriundo do Senado, o projeto recebeu o Parecer n.º 243/2014, que incluiu em seu bojo a mudança do Art. 9º da LINDB, aludindo expressamente à necessidade de atualizar também as normas que regem o comércio internacional. Segundo o Relator Senador Ricardo Ferraço, "não houve como desconhecer, no substitutivo proposto ao PLS 281, a nova dimensão internacional do consumo, sob pena de não preparar o CDC e a legislação brasileira para os próximos anos".

A modificação proposta cuida, além dos contratos de consumo, dos contratos internacionais chamados de "business to business", que antes eram exclusivamente regulados pelo Art. 9º da LINDB. E a disposição do legislador para a mudança é compreensível, já que não fará sentido ter uma nova norma para os contratos com os consumidores e uma norma reconhecidamente obsoleta para os demais.

Aproveitou-se a oportunidade para finalmente modificar uma legislação que nos deixa à margem da ampla aceitação internacional do princípio da autonomia da vontade. Na literatura internacional, em várias oportunidades tem sido sublinhada a ausência de reconhecimento da autonomia da vontade em países da América Latina, dentre os quais se inclui o Brasil.[1156] Por isso, a mudança que agora se opera é extremamente positiva. É também bastante pioneira, pois incorpora uma série de regras que acabam de ser adotadas pela Conferência da Haia, no seu primeiro instrumento de soft law, os Princípios sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais. O legislador assim demonstrou grande sensibilidade para com o tema, e com isso o Brasil se adequa definitivamente ao padrão internacional de respeito à autonomia das partes em matéria contratual.

Ao chegar na Câmara, o PL 3514/2015, em seu Art. 2º incluiu uma previsão de mudança da redação do Art. 9º da LINDB, a fim de endereçar os contratos com os consumidores e as obrigações extracontratuais. Atualmente, o PL está pronto para ser votado no Plenário.

Comentários à proposta

Sem dúvida, o fator mais positivo com relação ao novo Art. 9º é a inclusão, de forma

expressa, da permissão às partes para escolherem a lei aplicável aos seus contratos internacionais. Essa redação está em linha com as disposições de outras legislações que consagram a autonomia da vontade, tanto no plano internacional como nacional.[1157] Uma característica importante do novo artigo é a transposição para o direito brasileiro de diversas normas oriundas dos Princípios da Haia, como se verá a seguir.[1158]

Enquanto o caput permanece com a regra geral da lei do local da celebração, propõe-se a revogação dos parágrafos 1 e 2 e a inclusão do Art. 9º A. Este se inicia com a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável, adotando-se o princípio da autonomia da vontade, desde que o contrato seja entre profissionais, empresários ou comerciantes. A escolha deverá ser expressa, e referir-se à totalidade do contrato.[1159] Em seguida, seis incisos cuidam das demais questões relativas à utilização da autonomia da vontade.

Com relação às partes envolvidas no contrato internacional, o novo Art. 9ºA preocupou-se em definir a qualidade das partes envolvidas, o que é bem vindo, tendo em vista a necessária distinção em relação aos contratos de consumo e de trabalho. Devem as parte ser profissionais e comerciantes. Também nos Princípios da Haia há uma disposição similar no Art. 1 (1), que limita a aplicação dos Princípios aos contratos internacionais em que "a parte está agindo no exercício de sua profissão ou comércio".[1160]

Os Princípios da Haia foram dirigidos aos contratos internacionais conhecidos como B2B. Por isso, logo no seu Art. 1 (1) são excluídos os contratos de consumo e os da relação de trabalho. No caso do Art. 9ºA do novo CDC, as regras para os consumidores encontram-se no Art. 9ºB, ao passo que os contratos de trabalho têm regulamentação própria.

Houve preocupação em definir nos Princípios da Haia as situações que podem ser consideradas como contratos internacionais no Art. 1(2) e em seguida excluir uma série de situações obrigacionais não incluídas no seu âmbito de aplicação. De especial destaque a impossibilidade de sua aplicação para o compromisso arbitral. Regra similar aparece no Art. 9ºA, §6º da proposta de alteração do CDC.

No Art. 9ºA, §2º, permite-se que a escolha seja não só de uma lei integrante de um sistema jurídico, como também "de um conjunto de regras jurídicas de caráter internacional, opcional ou uniforme, aceitas no plano internacional, supranacional ou regional como neutras e justas." No entanto, as normas advindas dessa escolha não poderão ser contrárias à ordem pública.

Esse ponto também encontra inspiração nos Princípios da Haia, estando presente em seu Art. 3º. Às partes é permitido escolher regras não-estatais para reger o seu contrato. Permissão

frequente nos métodos alternativos de solução de controvérsias, o mesmo não ocorre nos litígios judiciais.[1161] Por isso, sua inclusão nos Princípios da Haia foi cercada de grande discussão e mesmo oposição.[1162] A redação final incluiu uma definição que qualificou a escolha de regras não-estatais como uma escolha neutra e equilibrada, de aceitação internacional, e sem dispensar uma análise a respeito de sua contrariedade à ordem pública antes de ser considerada válida.

O §1º do novo Art. 9º permite que a lei escolhida seja sem conexão com as partes ou a transação. Isso reforça o princípio da autonomia das partes no sentido de ser escolhida uma lei neutra ou especializada, mais adequada à transação e não tão somente uma lei que seja próxima das partes. Este é outro dispositivo inspirado diretamente nos Princípios da Haia, mais precisamente em seu Art. 2 (4).

Um exemplo interessante de escolha nesse sentido foi tratado no caso Bremen v. Zapata, julgado pela Suprema Corte Americana nos anos 70[1163], em que o contrato havia sido celebrado entre partes americanas e alemãs, para transporte de uma rig dos Estados Unidos para o local onde ia ser consertado, e o foro escolhido foi o de Londres, conhecido por sua especialização em matéria de transporte marítimo.[1164] A Suprema Corte norteamericana achou por bem respeitar a escolha das partes mesmo que o foro escolhido não tivesse nenhuma relação com as partes ou com o negócio jurídico.

O §3º desse Art. 9º remodelado traz uma regra para ser usada na ausência de escolha pelas partes, em consonância com o caput. Aqui, o legislador preferiu manter a tradição brasileira da lei do local de celebração do contrato e, especificamente para os contratos celebrados à distância, a lei do local da residência do proponente. Preferiu o legislador consagrar o sistema hoje vigente, e não o princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, que tem sido adotado em diversos países. Todavia, acreditamos que a opção do legislador atende perfeitamente ao que preconiza o DIPr brasileiro, pois a regra só será utilizada se as partes não fizerem a sua opção prévia. E é certo que por ser dispositivo conhecido da doutrina e da jurisprudência, permitirá a continuidade do sistema, quando não houver opção. Cabe levantar, ainda, um último argumento em prol da escolha pela lei do local da celebração: a certeza das partes, que não ficam à mercê da utilização discricionária pelo juiz ou árbitro de uma metodologia de comprovação de vínculos mais estreitos.

Com efeito, o critério dos vínculos mais estreitos, conquanto tenha sido adotado em iniciativas regionais, tais como a CIDIP V, nas Américas, e o Regulamento nº 593/2008, no âmbito europeu, não é de fácil utilização e deixa excessiva discricionariedade ao julgador para sua determinação. Consequentemente, gera insegurança jurídica e não permite às partes,

antecipadamente, saber qual a lei aplicável. No nosso entender, é suficiente o acréscimo da possibilidade de escolha da lei para que as partes exerçam a sua autonomia e negociem a lei que melhor lhes atenda. Na sua ausência, há uma renúncia a esse direito e o dever do legislador é dar ao juiz um comando claro de como a situação deve ser resolvida. Portanto, o local da celebração como elemento de conexão cumpre essa função.

O § 4º da proposta para o Art. 9ºA, que rege a forma, não trouxe modificações à redação anterior (do §1º do artigo 9º), poaaibilitando o dépeçage e exigindo o respeito às formalidades essenciais no Brasil, bem como no local em que o contrato houver sido celebrado.

O §5º traz ressalva importante para os contratos standard e de adesão, assegurando, independentemente da escolha das partes, a observância das normas brasileiras de caráter imperativo. Aliás, Symeonides já alertava para essa questão ao tratar dos Princípios da Haia. Ao alçar a autonomia da vontade ao topo da pirâmide normativa para os contratos internacionais, ele alerta para a necessidade de se verificar se ambas as partes estão em condições de fazer essa escolha.[1165] Registra sua longa experiência na análise da jurisprudência americana para alertar que há inúmeros casos em que a nobre função da autonomia da vontade serviu para mascarar a obtenção de uma vantagem indevida de partes em posição de vulnerabilidade.[1166] E aqui não está se referindo aos consumidores, mas a partes em posição de evidente desigualdade, apesar de envolvidas em relação de cunho comercial, razão pela qual sugere que haja salvaguardas com relação à escolha da lei, a fim de evitar tais situações de disparidade. Justamente esse o propósito do parágrafo em discussão, ao excepcionar de forma expressa os contratos de adesão, no qual uma das partes não teve a oportunidade de participar das negociações em igualdade de condições, já que não pode propor nenhuma modificação ao contrato ao qual está se obrigando.

E, finalmente, o novo §6º traz uma exceção do campo de aplicação para os contratos regulados por tratados internacionais. Excepciona os acordos sobre arbitragem e eleição de foro.

A modificação do Art. 9º da LINDB se impôs ante a necessidade de se regular a lei aplicável aos contratos de consumo. Portanto, a inserção do Art. 9ºB[1167] tem por finalidade destacar esses contratos dos anteriormente regulados. As razões para a adoção do princípio da autonomia da vontade transcendem a motivação de cunho eminentemente jurídico, calcada na proteção ao princípio da liberdade do indivíduo.

Ao se efetuarem as modificações da LINDB por meio da proposta de alteração do Código de Defesa do Consumidor, a legislação brasileira será afinal modernizada e ficará em sintonia com o movimento internacional de regulamentação do comércio internacional.

19.3. A metodologia do dépéçage

A lei do local da celebração resolve tudo que disser respeito à substância e aos efeitos do contrato. No entanto, pode haver situações em que lei diversa se aplique às questões correlatas. Convencionou-se chamar tal aplicação de dépeçage ou fracionamento. De acordo com o Glossário de Direito Internacional Privado,[1168] o fracionamento é um sistema pelo qual um contrato ou instituição é dividido em várias partes, que depois são submetidas a leis diferentes.

Para João Grandino Rodas,[1169] a complexidade dos tempos modernos impõe ao contrato ligação a mais de um sistema jurídico, não sendo possível manter uma posição unitarista e ter só uma lei aplicável ao contrato. Os partidários da pluralidade regencial aceitam, portanto, a aplicação de vários direitos a uma relação contratual internacional. Seriapossível, assim, conceber como sendo aplicável a um contrato uma lei diversa para cada uma das seguintes questões: (i) capacidade da pessoa física ou jurídica; (ii) aspectos extrínsecos ou formais; (iii) aspectos intrínsecos ou de fundo.

A questão, sob o ponto de vista teórico, não é de fácil solução, sendo alvo de opiniões divergentes.[1170] No entanto, consagrou-se a utilização da terminologia de dépeçage quando há mais de uma lei regente do contrato internacional. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr, pois a substância da obrigação pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes, a forma e a execução poderão ser regidas por outra.[1171] No segundo, o dépeçage decorre da própria autonomia das partes, que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato. Nesse nível, temos um desdobramento da noção de autonomia da vontade, pois, além de escolherem a lei aplicável ao contrato, as partes poderão, ainda, fazer mais de uma escolha em vista da complexidade de um determinado contrato multiconectado.[1172] Estas questões não podem ser endereçadas sem um rigoroso planejamento das consequências de cada uma das escolhas.[1173]

Pode ocorrer que a capacidade das partes seja regida por sua lei pessoal; suas obrigações pela lei escolhida (autonomia da vontade); e a forma pela lei da celebração. A substância e os efeitos são regidos pela lei da celebração, desde que não haja requisito especial da lei brasileira, se esta for aqui executada. Com relação a um bem imóvel, aplica-se a lei do local em que ele está situado.

A técnica é consagrada nas convenções internacionais sobre o assunto, tais como o Regulamento (CE) nº 593/2008 e a Convenção do México.[1174] No Brasil, a utilização do §1º do Art. 9º da LINDB exige uma classificação do que seja relativo à execução e do que seja relativo à

substância e aos efeitos do contrato, que se dará a partir das regras materiais do direito brasileiro. Só então poder-se-á proceder à aplicação da lei adequada.

19.4. O enfrentamento da questão pela jurisprudência

A questão da lei aplicável foi tratada incidentalmente pela jurisprudência. Não há casos em que se tenha discutido de forma clara a possibilidade de utilização da autonomia da vontade para escolha da lei aplicável a um contrato internacional, apegando-se os julgadores à interpretação literal do Art. 9º da LINDB. Nas ações de homologação de sentença estrangeira, especialmente nas referentes a laudos arbitrais estrangeiros, há, por vezes, a análise incidental das características dos contratos internacionais. Aliás, em uma homologação de laudo arbitral estrangeiro, na SEC 11.593[1175], o STJ claramente rejeitou a aplicação da lei inglesa, que uma das partes sustentava ter sido a lei escolhida, para aplicar o Art. 9º da LINDB.

Em um caso envolvendo um contrato internacional de corretagem, o STJ decidiu que a obrigação considerava-se constituída no país em que o contrato havia sido concluído.[1176] Apesar da ausência de elementos suficientes para comprovar o local de sua realização, entendeu o STJ que este lugar era o Brasil. Usou a regra subsidiária (Art. 9º, § 2º da LINDB) da lei da residência do proponente, por ser um contrato entre ausentes, e considerou aplicável a lei brasileira.

Em 2002, o STF se manifestou sobre a questão em duas cartas rogatórias, tendo por objeto a cobrança de uma dívida de jogo. Embora no Brasil as dívidas de jogo não possam ser cobradas, entendeu o ministro Marco Aurélio que não ofendia a ordem pública brasileira a cobrança de dívidas validamente contraídas de acordo com a lei do local em que celebrado o jogo.[1177]

O STJ se posicionou na mesma direção ao negar seguimento a um recurso especial proveniente do Ceará, considerando válida a cobrança de um cheque relativo à dívida de jogo contraída, de forma lícita pela aplicação da lei local, no exterior.[1178]

Vale destacar, ainda, a posição do STJ posição na SEC 3932[1179]. Neste caso, julgado em Londres, a parte ré na ação de homologação da decisão estrangeira considerou como contrária à ordem publica a utilização da lei estrangeira para o deslinde do caso. O STJ rechaçou essa posição pois não se discute a questão material subjacente decidida no exterior em pedido de homologação (dada sua natureza delibatória).

20. Arbitragem Internacional

« Le charactère international d´un arbitrage peut donc apparaitre à deux niveaux: l´arbitrage est international, soit par lui-même, em raison de différents éléments d´extrainéité qui marquent le déroulement de ce mécanisme de règlement de llitigies [par sa procédure], soit par la matière du litige qu´il permte de trancher [son object] »

Bénédicte Fauvarque-Cosson, Phillipe Fouchard[1180]

A arbitragem é um meio de solução de litígios muito utilizado no comércio internacional. Com o advento da Lei nº 9.307/1996, o instituto alcançou viabilidade operacional no Brasil, mas as dúvidas sobre seu uso demoraram a se dissipar. Apenas após o STF ter rechaçado a impugnação da constitucionalidade que pairava sobre a lei[1181] e o Brasil ter ratificado e promulgado a Convenção de Nova York é que o diploma pode alçar voo.[1182]

Com o passar dos anos, a cláusula arbitral assumiu o protagonismo na negociação dos contratos internacionais, sobretudo em vista da incerteza gerada pela ausência de regra expressa na legislação pátria permitindo a opção por um foro estrangeiro, o que só foi corrigido com o Art. 25 do CPC de 2015. No plano internacional, a possibilidade de inserir em um contrato internacional uma cláusula de eleição de foro sempre contou com ampla aceitação[1183].

Embora muito bem sucedida no plano doméstico e internacional, a arbitragem – que tem seu fundamento no princípio da autonomia da vontade das partes – nem sempre é a via de solução de disputas mais adequada para todos os litígios, pois frequentemente pode ter um custo elevado e ser de difícil utilização por pequenas e médias empresas.

20.1. Histórico no Brasil

A arbitragem é conhecida desde o Império e teve caráter obrigatório até 1866 para algumas matérias indicadas no Código Comercial de 1850. O compromisso, como modo de extinção das obrigações, foi disciplinado pelo Código Civil de 1916. Já o juízo arbitral foi previsto de modo uniforme para todo o Brasil no Código de Processo Civil de 1939 e, posteriormente, sem grandes mudanças, no de 1973. Contudo, a arbitragem não possuía a necessária credibilidade como mecanismo alternativo de solução de controvérsias, sendo muito pouco utilizada, dada a

ausência de eficácia executiva da cláusula compromissória e as dificuldades na satisfação de todos os requisitos do compromisso arbitral previstos no CPC de 1973. No plano internacional, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras eram dificultados pela exigência de chancela judicial no país de origem, previamente à sua homologação pelo STF, o que importava um duplo procedimento.[1184] Tudo mudou em 1996, com a edição da Lei nº 9.307.

No plano internacional, anteriormente à Lei nº 9.307/1996, o Brasil era parte do antigo Protocolo de Genebra de 1923,[1185] bem como de algumas convenções bilaterais de cooperação jurisdicional e do Protocolo do Mercosul sobre a Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas de 1992).[1186]

Concomitantemente à edição da Lei, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional (Convenção do Panamá de 1975)[1187] e a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Convenção de Montevidéu de 1979).[1188] Finalmente, em 2002, o Brasil ratificou a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York de 1958), tendo sua vigência interna se iniciado em julho de 2002.[1189] Essa ratificação foi de fundamental importância, não somente para a credibilidade externa do Brasil em matéria de arbitragem, como também para a consolidação do instituto no plano interno.

A Lei nº 9.307/1996 promoveu uma radical mudança em relação à situação anterior. Entre outras inovações favoráveis à utilização da arbitragem, equiparou a cláusula compromissória ao compromisso, denominando-os genericamente de convenção de arbitragem.[1190] Também atribuiu força obrigatória à sentença arbitral — designação do laudo arbitral —, dotando-a dos mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário e qualificando-a como título executivo judicial, independente de qualquer homologação.[1191] Prestigiou, ainda, a autonomia da vontade das partes, conferindo aos contratantes ampla liberdade de escolha das normas aplicáveis (aí inclusos os usos e costumes do comércio internacional), tanto ao procedimento, como ao fundo da causa.[1192] Em síntese, procurou modernizar o instituto da arbitragem, conciliando a reticência historicamente verificada contra a arbitragem no Brasil com a utilização de mecanismos eficazes de preservação e garantia do procedimento.

20.2. Validade, reconhecimento e força executiva perante o Judiciário local

arbitragem só é admitida entre pessoas capazes de contratar, e para questões envolvendo

direitos patrimoniais disponíveis, devendo a arbitrabilidade da questão ser definida tanto pelo caráter patrimonial da relação litigiosa, quanto pela disponibilidade dos direitos envolvidos. A contrario sensu, são insuscetíveis de submissão à arbitragem as questões extrapatrimoniais ou as que envolvam direitos indisponíveis.[1193] Esse tema foi parcialmente regulado pelo Art. 852 do Código Civil, que veda o compromisso para solução de questões de Estado[1194], de direito pessoal de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

A convenção de arbitragem validamente celebrada, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, afasta o Judiciário local da controvérsia. A obrigatoriedade da convenção de arbitragem tem como efeito negativo a possibilidade de o réu, na ação, arguir a incompetência do Judiciário por meio da exceção de convenção de arbitragem.[1195] Isso também se aplica às arbitragens realizadas em país estrangeiro, desde que a relação controvertida se enquadre numa das hipóteses de competência concorrente da Justiça brasileira.[1196] A esse respeito, é importante destacar a previsão do Art. 337, §6º do CPC, de acordo com o qual a "ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral".

O efeito positivo da cláusula compromissória é a possibilidade de as partes recorrerem ao Judiciário, pela via da ação sumária (Art. 7º), para constituir, por sentença, a convenção de arbitragem.[1197] Se houver cláusula arbitral em um contrato, e uma das partes, convocada pela outra através de comunicação (Art. 6º), se recusar a participar da arbitragem, a parte que a convocou pode instaurar procedimento judicial para obriga-la a firmar o compromisso arbitral.

20.3. Arbitragem interna e internacional: admissibilidade

A Lei nº 9.307/1996 não prevê um regime jurídico distinto para as arbitragens internacionais realizadas no Brasil nem define os contornos da arbitragem internacional, pois optou pela adoção do critério geográfico para distinguir arbitragens domésticas das internacionais. A sentença proferida em arbitragem internacional realizada no Brasil será uma sentença nacional (Art. 34), que independerá de homologação pelo STJ, e toda sentença arbitral proferida fora do território nacional será considerada sentença estrangeira, sujeitando-se à homologação pelo STJ, para adquirir força executiva no Brasil.[1198]

O STJ enfrentou a questão no REsp 1.231.554[1199], no qual se discutia a determinação da nacionalidade um laudo arbitral. A arbitragem fora realizada no Brasil e o laudo aqui proferido,

mas sob a égide das regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio de Paris. De acordo com tais regras, todos os laudos passam por um crivo da própria Câmara, para verificação de sua conformidade. No entanto, a arbitragem e seu respectivo laudo foram realizadas no Brasil, tendo sido o laudo, portanto, considerado nacional na correta interpretação da Lei de Arbitragem. Para o tribunal, a adoção da regra geográfica do Art. 34, parágrafo único, de que para ser um laudo estrangeiro deve ser proferido fora do territorio nacional não enseja maiores dúvidas. Cita ainda outros precedentes em que apesar de serem laudos chancelados pela CCI, tiveram como sede local diverso da sede da CCI, localizada em Paris.[1200].

Convenção de arbitragem: regras básicas

A convenção de arbitragem[1201] é a pedra angular do sistema, já que indispensável para o recurso à arbitragem. Como visto, no atual sistema brasileiro, não há mais distinção quanto aos efeitos da cláusula compromissória e compromisso.[1202]

A convenção de arbitragem deve ser celebrada por pessoas capazes e ter por objeto direitos patrimoniais disponíveis. Sua formalização dá-se por escrito,[1203] admitindo-se, como em qualquer outro contrato, a forma epistolar. O Código Civil de 2002 determina em seu Art. 183 a invalidade do instrumento, o que não induz a do negócio jurídico, sempre que este puder provar-se por outro meio. Pode-se aplicar, em relação à convenção de arbitragem, o princípio do favor negotii. A Lei de Arbitragem também admite amplamente a remissão feita na convenção ao princípio da instituição arbitral.[1204]

É assegurada plena autonomia à cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserta.[1205] Aos árbitros é conferido o poder de decidir as questões sobre a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem, ou seja, o poder de decidir acerca de sua própria competência.

A outra espécie de convenção de arbitragem — o compromisso arbitral —, contemporâneo ao surgimento do litígio, pode assumir a forma judicial ou extrajudicial. Neste segundo caso, deverá constar de escrito particular, subscrito por duas testemunhas, ou instrumento público,[1206] e estar adstrito às matérias que lhe são pertinentes[1207].

Para a validade do compromisso, é imperativo mencionar: (i) nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; (ii) nome, profissão e domicílio do(s) árbitro(s), ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; (iii) matéria que será objeto da arbitragem; e (iv) lugar em que será proferida a sentença arbitral. São facultativos

demais elementos do compromisso arbitral, como: local onde se desenvolverá a arbitragem; autorização para que o árbitro julgue por equidade; prazo para a prolação da sentença arbitral; indicação do direito aplicável; repartição das custas e honorários, dentre outros.[1208]
Com relação à indicação dos árbitros, a Lei de Arbitragem prestigia a ampla autonomia da vontade, dispondo que as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. É salutar, a esse respeito, a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, que fez constar na Lei de Arbitragem a possibilidade de as partes afastarem a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha dos árbitros à respectiva lista de árbitros.[1209]

Se a arbitragem envolver mais de uma parte em cada pólo da relação jurídica, a constituição do tribunal arbitral dependerá do acordo de todos os interessados, mediante convenção de arbitragem multiparte. Sem previsão na Lei[1210], tal circunstância envolve aspectos do litisconsórcio em duas situações: o litisconsórcio facultativo e o necessário (Arts. 113 a 118 do CPC).

Se o litisconsórcio for necessário, por expressa determinação de lei, ou a solução do litígio exigir o envolvimento de todos os sujeitos de uma relação ou de situação jurídica com pluralidade de sujeitos, a arbitragem terá de envolver todos os interessados, necessariamente, sob pena de nulidade da sentença arbitral. Nesses casos, deverá o árbitro, diante da impossibilidade de todos os envolvidos aderirem à convenção de arbitragem, encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem.[1211]

O árbitro não tem poderes, no curso do procedimento, para impor às partes medidas de caráter cautelar ou promover a realização de diligências de forma coercitiva.[1212] Tais medidas somente podem ser postuladas no Judiciário, na forma do Art. 22-A. É interessante notar que a Lei nº 13.129/2015 criou a figura da carta arbitral por meio da qual o árbitro ou o tribunal arbitral poderá solicitar ao órgão jurisdicional nacional que pratique ou determine o cumprimento de ato solicitado pelo árbitro.[1213] Comprovada a confidencialidade do procedimento arbitral, é assegurado segredo de justiça a essa comunicação entre as autoridades arbirtral e judicial.[1214]

Assim, o juiz pode decretar uma medida cautelar antes do início do procedimento arbitral, desde que seja cabível, como medida preparatória, à luz das regras do CPC. Essa é a previsão do novel parágafo único do Art. 22-A da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual a eficácia da medida cautelar ou de urgência obtida em juízo cessa se não for requerida a instituição da arbitragem no

prazo de 30 (trinta) dias contados da data de efetivação da decisão que conceder a medida pretendida.

No caso de arbitragem realizada em país estrangeiro, pode haver a necessidade de cumprir diligência ou efetivar medida cautelar decretada pelos árbitros. Se a efetivação da medida tiver de acontecer no Brasil, dependerá da lex fori local, isto é, de seu cabimento, via carta rogatória a ser examinada pelo STJ.[1215] Situação diversa se dá quando a medida, proferida em arbitragem realizada no Brasil, precisa ser cumprida em país estrangeiro. Deverá o tribunal arbitral requerer diretamente o seu cumprimento ao juiz estrangeiro, ou requerer que o juiz brasileiro expeça a competente carta rogatória, na dependência do que dispuser a regra do foro. Uma alternativa, seguindo a sistemática da lei brasileira — lex fori —, é o encaminhamento do pedido via Poder Judiciário, órgão competente para a decretação da medida. Para que esta seja cumprida no país estrangeiro, deverá ser encaminhada por meio de carta rogatória.[1216]

Sentença arbitral e sua motivação

A sentença ou laudo arbitral proferida no Brasil precisa conter, obrigatoriamente, os seguintes requisitos: (i) relatório com nome das partes e resumo do litígio; (ii) fundamentos da decisão; (iii) dispositivo no qual consta a decisão dos árbitros e prazo para cumprimento; e (iv) data e local onde foi proferida.[1217] A ausência de motivação da sentença, bem como de quaisquer dos requisitos acima mencionados, acarretará a sua nulidade.[1218]

O laudo proferido em país estrangeiro seguirá as leis locais e, quando trazido perante o STJ, suas peculiaridades serão respeitadas, desde que não sejam contrárias à ordem pública brasileira.

O STJ enfrentou essa questão no julgamento da SEC 5692[1219]. Tratava-se de laudo arbitral proferido em Nova York, segundo as normas da Bolsa de Valores ICE Futures. A parte ré entendia que o laudo não era fundamentado, sendo, portanto, contrário a ordem publica brasileira. O STJ entendeu que o laudo não havia violado a ordem pública. Na ementa, este topico mereceu a seguinte argumentação do M. Relator: “A motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação do decisum.” Além do mais, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, esclareceu o STJ que na forma do que determina o Art. V da Convenção de Nova York, a falta de fundamentação não é considerada como motivo de recusa ao reconhecimento execução do laudo arbitral[1220].

Recursos contra a sentença arbitral — sede da decisão e motivos

Além do pedido de correção material, esclarecimento de algum ponto obscuro ou contraditório da sentença arbitral[1221], são dois, essencialmente, os meios de ataque à decisão arbitral doméstica: (i) a ação anulatória ou rescisória (Art. 33 da Lei nº 9.307/1996), e (ii) os embargos à execução (Arts. 914 a 920 do CPC, com as limitações do Art. 917).[1222]

Tanto num caso como no outro, os motivos de anulação referem-se à validade da instituição do tribunal arbitral, à validade substancial da sentença arbitral ou à regularidade substancial do processo[1223]. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira entende que, a exemplo do que se dá com o processo judicial, não se deve declarar a invalidade da arbitragem quando ela alcança o seu objetivo, não obstante a ocorrência de irregularidades formais.[1224]

Só se pode anular a sentença arbitral – parcial ou final, conforme a modificação da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015[1225] - nos termos do Art. 32 da Lei. Não cabe recurso contra o mérito do laudo, no sentido da boa ou má aplicação do direito à espécie. O Poder Judiciário somente poderá anular um laudo arbitral em estreitos limites. Os fundamentos da anulação, via ação autônoma ou embargos à execução,[1226] são os mesmos. Importante destacar, outrossim, a possibilidade, acrescida à Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, de se ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem[1227].

Com relação à existência de uma segunda instância em sede arbitral, esta só existe quando a instituição utilizada dispõe de um sistema de revisão do mérito da causa, ou quando as partes convencionaram, numa arbitragem ad hoc, um sistema de revisão da sentença. A Lei de Arbitragem brasileira não previu tal situação, deixando-a a cargo das partes dispor a respeito na convenção de arbitragem, de acordo com sua própria conveniência.

Sentenças arbitrais estrangeiras

Em linha com a disciplina da sentença arbitral doméstica, as sentenças arbitrais estrangeiras não mais necessitam de homologação judicial nos seus países de origem, para fins de posterior reconhecimento e execução no Brasil.[1228]

Os laudos arbitrais são considerados estrangeiros se proferidos fora do território nacional. Para adquirirem exequibilidade no Brasil, sujeitam-se a processo de homologação no STJ.[1229]

Além dos pressupostos gerais de homologabilidade, os específicos estão indicados nos Arts. 37 a 39 da Lei de Arbitragem. São pressupostos formais (Art. 37): (i) o original da sentença ou

cópia certificada; autenticação, pelo Consulado brasileiro, da sentença homologanda; e sua tradução oficial, realizada no Brasil; e (ii) o original da convenção de arbitragem ou cópia certificada; e sua tradução oficial, realizada no Brasil. Os pressupostos negativos de homologabilidade (Arts. 38 e 39) reproduzem, na essência, aqueles do Art. V da Convenção de Nova York, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.311/2002.[1230]

Apesar de o sistema de homologação brasileiro basear-se em delibação formal, o STJ acaba na prática analisando o mérito do pedido para verificar se não houve ofensa à ordem pública ou à soberania nacional.

A Lei nº 9.307/1996 aludiu à questão da citação (§ único do Art. 39), determinando que a sentença estrangeira não ofenderá a ordem pública brasileira se a citação da parte domiciliada no Brasil tiver sido efetuada segundo a convenção arbitral ou as leis do país do local da arbitragem, inclusive por via postal. Porém, nessas condições, a sentença estrangeira não será reconhecida se restar provado que a parte brasileira, por falta de tempo hábil, deixou de exercer seu direito de defesa.

Tratados internacionais de reconhecimento e execução de laudos estrangeiros

A Convenção de Nova York foi internalizada no Brasil somente no início do século XXI. A razão para a demora foi a grande resistência da nossa doutrina, em especial Clovis Bevilaqua, ainda muito ligada ao padrão do Protocolo de Genebra de 1923, em aceitar a possibilidade do laudo arbitral ser equiparado a uma sentença estrangeira e, por conseguinte, dar a esse laudo uma leveza e flexibilidade que impõe aos Estados signatários a obrigação de aceitá-lo sem muitas impugnações.[1231]

Na década de cinquenta do século XX, quando Hildebrando Accioly opinou acerca da Nova York, na qualidade de consultor jurídico do MRE, deixou clara sua posição sobre a natureza privada do laudo arbitral e sua não equiparação automática à uma sentença judicial, aliás na esteira dos pareceres anteriores de Clovis Bevilaqua. Essa doutrina encontrou eco mais tarde em Haroldo Valladão, que também lecionava que os laudos arbitrais originados do estrangeiro, antes da homologação pelo Poder Judiciário local, eram considerados apenas contratos, equivalendo a uma transação.[1232]

Depois dos pareceres mencionados, o assunto ficou suspenso e não foi objeto de novas manifestações do Itamaraty. No plano internacional, a Convenção de Nova York foi aos poucos sendo reconhecida como o padrão do tema, e gradativamente foi sendo adotada por inúmeros países, sendo hoje um dos tratados internacionais mais utilizados e com maior número de

adesões. Alçou os laudos arbitrais ao patamar de decisões judiciais, acabando com a sua equiparação aos contratos. Por seu turno, houve grande incremento da teoria da autonomia da vontade na área dos contratos internacionais, que foi aos poucos sendo adotada em diversas legislações internas e em convenções internacionais. Como corolário desse desenvolvimento, a arbitragem passou a ser um modo reconhecido para a solução das controvérsias advindas desses contratos, tendo os laudos a mesma força de uma decisão judicial e sendo cumpridos diretamente, em especial no plano internacional.

Somento nos anos noventa do século vinte, o assunto voltou a ser tratado no Brasil, por ocasião da remessa ao Congresso Nacional da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial, que foi afinal aprovada, ratificada e promulgada pelo Brasil[1233]. Em seguida, foi editada a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), fortemente inspirada nos cânones da Convenção de Nova York. Deu-se, afinal, no plano interno, o reconhecimento de que a sentença arbitral se equipara à sentença judicial. Esse movimento já havia se espraiado pela legislação interna de diversos países, como a França, Alemanha e Espanha.

Por isso, quando afinal a Convenção de Nova York foi enviada ao Congresso Nacional, o parecer do relator recomendou fortemente sua adoção, fazendo menção, inclusive, às suas semelhanças com a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial, que já havia sido adotada pelo Brasil alguns anos antes. O Brasil precisou de quase quarenta anos para mudar de ideia, e o fez ao editar a Lei nº 9.307 em 1996. A Convenção de Nova York está inteiramente incorporada ao sistema brasileiro de arbitragem, seja no que diz respeito à lei interna como em relação a outros diplomas internacionais, todos alinhados aos cânones da Convenção: o respeito à autonomia da vontade das partes de submeterem seu litígio a um sistema privado de solução de controvérsias, que conta com grande apoio da comunidade internacional para o seu pleno funcionamento.

Nos últimos anos, o STJ tem se manifestado a respeito da Convenção e seu cumprimento, como ocorreu, por exemplo nas SECs 3709[1234] e 8847[1235]. No REsp 1.203.430[1236], também se aludiu à convenção, pois a parte pretendia ir adiante com ação de cobrança no âmbito de um contrato já submetido à arbitragem, e cuja sentença estrangeira já havia sido homologada. Conforme consubstanciado pelo STJ, "a obrigatoriedade da sentença arbitral estrangeira homologada por esta Corte determina a impossibilidade de ser ela revista ou modificada pelo Poder Judiciário, aplicando-se o disposto no art. 3º da Convenção de Nova York." O STJ também se manifestou acerca da nacionalidade da decisão arbitral e a regra geográfica prevista pela lei brasileira, invocando a Convenção de Nova York no REsp 1.231.554[1237].

20.4. A prática arbitral

Entre a edição da Lei nº 9.307/1996 e os dias de hoje, a arbitragem teve grande progresso. Atualmente, arbitragem vem sendo utilizada em litígios comerciais, com a proliferação de instituições arbitrais ligadas a câmaras de comércio ou associações comerciais. O Judiciário tem favorecido os tribunais arbitrais, revelando maturidade na sua relação com o instituto.

O STJ tem confirmado a prevalência da cláusula arbitral, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, mesmo nos casos em que a cláusula arbitral tenha sido pactuada antes da edição da Lei de Arbitragem, por entender a lei tem efeito imediato[1238]. No mesmo sentido são as decisões dos tribunais estaduais.

A experiência brasileira com relação à arbitragem internacional tem sido positiva, seja quando aqui se realizam arbitragens internacionais, seja quando se homologam laudos proferidos no exterior. Nos últimos anos, como atesta a análise dos laudos objeto de homologação no STJ, a maioria dos pedidos foi deferida. Entre os indeferidos, não houve nenhum caso em que se impugnou a cláusula ou a arbitragem. Os que foram recusados não o foram por qualquer problema com a arbitragem, mas sim por outros fatores, como por ausência de comprovação da existência da cláusula, ou não realização de citação de forma válida (em casos em que a arbitragem foi anterior à entrada em vigor da Convenção de Nova York no Brasil).

O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras

Quando a execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil não se dá de forma espontânea, é indispensável proceder à sua homologação perante o STJ para que seus efeitos sejam reconhecidos no território.

A legislação aplicável é a mesma referente às demais decisões estrangeiras, qual seja, o CPC[1239], a LINDB[1240] e o Regimento Interno do STJ. A Lei de Arbitragem traz ainda os requisitos para homologação e os casos em que o pedido pode ser negado.[1241] Vale pontuar que os requisitos de homologabilidade presentes na Convenção de Nova York, acima analisada, não discrepam daqueles previstos na Lei de Arbitragem, eis que tal diploma foi fonte de inspiração para o legislador nacional.

Tendo em vista a adoção, pelo Brasil, do sistema de delibação, não se avalia o mérito do que foi decidido[1242] quando do julgamento do pedido de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, pois se cuida de verificar tão somente o cumprimento dos requisitos formais de

homologabilidade exigidos pela legislação brasileira e, apenas tangencialmente, o mérito da questão ao avaliar se esta não ofende a ordem pública e a soberania nacional.[1243] É o chamado sistema de contenciosidade limitada: apesar de se tratar de uma ação judicial, o mérito não pode ultrapassar os limites impostos pelas regras atinentes ao reconhecimento, determinadas na legislação local.

É possível dar notícia da distribuição, até 2015, de mais de quatorze mil sentenças estrangeiras para o STJ, dentre as quais aproximadamente 70 correspondem a laudos arbitrais estrangeiros de cunho comercial, tendo a maioria já sido julgada.

Interessante notar que enquanto a maioria das decisões estrangeiras tendo por objeto questões de cunho familiar foi homologada por meio de julgamento monocrático, no caso dos laudos arbitrais estrangeiros tendo por objeto questões de cunho comercial, raros são os casos decididos monocraticamente pelo Presidente do STJ. A grande maioria foi objeto de impugnação e passou a integrar a classe das sentenças estrangeiras contestadas (SECs), cujo julgamento é realizado pela Corte Especial do STJ, composta pelos quinze ministros mais antigos e presidida pelo Ministro Presidente.[1244] A impugnação nos pedidos de homologação contribui sobremaneira para dilatar o tempo de tramitação do processo, já que a Corte Especial se reúne apenas com a presença da maioria absoluta de seus membros[1245], sendo as decisões tomadas pelo voto da maioria.

Do balanço dos últimos dez anos de atuação do STJ, é possível extrair algumas considerações de cunho geral bastante pertinentes sobre os julgamentos. Em primeiro lugar, um volume considerável – cerca de 40% - dos laudos arbitrais estrangeiros já julgados pelo STJ foram distribuídos em seu primeiro ano de competência, em 2005, sendo 34% oriundos do STF[1246]. Nos anos seguintes, a média de laudos arbitrais estrangeiros distribuídos foi de aproximadamente 4 a 5 por ano.

Em segundo lugar, seja em função do maior volume de processos no início de sua competência ou do natural cuidado no trato de uma matéria nova pelo Tribunal, a tramitação dos primeiros casos arrastou-se ao longo de diversos anos. Em contrapartida, nota-se um avanço e consolidação da posição do STJ como favorável ao reconhecimento dos laudos, o que resultou em maior celeridade na tramitação dos casos nos últimos cinco anos.

Veja-se que no primeiro ano em que exerceu sua competência, apenas dois casos foram julgados pelo STJ: a SEC 802[1247] e a SEC 856[1248], ambas provenientes do STF e distribuídas nos anos de 2002 e 2003, respectivamente. Todas as demais sentenças estrangeiras que haviam sido distribuídas no STF e ainda se encontravam pendentes de decisão, bem como aquelas

distribuídas diretamente no STJ, só foram começar a ser apreciadas a partir de meados de 2006. De destacar que a primeira SEC submetida diretamente ao STJ, a SEC 1[1249], só teve seu trânsito em julgado em 2013, quase nove anos depois de iniciada. A campeã no tempo de tramitação, contudo, foi a SEC 885[1250] que, distribuída no STF em 2001, só transitou em julgado doze anos depois, em 2013.

A análise da média de tempo de tramitação dos pedidos de homologação dos laudos arbitrais estrangeiros no STJ ao longo dos anos é exemplificativa de uma verdadeira especialização do Tribunal na matéria. A partir de 2010, nota-se uma considerável redução no tempo de tramitação. Não obstante, se considerarmos a natureza do processo de homologação e a simplicidade de suas etapas, é possível concluir que, ainda hoje, o tempo de tramitação é excessivo.

Como visto, no entanto, a demora excessiva na tramitação dos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros parece ser fruto mais do comportamento das próprias partes do que da atuação do STJ. A insistência – infundada, na maior parte das vezes - da parte vencida em opor-se à homologação, mediante a interposição de recursos visivelmente protelatórios, contribui sobremaneira para que os julgamentos se arrastem ao longo dos anos. Os embargos de declaração são figuras recorrentes, estando presentes em alarmantes 52% dos casos. Em 32% dos casos, foi interposto, ainda, recurso extraordinário, mesmo quando cristalina a ausência de qualquer questão de cunho constitucional.

A posição firme do STJ é no sentido de repelir veementemente o inconformismo das partes ao tentar subverter o procedimento para adicionar nova instância aos processos de homologação. Somente mediante a consolidação dessa posição é que a interposição de recursos dessa natureza deixará de obstar a finalização dos processos de homologação.

A análise comparativa das homologações deferidas e indeferidas nos permite concluir, ainda, que o STJ não se atém muito para o tipo de matéria tratada nos laudos quando procede à sua análise, fixando-se mais nos aspectos processuais da discussão, a despeito da tentativa reiterada das partes em trazer para o centro do julgamento questões relativas ao mérito.

Não obstante, alguns grupos de temas podem ser identificados como recorrentes. De um lado, contratos internacionais tendo por objeto a compra e venda de commodities, que usam câmaras especializadas no assunto. O algodão está no topo da lista, seguido do café. Todos os casos de algodão foram julgados na Inglaterra, por Câmaras especializadas, como a Liverpool Cotton Association, substituída pela International Cotton Association.

Com relação às disputas relativas à compra e venda internacional, a CCI é a Câmara mais usada, mas a escolha da sede da arbitragem é variada: Paris, Montevideu, Miami e Nova York. Dentre as câmaras selecionadas, ainda se destacam a AAA americana e a LCIA de Londres. De notar que nem sempre os acórdãos fornecem maiores detalhes sobre o local da arbitragem, a câmara utilizada ou suas regras.

O deferimento e o indeferimento dos pedidos de homologação

Com relação ao posicionamento da Corte, verifica-se que a larga maioria dos pedidos de homologação foi deferida. Nos poucos casos em que indeferida, os quais correspondem a aproximadamente 10% do total, a negativa teve por fundamento a contrariedade à ordem pública.

Contudo, não se pode pretender invocar a ofensa à ordem pública, única possibilidade de impedir a homologação de um laudo arbitral estrangeiro por meio da análise do mérito, para qualquer tipo de inconformismo com o resultado ou desconhecimento do sistema adotado na arbitragem internacional. É evidente que a arbitragem possui um procedimento diverso daquele adotado na via judicial, mas desde que a manifestação de vontade tenha sido livre, não é possível voltar atrás ou alegar desconforto com suas características. A invocação da ordem pública precisa ser compreendida dentro de estreitos limites, na maior parte das vezes ligados a preceitos de direitos fundamentais, que são a base da proteção ao indivíduo. Diferenças pontuais e tangenciais não devem ser alçadas a esse patamar.

É interessante notar que a maior parte dos casos de indeferimento foi julgada pelo STJ nos primeiros anos de competência, o que denota que aos poucos, a jurisprudência foi se consolidando em favor da homologação, com acórdãos contundentes no sentido de estabelecer claros limites entre as questões de mérito e a ordem pública. A se confirmar a tendência do tribunal, a cada dia os casos de indeferimento terão peso menor nas estatísticas de homologação.

Um ponto recorrente nos processos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras diz respeito à comprovação da existência e validade da cláusula arbitral. Esse é um tema caro ao STJ, pois a manifestação da vontade das partes em escolher a arbitragem, e com isso demonstrar sua renuncia à possibilidade de usar o aparato estatal, precisa estar comprovada de forma cabal. Nesse sentido, a Lei de Arbitragem também exige a convenção de arbitragem válida.[1251]

A discussão da matéria é tratada como análise da conformação à ordem pública. Em dois pedidos, o indeferimento da homologação se deu ante a ausência de comprovação da manifestação da vontade das partes em se submeter ao juízo arbitral, por ausência de cláusula

arbitral ou de sua assinatura. No primeiro, a SEC 866[1252], o STJ considerou necessária a expressão escrita da cláusula arbitral e sua aceitação pela parte, o que não teria ocorrido, eis que o contrato em questão havia sido celebrado verbalmente. Por essa razão, o STJ considerou que a decisão estrangeira ofendia a ordem pública nacional ante a imperatividade do Art. 37, II da Lei nº 9307/1996. Ressaltou ainda que esta impugnação da ré foi feita desde o início do procedimento arbitral. No segundo, na SEC 967[1253], o STJ também entendeu que não restou provado a manifestação de vontade da requerida, pois não constava sua assinatura nos contratos que continham a cláusula arbitral, cuja ausência importava em violação à ordem pública.

Todavia, é certo que a posição do STJ não tem sido formalista e a interpretação tem nuances que merecem ser discutidas. Com efeito, na SEC 856[1254], apesar de não haver aderência da parte à convenção arbitral, o STJ entendeu que houve manifestação tácita de vontade em prol da arbitragem, pois a parte compareceu e aceitou a instauração do procedimento arbitral, tendo inclusive indicado árbitro. O STJ, uma vez mais, destacou a importância de se respeitar as práticas comerciais internacionais e de apurar a conduta das partes quando confrontadas com um pedido de instauração de arbitragem.[1255]

Ecoam ainda em diversos acórdãos posteriores[1256] os argumentos do Ministro Carlos Alberto Direito para quem "a prática internacional em contratos da espécie deve ser sempre relevada". O Ministro frisou, assim, a importância dos usos e costumes do comércio internacional para validar a cláusula, reconhecendo como praxe nas negociações internacionais o aceite tácito. Com isso, concluiu que houve "manifestação induvidosa sobre a existência da cláusula compromissória."

Nos casos posteriores, o STJ manteve sua preocupação em preservar a escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias para o bom funcionamento do comércio internacional, apesar das infrutíferas tentativas das partes requeridas em procurar impedir a homologação através da utilização do argumento da ordem pública. Nota-se o respeito do STJ ao princípio da autonomia da vontade ao validar a clausula arbitral pactuada se as partes "aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória."[1257]

Esta questão foi discutida em detalhes também na SEC 3709[1258], em que a requerida, American Telecommunication do Brasil Ltda contestou a homologação da sentença arbitral sob o fundamento de que não teria firmado a cláusula arbitral. Em seu voto, esclarece o Relator que de fato o contrato em que inserida a cláusula compromissória não havia sido firmado pela requerida. Todavia, restou inquestionável a adesão da requerida ao procedimento arbitral a partir do momento em que esta compareceu diante do Tribunal Arbitral e apresentou sua

manifestação, com pedido, inclusive, de reconvenção.

Por fim, há alguns casos em que a parte procurou desqualificar a cláusula arbitral ao argumento de que se tratava de contrato de adesão. Nesse sentido, é relevante o posicionamento do STJ na SEC 507[1259], ao considerar que a aferição da natureza do contrato e, por consequência, da anuência das partes à arbitragem, significaria adentrar no mérito do caso, o que seria incabível nos estreitos limites do pedido de homologação.[1260] Em 2015, na SEC 11593[1261], voltou à baila a discussão da SEC 507, sendo o pedido indeferido porque não restou comprovada que a cláusula arbitral havia sido assinada, pelo que se concluiu por sua inexistência.[1262] Nas razões de seu voto, o Relator expressamente alude ao precedente acima e conclui: "não havendo as partes estipulado validamente a cláusula compromissória, por não terem observado a forma escrita e subscrita por ambas, não há como se reconhecer executoriedade no Brasil à decisão arbitral homologanda."

Vale destacar, ainda, outras duas questões enfrentadas pelo STJ no ano de 2015. A primeira se referiu ao cumprimento do requisito de ser sido proferida por autoridade competente, tendo o STJ indeferido um laudo arbitral proveniente da Alemanha, na SEC 12.236, eis que a cláusula arbitral estipulava que tribunal arbitral deveria ser composto por três árbitros, e a sentença havia sido proferida por apenas um.

Ainda em 2015, pela primeira vez o STJ enfrentou o tema do pedido de homologação de laudo arbitral anulado no país em que prolatado, na SEC 5782[1263]. Para sua manifestação pelo indeferimento, o STJ se valeu, além no disposto na Lei de Arbitragem, da Convenção de Nova York, da Convenção do Panamá e do Protocolo de Las Leñas. Segundo esse último, é imprescindível a coisa julgada para o deferimento da homologação, o que não ocorreu, uma vez que o laudo arbitral fora anulado pela justiça local argentina. Nesse sentido, asseverou: "Não se pode olvidar que o procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, arbitral ou não, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão do Estado estrangeiro" .

A constatação do posicionamento favorável do STJ em relação aos pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros permite-nos concluir que a matéria se encontra madura, garantindo às partes a segurança necessária para decidirem-se pela realização de arbitragens no exterior quando conveniente, sem o temor de que haja qualquer tipo de indefinição com relação à execução posterior desses laudos no Brasil. Talvez aos poucos o julgamento monocrático[1264], que hoje é a exceção, passe a ser a regra, o que seria providencial para agilizar o cumprimento dos

laudos no território nacional.

Esses dez anos de atuação do STJ como corte competente para julgar os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras evidenciam a imprescindibilidade da consolidação da arbitragem como método confiável, inviolável mesmo, de resolução de controvérsias nos contratos internacionais. O STJ tem tido uma atuação favorável à arbitragem e deferente às manifestações de vontade das partes, deferindo a grande maioria dos pedidos de homologação. Nota-se um efetivo empenho do tribunal em garantir que a celeridade que tanto caracteriza o procedimento arbitral se reflita também na etapa de reconhecimento e execução dos laudos estrangeiros.

O deferimento da tutela de urgência

O último tópico que merece ser analisado diz respeito à possibilidade de deferimento de tutela de urgência no curso da ação de homologação, nos termos do Art. 216-G do Regimento Interno do STJ[1265].

É preciso esclarecer que a posição clássica do STF era no sentido de negar o deferimento de qualquer pedido que antecipasse os efeitos da sentença alienígena ou tivesse natureza liminar.[1266]

No entanto, a Resolução STJ nº 9/2005 radicalmente modificou essa situação ao sereferir expressamente à possibilidade de antecipação da tutela e de concessão de medida de urgência[1267], desde que presentes os requisitos aplicáveis às medidas dessa natureza em geral: o fumus boni iuris e o periculum in mora. O permissivo se manteve no Regimento Interno do STJ, e foi incluido nos Arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem.

A despeito dessa previsão legal, é inexpressivo o número de pedidos deferidos ao longo desses dez anos. No que se refere aos casos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros, poucos foram aqueles em que as partes solicitaram ao STJ a concessão de tutela de urgência[1268] que, afinal, chegou a ser concedida apenas na SE 5692[1269].

Apesar da aparente impopularidade do pedido, o tempo elevado de tramitação dos processos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros é fonte não apenas de inquietude, mas de fundada preocupação de que parte requerida se desfaça de seus bens neste meio tempo inviabilizando, assim, o cumprimento da decisão. A antecipação da tutela inverteria essa equação e tornaria a posição do credor mais segura e confortável, assegurando sem sombra de dúvidas a execução futura. Ademais, a concessão da tutela de urgência em muito contribuiria para

desencorajar a interposição de recursos protelatórios, eis que o devedor já arcaria com o ônus de ter seus bens separados em garantia da execução da sentença arbitral desde o início do processo.

BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, 412p.

_____, Convivência entre instrumentos cooperacionais: a carta rogatória e o auxílio direto. In: Fauzi Hassan Choukr; Alexandre Coutinho Pagliarini,. (Org.). Cooperação Jurídica Internacional. 1ed.Belo Horizonte: Forum, 2014, v. 1, p. 403-432.

ADEODATO, João Maurício, Ética e Retórica, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

ALBORNOZ, María Mercedes, "Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems". Journal of Private International Law, Vol. 6, No. 1, April 2010, pp. 23-58.

ALEXY, Robert, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito"in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 17, 1999.

_____, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 16, 1999, pp. 203-214.

_____, Teoria da Argumentação Jurídica, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001.

ALFONSIN, Quintín, "Informe sobre la Cooperación Internacional", Revista de La Facultad de Derecho, Montevidéu, Ano IX.

_____, Quintin, Teoria del Derecho International Privado, Montevidéu, Ed. Idea, 1992.

ALMEIDA, Guilherme Assis de, Direitos Humanos e Não-violência, São Paulo, Atlas, 2001.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho, "Breves Reflexões sobre Eleição de Foro Estrangeiro e a Competência Concorrente do Judiciário Brasileiro", in Contratos Internacionais, 3ª. ed., coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 2002.

_____, "A convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior, seu Protocolo Adicional e a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro", in Integração Jurídica Interamericana, org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araujo, São Paulo, LTr, 1998.

_____, "A Exceção de Ofensa à Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira" in Arbitragem Interna e Internacional, coord. Ricardo Ramalho Almeida, Rio de Janeiro, Renovar.

_____, Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ANCEL, B. e LEQUETTE, Y., Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé, Paris, Sirey, 1987.

ARAUJO, João Hermes Pereira, A Processualistica dos Atos Internacionais, Rio de Janeiro: Ministerio das Relações Exteriores, 1958, 353p.

ARAUJO, Nadia, "A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e a Ausência de Regulamentação Constitucional", in Plurima,vol. 3, 1999.

_____, "O Princípio Constitucional de Proteção à Família Brasileira e o DIPR: Sucessão Internacional e a Aplicação da Lei mais Benéfica", in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, Os Princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

_____, Contratos Internacionais, 2a. ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

_____, Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9/2005, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, 160 p.

_____, Parecer. Questões sobre a Motivação de Laudo Arbitral Estrangeiro e sua Homologação no Brasil: SE 5692/US. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 1, p. 18-57, 2015.

ARAUJO, Nadia, ALMEIDA, Ricardo Ramalho, SALLES, Carlos Alberto, "Cooperação Interjurisdicional no Mercosul", in Mercosul, org. BASSO, Maristela, 2a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

ARAUJO, Nadia, e ANDREIUOLO, Inês, "A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos", in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional, org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araujo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

ARAUJO, Nadia; GAMA, Lauro; VARGAS, Daniela, "Temas de Direito Internacional Privado no novo CPC", in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 28, 2011, p.147/160.

ARAUJO, N.; SPITZ, Lidia; TEIXEIRA, B. B. A. Diálogo das fontes: interações entre a lei doméstica e a CISG. In: Silvio de Salvo Venosa; Rafael Villar Gagliardi; Eduardo Ono Terashima. (Org.). A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Desafios e Perspectivas. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 589-604.

ARAUJO, Nadia; CAPUTO BASTOS, Carlos Eduardo, "A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal" in Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, coord. Jan Kleinheisterkamp e Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Montevidéu, FCU, 2002, pp. 529-554.

ARAUJO, Nadia de, MAGALHÃES MARQUES, Frederico do Valle e REIS, Márcio Monteiro (Orgs.), Código do Mercosul, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

ARENDT, Hannah, Portable Hannah Arendt, editado por Peter Bacha, New York, Penguin Books, p. 34.

ARNAUD, Jean-André, O Direito entre a Modernidade e a Globalização, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

ARRILLAGA, Maria Pilar Canedo, "La propuesta de la directiva comunitária sobre reagrupacion familiar: algunos comentários desde el derecho internacional privado", in

Mondialización y família, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madri, Colex, 2001.

ARROYO, Diego D., in "Derecho Internacional Privado Interamericano: Evolución y perspectivas", XXVI Curso de Derecho Internacional, Washington, OEA, 1999.

_____, Derecho Internacional Privado, Córdoba, Advocatus, 1998.

ATIENZA, Manuel, As Razões do Direito, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

AUDIT, Bernard, La Vente Internationale des Marchandises, Paris, LGDJ, 1990.

AUST, Antonhy, Modern Treaty Law and Practice, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, , 2013.

ÁVILA, Humberto Bergann, "A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade", in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999.

BADÁN, Didier Opertti, "Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para Ser Utilizados en el Estranjero", curso II, in Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol. I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002.

_____, Exortos y embargo de bienes extranjeros, Ed. Juridicas Amalio Fernandez, Montevidéu, 1976.

BAHIA, Saulo José Casalli, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 2000.

BAPTISTA, Luís Olavo, "O Projeto de Princípios para Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT, Aspectos de Direito Internacional Privado" in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 128, 1994.

BARBI, C.A., Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Forense, vol. I, tomo II, 1975.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Temas de Direito Processual, 5a série.

_____, Breves Observações sobre a Execução de Sentença Estrangeira à Luz das Recentes Reformas do CPC, 01 Outubro 2008. Disponível em http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/60-artigos-out-2008/5854-breves-observacoes-sobre-a-execucao-de-sentenca-estrangeira-a-luz-das-recentes- eformas-do-cpc, acessado em 10 de fevereiro de 2016.

_____, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 7ª edição, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula, A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade Humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BARIATTI, Stefania, Cases and Materials on EU Private International Law, Hart, Oxford, 2011.

BARROSO, Luis Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

BASTID, Suzanne. Les traités dans la vie internationale – conclusion et effets. Collection Droit International, Paris: Economica, 1985

BATALHA, Wilson de Souza Campos, Estudos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, 1947.

_____, Tratado de Direito Internacional Privado, São Paulo, RT, 1977, vol. I e II.

BATTIFFOL, Henri, "Le Pluralisme des Méthodes em Droit International Privé, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 139. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973, p. 75-148.

_____, Aspects Philosophiques du Droit International Privé, Paris, Dalloz, 1956.

BATTIFFOL, Henri, e LAGARDE, Paul, Droit International Privé, tomo 1, 8ª. Ed., Paris, LGDJ, 1993.

BEAUMONT, Paul. "Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty". Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 340. The Hague: Martinus Nijhoff, 2010, 480 pp.

BEAUMONT, Paul e McEleavy, Peter, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, Oxford, 1999.

BELANDRO, Rubem, "Las normas de aplicación immediata en la doctrina y en el derecho positivo", in Revista de la Facultad de Derecho, nº 8, 1995.

_____, El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, Montevideu, FCU, 1996.

BENÍTEZ DE LUGO, Mariano Aguilar et allii. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Madri, Espanha: Editorial Tecnos, 1996.

BENTO SOARES, Maria Angela e MOURA RAMOS, Rui Manuel, Contratos Internacionais, Coimbra, Livraria Almedina, 1986.

BEVILAQUA, Clóvis, Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.

BICUDO, Hélio, Direitos Humanos e Sua Proteção, São Paulo, FTD, 1997.

BINENBOJM, Gustavo, "Monismo e Dualismo no Brasil: uma Dicotomia Afinal Irrelevante", Revista Forense, v. 350, p.39-48.

BLASE, Antonietta di, e Andrea GIARDINA, Diritto Internazionale Privato e Processuale — Materiali Didattici, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

BOBBIO, Norberto, Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos,

organização de Michelangelo Bovero, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000.

BOGDAN, Michael, The Brussels Jurisdicion and Enforcement Convention, The Hague, Kluwer, 1996.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 12ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emilio Vauthier. Art. 27. In SALIBA, Aziz Tuffi (org.) Direito dos Tratados – comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, Belo Horizonte: Arraes, 2011, pp. 191-199.

BORJA, Célo, "Patente de invenção, acordo internacional", in Revista de Direito Administrativo, 213.

BORRAS, Alegria, "Le Droit International Privé Communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 317. The Hague: Martinus Nijhoff, 2005, p. 317-536.

BOTELHO MESQUITA, José Inácio, "Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam", Revista de Processo, São Paulo, n. 50.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, Direitos Adquiridos no Direito Internacional Privado, Porto Alegre, Sérgio Fabris Ed., 1996.

BRIGGS, Arthur, Cartas Rogatórias Internacionais, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

BRITO, Maria Helena, A Representação nos Contratos Internacionais, Coimbra, Almedina, 1999.

BUCHER, Andreas, "L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 239. The Hague: Martinus Nijhoff, 1993, p. 9-116.

_____, "La dimension sociale du Droit International Privé, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 341. The Hague: Martinus Nijhoff, 2009, p. 9-526

_____, "La compétence universelle civile, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 372. The Hague: Martinus Nijhoff, 2014, p. 9-127.

BUENO, José Antonio Pimenta, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1863.

BUSSADA, Wilson, Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, Ed. Liber Juris Ltda., 1984, vol. I, tomo I.

CABRA, Marco Gerardo Monroy, "Cuarta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado", in Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002, pp. 405-432.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo, Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, organização, Brasília, Senado Federal, 2000, vol. II.

_____, O Poder de Celebrar Tratados, Porto Alegre, Fabris, 1995.

CAHALI, Yussef Said, Divórcio e separação, 8ª. edição, revista e ampliada, tomo I, São Paulo, Ed. RT, 1995.

CALIXTO, Negi, Ordem Pública, Curitiba, Editora Universidade Federal do Paraná, 1987.

CAMARGO, Margarida Lacombe, "Eficácia Constitucional: Uma Questão Hermenêutica", in Hermenêutica Plural, orgs. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____, Hermenêutica e Argumentação, 2ª. ed. revista e ampliada, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

CAMPANHOLE, Constituições do Brasil, 7a. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo, Max Limonad, 1996.

_____, Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 1986.

_____, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____, O Direito Internacional em um mundo em transformação, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

_____, "Apresentação", in ALVES, J.A. Lindgren, Os Direitos Humanos como tema global, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1994.

_____, A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? ", in Direito Constitucional, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª. edição, Coimbra, Almedina.

CAPITANT, David, Les effects juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, Paris, LGDJ, 2001.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, Comentario ao Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Madrid, Universidade Carlos III, 1994.

_____, Comentário ao Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y la Ejecucion de Resoluciones Judiciales em Materia Civil y Mercantil, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid,

1994.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, Derecho Internacional Privado, vol. I, Granada, Ed. Comares, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão, Jurisdição e Competência, 6a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

_____, "Competência Internacional Concorrente. Art.88 do CPC e Foro de Eleição", in Revista Forense, vol. 352, out-dez/2000.

CASAS, Pilar Maestre. "Multiculturalidad e Internacionalización de Valores: Incidencia en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado", in CARAVACA, A. L. Calvo, ÁNGEL, J. L. Iriarte. Mundialización y Familia. Madri, Espanha: Colex, 2001.

CASELLA, Paulo B., Mercosul, Exigências e Perspectivas, São Paulo, Ltr, 1996.

_____, (Coord.) Mercosul — Integração Regional e Globalização, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

_____, (Coord.) Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional, 2ª. edição, São Paulo, LTr, 2000.

_____, Direito Internacional Tributário Brasileiro, São Paulo, LTr, 1995.

_____, União Européia – instituições e ordenamento jurídico, São Paulo, LTr, 2002.

CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de (orgs.), Integração Jurídica Interamericana, São Paulo, LTr, 1998.

CASTRO, Amílcar de, Direito Internacional Privado, vol I e II, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1956.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas", in 1988/1998 — Uma década de Constituição, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

CAVERS, David, "A Critique of the Choice of law Problem", in Harvard Law Review, vol. 47, 1933.

CIOTOLA, Marcelo, "Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais", in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, Os Princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

CITADINO, Gisele, "Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História", in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, Os Princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

COHEN-JONATHAN, Gérard, Aspects Européens de Droits Fondamentaux, 2a. ed., Paris, Montchrestien, 1999.

COLLIER, J.G., Conflict of Laws, 2a. ed., Cambridge University Press, 1994.

CORREA, A. Ferrer, Lições de Direito Internacional Privado, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.

_____, Direito Internacional Privado — Alguns Problemas, Coimbra, 1985.

COIPEL-CORDONNIER, Nathalie, Les conventions d'Arbitrage et d'Élection de for en Droit International Privé, Paris, LGDJ, 1999.

COSTA, Ligia Maura, "Convenção sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras", in Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba, e ARAUJO, Nadia, São Paulo, Ltr, 1998.

CRÉPEAU, Paul-A, The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?, Ontario, Carwell, 1998.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu, Constituição e tratados Internacionais, Saraiva, São Paulo, 2003.

_____, "Tratados Internacionais na Emenda Constitucional n. 45", in Reforma do Judiciário, analisada e comentada, coordenadores André Ramos Tavares et alii, São Paulo, Ed. Método, 2005.

DANTAS, San Tiago, Direito de Família e Sucessões, 2ª. edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.

DAVID, René, Les grands systèmes de droit contemporains, 9a.ed., Paris, Dalloz, 1988.

DE NARDI, Marcelo. "A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 122-194.

DEPREZ, Jean, "Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques em matière de statut personnel", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 211. The Hague: Martinus Nijhoff, 1988, p. 9-372.

Di BLASE, Antonietta e Andrea GIARDINA, Diritto Internazionale Privato e Processuale, Milano, Dott. Giuffrè Ed., 1994.

DINIZ, Maria Helena, Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.

_____, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, vol. I.

_____, Vade-Mécum de Direito Internacional Privado, Ed. Univ. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

DOLINGER, Jacob, "Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio — Trips — patente de invenção — Aplicabilidade do Acordo Trips no Brasil", in Revista Forense, vol. 342, pp. 225-235.

_____, "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício de Ecletismo", in Revista Forense, vol. 334, pp.71-107.

_____, "Brazilian International Procedual Law" in Panorama of Brazilian Law, Rio de

Janeiro/Miami, Gilbert Huber, 1992, p. 365. e do mesmo autor, "Brazilian Confirmation of Foreign Judgements", in The International Lawyer, vol. 19, 1985, p. 853/876.

_____, "Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de DIPR", in Integração Jurídica Interamericana, org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araujo, São Paulo, LTr, 1998, p 181 e seguintes.

_____, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 283. The Hague: Martinus Nijhoff, 2000, p. 187-512.

_____, "In Defense of the `General part' Principles", in International Conflicts of Laws for the Third Millenium, New York, Transnational Publishers, 2001,

_____, A Dívida Externa Brasileira: Solução pela Via Arbitral, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1988.

_____, A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979.

_____, Direito Civil Internacional, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997.

_____, Direito Internacional Privado, 10a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011.

_____, "A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira", Revista de Informação Legislativa, n. 76, 1982, pp.5-64.

DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen, "O DIPr no Brasil no século XXI", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000.

DREYSIN, Adriana, "Los Principales Desarrollos Dentro del Derecho Internacional Privado em el Próximo Siglo em Argentina", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000.

DROZ, Georges, "Regards sur le Droit International Privé Comparé", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 229. The Hague: Martinus Nijhoff, 1991, p.9-424.

DUNCAN, William. International Child Protection. Judges' Newsletter, 2009. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/vol14_7-14.pdf.

DWORKIN, Ronald, "Is Law a System of Rules?" in Philosophy of Law, Oxford University Press, 1977.

_____, Freedom's Law, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

_____, O Império do Direito, tradução de Jefferson Luiz Camaargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: comentada na ordem de seus artigos, atualizada por Silva Pacheco, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ESPÍNOLA, Eduardo, A Família no Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Ed. Conquista, 1957.

_____, Elementos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1925.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. FOUCHARD, Philippe. ECRITS; Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international. In: Revue internationale de droit comparé. v. 59 n°3, 2007.

FENTIMAN, Richard, International Comercial Litigation, Oxford: Oxford University Press, 2010, 766p.

FERRY, Claude, La Validité des Contrats en Droit International Privé, Paris, LGDJ, 1989.

FONTAINE, Michel, Droit des Contrats Internationaux, Paris, FEC, 1989.

FRADA DE SOUSA, Antonio Carneiro, Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1999.

FRAGA, Mirtô, Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, "A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais, in Contratos Internacionais", 3ª. ed., coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Campinas: Millenium, 2000.

FUX, Luís, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001.

G. A. WALZ, "Les Rapports du Droit International et du Droit Interne", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 61. The Hague: Martinus Nijhoff, 1937, p. 375-456.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo, Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil, Funag, Brasilia, 2010.

GAISMAN, Laura Tribueiros, "La Proyección Interna del Derecho Internacional Privado em México hacia el ano 2000" in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000.

GAMA E SOUZA JR, Lauro, "Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", pp. 309/324, in Casella, Paulo Borba (Org.), Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional, 2ª. edição, São Paulo, LTr, 2000.

_____, Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – Soft law, Arbitragem e Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 575p

GANNAGÉ, Léna, La Hiérarchie de Normes et les Méthodes du Droit International Privé, Paris, LGDJ, 2001.

GARCIA, Márcio e MADRUGA, Antenor Pereira, coord., A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro, Brasília, CEDI, 2002.

GARCIA, Marcio Pereira Pinto, A Terminação de Tratado e o Poder Legislativo à vista do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Internacional Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GARDINER, Richard, Treaty Interpretation, 2nd ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2015.

GARLAND, Paul Griffith, American-Brazilian Private International Law, New York, Oceana Publications, 1959.

GARRO, Alejandro M. "El Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos: Balance y Perspectivas", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, especial 2000.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, "L'utilization de Régles de Conflit à Caractère Substantial dans les Conventions Internationales", in Internalisation du droit, Paris, Dalloz, 1994, p. 181.

_____, "La désunion du couple en droit internationale privé", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 226. The Hague: Martinus Nijhoff, 1991, p.9-280.

_____, Les Conventions de Bruxelles e de Lugano, 2ème ed., Paris, LGDJ, 1996.

GAUTIER, Philippe. Essai sur la définition des traités entre États. Bruxelas: Bruylant, 1993.

GIARDINA, Andrea, "La Mise en Oeuvre au Niveau National des Arrêts et des Décisions Internationaux", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 165. The Hague: Martinus Nijhoff, 1979, p. 233-352.

GLENN, Patrick H. La conciliation des Lois. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 364. The Hague: Martinus Nijhoff, 2012, pp. 187-470.

GOLDSCHMIDT, Werner, Derecho Internacional Privado, 8ª. ed., Buenos Aires, De Palma, 1992.

GOMES, Orlando, Direito de Família, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Forense.

GONZALEZ CAMPOS, Julio D. y FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, Derecho Internacional Privado Español. Textos y materiales, Derecho Judicial Internacional, 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992.

GONZALEZ, Javier Carrascoza, "Questiones polémicas en el reglamento 1347/2000", in Mondialización y família, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001.

_____,, El contrato Internacional, Madrid, Civitas, 1992.

GOTHOT, Pierre y HOLLEAUX, Dominique La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, Buenos Aires, La Ley, 1986.

GOUVEA, Marcos Maselli, O Controle Judicial das Omissões Administrativas, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.), Direito Constitucional, org. São Paulo, Malheiros, 2001.

GREBLER, Eduardo, "O Contrato de Venda Internacional de Mercadorias", Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 319, 1992, pp. 310-317.

GRUENBAUM, Daniel. A contrução histórica do reconhecimento de sentenças estrangeiras. In TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (Orgs.). Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 205-218.

GUEDJ, Thomas G., "The Theory of the Lois de Police: a Functional Trend in Continental Private International Law, a Comparative Analysis With Modern American Theories", The American Journal of Comparative Law, vol. 39, 1991, pp. 661-697.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, "O Princípio da Proporcionalidade", in Direito Constitucional — Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, Teoria da Ciência Jurídica, Ed. Saraiva, 2001.

HERBERT, Ronald, "La Convencion Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", in Revista Uruguaia de Derecho Internacional Privado, ano 1, n. 1, 1994.

HEUZÉ,Vincent, La Réglementation Française des Contrats Internationaux, Paris, GNL, 1990.

HIGGINS, Rosalyn, Problems and Process — International Law and how to use it, Oxford, Oxford University Press, 1998.

HOLLIS, Duncan B. (ed.) The Oxford Guide to Treaties, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012.

HOLZMEISTER E CASTRO, Joana. A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais: o que muda com o Novo Código de Processo Civil. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Orientador Nadia de Araujo, 2015.

JACQUET, Jean-Michel, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, Economica, 1983.

JAEGER JR, Augusto, "Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um renascimento do Reenvio", in Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos, org. Carmen Tiburcio, Raphael Vasconcelos e Wagner Menezes, Belo Horizonte: Arraes, 2015.

JATAHY, Vera Maria Barreira, Do Conflito de Jurisdições, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003.

JAYME, Erik, "Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Européias", in Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

_____, "Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmodern", Collected

Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 251. The Hague: Martinus Nijhoff, 1995, p. 9-268.

_____, "Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 282. The Hague: Martinus Nijhoff, 2000, p. 9-40.

_____, "Pasquale Stanislao Mancini — Il diritto internazionale privato tra risorgimento e attività forense", in Studi e pubblicazioni della Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, n. 31, Edizioni Cedam, Padova, 1988.

JUENGER, F., "A Page of History", in Mercer Law Review, 1984, vol. I, pp. 419-460.

_____, "Conflitos de Leis na América e na Europa", tradução Ricardo Almeida, coordenação e revisão de Araujo, Nadia et al, Cadernos Direito Internacional Privado, Departamento de Direito PUC Rio, Ano I, no. 1, 1995.

_____, "The Inter-American Convention on the Law applicable to International Contrats: Some highlights and comparisons", <M%2>in American Journal of Comparative Law, vol. 42, p. 384.

_____, Choice of Law and Multistate Justice, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

KASSIS, Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris, LGDJ, 1993.

KAHN-FREUND, Otto. General Problems of Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 143. The Hague: Martinus Nijhoff, 1974, pp. 139-474.

KELSEN, "Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International Public", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 14. The Hague: Martinus Nijhoff, 1926, p. 227-332.

_____. Teoria Pura do Direito (usada neste trabalho a versão portuguesa) 6a. edição, trad. João Baptista Machado, Coimbra, Armenio Amado Ed.,1984.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1990.

_____. Contribuition à la theorie du traité international. Revue internationale de la théorie du droit, 1936. p. 258. apud GAUTIER, Philippe. Essai sur la définition des traités entre États. Bruxelas: Bruylant, 1993, p. 50

KLOR, Adriana Dreysin, El Mercosur, Buenos Aires, Zavalia, 1997.

_____, "Los Principales Desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado em el Próximo Siglo en Argentina", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, n. especial, 2000.

KUIPERS, Jan-Jaap, EU Law and Private International Law, Leiden: Martinus Nijhoff , 2012.

LAFER, Celso, A Reconstrução dos Direitos Humanos, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988.

LANDO, Ole e NIELSEN, Peter Arnt, "The Rome I Proposal" in Journal of Private International Law, vol. 3, n. 1, 2007, p. 29/51.

LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, 3ª. ed., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONARDOS, Gustavo Starling, "Dos Prazos de Validade das Patentes em Vista do Acordo TRIPS e da Nova Lei de Propriedade Industrial", RT 758/89.

LEQUETTE, Yves, "De L'Utilitarisme dans le Droit International Privé Conventionnel de Famille", in L'Internalisation du Droit, Paris, Dalloz,1994.

_____, "Le Droit International Privé de la Famille à l'Épreuve des Conventions Internationalles", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 246. The Hague: Martinus Nijhoff, 1994, p. 9-234.

LEWICKI, Bruno, "O Domicílio no Código Civil de 2002", in A parte geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002.

LICKS, Otto, "O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio", in Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio – A OMC e o Brasil, coord. Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante, São Paulo, LTr, 1998, pp. 607-649.

LIMA, João André. A harmonização do direito privado. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, 264p. Dosponível para consulta em www.funag.gov.br.

LOPES, José Reinaldo de Lima, O Direito na História, São Paulo, Max Limonad, 2000.

LORENZEN, Ernest, "Uniformity Between Latin América and the United States in the Rules of Private International Law Relating to Commercial Contracts", in Tulane Law Review, vol. XV, 1941.

LORETO FILHO, Sérgio, Curso de Direito Internacional Privado, Recife, Biblioteca Universitária Pernambucana, 1973.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. Auxilio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010,295p.

_____, extraterritorialidade das sentenças no Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assitência Jurisdicional em Matéria Civil, Comrcial, Trabalhista e Administrativa. In TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. (orgs.). O direito internacional contemporaneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 651-678.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva, Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2000.

LOUSSOUARN, Y. e BOUREL, P., Droit International Privé, 10ª. ed., Paris, Dalloz, 1980.

LOW, Lucinda, "International Judicial Assistance among the American States, the Inter-american Conventions", in International Lawyer, vol. 18, nº. 3, 1984.

LOWENFELD, Andreas F., International Litigation and the quest for reasonableness, Clarendon Press, Oxford, 1996.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Convenção sobre Imunidade do Estado e seus Bens e o Direito Brasileiro. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V. 1, n. 19, jun./dez. 2011.

LUSTOSA, Isabel, "Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros" in Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba, e ARAUJO, Nadia, São Paulo, Ltr, 1998.

LY, Filip de, International Business Law and Lex Mercatoria, Amsterdam, North-Holland, 1992.

MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa, O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921.

MADRUGA, Antenor, "A Convenção Interamericana sobre Procuração Internacional", in Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de, São Paulo, Editora LTr, 1998.

_____, Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.

MAEKELT, Tatiana B. de. "Resultados de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CICIP-II)", in Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002.

_____, "El Futuro del Nuevo Derecho Internacional Privado Venezolano em el Próximo Siglo" in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000.

_____, "La Flexibilization del Contrato Internacional em la Convencion Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionais", in Dimensão Internacional do Direito, org. Paulo Borba Casella, São Paulo, 2000.

_____, "Resultados de la 2ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado — CIDIP II" in Comitê Jurídico Interamericano, Sexto Curso de Derecho Internacional, Washington, OEA/Serv.Q./V.C.-6, CJI-40, 1979.

MAGALHÃES MARQUES, Frederico V., "O MERCOSUL e o Direito da Concorrência", Rio de Janeiro, 2000, UERJ, Dissertação de Mestrado.

_____, "A Internalização dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do MERCOSUL" in Revista de Direito Internacional e do MERCOSUL; Buenos Aires; Síntese Editora; Dezembro, 2002; pp. 64-86.

MAGALHÃES, José Carlos, "Breve Análise sobre o Direito Aplicável a Bens no DIPr: a Caução de Ações", Revista de Direito Mercantil, n. 82, 1991.

_____, O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

MAJOROS, Ferenc, Direito Internacional Privado, trad. Teresa Cardoso Henriques, Lisboa, GBA, 2000.

MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, "Os Princípios Gerais do Direito e o Pós-Positivismo" in Princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002.

_____, "A Importância da Dimensão Argumentativa à Compreensão da Práxis Jurídica Contemporânea", in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 8, 2000.

_____, "Notas sobre Direito, Argumentação e Democracia", in 1988-1998 — Uma década de Constituição, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

_____, "Teoria Constitucional e Reflexão Jusfilosófica", prefácio à obra de Cláudio Pereira de Souza Neto, Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

MANCINI, Pasquale Stanislao, Direito Internacional, tradução Ciro Mioranza, Ijuí, Ed. Unijuí, 2003.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, CEDH et droit privé, Paris, La Documentation Française, 2001.

MARQUES, Claudia Lima, "A Crise Científica do Direito na Pós-modernidade e Seus Reflexos na Pesquisa", in Rumos da Pesquisa, Múltiplas Trajetórias, org. Maria da Graça Krieger e Marininha Aranha Rocha, Porto Alegre, Pró-Reitoria de Pesquisa, UFGRS, 1998.

_____, "A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral", in XXXVII Curso de Direito Internacional, Washington, OEA, 2000.

_____, "Casos de Divórcio Japoneses no Brasil: Introdução ao Método de Análise de Casos", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, edição especial, 2002.

_____, "Novos Rumos do Direito Internacional Privado quanto às Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos (Em especial de acidentes de trânsito)", in Revista dos Tribunais vol. 629.

_____, Confiança no comércio eletronico e a proteção do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Natalia Camba. Subtração Internacional de Crianças: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - Interpretação judicial da adaptação da criança. Curitiba: Editora CRV, 2013.

MATTEUCCI, Mario, "Unification of Conflicts Rules in Relation to International Unification of Private Law", in Conflicts of Law and International Contracts, 1949.

MAURER, Béatrice, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne de Droits de L'Homme, Paris, La documentation Française, 1999.

MAYER, Pierre, Droit International Privé, 2ª.ed., Paris, Ed. Montchrestien, 1983.

McLACHLAN, Campbell. Lis Pendens in International Litigation, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 336. The Hague: Martinus Nijhoff, 2009, p. 199-553.

MERCIER, Pierre e DUTOIT, Bernard, L"Europe Judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Bâle et Fancfort-sur-le-Main, Helbing & Lichetenhahn, 1991.

MELLO, Celso A., Direito Internacional Público — Tratados e Convenções, 5a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

_____, Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

_____, Curso de Direito Internacional Público. I Volume, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____, Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira, et allii, Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, "Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam", Revista de Processo, n. 50.

MEYER, Michel, "Chaim Perelman", Cadernos do Pet-Jur, PUC-Rio, 1997.

MICHAELS, Ralf. "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz (Kai Purnhagen & Peter Rott eds.), 2014.

MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças; orientadora: Nadia de Araujo, Tese (doutorado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2011.

MILLA, Javier Pérez, La Notificación Judicial Internacional, Granada: Editorial Comares,, 2000.

MIRANDA, Pontes de, Comentários ao CPC, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1973, tomo II.

_____, Tratado de Direito Internacional Privado, vol. I, Rio de Janeiro, José Olympio Ed., 1935.

MONÉGER, François, Droit International Privé, Paris, Litec, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição — Competência Internacional da Justiça Brasileira, Prova do Direito Estrangeiro", in Revista Forense, vol. 343.

_____, "Problemas Relativos a Litígios Internacionais", in Temas de Direito Processual Civil, 5ª. série, Rio de Janeiro, Forense, 1994.

_____, Comentários ao Código de Processo Civil, 7a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, vol.V.

_____,. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Revista de

Processo. São Paulo/SP, v. 30, n. 124, p. 19 - 27, 2005.

"Notas sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras" in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 549 e seguintes.

MORELLI, Gaetano, Derecho Procesal Civil Internacional, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1953.

MORI, C.C. e NASCIMENTO, E. B. "A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro", in Revista de Processo, 73/74.

MOSLER, H., "L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 91. The Hague: Martinus Nijhoff, 1957, p. 619-712.

NASCIMENTO E SILVA, G.E. e ACCIOLY, Hildebrando, Manual de Direito Internacional Público, 13a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 2000p.

NOODT TAQUELA, Maria Blanca, Mercosur-Unión Europea — Questiones de Derecho Internacional Privado, conferência apresentada na XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 7ª "Derecho Internacional Privado", realizadas em Buenos Aires, 1997, mimeo com a autora.

_____, "La contratación mercantil en el Mercosur", in Mercosul — Integração Regional e Globalização, org. CASELLA, Paulo Borba, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

_____, "Los Procesos a Distancia y Otros Modos de Cooperación Judicial Internacional en el Mercosur", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº. 15, 1998.

NORTH, Peter, Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions, London, Martinus Nijhoff Pb., 1993.

NYGH, Peter, Autonomy in International Contracts, Clarendon Press, Oxford, 1999.

OPPERTTI BADÁN, D. "Convenciones Aprobadas por la Cidip I: Derecho Procesal Internacional", in Comitê Jurídico Interamericano, org., 2º. Curso de Derecho Internacional, 1975.

OCTAVIO, Rodrigo, Dicionário de Direito Internacional Privado, F. Briguiet, Rio de Janeiro, 1933.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza, Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

OSMAN, Filali, Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, Paris, L.G.D.J., 1992.

OTÁVIO, Rodrigo, "Evolução do Direito Internacional Privado no Brasil", in Dicionário de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, F. Briguet e Cia., 1933.

_____, “Foi um dia um convento...”, in Revista da Faculdade de Direito, USP, jul/set, 1935, pp. 391-424.

_____, Dicionário de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, F. Briguet e Cia., 1933.

_____, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942.

_____, Pandectas brasileiras, vol. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1927.

OVERBECK, Alfred E. Von, “La Contribution de la Conférence de la Haye au Dévelopment du Droit International Privé”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 233. The Hague: Martinus Nijhoff, 1992, p. 9-98.

PALLARÉS, Beatriz, “Cooperación Procesal Internacional Relativa a la Notificación en el Extranjero de Documentos Judiciales en Materia Civil”, Revista Mexicana de DIPR, n.8, 2000.

PARRA-ARANGUREN, G. “La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado”, in Codificación del Derecho Internacional Privado en America, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982.

PATAUT, Étienne, Principe de Souveraineité et conflits de juridictions, Paris, LGDJ, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, “A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais, Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras” in Princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Princípios de Direito Internacional, Rio de Janeiro, Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1902, tomo I.

_____, Pareceres, anotados por Lafayette Filho, Rio de Janeiro, Livraria Ed. Conselheiro Candido de Oliveira, 1921, vol. I e II.

_____, Projeto de Código Internacional Privado, publicado em Pandectas Brasileiras, 1929.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira. 264 f. Tese (doutorado em direito internacional) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

PEREIRA, Tania da Silva, Família, Infância e Juventude, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

PERELMAN, Chaim, “A Teoria Pura do Direito e a Argumentação”, in Cadernos Pet-Jur, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 1997.

_____, Lógica Jurídica, São Paulo, Martins Fontes, 1998, e Retóricas, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, Derecho Internacional Privado, Parte Geral, Mexico, Oxford University Press, 1998.

_____, “Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, ano XXX, no. 4, 1994.

_____, “El Panorama del Derecho Internacional Privado em Matéria Comercial en México en los Umbrales del Siglo XXI”, in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, n. especial, 2000.

_____, “La Codificación Interamericana en Derecho Internacional Privado Es Todavia una Opción?”, In Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, vol. I, 1996, pp. 71-88.

_____, Derecho Internacional Privado, 6ª ed., México, Harla, 1995.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel e SILVA SILVA, Jorge Alberto, Parte Especial, Derecho Internacional Privado, Mexico, Oxford, 2000.

PHILIPP, Walter Frish; QUINTANILLA, José Arturo Gonzalez e ELIZONDO, José Arturo Gonzalez, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional, México, Editorial Porrúa, 1993.

PINHEIRO, Carla, Direito Internacional e Direitos Fundamentais, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Internacional Privado: Parte Especial (Direito de Conflitos), 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

PINTO, Lambertini. Cartas Rogatórias, Lisboa: Typographia e Stereotypia Moderna, 1898.

PIOVESAN, Flávia, “Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil”, in Arquivos de Direitos Humanos, vol. I, org. Celso D. de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

_____, Direito Internacional dos Direitos Humanos, 4a. edição, São Paulo, Max Limonad, 2000.

_____, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 4ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2000.

_____, Temas de Direitos Humanos, São Paulo, Max Limonad, 1998.

_____, Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional, (org.), São Paulo, Max Limonad, 2002.

_____, “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”, in Reforma do Judiciário, analisada e comentada, coordenadores André Ramos Tavares et alii, São Paulo, Ed. Método, 2005.

POCAR, Fausto, Il Nuovo Diritto Internazionale Privado Italiano, Milão, Giuffrè Ed., 1997.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. A pessoa jurídica strangeira no Direito Internacional Privado: entre a origem, o reconhecimento e a mobilidade. In TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (Orgs.). Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, 248-287.

POMMIER, Jean-Christophe, Principe d'autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel, Paris, Economica, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil t. VI, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

RABEL, Ernst, The Conflicts of Law – a comparative study, Chigago, Callaghan & Co., 1947

RACINE, Jean-Baptiste, L'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public, Paris, LGDJ, 1999.

RAMIREZ, Gonzalo, "Ley applicable a los actos jurídicos del punto de vista del Derecho Internacional Privado", in Anales de la Universidad, ano II, tomo III, 1892.

RAMOS, André de Carvalho, "O Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul", pp. 281-308, in CASELLA, Paulo Borba, Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional, 2ª. edição, São Paulo, LTr, 2000.

_____, Processo Internacional de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

_____, "Nota Introdutória, o Direito Internacional Privado e seus desafios", in Direito Internacional Privado: questões controvertidas, organizador André de Carvalho Ramos, Belo Horizonte, Arraes, 2016, p. 1-8.

_____, Jurisdição internacional sobr relações de consumo no novo Código de Processo Civil: Avanços e desafios. In MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (org). Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 550-574.

RAMOS, Rui Manoel de, "A Convenção de Bruxelas sobre competência judiciária e execução de decisões" in Revista de Direito e Estudos Sociais, 1996, p.3-44.

_____, O Direito Internacional Privado e a Constituição, 2ª. reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____, Das relações privadas internacionais, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

_____, Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional, Coimbra, Almedina, 1991.

RANGEL, Vicente Marotta, "Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ano XXIII, 1967, ns. 45/46.

REALE, Miguel, "As Faculdades de Direito na história do Brasil", in Revista da Faculdade de Direito, USP, 1961, vol. 56.

_____, Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1973.

REDOR, Mair-Joelle, (dir), L'Ordre Public: Ordre Public ou ordres public? Ordre Public et Droit Fondamentaux, Bruxelas, Bruylant, 2001.

REIMANN, Marthias. Conflict of Laws in Western Europe : a guide through the jungle. Irvington, NY: Transnational Publishers, 1995.

REUTER, Paul. Introduction au Droit des Traites. 3 édition revue et augmentée par Philippe

Cahier. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

REZEK, Francisco, "Recepção da Regra de Direito Comunitário pelas Ordens Jurídicas Nacionais", in Direito Comunitário, org. Deisy Ventura, Porto Alegre, Livraria do Advogado, ano 1997.

_____, Direito dos Tratados, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

_____, Direito Internacional Público – Curso Elementar. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Renato Janine, "A Família na Travessia do Milênio", palestra apresentada no "II Congresso Brasileiro de Direito da Família, Conferência de abertura", Belo Horizonte, 27 de outubro de 1999.

RIBEIRO, Elmo Pilla, Contribuição ao Estudo da Norma de Direito Internacional Privado, Porto Alegre, 1964.

RIGAUX, François, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours de Droit International Privé", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 213. The Hague: Martinus Nijhoff, 1989, p. 9-407..

_____, "Droit International Privé et Droit Communautaire", in Internalisation du droit, Paris, Dalloz, 1994.

_____, Droit Internationale Privé, Bruxelas, Larcier, 1987, tomo I.

ROBERT, Jean, L'Arbitrage, 5ª. ed. Paris, Dalloz, 1983.

RODAS, João Grandino, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, Editora dos Tribunais, 2002, 3ª. ed.

_____, A Publicidade dos Tratados Internacionais, São Paulo, Editora dos Tribunais, 1980.

_____, Direito Internacional Privado Brasileiro, São Paulo, Editora dos Tribunais, 1993.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. Derecho aplicable y arbitrage internacional. Bogotá: CEPED, 2013.

ROZAS, José Carlos Fernandez, "Notificaciones en el Extranjero: Experiencias en los Procesos de Integración y en las Eelaciones entre México y España", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, nº 7, 1999.

_____, "Orientaciones del Derecho International Privado em el umbral des siglo XXI", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, especial 2000.

SAADI, Ricardo e outros. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil/Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 3ª ed. Brasilia: Ministério da Justiça, 2012, 496p.

SALIBA, Aziz Tuffi (org.) Direito dos Tratados – comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, Belo Horizonte: Arraes, 2011.

SAMTLEBEN, Jürgen, "A Codificação Interamericana do DIPr e o Brasil", in Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de, São Paulo, LTr, 1998.

_____, "A influência de Andrés-bello no Direito Internacional Privado Latino-Americano", in Revista de Direito e Economia, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 371-383.

_____, Derecho Internacional Privado en América Latina — Teoria e Práctica del Código Bustamante, vol. I, parte geral, tradução de Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, DePalma, 1983.

_____, "Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano", in Revista de Informação Legislativa, n. 85, Brasília, 1985, pp. 257-276.

SANTOS, Antonio Marques dos, "Defesa e Ilustração do Direito Internacional Privado", Coimbra Editora, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento, 1998.

_____, As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado, Coimbra, Almedina, 1991, vol. I e II.

_____, Direito Internacional Privado, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

SANTOS, Eduardo, Convenção de Bruxelas, 2ª. ed., Lisboa, Editora Rei dos Livros, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), A Constituição Concretizada — Construindo Pontes com o Público e o Privado, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

_____, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1998.

_____, Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SAUMIER, Geneviève; GAMA JR, Lauro. "Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts" In ARROYO, Diego P. Fernández; PERALTA, Juan José Obando (eds), El derecho internacional privado en los procesos de integración regional. San José: Editorial Juridica Continental, 2011.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, Sistema do Direito Romano Atual, vol. VIII, tradução Ciro Mioranza, Ijuí, Ed. Unijuí, 2004.

SERPA LOPES, Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944, vol. II.

_____, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1953, vol. I.

SILBERMAN, Linda J. "Cooperative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions" Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 323. The Hague: Martinus Nijhoff, 2006, p. 261-477.

SILVA, Agustinho Fernandes Dias da, Direito Processual Internacional, Rio de Janeiro, 1971.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, Cooperação jurídica internacional e auxílio direito. Revista CEJ, Brasília, n. 32, p. 75-79, jan./mar. 2006.

_____, "Cooperação Jurídica Internacional e auxílio direto", in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006

SILVA NETO, Orlando Celso da, A unificação do direito processual civil internacional; as normas unificadoras de cooperação judiciária no Mercosul e na União Européia, defendida em 2000.

SILVA, Virgílio Afonso, "O Proporcional e o Razoável", in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, 2002, pp. 23-50.

SLERCA, Eduardo, Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

SOARES, Guido Fernando da Silva, Das Imunidades de Jurisdição e de Execução, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

_____, Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001.

_____, Curso de Direito Internacional Público. Vol. I. São Paulo, Editora Atlas, 2002.

SOUSA, Miguel Teixeira, e VICENTE, Dário Moura, Comentários à Convenção de Bruxelas, Lisboa, Lex, 1994.

SOUSA, Solange Mendes, Cooperação Jurídica Penal no Mercosul, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, "O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade; uma abordagem constitucional", in Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 349, 2000, pp. 29-41.

STRENGER, Irineu, "Extraterritorialidade do Direito Processual", in Avances de Derecho Internacional Privado em América Latina, org. Jan Kleinheisterkamp e Gonzalo Lorenzo Idiarte, Montevidéu, FCU, 2002.

_____, A Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado, São Paulo, RT, 1968.

STRUCHINER, Noel, "Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista", in Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC-Rio, vol. 9, 2000.

STURZENEGGER Luiz Carlos, "Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estados — Proteção a Bens de Bancos Centrais", Revista de Direito Administrativo, vol. 174.

SYMEONIDES, Symeon C. The Hague Principles on Choice of Law for international contracts: some preliminary comments. American Journal of Comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013.

SUDRE, Frédéric, "L'ordre Public Européen", in REDOR, Marie-Joelle, L'ordre public: ordre

public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Bruxelas, Bruylant, 2001.

TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado, 11ª. edição, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1976, vol. II.

_____, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955.

TEPEDINO, Gustavo, "A disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares", in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

_____, Temas de Direito Civil, 2a. ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

TIBURCIO, Carmen, Temas de Direito Internacional, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2006.

_____,. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 21, p. 84-113, 2009.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org). O direito internacional contemporaneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme (org.) Sequestro Internacional de Crianças – comentários à Convenção da Haia de 1980, Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

TORRES, Enéas, Bazzo, Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro", Dussertação de Mestrado, PUC-Rio, 2002.

TRIEPEL, H., "Les rapports entre le droit interne et le droit international", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 1. The Hague: Martinus Nijhoff, 1923, p. 73-122.

_____, Droit international et droit interne. Saint Dizier: Thevenot, 1899. pp. 44 e ss apud GAUTIER, Philippe. Essai sur la définition des traités entre États. Bruxelas: Bruylant, 1993.

TROOBOFF, Peter, "Foreign State Immunity", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 200. The Hague: Martinus Nijhoff, 1986, p. 235-432.

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, vol. I.

_____, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, vol. II e III.

_____, Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, vol. VI (1961-1971). Brasília: Organização Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, 2002.

VANNIER, Guillaume, Argumentation et droit, Paris, PUF, 2001.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de, La Competénce Internationale de L'État en Matière de Droit Privé, Paris, LGDJ, 1997.

VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. Implementação da Cooperação Jurídica Internacional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 272p.

VESCOVI, Eduardo, Derecho Procesal Civil Internacional, Ed. Idea, Montevidéu, 2000.

VIEIRA, Manuel, "La Codificacion del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano — Evolución Historico-Juridica", in Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ano XXXII, n. 1 e 2, Montevideo, 1991.

VILA MAIOR, Paulo; "Integração Européia e a Evolução do Direito: A Caminho da Desjuridificação Nacional e da Jurisdificação Transnacional"; Faculdade de Direito da Universidade de Nova Lisboa; Working Paper 4/00, trabalho publicado no site "http://www.fd.unl.pt/pt/wps/wp004-00;doc". (Data de acesso ao site: 13.06.2001).

VREILLIS, Spyridon, "Le Droit International Privé vers la fin du Vingtième Siècle: Avancement ou Recul?", in Revue Helléneníque de Droit International, vol. 51, pp. 103-122.

WATT, Horatia Muir. Private International Law beyond the schism. Transnational Legal Theory . Oxford, vol. 2, n. 3, p. 347-427, 2011.

WEINTRAUB, Russel, "International Litigation and Forum non Conveniens", in Texas International Law Journal, vol. 29, 1994.

_____, Commentary on the Conflict of Laws, 3a. ed., Mineola, New York, The Foundation Press, 1986.

WITZ, Claude, Les Primières Applications Jurisprudentielles du Droit Uniforme de la Vente Internationale, Paris, LGDJ, 1995.

WOLFF, Martin, Derecho Internacional Privado, Barcelona, Boescht Casa Editorial, 1958.

YNTEMA, Hessel, "The Historic Bases of Private International Law", in American Journal of Comparative Law, vol. 2, 1953, pp. 297-317.

ZAPATER, Mônica Guzman, "Adopción Internacional: Cuanto Queda del Derecho Internacional Privado Clássico?", in Mondialización y Família, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001.

ZERBINI, Eugênia Cristina de Jesus, "A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias", in Contratos Internacionais, São Paulo, Ed. RT, 1985.

Notas

[←1]
Em 18 de março de 2016 entre em vigor o Novo CPC, que traz um capitulo próprio para a Cooperação Jurídica Internacional.

[←2]
Contratos Internacionais, 4ª. ed. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2010.

[←3]
O Novo CPC traz a possibilidade de eleição de foro de forma expressa. O princípio está sendo objeto de inclusão para os contratos internacionais no projeto de atualização do Código do Consumidor, atualmente em tramite no Legislativo.

[←4]
Apenas para citar alguns exemplos, temos a Constituição espanhola, de 1978, a portuguesa, de 1976, a brasileira, de 1988, e a Constituição argentina reformada, de 1994, entre outras. Ver, sobre o assunto, PINHEIRO, Carla, Direito Internacional e Direitos Fundamentais, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 71.

[←5]
Explica Diego Fernandez Arroyo que o termo "América Latina" aparece na segunda metade do século XIX, com conotações políticas para distinguir os Estados do sul dos Estados poderosos do norte. Esclarece que, na Espanha, o termo preferido é ibero-americano, pois América Latina seria impreciso. ARROYO, Diego P. Fernandez, in "Derecho Internacional Privado Interamericano: Evolución y perspectivas", XXVI Curso de Derecho Internacional, Washington, OEA, 1999, p. 157.

[←6]
GANNAGÉ, Léna, La Hiérarchie de Normes et les Méthodes du Droit International Privé, Paris, LGDJ, 2001, p. 48: "Les droits fondamentaux ont rejoint la catégorie des principes généraux du droit... On assiste alors à une éviction des méthodes de réglementation au profit des normes fondamentales."

[←7]
Sobre essas mudanças, ver TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil, 2a. ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2001. Dois estudos cuidam especificamente dessa questão. No primeiro, "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", o autor, ao justificar a nova adjetivação atribuída ao direito civil [direito civil constitucionalizado], diz: "Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais." E no estudo "Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas", posterior ao primeiro cronologicamente, volta a cuidar do tema e afirmar: "(...)verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado(...) mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana." (p. 58) Conclui afirmando que a tutela dos direitos humanos nas relações privadas consolida a interpenetração dos espaços públicos e privados (p. 70).Veja-se também, CAMARGO, Margarida Lacombe, "Eficácia Constitucional: Uma Questão Hermenêutica", in Hermenêutica Plural, orgs. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Neste texto, assevera: "Durante muito tempo, as relações privadas — civis e comerciais — formaram o eixo da vida social. A composição dos interesses individuais era vista como prioritária, e o Estado (Moderno) foi criado justamente com esse fim: de garantir a ordem pública, assegurando as relações privadas, livres de qualquer tipo de interferência que pudesse prejudicar o natural correr dos acontecimentos. A individualidade ganha assento, assim como os interesses fazem vigorar a lei do mercado: da oferta e da procura. A conduta correta é aquela que visa o bem-estar, garantido pelo poder econômico; logo, a ética do mercado, ou a ética do lucro, é que passa a gerir as relações sociais. A pura e simples busca do lucro leva à desigualdade social, no sentido mais elementar da teoria marxista, e as injustiças daí advindas agridem qualquer ser humano dotado de um mínimo de sensibilidade e respeito para com o próximo. Não é por menos que a Constituição brasileira de 1988, ao tentar conciliar a iniciativa privada aos valores sociais do trabalho num espírito de solidariedade, à semelhança de várias outras que lhe são contemporâneas, toma como fundamento primeiro da ordem jurídica a dignidade da pessoa, no melhor sentido do antigo Direito Natural. No entanto, não é mais o indivíduo indiscriminado que se procura proteger, mas a pessoa, naquilo que ela tem de próprio e que a distingue dos demais membros da sociedade."

[←8]
O Curso de Direito Internacional da OEA (promovido anualmente no Rio de Janeiro, desde 1975) possui larga tradição nos estudos de direito internacional público e privado. As palestras são publicadas pela Secretaria Jurídica da OEA. Veja em www.oas.org.

[←9]
Vamos analisar o DIPr a partir do método tradicional, chamado de método conflitual, e das tendências de modificação do método em questão nos últimos anos, na Europa e nos Estados Unidos.

[←10]

O Código Bustamante, arquitetado na Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos de Havana em 1928, já trazia essa concepção em suas regras gerais, ao estabelecer, em seu Art.4º, que os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional. O Código Bustamente foi promulgado pelo Brasil em 13/08/29, por meio do Decreto 18.871. São também partícipes: Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Salvador e Venezuela. Para o texto integral, ver DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, Vade-Mécum de Direito Internacional Privado, Ed. Univ., 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 166 e seguintes. Para uma maior reflexão sobre o Código Bustamante, ver o completo estudo de SAMTLEBEN, Jürgen, Derecho Internacional Privado en América Latina — Teoria e Práctica del Código Bustamante, vol. I, parte geral, tradução de Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, DePalma, 1983. Esclarece Samtleben que o Código Bustamante é muito usado na América Latina, não só entre os países contratantes, mas como fonte de doutrina jurídica, por seu caráter universalista, op. cit., p. 177-178. Isso amplia sua utilização e importância como autêntica lei de Direito Internacional Privado, na falta de regras específicas da legislação interna em temas por ele tratados. Finalmente, aponta Samtleben a importância prática do Código Bustamante, pois é um instrumento de argumentação jurídica, como se vê na sua utilização por juristas e pareceristas em casos envolvendo o Direito Internacional Privado. Também no Brasil o Código Bustamante é fonte doutrinária e é utilizado na jurisprudência como fonte, mesmo em relação a países não signatários.

[←11]

Veja-se, neste sentido, o prefácio de Yves Lequette à obra de Léna Gannagé, La Hiérarchie de Normes et les Méthodes du Droit International Privé, Paris, LGDJ, 2001. Na sua apresentação, Lequette afirma: "Constitutionnalisation, internationalisation, européanisation, ces trois mots résument l'essential des bouleversements qui ont affecté les sources du droit international privé depuis une trintaine d'années" (p. VI).

[←12]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmodern", in Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 228. Explica o autor que, na Alemanha, os direitos fundamentais são expressamente mencionados na disposição legal que cuida da ordem pública no direito internacional privado. A norma em questão é o art. 6, da Lei de Introdução ao Código Civil (EGBGB): "Art. 6. Öffentliche Ordnung (ordre public). Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Recht offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist." Em tradução livre: Art. 6. Ordem pública (ordre public). Uma norma de outro Estado não deve ser aplicada, quando sua aplicação levar a um resultado incompatível com princípios fundamentais do direito alemão. Ela será especialmente inaplicável quando sua aplicação for incompatível com os direitos fundamentais.

[←13]

GANNAGÉ, Léna, La Hiérarchie de Normes et les Méthodes du Droit International Privé, Paris, LGDJ, 2001, p. 5.

[←14]

PIOVESAN, Flavia, in "Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil", Arquivos de Direitos, vol. I, org. Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 75. Segundo a autora: "A Declaração Universal introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada."

[←15]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle et Intégration: le Droit International Privé Postmoderne", in Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 37. O autor faz esta explanação ao justificar o título e a linha de estudo empregada para o curso geral da Academia de Direito Internacional, pois acredita que o Direito é parte integrante da cultura e, portanto, a categoria pós-moderna, utilizada nas artes e na arquitetura, se aplicaria também ao Direito. Em seguida, descreve as características do fenômeno, que divide em quatro: pluralismo, comunicação, narração e o retorno aos sentimentos. Ao longo do curso, e em particular na síntese feita na conclusão, o autor exemplifica cada uma dessas características do pós-modernismo em uma situação ligada ao DIPr. Veja-se, expandindo a noção de pós-modernidade no Direito, MARQUES, Claudia Lima, "A Crise Científica do Direito na Pós-modernidade e seus Reflexos na Pesquisa", in Rumos da Pesquisa, Múltiplas Trajetórias, org. Maria da Graça Krieger e Marininha Aranha Rocha, Porto Alegre, Pró-Reitoria de Pesquisa, UFGRS, 1998, pp. 95-108. Em resumo, explica a autora que nesses tempos pós-modernos, o desafio para o Direito é no sentido de propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do Direito Civil, agora mais influenciada pelo Direito Público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Claudia Lima Marques volta ao tema da pós-modernidade no DIPr e aplica tal visão, concretamente, quando sugere uma Convenção Interamericana de Proteção ao Consumidor. MARQUES, Claudia Lima, "A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral", in XXXVII Curso de Direito Internacional, Washington, OEA, 2000. No Brasil, veja-se, por todos, no campo do Direito Internacional Privado, RAMOS, André de Carvalho, "Nota Introdutória, o Direito Internacional Privado e seus desafios", in Direito Internacional Privado: questões controvertidas, organizador André de Carvalho Ramos, Belo Horizonte, Arraes, 2016, p. 1-8. Para ele, no século XXI, a "nova globalização do século XXI é feita em um cenário de expansão dos direitos humanos e de respeito à dignidade, o que impulsiona temas centrais do Direito Internacional Privado como tratamentos antidiscriminatórios e

promoção da igualdade, de modo que além de não aceitar o chauvinismo jurídico, permite-se a aplicação de direot ou decisão estrangeiros no territorio de outro estado soberano". (p.1) Desta forma, o DIPr deve ser interpretado à luz do respeito aos direitos humanos (p.2).

[←16]

PIOVESAN, Flávia, Temas de Direitos Humanos, São Paulo, Max Limonad, 1998, pp. 34-35. Acrescenta a autora que: "A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro."

[←17]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 49.

[←18]

Exemplifica o autor com a Diretiva da União Européia sobre o contrato de time-sharing, que por um lado quer dar maior proteção ao comprador, parte mais fraca, mas por outro quer com isso garantir o bom funcionamento do mercado, evitando distorções na concorrência. JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 249.

[←19]

A Convenção da Haia sobre adoção, concluída em 23 de maio de 1993, entrou em vigor internacional em 01 de maio de 1995. No Brasil, foi aprovada pelo DL nº 01, de 14 de janeiro de 1999, ratificada em 10 de março de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3087, de 21 de junho de 1999, entrando em vigor em 01 de julho de 1999.

[←20]

RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura, Direito Internacional Privado e Constituição, 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, pp. 100-101.

[←21]

RAMOS, Direito Internacional..., p. 104.

[←22]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 260. O autor dá como exemplo o art. 190 do Tratado das Comunidades Européias, que prevê: "Os regulamentos, as diretivas e as decisões do Conselho serão motivados e visarão às proposições ou opiniões obrigatoriamente utilizadas na execução do presente tratado". E esses considerandos aparecem na Diretiva 94/47 CE, que trata do contrato de time-sharing, dando uma descrição da finalidade da regra de conflito. Esta é uma norma narrativa que deve ser levada em consideração pelos juízes na interpretação das normas comunitárias em questão, mas não contém um comando impositivo direto.

[←23]

ROZAS, José Carlos Fernández, "Orientaciones del Derecho International Privado en el Umbral del Siglo XXI", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000, p. 7.

[←24]

Como ocorreu na Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações internacionais, que adotou a regra dos vínculos mais estreitos (princípio da proximidade) para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais, e na criação da jurisprudência americana, no caso Babcock, como se verá mais adiante.

[←25]

ROZAS, "Orientaciones del Derecho...", p. 11.

[←26]

O princípio da proximidade teve origem no direito americano, na área dos contratos, quando se diz que a lei aplicável deve ser aquela "most closely connected", ou seja, com a qual o contrato possui vínculos mais estreitos. Incorporado no Restatement 2nd on the Conflicts of Laws, foi posteriormente utilizado na Europa na Convenção de Roma sobre o direito aplicável às obrigações internacionais. Com isso, hoje tem uso corrente na maioria dos países europeus. Nas Américas, o princípio também foi utilizado com regra de conexão na Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais celebrada no México em 1994.

[←27]

ROZAS, "Orientaciones del Derecho...", p. 21.

[←28]

ROZAS, "Orientaciones del Derecho...", p. 23.

[←29]

Nas palavras de GANNAGÉ, op. cit., p. 1, "por muito tempo conhecido como um processo entre ricos, o direito internacional privado interessa hoje a todos os que vêm aos tribunais". Observação de cunho sociológico resultante da pesquisa nas obras de compilação da jurisprudência francesa, pois no começo do século a maioria dos processos era de príncipes, barões etc., enquanto hoje é composta de nomes comuns.

[←30]

Nesse sentido, o Estatuto dos Refugiados, de 1951, não ficou insensível a essa problemática, contando com artigo específico para o tema, no seu Art.12, pelo qual a lei aplicável ao estatuto pessoal será determinada pela lei do domicílio do refugiado.

[←31]

Segundo BRITO, Maria Helena, A Representação nos Contratos Internacionais, Coimbra, Almedina, 1999, p. 596: "A reserva da ordem pública, quer na sua função negativa e positiva, significa sempre uma imposição das concepções jurídicas fundamentais do Estado do foro na regulamentação de uma situação internacional submetida, pelas normas de conflitos do sistema do foro, a uma ordem jurídica estrangeira."

[←32]

Veja-se, DOLINGER, Jacob, "In Defense of the `General part' Principles", in International Conflicts of Laws for the Third Millenium, New York, Transnational Publishers, 2001, p. 31, em que o autor, ao esclarecer o princípio de ordem pública justifica a aplicação do método: "As different people from different countries, nationalities, cultures and mentalities relate between themselves in matters ruled differently by each State, the maintenance of transnational legal order demands that we apply one legal system to each relationship, to each situation, and so we establish a set of rules that will indicate the applicable law for every situation. We accept a foreign law out of a philosophy of tolerance, of understanding that transnational situations ask for solutions that are above each State's idea of sovereignty, of peculiarity, of individualism, of parochialism. But, of course, this philosophy has to respect certain basic values that are dear and important to the jurisdiction and the people that live therein, and therefore no foreign law that stands in antagonism to these values can be accepted."

[←33]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 251.

[←34]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 252.

[←35]

Alerta JAYME, Erik, "Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation", in Recueil de Cours, tomo 282, 2000, para a questão do divórcio no direito comunitário europeu.

[←36]

Veja-se o comentário sobre o desenvolvimento do DIPr Argentino de KLOR, Adriana Dreysin, "Los Principales Desarrollos Dentro del Derecho Internacional Privado en el Próximo Siglo en Argentina", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, especial 2000, p. 64, sobre a necessidade de incorporar o labor criativo do juiz em uma jurisprudência de valores como fator determinante do próprio objeto do DIPr.

[←37]

Não se nega a necessidade, em algumas situações, de regras unilaterais, mas as exceções complementam o sistema.

[←38]

RAMOS, Rui Manoel de Moura, "Direito Internacional...,", p. 239.

[←39]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 224.

[←40]

Sobre o tema do consumidor no plano internacional, veja-se o excelente curso de MARQUES, Claudia Lima, "A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral", in XXXVII Curso de Direito Internacional, Washington, OEA, 2000. Na jurisprudência brasileira, merece ser lembrado o RESp 63981/SP, Quarta Turma, Rel. para Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 00296, onde, não obstante o disposto no Art. 9º, caput, da LINDB, foram aplicadas as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor à relação contratual de compra e venda de mercadoria eletrônica e de sua respectiva garantia, celebrado em Miami, Estados Unidos, entre brasileiro e empresa americana, subsidiária de uma multinacional japonesa. A ação foi intentada pelo brasileiro contra a subsidiária brasileira da multinacional, exigindo o cumprimento do contrato de garantia (firmado com a empresa americana), tendo sido reconhecido pelo STJ o direito do comprador, principalmente em razão da confiança que este depositou na marca do produto, e com fundamento nas normas brasileiras de proteção ao consumidor. De notar que o STJ analisou a questão tão-somente do ponto de vista do Código do Consumidor, sem se preocupar com o disposto no Art. 9º da LINDB, que cuida dos contratos internacionais. Consideraram, afinal, a norma do CDC como norma de caráter imperativo.

[←41]

Nesse sentido, veja-se PINHEIRO, Carla, Direito Internacional e Direitos Fundamentais, São Paulo, Ed. Atlas, 2001. A autora defende esta linha de idéias.

[←42]

RIGAUX, François, Cours de Droit International Privé, Recueil de Cours, tomo 213, 1989, p. 95.

[←43]

ARENDT, Hannah, Portable Hannah Arendt, editado por Peter Bacha, New York, Penguin Books, p. 34.

[←44]
Veja-se a definição de André Ramos, sintética e oportuna: "Por direitos humanos entendo um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade" in RAMOS, André de Carvalho, Processo Internacional de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 11. Continua o autor, apontando a necessidade de contextualizar o conceito, entendendo-o sempre como fluido e aberto, características necessárias para manter sua não-tipicidade, pois assim são fixadas margens móveis para esse conjunto, que tem sido alargado pelas novas necessidades do ser humano, incluindo-se, assim, v.g. a proteção ao meio ambiente. Op. cit., pp. 12-13.

[←45]
LAFER, Celso, A Reconstrução dos Direitos Humanos, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988.

[←46]
LAFER, Celso, A Reconstrução..., p. 123.

[←47]
Cf. sobre o tema, entre outros: MELLO, Celso D. Albuquerque, Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 1994; PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 4a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2000; SARLET, Ingo, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1998; BICUDO, Hélio, Direitos Humanos e Sua Proteção, São Paulo, FTD, 1997.

[←48]
CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, Porto Alegre, Fabris, 1997, p. 20. Sobre a disciplina, veja-se ainda: RAMOS, André de Carvalho, Processo Internacional de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Renovar, 2002; ALMEIDA, Guilherme Assis de, Direitos Humanos e Não-violência, São Paulo, Atlas, 2001; PIOVESAN, Flávia, Direito Internacional dos Direitos Humanos, 4a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2000. André Ramos assim define o DIDH: "é entendido como o conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas" (p.25)

[←49]
BOBBIO, Norberto, Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos, organização de Michelangelo Bovero, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 480.

[←50]
CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas", in 10 anos de Constituição, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 104. Continua o autor: "Por esse conjunto apreciável de razões, é justo reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalisador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário." (p. 114)

[←51]
SARLET, Ingo, Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

[←52]
SARLET, Ingo, "Dignidade da Pessoa...", p. 44.

[←53]
Ibidem, p. 60.

[←54]
LAFER, Celso, A Reconstrução..., p. 155.

[←55]
Sobre o impacto dos direitos humanos no Brasil, especialmente a partir da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, confira-se a análise de PIOVESAN, Flávia, "Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil", in Arquivos de Direitos Humanos, vol. I, org. Celso D. de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 85 e seguintes.

[←56]
O tema em questão não é pacífico. Há muitos autores, entre eles Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, que alçam os tratados relativos à proteção dos direitos humanos ao nível constitucional. Todavia, até o presente momento, o STF se declarou contrário à tese, apesar de recentes abrandamentos nesse sentido, pois em voto do Min. Sepúlveda Pertence declarou que se não forem contrários às normas constitucionais, estes princípios alçam ao patamar constitucional. Veja-se, ainda, ARAUJO, Nadia, "A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e a Ausência de Regulamentação Constitucional", in Plurima, vol. 3, 1999, e mais adiante, nesta obra, o capítulo referente às fontes do DIPr.

[←57]
O tema é objeto de polêmica pois a lei interna que regulamenta a questão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei

13.146/2015, já está sendo objeto de discussão no STF. Ver ADI 5357.

[←58]

Para a definição de hard cases ou casos difíceis, veja-se STRUCHINER, Noel, "Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista", in Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC-Rio, vol. 9, 2000. Diz o autor: "A discussão sobre os chamados "hard cases" do direito, os "casos difíceis ou insólitos" que ocorrem no âmbito jurídico, surge a partir das investigações de Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin [juristas americanos] acerca da objetividade do direito, isto é, sobre a capacidade do direito de determinar uma única solução correta para cada caso que surge ou possa surgir sob a égide de seu domínio". Na concepção utilizada por esses autores, "casos difíceis" são aqueles casos de direito para os quais não é possível encontrar uma solução trivial, ou uma única solução correta, e que portanto deixam a comunidade jurídica perplexa sobre a maneira pela qual eles devem ser resolvidos (p. 84).

[←59]

LAFER, Celso, Prefácio, op. cit.

[←60]

GLENN, Patrick H. La conciliation des Lois. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 364. The Hague: Martinus Nijhoff, 2012, p. 316.

[←61]

GLENN, Patrick H. La conciliation des Lois...p.317.

[←62]

Veja-se o texto da exposição de motivos à Presidente da Republica, encontrada na Mensagem 163/2015, que submeteu à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção, e que agora tramita sob a sigla MSC 163/2015.

[←63]

CORREA, A. Ferrer, Lições de Direito Internacional Privado, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p.11.

[←64]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 39.

[←65]

TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado, vol. I, 11a. ed., rev. e atualizada por Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976. Afirma o autor: "sem o elemento estrangeiro não ocorre conflito de legislações", p. 11.

[←66]

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, e GONZALEZ, Javier Carrascosa, Derecho Internacional Privado, vol. I, Ed. Comares, 1999, p. 5. Acrescentam os autores que, enquanto no século XIX o DIPr era visto como uma disciplina de aristocratas, de minorias elitistas, hoje a situação é bem diferente, pois a sociedade atual é fortemente internacionalizada, e marcada pelos deslocamentos das massas (p. 11).

[←67]

Na Idade Média, antes mesmo do surgimento dos Estados nacionais, o problema surgiu porque os comerciantes, em suas relações, podiam ser regidos pela lei de diferentes cidades, dando origem à escola estatutária.

[←68]

CORREA, A. Ferrer, op. cit., p. 18.

[←69]

CORREA, A. Ferrer, op. cit., p. 33.

[←70]

CARAVACA, "Derecho Internacional...", p. 6, explica que o elemento estrangeiro é qualquer dado que não aparece conectado com o país cujos tribunais cuidam do assunto. E uma vez comprovada a presença desse elemento, a situação privada é internacional, passando assim a ser regulada pelas regras próprias do DIPr do direito interno. Qualquer elemento estrangeiro converte a situação em internacional, tendo assim uma função identificadora. François RIGAUX, "Cours de Droit International Privé", Recueil de Cours, tomo 213, 1989, utiliza a expressão "relação transfronteiriça", explicando que esta se distingue da relação homogênea em que todos os elementos estão concentrados sob o território de um só Estado (pp. 84-85).

[←71]

Sobre a origem da denominação, veja-se MIRANDA, Pontes, Tratado de Direito Internacional Privado,vol. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1935, p.24. A expressão "Direito Internacional Privado" surge com Story, em 1834, reaparece com Foelix, em 1843, e com Schäffner, em 1851, generalizando-se durante o século XIX.

[←72]

TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado, vol.I, 11ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, p. 16, já se preocupava com a denominação da disciplina ao dizer que os termos "internacional" e "privado" não se acomodavam, pois o DIPr é um direito nacional, em razão da ausência da solução de seus conflitos por um tribunal internacional. No Brasil, seu estudo foi muito

influenciado pela escola francesa, que dividia a disciplina em quatro campos: a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito das leis e o conflito de jurisdições. Jacob Dolinger, relatando a experiência brasileira, alude à discordância dos autores a esse respeito, pois para alguns, como Eduardo Espínola, a questão dever-se-ia circunscrever ao conflito de leis, aceitando-se a questão da nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro tão-somente para fins didáticos. In Direito Internacional..., p. 2. Mas acreditamos que a partir de 1942, com a mudança de critério para determinação do estatuto pessoal, de nacionalidade para domicílio, diminuiu sobremaneira a necessidade da inclusão dos dois tópicos no curso da disciplina, já que são objeto de estudo no direito constitucional.

[←73]

Segundo Ferrer Correa, destacam-se, entre as diversas orientações da disciplina: a escola alemã, adotada também na Itália, que cuida somente dos conflitos de leis; a escola anglo-saxônica, na qual se estudam os problemas relativos ao conflito de jurisdição, ao conflito de leis e ao reconhecimento das sentenças estrangeiras (também adotada na Espanha), e a escola francesa, na qual se adicionam ao conflito de jurisdição e de leis, a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro (pp. 62-63). Para um panorama da disciplina em Portugal, Espanha, França, Suíça, Itália, Bélgica e Alemanha, veja-se SANTOS, Antonio Marques dos, "Defesa e Ilustração do Direito Internacional Privado", Coimbra Editora, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento, 1998, pp.140 e seguintes. Recentemente, no Brasil, a preocupação com o conteúdo e a ordem dos temas também foi apontada por Vera Jatahy, inclusive quanto à interpenetração do DIPr e do DIPu. Diz a autora: "Dada a sua finalidade, [o estudo do conflito de jurisdições] antecede mesmo ao exame do conflito de leis potencialmente aplicáveis ao mérito de um litígio. Embora deste seja independente, mantém com ele inegável ligação, pois é ao juiz acionado que cabe decidir, em última análise, a lei aplicável", in JATAHY, Vera Maria Barreira, Do conflito de Jurisdições, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, p. 2.

[←74]

Veja-se ARAUJO, Nadia, Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira, 5ª. Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 305.

[←75]

O modelo de cooperação através de autoridades centrais foi introduzido no período pós-guerra, quando foi instituída na Convenção sobre cobrança de alimentos da ONU, de 1956. No entanto, o seu desenvolvimento e disseminação podem ser creditados à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Cabe ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, órgão da Secretaria Nacional de Justiça, exercer o papel de autoridade central, seja através de designação específica nos tratados dos quais o Brasil faz parte ou, na sua ausência, em virtude agora do Art. 26, §4ºdo Novo CPC.

[←76]

BATTIFFOL, Henri, "Le pluralisme des méthodes en Droit International Privé", in Récueil des Cours, Tome 139, 1973, II, p. 84.

[←77]

MIRANDA, Pontes, Tratado de Direito Internacional Privado, vol. I, Rio de Janeiro, José Olympio Ed., 1935, p. 10. Na expressão alemã: Recht über Recht.

[←78]

DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen, "O DIPr no Brasil no século XXI", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000, p. 81: "A inovação relativa às regras de conexão, que de rígidas passam a ser flexíveis, constitui uma verdadeira revolução no DIPr contemporâneo."

[←79]

Da Antiguidade ao feudalismo, houve manifestações que não são consideradas como parte do nascimento da disciplina como hoje é entendida. Isso porque o ius gentium constituía, nas palavras de Antonio Marques dos Santos, um subsistema de direito material especial criado pelo pretor peregrino, destinado a regular as relações entre cidadãos e estrangeiros, por oposição ao ius civilis, que se aplicava apenas aos cidadãos romanos.

[←80]

A primeira regra de DIPr foi elaborada por Aldricus, no século XII, ao responder à indagação: "Pergunta-se: se os homens de diversas províncias, que têm diversos costumes, litigarem perante um mesmo juiz, qual deles deve seguir o juiz encarregado de julgar? Respondo que é aquele que parecer melhor e mais útil. Deve portanto julgar segundo aquilo que se lhe afigurara melhor. Segundo Aldricus." In SANTOS, Antonio Marques, Direito Internacional Privado, Introdução, I volume, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p.73.

[←81]

Para maiores informações sobre a parte histórica do DIPr, veja-se CORREA, Ferrer, Direito Internacional, p. 103 e seguintes; no Brasil, VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, vol.I, 2a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977. A questão da aplicação espacial da lei, na célebre glosa de Acúrsio, tida como pontapé inicial da disciplina é citada por Ferrer Correa, op. cit., e Jacob Dolinger, Direito Internacional.... Também ao final do século XIX, ver RAMIREZ, Gonzalo, "Ley applicable a los actos jurídicos del punto de vista del Derecho Internacional Privado", in Anales de la Universidad, ano II, tomo III, 1892, pp. 296-325.

[←82]

Segundo SANTOS, Antonio Marques dos, Direito Internacional..., p. 97, a doutrina de Huber pode ser resumida nos três axiomas a seguir transcritos, da tradução portuguesa: "I — as leis de cada império têm força dentro dos limites da respectiva república, e obrigam a todos os seus súditos — e não além...; II — por súdito do império devem ser considerados todos os que se encontram dentro de seus limites, permanente ou temporariamente...; III — as autoridades supremas dos impérios procedem "comiter" [por cortesia], de forma que o direito de cada povo, aplicado dentro de suas fronteiras, tenha eficácia em toda a parte, desde que em nada prejudique ao direito ou ao poder de outro imperante, ou dos respectivos súditos."

[←83]

Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von, Sistema do Direito Romano Atual, vol. VIII, tradução Ciro Mioranza, Ijuí, Ed. Unijuí, 2004. Esta edição, na coleção Clássicos do Direito Internacional, teve a introdução escrita por Erik Jayme.

[←84]

Cf. MANCINI, Pasquale Stanislao, Direito Internacional, tradução Ciro Mioranza, Ijuí, Ed. Unijuí, 2003. Esta edição, na coleção Clássicos do Direito Internacional, teve a introdução escrita por Tito Ballarino.

[←85]

Mancini, quando ministro das Relações Exteriores, conclamou os demais países a promoverem uma conferência para uniformizar o DIPr. Seu aluno no Peru, Pradier Foderé, conseguiu tornar realidade o chamado de Mancini na América Latina, com a Conferência de Lima, de 1877. Mancini foi ainda um dos fundadores do Instituto de Direito Internacional, em 1873. Sobre a obra de Mancini e sua influência no DIPr, veja-se JAYME, Erik, "Pasquale Stanislao Mancini — Il diritto internazionale privato tra risorgimento e attività forense", in Studi e pubblicazioni della Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, n. 31, Edizioni Cedam, Padova, 1988.

[←86]

BATIFFOL, Le Pluralisme des Méthodes..., p. 79. Com mais detalhes sobre a história do DIPr, veja-se SANTOS, Antonio Marques, Direito Internacional..., p. 63 e seguintes. O autor elenca ainda no século XIX as escolas nacionalistas, das quais os maiores expoentes foram Kahn, na Alemanha, Bartin e Niboyet, na França, e Anzilotti e Ago, na Itália. Esses autores tinham um visão particularista do DIPr, ou seja, viam nele apenas uma parte integrante da ordem jurídica nacional de cada país, o que foi consubstanciado nas grandes codificações, como se verá a seguir.

[←87]

BATIFFOL, op. cit., p. 79. SANTOS, Antonio Marques dos, Direito Internacional, p. 151 e seguintes.

[←88]

O trabalho de Rabel foi publicado nos Estados Unidos, depois da 2ª Guerra Mundial. O Professor Ernst Rabel trabalhava na Universidade de Leipzig, quando foi forçado a emigrar para os Estados Unidos, em 1937, com o agravamento da situação política na Alemanha. Nos Estados Unidos, lecionou em Ann Harbour e Harvard. Foi um dos pioneiros no reconhecimento da importância do direito comparado nos projetos de unificação do direito, e participou do UNIDROIT desde 1927. Veja-se na área de conflitos de lei: RABEL, Ernst, The Conflicts of Law — a comparative study, Chigago, Callaghan & Co., 1947, em quatro volumes. O volume II se dedica aos temas de responsabilidade civil e contratos internacionais.

[←89]

MATTEUCCI, Mario, "Unification of Conflicts Rules in Relation to International Unification of Private Law", in Conflicts of Law and International Contracts, 1949.

[←90]

VIEIRA, Manuel, "La Codificacion del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano — evolución histórico-jurídica", in Revista da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, Montevidéu, ano XXXII, 1991, p. 67. Sobre a codificação do DIPr na América Latina, veja-se, também, ARAUJO, Nadia, Contratos Internacionais, 2a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, parte II, capítulo II. Sobre a proeminência do papel da América Latina, veja-se também LORENZEN, Ernest, "Uniformity Between Latin América and the United States in the Rules of Private International Law Relating to Commercial Contracts", in Tulane Law Review, vol. XV, 1941, p. 165.

[←91]

BATIFFOL, op. cit., p. 83.

[←92]

KAHN-FREUND, Otto. General Problems of Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 143. The Hague: Martinus Nijhoff, 1974, p. 330 e seguintes.

[←93]

Em suas palavras "even in the most secluded ivory tower there must be some echo of what is happening outside, and even the most doctrinal legal scholar wants his deductions to have some influence on the living law and hence to direct his attetion to matters of practical importance to his countris and his age." (KAHN-FREUND, Otto. General Problems of Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 143. The Hague: Martinus Nijhoff, 1974, p. 331)

[←94]

Essas regras, que determinam a lei aplicável, são normas que podem ser classificadas segundo sua fonte, natureza e estrutura. A

fonte pode ser de origem legislativa, doutrinária ou jurisprudencial. Uma norma de origem doutrinária pode ser considerada como sendo o Restatement americano. Restatement é uma compilação de normas jurídicas com comentários e casos hipotéticos ilustrativos das regras e sua aplicação, feitas pela American Law Institute, organização de caráter privado, muito respeitada nos meios jurídicos norte-americanos. O Restatement 1st adotou para o DIPr regras bilaterais fixas, baseadas nos critérios de conexão já conhecidos na Europa. Também pode ser interna, quando criada pelo Legislativo de um determinado país, ou internacional, quando criada em coordenação com outros Estados ou no âmbito de organizações internacionais. Quanto à sua natureza, a característica da norma de Direito Internacional Privado é ser indireta. Isto porque não soluciona a questão jurídica em si, mas indica o direito interno a ser aplicável na solução da questão. Para Vincent Heuzé, essas regras de conflito são parte de um direito material especial feito para regular situações uniformemente identificadas por um elemento de estraneidade que as afeta. In HEUZÉ,Vincent, La Réglementation Française des Contrats Internationaux, Paris, GNL, 1990, pp.102-103. Veja-se, ainda, a síntese apresentada por JAYME, Erik, "Identité culturelle...", p. 44.

[←95]

CORREA, A. Ferrer, Direito Internacional Privado, Alguns Problemas, Coimbra, 1985, p.22. Ver também a definição de STRENGER, Irineu, Direito Internacional Privado, 2a. ed., vol. 1, São Paulo, RT, 1991, p. 44: "DIPr 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 de leis ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais."

[←96]

CORREA, Ferrer, Direito Internacional Privado — Alguns Problemas, Coimbra, 1985, p. 21.

[←97]

STRENGER, Irineu, A Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado, São Paulo, RT, 1968, p. 24.

[←98]

OTÁVIO, Rodrigo, Pandectas brasileiras, vol. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1927, pp.421-422. O autor, no início do século, explicava: "A função do Direito Internacional Privado não é determinar de modo direto como, de que forma, em que proporção se defere a herança, mas justamente, no caso visado, como nos casos em que se possa cogitar da aplicabilidade de mais de uma lei, qual a lei que deva ser aplicada. Não afeta, assim, aquela disciplina de qualquer modo as distintas legislações nacionais, que continuarão dominando soberanamente os casos para que foram editadas. E assim ela, não visando modificar ou alterar de qualquer forma, qualquer lei nacional, não era de esperar, em tal conformidade, que surgissem dificuldades maiores para um acordo quanto à recíproca aplicabilidade das leis estrangeiras, nas diversas hipóteses em que se reconhecer que possa ser dispensada a aplicação da própria lei nacional."Amílcar de CASTRO, in Direito Internacional Privado, vol I, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1956, acrescenta: "Afinal, ao resolver questões de direito internacional privado, não deve o jurista estar preocupado com a superioridade do direito nacional, ou do direito estrangeiro. O direito indígena não é bem que se proteja, mas meio de que se serve para atingir um fim, que somente importa: a boa administração da justiça."

[←99]

CORREA, op. cit., p. 23.

[←100]

JAYME, "Identité Culturelle...", p. 44.

[←101]

JAYME, "Identité Culturelle...", pp. 42-43.

[←102]

Segundo DOLINGER, Jacob, Direito Internacional..., p. 146, o princípio em questão é do tipo flexível, determinando a aplicação da lei mais próxima, mais intimamente vinculada com as partes ou a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável. Esse novo ap- proach se baseia na idéia da intensidade maior de ligação, e é conhecido como princípio da proximidade. O princípio aparece no Restatement 2nd on the Conflicts of Law, e a partir daí é encontrado também na Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, e na Convenção do México sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, quando estas determinam, se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável ao contrato, que esta será aquela com a qual o contrato possui vínculos mais estreitos.

[←103]

DOLINGER, Jacob, Direito Internacional..., p. 37.

[←104]

Em nível internacional, é de se ressaltar especialmente o papel desempenhado por dois organismos internacionais: a Conferência de Direito Internacional da Haia e o Instituto para a Unificação do Direito Privado UNIDROIT. A Conferência, estabelecida na Haia desde o século XIX, prepara convenções internacionais sobre regras conflituais, muitas delas já em vigor, e o Instituto, criado em 1928, trabalha pela unificação de normas materiais de Direito Privado, tendo elaborado também diversas convenções. Veja-se, especialmente, os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, Roma, UNIDROIT, 1994. Sua metodologia é interessante porque, além de regras, contém comentários e exemplos, sendo que o conjunto integra os princípios. É um exemplo

de uma nova lex mercatoria para os contratos internacionais, e pode ser utilizado nos países em que a Convenção do México sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, de 1994, for ratificada, pois o Art.10 da mesma previu expressamente a utilização dos princípios do direito do comércio internacional. Cf. CRÉPEAU, Paul-A, The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?, Ontario, Carwell, 1998. Para o Direito do Comércio Internacional, várias instituições trabalham ativamente para a uniformização e unificação de regras substantivas do Direito Contratual. Nas Nações Unidas, há a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional UNCITRAL, cujo trabalho é de suma importância para o movimento uniformizador em andamento. Para citar alguns exemplos, a UNCITRAL elaborou a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, assinada em Viena, em 1980, e em vigor a partir de 1988 em 27 países. Para uma análise da Convenção de Compra e Venda Internacional, ver GREBLER, Eduardo, "O Contrato de Venda Internacional de Mercadorias", Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 319, 1992, pp. 310-317, e ZERBINI, Eugênia Cristina de Jesus, "A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias", in Contratos Internacionais, São Paulo, Ed. RT, 1985, pp. 76-93, e em Portugal, BENTO SOARES, Maria Angela e MOURA RAMOS, Rui Manuel, Contratos Internacionais, Coimbra, Livraria Almedina, 1986. Veja-se, ainda, ARAUJO, N. ; SPITZ, Lidia ; TEIXEIRA, B. B. A. . Diálogo das fontes: interações entre a lei doméstica e a CISG. In: Silvio de Salvo Venosa; Rafael Villar Gagliardi; Eduardo Ono Terashima. (Org.). A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Desafios e Perspectivas. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 589-604.

[←105]

CAVERS, David, "A Critique of the Choice of law Problem", in Harvard Law Review, vol. 47, 1933, p. 173.

[←106]

GARRO, Alejandro M. "El Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos: Balance y Perspectivas", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número especial, 2000, p. 101. Para maiores informações sobre a história do DIPr nos Estados Unidos, ver YNTEMA, Hessel, "The Historic Bases of Private International Law", in American Journal of Comparative Law, vol. 2, 1953, pp. 297-317.

[←107]

SANTOS, Antonio Marques, Direito Internacional..., p.163.

[←108]

JUENGER, Friedrich, Choice of Law and Multistate Justice, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 98.

[←109]

GARRO, op. cit., p. 106.

[←110]

SANTOS, Antonio Marques dos, Direito Internacional..., p. 193 e seguintes.

[←111]

Veja-se: JUENGER, Friedrich K., "Conflitos de Leis na América e na Europa", tradução de Ricardo Almeida, coordenação e revisão de ARAUJO, Nadia et al., Cadernos — Direito Internacional Privado, Departamento de Direito PUC — Rio, Ano I, nº 1, 1995.

[←112]

A importante influência do professor de Oxford, J. H. C. Morris, na evolução do Direito norte-americano, principalmente na sentença de 1963 do Caso Babcock, é salientada por MARQUES, Cláudia Lima, "Novos Rumos do Direito Internacional Privado quanto às Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos (Em especial de acidentes de trânsito)", in Revista dos Tribunais 629/72-90. Segundo a autora, o artigo escrito pelo inglês em 1951, publicado na Harvard Law Review, "The proper law of the tort", propugnando o abandono da regra da lex loci delicti, em favor da flexível proper law of the tort, foi determinante na sentença do caso Babcock, onde foram inclusive utilizadas expressões análogas às de Morris, como center of gravity ou grouping of contracts (p. 77).

[←113]

JUENGER, id., ib., p. 107. Ver também WEINTRAUB, Russel, "International Litigation and Forum non Conveniens", in Texas International Law Journal, vol. 29, 1994, pp. 321-352, no qual o autor explica por que os Estados Unidos são um ímã para diversas ações sobre fatos que muitas vezes ocorreram em outro país. As razões são custos menores e julgamento cível pelo júri, que facilmente estipula indenizações milionárias.

[←114]

A evolução das regras de conflito no direito norte-americano, originando a chamada Revolução Americana, assim como sua influência nas modificações do direito europeu, são comentadas por MARQUES, Cláudia Lima, "Novos Rumos do Direito Internacional Privado quanto às Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos (Em especial de acidentes de trânsito)", in Revista dos Tribunais, 629/72-90.

[←115]

JUENGER, id., ib., p. 150. Note-se que a "revolução nos conflitos americana" ocorreu para resolver conflitos, na sua maior parte, interestaduais, pois existem diversas situações multiconectadas a vários estados da federação. Por outro lado, o sistema conflitual tradicional é utilizado para os casos em que haja lei de mais de um país envolvido.

[←116]

GARRO, Alejandro, op. cit., p. 108. A seguir, o texto da seção 6, do Restatement on the Conflicts of Law: "(1) A Court subject to constitional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law. (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include: (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested parties and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expetations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied." Também o Código Civil da Louisiana adota critérios flexíveis para a solução do conflito de leis no seu Art.3515: Determination of the applicable law. General and residual rule: except as otherwise provided in this book (on the conflicts of law) an issue in a case having contacts with other states is governed by the law of the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied to that issue. That state is determined by evaluating the strength and pertinence of the relevant policies of all involved states in the light of (1) the relationship of each state to the parties and the dispute, and (2) the policies and the needs of the interestate and international systems, including the policies of upholding the justified expectations of the parties and of minimising the adverse consequences that might follow subjecting a party to the law of more than one state."

[←117]

JUENGER, "Conflitos de Leis...", p. 12.

[←118]

JUENGER, "Conflitos de Leis...", p. 17.

[←119]

Para maiores informações ver LIMA, João André. A harmonização do direito privado. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, 264p. Dosponível para consulta em www.funag.gov.br.

[←120]

Sobre os Princípios do UNIDROIT, veja GAMA E SOUZA JR, Lauro. Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – Soft law, Arbitragem e Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 575p.

[←121]

Por meio do Decreto nº 3.166/1999.

[←122]

Por meio do Decreto nº 8.008/2013.

[←123]

Para uma análise da Convenção de Compra e Venda Internacional, ver GREBLER, Eduardo, "O contrato de Venda Internacional de Mercadorias", Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 319, 1992, pp. 310-317, e ZERBINI, Eugênia Cristina de Jesus, "A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias", in Contratos Internacionais, São Paulo, Ed. RT, 1985, pp. 76-93, e em Portugal, BENTO SOARES, Maria Angela e MOURA RAMOS, Rui Manuel, Contratos Internacionais, Coimbra, Livraria Almedina, 1986.

[←124]

Para informação geral sobre o trabalho da Conferência da Haia, ver OVERBECK, Alfred E. Von, "La Contribution de la Conférence de la Haye au Dévelopment du Droit International Privé", in Recueil de Cours, tomo 233, 1992, II, pp. 9/98. Cf., ainda, JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 63 e seguintes. Para o texto das convenções, ver www.hcch.net.

[←125]

É importante ressaltar que a norma de caráter substancial não perde sua característica de norma conflitual, não se confundindo, portanto, com a efetiva norma substancial de DIPr. A primeira — de caráter substancial —, embora busque atingir um resultado material, faz isso com a adoção de múltiplos ou alternativos elementos de conexão, seguindo, pois, a estrutura clássica da norma conflitual. É o caso do Art.primeiro da Convenção da Haia sobre Conflitos de Lei em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias (1961), que elenca cinco conexões possíveis para determinar a validade formal destas disposições. A norma substancial de DIPr, por sua vez, indica efetivamente o resultado que quer atingir. Não se trata, desta forma, de estabelecer vínculos que possam ter como conseqüência a realização de um objetivo específico, implícito na norma, mas de descrevê-lo materialmente. Como o faz a Convenção da Haia sobre Proteção da Criança e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993) ao estabelecer, no seu Art.primeiro, que as regras da Convenção devem ser aplicadas no melhor interesse da criança. O aplicador da norma de DIPr tem, assim, a possibilidade de escapar da conexão da norma (conflitual) de DIPr — seja ela única ou múltipla —, podendo mesmo afastá-la e determinar a lei aplicável com base no resultado que a norma substancial de DIPr o manda atingir.

[←126]

GAUDEMET-TALLON, Hélène, "L'utilization de régles de conflit à caractère substantial dans les conventions internationales", in Internalisation du droit, Paris, Dalloz, 1994, p.183. Como exemplo de vínculo alternativo, veja-se, entre outras, a Convenção sobre a Forma das Disposições Testamentárias, 1961, Art. 1º; Convenção sobre a Celebração e Reconhecimento de Validade dos Casamentos, 1978, Art. 3º. Como exemplo de vínculos subsidiários, veja-se a Convenção sobre Prestação Alimentícia, Art. 1 e 3 da

de 1956 e Arts. 3, 4, e 5 da de 1973.

[←127]

Destaca-se o já referido Art. 1º, que dispõe: "Uma disposição testamentária é válida quanto à forma se esta corresponder à lei interna: a) do lugar onde o testamento foi feito, ou b) de uma das nacionalidades do testador, seja ao tempo da celebração do testamento, seja ao tempo de sua morte, ou c) do lugar onde o testador tenha domicílio, seja ao tempo da celebração do testamento, seja ao tempo de sua morte, ou d) do lugar onde o testador tenha sua residência habitual, seja ao tempo da celebração do testamento, seja ao tempo de sua morte, ou e) do local da situação dos bens, no que se refere aos bens imóveis."

[←128]

Convenção Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.413, de 14/04/2000.

[←129]

LEQUETTE, Yves, "De L'Utilitarisme dans le Droit International Privé Conventionnel de Famille", in L'Internalisation du Droit, Paris, Dalloz,1994. Cf., em mais detalhes, LEQUETTE, Yves, "Le Droit International Privé de la Famille à l'Épreuve des Conventions Internationalles", in Recueil des Cours, t. 246, 1994.

[←130]

Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.087, de 21/06/99.

[←131]

ZAPATER, Mônica Guzman, "Adopción Internacional: Cuanto Queda del Derecho Internacional Privado Clássico?", in Mondialización y Família, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001, p. 86.

[←132]

Tal objetivo vem previsto já no Art.primeiro: "Art.1. A presente Convenção tem por objetivo: a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com repeito aos direitos fundamentais que lhe conhece o direito internacional."

[←133]

GANNAGÉ, Léna, op. cit.,. pp. 136-137. A autora analisa as conseqüências da Convenção, considerando-a um recuo no sistema conflitual tradicional.

[←134]

O sistema de cooperação da Convenção fundamenta-se, sobretudo, na designação por cada Estado-Parte de uma Autoridade Central, responsável, entre outras atividades, pelo cumprimento das obrigações impostas pela Convenção e pela promoção da colaboração entre as autoridades competentes de seus respectivos Estados, a fim de assegurar a proteção das crianças e alcançar os objetivos da Convenção. Sobre as Autoridades Centrais e suas atribuições, ver, sobretudo, artigos 6 a 13 da Convenção.

[←135]

ZAPATER, Monica Guzman, op. cit., p. 88.

[←136]

Ib.id., p. 120.

[←137]

GAUDEMET-TALLON, Hélène, op. cit., pp. 184-186.

[←138]

JAYME, Erik, "Identité Culturelle...", p. 68 e seguintes.

[←139]

BUCHER, Andreas, "La dimension sociale du Droit International Privé, in Recueil de Cours, T. 341, 2009, p. 32 e seguintes.

[←140]

Para maiores informações, veja-se o sítio da Conferência da Haia, em www.hcch.net. Recentemente, remodelado, há uma área especialmente dedicada a projetos em andamento, divididos entre projetos legislativos e pos-convencionais, além dos proximos eventos.

[←141]

DROZ, Georges, "Regards sur le Droit International Privé Comparé", in Recueil de Cours, tomo 229, 1991, p. 39.

[←142]

Para maiores detalhes do ensino do DIPr e seu conteúdo na Espanha, Itália, França, Portugal, Suíça, Alemanha e Bélgica, veja-se SANTOS, Antonio Marques, Defesa e Ilustração..., p. 140 e seguintes.

[←143]

SANTOS, Antonio Marques, Defesa e Ilustração..., p. 165.

[←144]

Veja-se a palestra de BATIFFOL, Henri, "Le Pluralisme des Méthodes em Droit International Privé, in Recueil de Cours, tomo 139, 1973.

[←145]
SANTOS, Antonio Marques, Defesa e Ilustração..., p. 167.

[←146]
Apud GAUDEMET-TALLON, Hélène, "L'utilization de Régles de Conflit à Caractère Substantial dans les Conventions Internationales", in Internalisation du droit, Paris, Dalloz, 1994, p. 181.

[←147]
JUENGER, Friedrich K., "Conflitos de Leis na América e na Europa", tradução Ricardo Almeida, coordenação e revisão de Araujo, Nadia et al., Cadernos Direito Internacional Privado, Departamento de Direito PUC Rio, Ano I, no. 1, 1995.

[←148]
Apenas exemplificando, há as soluções da Convenção de Bruxelas sobre Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, hoje Regulamento nº 44, a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, e a recente Convenção sobre a Competência, Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Matrimonial, de 1998, transformada em regulamento comunitário. Cf. MARQUES, Claudia Lima, A Proteção..., pp. 723-4. Há, ainda, o conflito entre as normas dessas convenções, específicas para o DIPr, e algumas normas de conflitos ad hoc que integram diretivas européias. Cf. SANTOS, Antonio Marques, Defesa e Ilustração..., p. 170 e seguintes, inclusive com extensa bibliografia sobre o estudo do Direito Comunitário e do DIPr.

[←149]
Para o texto dessas leis, no Brasil, veja-se DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen, Vade-mécum....

[←150]
RIGAUX, François, "Droit International Privé et Droit Communautaire", in Internalisation du droit, Paris, Dalloz, 1994, p. 341.

[←151]
As fontes do Direito Comunitário se dividem em primárias e secundárias. As primárias são constituídas pelos atos celebrados entre os Estados-Membros, em especial os tratados constitutivos e seus protocolos e as convenções internacionais, as quais são vinculativas para os Estados-Membros. As fontes secundárias são aquelas oriundas dos órgãos comunitários (Parlamento, Conselho e Comissão europeus) e se constituem em regulamentos, diretivas, decisões e recomendações. Conforme o Art.288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o regulamento tem caráter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros; a diretiva, por sua vez, vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios; a decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar e as recomendações e os pareceres não são vinculativos. Cf. BORRAS, Alegria, "Le Droit International Privé Communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avernir", in Recueil de Cours, tomo 317, 2005, p. 317/536.

[←152]
Para um atualizado e detalhado histórico do desenvolvimento do agora chamado Direito Internacional Privado da União Europeia, veja, entre outros, BARIATTI, Stefania, Cases and Materials on EU Private International Law, Hart, Oxford, 2011. Antes de cuidar do material, a autora faz uma alentada exposição do desenvolvimento dessa nova área do direito comunitário. Foi a partir do artigo B do Tratado de Amesterdã (de 1992 e que entrou em vigor em 1993), que essa área passou a se desenvolver no plano legislativo europeu. No atual Tratado de Lisboa, o artigo 2º , 2, ficou estabelecido: "A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenômeno." Veja-se, ainda, BORRAS, Alegria, Le Droit International Privé Communautaire: réalités, problèmes et prespectives d'avenir . Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 317. The Hague: Martinus Nijhoff, 2005, p. 317-536; KUIPERS, Jan-Jaap. EU Law and Private International Law, Leiden: Martinus Nijhoff , 2012; REIMANN, Marthias. Conflict of Laws in Western Europe : a guide through the jungle. Irvington, NY: Transnational Publishers, 1995.

[←153]
JAEGER JR, Augusto, "Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um renascimento do Reenvio", in Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos, org. Carmen Tiburcio, Raphael Vasconcelos e Wagner Menezes, Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 55-68.

[←154]
SAMTLEBEN, Jürgen, "A Codificação Interamericana do DIPr e o Brasil", in Integração Jurídica Interamericana, orgs. Paulo Borba CASELLA e Nadia de ARAUJO, São Paulo, LTr, 1998, p. 25.

[←155]
É possível ver a situação atualizada das convenções no site da OEA. Para maiores informações sobre as CIDIPs, veja-se a obra coletiva Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro, orgs. Paulo B. CASELLA e Nadia de ARAUJO, São Paulo, Editora LTr, 1998; para a história do DIPr na América Latina, cf, na mesma obra, SAMTLEBEN, Jürgen, "A Codificação Interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil".

[←156]
Valladão, Direito Internacional Privado, 4a. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, vol. I, p. 195.

[←157]
Valladão, DIPr..., vol. I, p. 196, mostra as discussões e as divergências na elaboração do Tratado de Direito Civil, especialmente a discussão sobre o estatuto pessoal, e como afinal foi adotado o princípio do domicílio, seguindo-se os princípios de Story, Savigny e Teixeira de Freitas, mas orientados para o territorialismo. Para uma visão das discussões e modificações no 2º Congresso, de 1939/40, em relação ao primeiro, ver também Segundo Congresso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, publicação oficial do Ministério das Relações Exteriores da Argentina, Buenos Aires, 1940, com o informe do delegado do Uruguai, Álvaro Vargas Guillemette, relator dos trabalhos da Comissão de Direito Civil Internacional.

[←158]
Pandectas, p. 15. É certo ainda que em suas razões esclarece que o fez compelido pelos mandamentos da lei brasileira, ressaltando "(...) ainda quando não estivesse convencido de sua superioridade".

[←159]
Id., ib., pp. 167-168, pronunciamento do presidente da delegação do Brasil, Sebastião do Rego Barros.

[←160]
Sobre o Projeto de Lafayette, cf. ARAUJO, Nadia, Contratos Internacionais, 2ª ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, pp. 156 e seguintes.

[←161]
São Estados ratificantes, juntamente com o Brasil: Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

[←162]
"Competência — Direito Internacional Privado — Ação contra residente no Brasil perante a justiça de país diverso — Inexistência de atentado à soberania nacional — Aplicação dos artigos 318 a 322 do Código de Bustamante' e no corpo do acórdão se lê "Observou-se, algures, aplicar-se no Brasil o Código de Bustamante exclusivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão e acerto: os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes, mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei do país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem. O professor Clovis Bevilaqua, ao comentar o Código Civil, ensinou aplicar-se a lei pessoal do marido para determinar o regime dos bens entre os cônjuges. Sobrevindo o Código de Bustamante, entendeu o mestre estar eliminada a exegese por ele proferida, no Art. 8º da LINDB, em virtude da regra geral do art. 187 do repositório de normas civis adotado em Havana(...) É este, hoje, o direito internacional vigente no Brasil. Não opôs exceção alguma; não o restringiu aos súditos de países que participavam da Conferência de Havana." (SE 993, STF, RT vol. 136, p. 824)

[←163]
Assim, em lugar de se tentar rever os Tratados de Montevidéu ou o Código Bustamante, optou-se pela aprovação de convenções relativas a assuntos diversos, contendo normas materiais e conflituais. Ata final, 1965, apud Samtleben, Jürgen, Derecho Internacional..., op. cit., p. 41. Também sobre o tema, ver VIEIRA, Manuel, "La Codificacion del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano — Evolución Historico-Juridica", in Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ano XXXII, n. 1 e 2, Montevideo, 1991, p. 67.

[←164]
Ao final desse evento, foi recomendado à OEA convocar uma segunda conferência, o que foi feito pela Assembléia Geral em seu quinto período ordinário de sessões. Ver OEA/Ser.P/V.02, 11 de junho de 1975, vol. I, e MAEKELT, Tatiana B., Resultados de la, p. 112.

[←165]
VIEIRA, Manuel, La Codificación del..., p. 80.

[←166]
Sobre a influência da delegação norte-americana na CIDIP VI ver ARROYO, Diego P. Fernández. "El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI", in MARQUES, Claudia Lima e ARAUJO, Nadia de. O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 107.

[←167]
A análise das convenções será superficial, pois o foco do trabalho é tão-somente mostrar aquelas que apresentam regras em consonância com os recentes movimentos ocorridos na Europa e nos Estados Unidos.

[←168]
O Brasil participou de todas as conferências realizadas, assinando a maioria das convenções, mas só a partir de 1992 as enviou ao Congresso Nacional. O labor das CIDIPs teve influência, notadamente, na reforma do DIPr de alguns países latino-americanos, como o Peru, o México e a Venezuela. Para maiores informações, veja-se CASTRO, Leonel Pereznieto, "La Codificación Interamericana en Derecho Internacional Privado Es Todavia una Opción?", in Revista Mexicana de Derecho Internacional

Privado, vol. I, 1996, pp. 71-88. Do grupo de 22, treze já estão em vigor no Brasil, como se vê da lista a seguir: Na CIDIP I (Panamá, 1975): 1. Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, promulgada pelo Decreto n° 1.899, de 9/5/96, publicado no DOU de 10/5/96; 2. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Letra de Câmbio, Notas Promissórias e Faturas, rejeitada pelo Congresso Nacional, tendo sido comunicada a rejeição ao Presidente da República pela Mensagem nº 212, arquivada em 28/8/95; 3. Convenção sobre Conflito de Leis em Matéria de Cheques, assinada pelo Brasil, não foi enviada ao Congresso Nacional em face da existência de uma convenção posterior na CIDIP II, sobre o mesmo tema; 4. Convenção sobre Obtenção de Provas no Exterior, assinada pelo Brasil, e enviada ao Congresso Nacional conjuntamente ao Protocolo da CIDIP II; 5. Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações a Serem Utilizadas no Exterior, promulgada pelo Decreto n° 1.213, de 3/8/94, publicado no DOU de 4/8/94; Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, promulgada pelo Decreto n° 1.902, de 9/5/96. Na CIDIP II (Montevidéu, 1979): 1. Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares, não foi assinada pelo Brasil; 2. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Cheques, promulgada pelo Decreto n° 1.240, de 15/9/94, publicado no DOU de 16/9/94; 3. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, promulgado pelo Decreto n° 2.022, de 7/10/96; 4. Convenção Interamericana sobre o Domicílio de Pessoas Físicas no Direito Internacional Privado, assinada pelo Brasil; 5. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis, promulgada pelo Decreto n° 2.400, de 21/11/97; 6. Convenção sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, promulgada pelo Decreto n° 2.411, de 2/12/97; 7. Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, promulgada pelo Decreto n° 1.979, de 9/8/96, publicado no DOU de 12/8/96; 8. Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro, promulgada pelo Decreto n° 1.925, de 10/6/96, publicado no DOU de 11/6/96. Na CIDIP III (La Paz, 1984): 1.Convenção Interamericana sobre a Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, promulgada pelo Decreto n° 2.427, de 17/12/97; 2. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, promulgada pelo Decreto n° 2.429, de 17/12/97; 3. Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional e Eficácia Extraterritorial de Sentenças Estrangeiras, ainda não foi aprovada pelo Congresso Nacional; 4. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Recepção de Provas no Estrangeiro, assinado pelo Brasil e enviado ao Congresso Nacional em conjunto com a Convenção Interamericana sobre o mesmo tema. Na CIDIP IV (Montevidéu, 1989): 1. Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, promulgada pelo Decreto n° 1.212, de 3/8/94, publicado no DOU de 4/8/94; 2. Convenção sobre Obrigação Alimentar, promulgada pelo Decreto n° 2.428, de 17/12/97, publicado no DOU de 18/12/97; 3. Convenção Interamericana sobre o Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias, não foi assinada pelo Brasil. Na CIDIP V (Cidade do México, 1994): 1. Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada pelo Brasil e ainda não remetida ao Congresso Nacional; 2. Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores, promulgada pelo Dec. 2.740/98. Veja-se, sobre o tema, Maekelt, Tatiana B., "Resultados de la 2ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado — CIDIP II" in Comitê Jurídico Interamericano, Sexto Curso de Derecho Internacional, Washington, OEA/Serv.Q./V.C.-6, CJI-40, 1979, p. 111. Na CIDIP VI (Washington, 2002) foram aprovados: a Lei-Modelo Interamericana sobre Garantias Mobiliárias e dois Documentos Interamericanos Uniformes de Conhecimento de Carga para o Transporte Rodoviário Internacional de Mercadorias. Para maiores informações e atualização, vide www.oar.org/dil/esp/derechointernacionalprivado.

[←169]

A respeito do trabalho do Comitê Jurídico Interamericano na uniformização do DIPr nas Américas, ver, sobretudo, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002.

[←170]

MARQUES, Claudia Lima, "A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral", in XXXVII Curso de Direito Internacional, Washington, OEA, 2000, p. 657.

[←171]

Ressalte-se que esta área é uma das que foram harmonizadas com sucesso na União Europeia e encontra-se em um impasse no Mercosul, até o presente momento, pois os protocolos elaborados não entraram em vigor, e são do desagrado do Brasil, país que possui o maior nível de proteção ao consumidor do bloco. Um aspecto positivo é que os demais integrantes do Mercosul — Argentina, Uruguai e Paraguai — antes da integração não tinham leis especiais protetivas do consumidor, como era o caso do Brasil, situação essa que foi se modificando e hoje todos têm leis especiais, na sua maioria inspiradas na lei brasileira. Para maiores esclarecimentos, ver MARQUES, Claudia Lima, Curso da OEA, p. 733, que traz as informações referentes às leis desses países.

[←172]

Para maiores informações, ver em www.oas.org na área do direito internacional privado, onde há o texto do projeto brasileiro e as discussões do grupo de especialistas. Para maiores informações sobre esse projeto e sua utilização, veja-se o manual produzido pela OEA, em http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/secured_transactions_newsletter_aug_2013.pdf.

[←173]

Ver BADÁN, Didier Opertti, "Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para Ser Utilizados en el

Estranjero", curso II, in Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol. I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002.

[←174]

Art.6. "Em todas as procurações, o funcionário que as legalizar deverá certificar ou dar fé do seguinte, se tiver atribuições para isso: a) a identidade do outorgante e a declaração do mesmo sobre sua nacionalidade, idade, domicílio e estado civil; b) o direito que tiver o outorgante para dar procuração em nome de outra pessoa física ou natural; c) a existência legal da pessoa moral ou jurídica em cujo nome for outorgada a procuração; d) a representação da pessoa moral ou jurídica assim como o direito que tiver o outorgante para dar a procuração." Art.7. "Se no Estado da outorga não existir funcionário autorizado para certificar ou dar fé sobre os pontos indicados no Art.6, deverão ser observadas as seguintes formalidades: a) constará da procuração uma declaração jurada ou uma afirmação do outorgante de que diz a verdade sobre o disposto na alínea a do Art.6; b) juntar-se-ão à procuração cópias autenticadas ou outras provas no que diz respeito aos pontos indicados nas alíneas b, c e d do mesmo artigo; c) deverá ser reconhecida a firma do outorgante; d) serão observados os demais requisitos estabelecidos pela lei da outorga."

[←175]

Para uma análise detalhada da convenção, veja-se MADRUGA, Antenor, "A Convenção Interamericana sobre Procuração Internacional", in Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de, São Paulo, Editora LTr, 1998, pp. 276-293.

[←176]

A Convenção sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis foi aprovada durante a CIDIP II; a respeito dos resultados desta segunda conferência e das convenções nela aprovadas, ver, sobretudo, MAEKELT, Tatiana B. de. "Resultados de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CICIP-II)", in Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002, pp. 301-318(308).

[←177]

Art. 2. "A existência, a capacidade, o funcionamento e a dissolução das sociedades mercantis regem-se pela lei do lugar de sua constituição. Entende-se por "lei do lugar de sua constituição" a lei do Estado onde se cumpram os requisitos de forma e de fundo necessários para a criação de tais sociedades."

[←178]

Art.4. "A lei do domicílio do adotante (ou adotantes) regulará: a)a capacidade para ser adotante; b) os requisitos de idade e estado civil do adotante; c) o consentimento do cônjuge do adotante, se for o caso; e d) os demais requisitos para ser adotante. Quando os requisitos da lei do adotante (ou adotantes) forem manifestamente menos estritos do que os da lei da residência habitual do adotado, prevalecerá a lei do adotado."

[←179]

Art.1. "Esta Convenção tem por objeto assegurar a pronta restituição de menores que tenham residência habitual em um dos Estados Partes e que hajam sido transportados ilegalmente de qualquer Estado para um Estado Parte ou que, havendo sido transportados legalmente, tenham sido retidos ilegalmente. É também objeto desta Convenção fazer respeitar o exercício do direito de visita, de custódia ou de guarda por parte dos titulares desses direitos."

[←180]

Art.3. "Para os efeitos desta Convenção: a) direito de custódia ou guarda compreende o direito referente ao cuidado do menor e, em especial, o de decidir seu lugar de residência; e b) o direito de visita compreende a faculdade de levar o menor, por período limitado, a lugar diferente do de sua residência habitual."

[←181]

A Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar foi aprovada durante a CIDIP IV, juntamente com a Convenção sobre Restituição de Menores. A respeito das Convenções aprovadas durante a CIDIP IV, ver, sobretudo, CABRA, Marco Gerardo Monroy, "Cuarta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado", in Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional: Série Temática, Vol I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2002, pp. 405-432.

[←182]

Art.6. "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."

[←183]

Art.1. "O objeto desta Convenção, com vistas à proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, é a prevenção e sanção do tráfico internacional de menores, bem como a regulamentação de seus aspectos civis e penais.

Neste sentido, os Estados Partes obrigam-se a: a) garantir a proteção do menor, levando em consideração os seus interesses superiores; b) instituir entre os Estados Partes um sistema de cooperação jurídica que consagre a prevenção e a sanção do tráfico internacional de menores bem como a adoção das disposições jurídicas e administrativas sobre a referida matéria com essa finalidade; c) assegurar a pronta restituição do menor vítima do tráfico internacional ao Estado onde tem residência habitual, levando em conta os interesses superiores do menor."

[←184]

JAYME, Erik, "Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Européias", in Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998, p. 110.

[←185]

Para os textos jurídicos do Mercosul, ver Código do Mercosul, org. por Nadia de Araujo, Frederico do Valle Magalhães Marques e Márcio Monteiro Reis, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998. Veja também principais documentos in www.dip.com.br.

[←186]

Sobre os tipos de normas do Mercosul, veja-se Magalhães Marques, Frederico V., "O MERCOSUL e o Direito da Concorrência", Rio de Janeiro, 2000, UERJ, Dissertação de Mestrado, p. 70: "Em relação a vigência das normas emanadas pelos órgãos do MERCOSUL no Brasil, podemos dizer que existem 3 grandes grupos de normas: (i) Normas que não são auto-aplicáveis — são aquelas que passam a viger após o cumprimento do procedimento de internalização de cada Estado-Membro, como exemplo podemos citar: MERCOSUL/CMC/DEC. N. 01/91 — Protocolo de Brasília, MERCOSUL/CMC/DEC/. N. 18/96 — Protocolo de Defesa da Concorrência, etc.; (ii) Normas parcialmente auto-aplicáveis — aquelas que passam a viger após a internalização através de simples ato do Poder Executivo; são exemplos dessa espécie de normas: MERCOSUL/GMC/RES. N. 43/93 — Aprova o Regulamento Técnico do MERCOSUL sobre Especificações Gerais de Interfaces de Transmissão Digital para Sistemas de Hierarquia Plessiócrona (No Brasil incorporada ao ordenamento jurídico interno através da Portaria nº 216 do Ministério das Comunicações DOU de 13.04.1995), MERCOSUL/GMC/110/94 — Define "Produtos Cosméticos" (No Brasil incorporada ao ordenamento jurídico interno atavés da Portaria nº 31/95, de 26.04.1995, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde — DOU de 28.04.1995), etc.; (iii) Normas auto-aplicáveis — normas que não ensejam a adoção de qualquer medida por parte dos Estados-Membros para entrarem em vigor, as quais podem ser divididas em: (a) Normas Administrativas: aquelas que por sua natureza regulamentam as atividades dos órgãos do MERCOSUL, repartindo competência, definindo diretrizes de atuação etc. Dentre essas normas podemos citar: MERCOSUL/CMC/DEC. N. 28/94 — Define que os Tribunais Ad Hoc, previstos no Protocolo de Brasília sobre Solução de Controvérsias, terão sede na cidade de Assunção; MERCOSUL/CCM/DIR. N. 1/95 — Estabelece os Comitês Técnicos (1 — 10) e define as respectivas áreas de atuação; e (b) Normas Recomendatórias ou de Mero Aconselhamento: são aquelas que por sua natureza estabelecem linhas gerais de atuação dos órgãos do MERCOSUL, seja propondo "caminhos" para a convergência de entendimento sobre uma determinada matéria, seja definindo regras gerais e critérios comuns. Dentre essas normas podemos destacar: MERCOSUL/GMC/RES. N. 10/93 — Harmonização dos aspectos relacionados a "Segurança Física dos Sistemas de Telecomunicações"; MERCOSUL/CMC/DIR. N. 13/95 — Determina os procedimentos a serem seguidos para o encaminhamento à CCM de consultas formuladas pelos países-membros."

[←187]

Vejam-se os Protocolos de Lãs Leñas sobre a Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa; Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais; Protocolo de Medidas Cautelares; Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Comercial; Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil em Acidentes de Trânsito; Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Consumo, e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional. Por seu turno, autores argentinos vêem estes protocolos como parte de um DIPr do Mercosul. KLOR, Adriana Dreysin, El Mercosur, Buenos Aires, Zavalia, 1997, que chama essas novas fontes de Direito Internacional Privado Institucional, p. 236; ARROYO, Diego P. Fernandez, Derecho Internacional Privado, Córdoba, Advocatus, 1998.

[←188]

Para uma comparação do Protocolo de Las Leñas com as Convenções Interamericanas respectivas, ver ARAUJO, Nadia, ALMEIDA, Ricardo Ramalho, SALLES, Carlos Alberto, "Cooperação Interjurisdicional no Mercosul", in Mercosul, org. BASSO, Maristela, 2a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. A bibiografia sobre Mercosul também é muito extensa para ser aqui listada. Entretanto, cf. a obra coletiva coordenada por CASELLA, Paulo Borba, Mercosul — Integração Regional e Globalização, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000. Confira-se, mais recentemente ARAUJO, Nadia e CAPUTO BASTOS, Carlos Eduardo, "A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal" in Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, coord. Jan Kleinheisterkamp e Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Montevidéu, FCU, 2002, pp. 529-554.

[←189]

O Protocolo de Las Leñas foi um dos primeiros do Mercosul, sendo de 1992. No entanto, foi modificado e sua internacionalização se deu com o Decreto 6.891, de 2009.

[←190]

Promulgado pelo Decreto nº 2626/1998.

[←191]
MERCOSUR/CMC/DEC. n.1/96. Promulgado pelo Decreto nº 3.856/2001.

[←192]
"Art.3 A responsabilidade civil por acidentes de trânsito será regida pelo direito interno do Estado Parte em cujo território ocorreu o acidente. Se no acidente participarem ou resultar atingidas unicamente pessoas domiciliadas em outro Estado Parte, o mesmo será regido pelo direito interno deste último. Art.4 A responsabilidade civil por danos sofridos nas coisas alheias aos veículos acidentados como conseqüência do acidente de trânsito, será regida pelo direito interno do Estado Parte no qual se produziu o fato."

[←193]
Ver MARQUES, Claudia Lima, Curso da OEA, p. 757.

[←194]
MERCOSUL/CMC/DEC. 01/94; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 129, de 5 de outubro de 1995, promulgada pelo Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996; ratificada pela Carta de Ratificação depositada em 7 de maio de 1996, entrando em vigor internacional e no Brasil em 6 de junho de 1996.

[←195]
"Art.5. "1. O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio;.2. A validade e os efeitos da eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo; 3. Em todo caso, será aplicado o direito mais favorável à validade do acordo."

[←196]
MERCOSUL/CMC/DEC. n. 10/96.

[←197]
Para maiores comentários sobre o Protocolo de Santa Maria, suas vantagens e desvantagens, ver MARQUES, Claudia Lima, Curso da OEA, p. 760 e seguintes. Veja-se também, TAQUELA, Maria Blanca Noodt, "La contratación mercantil en el Mercosur", in Mercosul — Integração Regional e Globalização, org. CASELLA, Paulo Borba, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

[←198]
Aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 265, de 29/12/00 e promulgado pelo Dec. 4.719/03.

[←199]
A arbitragem representa alternativa à justiça estatal, adaptada ao ritmo do mundo atual. Entre suas vantagens, temos a sua flexibilidade, informalidade e custo menor, além da celeridade. Sobre o tema da arbitragem internacional, veja-se a obra coletiva organizada por Paulo Borba Casella, Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional, 2a. ed., São Paulo, LTr, 2000, em especial os trabalhos de GAMA E SOUZA JR, Lauro, "Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", pp. 309/324, e RAMOS, André de Carvalho, "O Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul", pp. 281-308.

[←200]
"Art.9. "Arbitragem de direito ou de eqüidade. Por disposição das partes, a arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade. Na ausência de disposição, será de direito. Art.10 Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral. As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes. No caso específico do Brasil, contudo, alguns artigos do Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul apresentam, aparentemente, caráter problemático e indicariam a possibilidade de conflito com a Lei Marco Maciel (Lei de Arbitragem nº 9.307/1996). Entre outros, merecem menção os artigos sobre lei aplicável (art. 10) e sobre o âmbito de aplicação (art. 3º). A incompatibilidade pode surgir diante do sistema brasileiro de recepção dos tratados, pois, ante a ausência de normativa específica, tem decidido a jurisprudência que, o conflito entre tratado e lei, vige o princípio de que `tratado posterior afasta a aplicabilidade de lei anterior'. Neste caso, considerando que a lei anterior é a Lei Marco Maciel, atualmente buscando ainda afirmar-se como forma alternativa e eficaz de solução de litígios no Brasil, poderia haver o entendimento de que o Acordo a substituiria e causaria danos à sua aplicabilidade."

[←201]
JAYME, Erik, "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit Internationale Privé Posmoderne", in Recueil de Cours, t. 251, 1995.

[←202]
AgRg no AResp 222.065. Decisão Monocrática do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, publicada em 5/11/2014.

[←203]
OCTAVIO, Rodrigo, Dicionário de Direito Internacional Privado, F. Briguiet, Rio de Janeiro, 1933, p.15.

[←204]
Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

[←205]
RODAS, João Grandino, Direito Internacional Privado Brasileiro, São Paulo, RT, 1993, p. 10.

[←206]
Nos últimos anos deve-se mencionar dois projetos de mudança da LINDB. O primeiro, de autoria do Prof. Haroldo Valladão, e o segundo, de uma lei de aplicação das normas jurídicas, de 1994, de autoria dos Profs. Limongi França, João Grandino Rodas e Jacob Dolinger.

[←207]
Art. 5º, inciso XXXI: "A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus."

[←208]
Este dispositivo já integrava a normativa constitucional desde a Constituição de 1934. Para o texto das Constituições anteriores, ver CAMPANHOLE, Constituições do Brasil, 7a. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984.

[←209]
Para maiores detalhes, veja-se ARAUJO, Nadia, "O Princípio Constitucional de Proteção à Família Brasileira e o DIPR: Sucessão Internacional e a Aplicação da Lei mais Benéfica", in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, Os Princípios da Constituição de 1988, 2ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

[←210]
Carta Rogatória 8577, julgada em 1999, e disponível em www. stf.gov.br: "Revela-se lesiva à soberania brasileira, e transgride o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização que, solicitada mediante comissão rogatória emanada de órgão judiciário de outro País, tenha por finalidade permitir, em território nacional, a inquirição, por magistrados estrangeiros, de testemunha aqui domiciliada, especialmente se se pretender (como no caso ocorre) que esse depoimento testemunhal — que deve ser prestado perante magistrado federal brasileiro (CF, art. 109, X) — seja realizado em Missão Diplomática mantida pelo Estado rogante junto ao Governo do Brasil. Na realidade, essa exigência de publicidade — excepcionalmente restringível quando a defesa da intimidade ou o interesse social o impuserem (CF, art. 5º, LX) — qualifica-se como pressuposto legitimador das decisões e dos atos a serem praticados por magistrados e Tribunais em geral, que devem agir coram populo, sempre com absoluta transparência, para que se torne possível, num Estado fundado em bases democráticas, como o Brasil (CF, art. 1º, caput), a permanente fiscalização, pelo corpo social, do comportamento institucional do aparelho judiciário."

[←211]
Veja-se, igualmente, CR 3723/DE (STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 21/09/2009), na qual restou impedida a concessão do exequatur para interrogatório de menor brasileiro, em vista de sua inimputabilidade penal no Brasil. Veja-se, ainda, SEC 10411/EX (STJ, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 16/12/2014), em que a homologação de sentença estrangeira de divórcio proveniente dos EUA foi deferida parcialmente, afastada a parte relacionada à guarda de menor, por ofensa à ordem pública brasileira, e SEC 6485/EX (STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 23/09/2014), em que a homologação de sentença estrangeira de divórcio também proveniente dos EUA foi deferida parcialmente, afastada a parte relacionada à guarda e alimentos de menor, por já ter sido objeto de decisão proferida pelo Poder Judiciário brasileiro. Um último caso em que o STJ se refere à violação à soberania nacional diz respeito ao indeferimento de uma carta rogatória para citar a União e os interessados em uma ação de indenização em curso no Paraguai por danos decorrentes de ato jurisdicional lícito praticado pela Justiça brasileira (STJ, CR 6496/PY, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 04/12/2012).

[←212]
Internalizada por meio do Decreto nº 3.413/2000.

[←213]
Internalizada por meio do Decreto nº 3.087/1999.

[←214]
Internalizada por meio do Decreto nº 8.343/2014. A recem editada Portaria Conjunta SNJ/DPU nº 231, de 17/12/2015, regula o processo de tramitação dos pedidos de cooperação sob a égide da Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça (dentre outras convenções) consolidando informações e uniformizando os pedidos para fins de acesso internacional à justiça e coordenando esforços entre a Defensoria Pública da União – DPU e o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça – DRCI/SNJ.

[←215]
Mensagem do Poder Executivo nº 163/2015. Na Comissão de Relações Exteriores, a Relatora, Deputada Benedita da Silva votou pela aprovação da Convenção, com algumas ressalvas.

[←216]
Veja-se a SE n. 993, in Revista dos Tribunais, vol. 136, p. 824, conforme citado no item 5.1 supra.

[←217]
BUCHER, Andreas, "L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé", Collected Courses of the Hague

Academy of International Law. Volume 239. The Hague: Martinus Nijhoff, 1993, p. 9-116.

[←218]

Segundo DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 329: "A Ordem Pública no DIPr impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina." Não é passível de definição, pois reflete a filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, aferindo-se pela mentalidade e pela sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época (p. 330). Apurada quando necessário para aplicação ao caso concreto, tem por característica ser relativa, instável e contemporânea, cabendo sempre ao juiz decidir o que seja contrário ou não a esse conjunto de princípios. Ver, ainda, especialmente, DOLINGER, Jacob, A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979, e CALIXTO, Negi, Ordem Pública, Curitiba, Editora Universidade Federal do Paraná, 1987.

[←219]

BUCHER, Andreas, La compétence universelle civile, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 372. The Hague: Martinus Nijhoff, 2014, p. 9-127.

[←220]

Comentário de SANTOS, Antonio Marques, As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado, Coimbra, Almedina, 1991, vol. I, p. 175.

[←221]

Por isso, não se deve confundir sua noção no DIPr com a sua utilização em outras acepções, em outros ramos do direito (vide "L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 239. The Hague: Martinus Nijhoff, 1993,., p. 23). Também DOLINGER, Jacob, em seu curso da Haia, classifica a ordem pública como o principal princípio de DIPr, sendo sua função fiscalizar e assegurar que a lei estrangeira não será aplicada no foro quando estiver em posição antagônica aos princípios filosófico-legais do foro (p. 275).

[←222]

BUCHER, Andreas, "L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 239. The Hague: Martinus Nijhoff, 1993, p. p. 30.

[←223]

BRITO, Maria Helena, A Representação nos Contratos Internacionais, Coimbra, Almedina, 1999, p. 602.

[←224]

Sobre o tema, veja-se a completa tese de SANTOS, Antonio Marques dos, As normas de aplicação... vol. I e II. Esclarece o autor que a expressão surgiu na obra de Ph. Francescakis, La théorie du renvoi, de 1958, e vem sendo utilizada comumente por autores não franceses (p.7).

[←225]

SANTOS, Antonio Marques dos, op. cit., p. 6.

[←226]

Destaque-se, v.g., a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, quando excepciona de seu campo de aplicação os contratos com consumidores e os contratos de trabalho, pois são um reflexo da necessidade de proteger esses grupos, dando-se caráter imperativo às disposições internas acerca dessa matéria nos países envolvidos, já que essas regras internas ficariam sem efeito prático se a Convenção permitisse o seu afastamento pela lei designada. Sendo assim, constituem um limite ao âmbito de eficácia do direito designado, e mesmo da autonomia da vontade, permitida por aquele diploma internacional.

[←227]

KASSIS, Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris, LGDJ, 1993, p. 180.

[←228]

KASSIS, Antoine, "Le nouveau droit", p. 181.

[←229]

No Brasil, a LINDB fala tão somente de ordem pública, razão pela qual a distinção não faz parte do dia-a-dia dos tribunais, ao menos nos casos pesquisados. Todavia, o STJ, em diversos casos recentes concernentes ao conflito entre a Convenção de Varsóvia — que limita a indenização no transporte aéreo internacional e nada dispõe sobre dano moral — e o Código de Direito do Consumidor — lei posterior protetiva de todas as relações de consumo —, aplicou este último por considerá-lo norma de caráter imperativo. Note-se que o próprio Código se define como uma lei de ordem pública. Anteriormente, a interpretação do STJ era no sentido de considerar válida a convenção porque norma especial, em relação ao CDC, norma geral. Isso mostra a tendência atual de que a proteção ao consumidor é um fim maior da sociedade, impedindo, inclusive, a aplicação de normas estrangeiras indicadas pela norma de DIPr. Veja-se, a respeito, AgRg no AREsp 567681/RJ (STJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 04/11/2014) e AgRg no AREsp 582541/RS (STJ, Rel. Min. Raul Araujo, DJe 24/11/2014).

[←230]

BELANDRO, Rubem, "Las normas de aplicación immediata en la doctrina y en el derecho positivo", in Revista de la Facultad de

Derecho, nº 8, 1995, pp. 25-108.

[←231]

Ib. id., p. 45.

[←232]

Ib. id., p. 46.

[←233]

Nesse sentido, ver GUEDJ, Thomas G., "The Theory of the Lois de Police: a Functional Trend in Continental Private International Law, a Comparative Analysis With Modern American Theories", The American Journal of Comparative Law, vol. 39, 1991, pp. 661-697. O autor aponta como um dos inconvenientes da aplicação das policies americanas, a dificuldade da tarefa deixada ao juiz, que precisa identificar as diferentes políticas e dar-lhes o peso desejado pelo legislador para a sua correta aplicação. A lista de fatores do Restatement é numerosa e estes são potencialmente conflitantes, o que deixa no ar a pergunta sobre como, afinal, o juiz decide o problema de conflito de leis em vista do grande número de indicações do Restatement (pp. 690-691).

[←234]

Na doutrina nacional, veja-se ALMEIDA, Ricardo Ramalho, Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50 e seguintes.

[←235]

MARQUES, Claudia Lima, Confiança no Comércio eletronico e a proteção do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 300 e seguintes.

[←236]

Aliás, Andreas Bucher oferece interessante interpretação para essa situação, ao dizer que a aplicação da ordem pública ou das leis de caráter imperativo exercem uma função de transição diante dos fenomenos sociais, pois só com seu uso reiterado aos poucos as normas de conflito serão modificadas. (BUCHER, Andreas, La compétence universelle civile, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 372. The Hague: Martinus Nijhoff, 2014, p. 184)

[←237]

No Brasil também se verifica essa tendência, que resulta na adoção de cláusulas gerais nos códigos, como no Novo Código Civil, e antes no Código do Consumidor, sendo um exemplo o art. 51, que trata das cláusulas abusivas.

[←238]

No Brasil também se verifica essa tendência, que resulta na adoção de cláusulas gerais nos códigos, como no Novo Código Civil, e antes no Código do Consumidor, sendo um exemplo o art. 51, que trata das cláusulas abusivas.

[←239]

Belandro, ib. id., pp. 47-48, faz um esforço para demonstrar alguns critérios para a identificação das normas de aplicação imediata, sem, no entanto, lograr estabelecer fórmulas definitivas, senão diretrizes interpretativas. Por isso, a subjetividade de tal determinação está sempre presente nessa matéria.

[←240]

Sobre a discussão a respeito da eficácia de princípios e sua distinção em relação às normas jurídicas, veja-se a obra Princípios Constituicionais, elaborada por professores do Departamento de Direito da PUC-Rio (Cf., especialmente, naquela obra: ARAUJO, Nadia, "O Princípio Constitucional de Proteção à Família Brasileira e o DIPr: Sucessão Internacional e a Aplicação da Lei Mais Benéfica"; CIOTOLA, Marcelo, "Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais"; CITTADINO, Gisele, "Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História"; MAIA, Antonio Cavalcanti, e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, "Princípios Constitucionais e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy"; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, "A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais, Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras"; VIEIRA, José Ribas, "A Noção dos Princípios no Direito Público do Estado Democrático". Sobre a noção de princípios, ver, ainda, BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 12a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, que a partir da 5a. ed. de seu livro acrescentou um capítulo específico, o de n. 8, para cuidar do tema dos princípios gerais de direito e dos princípios constitucionais. Alerta o constitucionalista para a proeminência da noção de princípios no direito constitucional contemporâneo, pois estes, uma vez constitucionalizados, são a chave de todo o sistema normativo (p. 231). E ainda nota sua abrangência, pois a estes as normas se vinculam, já que "espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas" (p. 232). Atualmente, com o pós-positivismo, acentua-se "a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais" (p. 237). Continuando os estudos dessa temática na literatura jurídica nacional, vejam-se: o livro em homenagem ao Prof. Paulo Bonavides, Direito Constitucional, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, e o livro organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, A Constituição Concretizada — Construindo Pontes com o Público e o Privado, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

[←241]

Nesse sentido, MOURA RAMOS, Direito Internacional..., p. 228.

[←242]

BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 257. Ainda para o autor, "os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada" (p. 254). E já se fala hoje, com a crise do positivismo, em uma concepção principial do direito (p. 259).

[←243]

A dimensão topográfica dos princípios na pirâmide normativa é apresentada por Bonavides. Interessante, ainda, em sua exposição, a informação de ter sido no âmbito do direito internacional o reconhecimento precoce da positividade ou normatividade dos princípios através do que se estabeleceu no art. 38 da Corte Permanente de Justiça da Liga das Nações, posteriormente mantido no estatuto da Corte Internacional de Justiça, de que os princípios gerais do direito estavam aptos a solverem controvérsias ao lado de tratados e dos costumes internacionais. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 237. Destaque-se a posição de MAURER, Béatrice, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne de Droits de L'Homme, Paris, La documentation Française, 1999, p. 164, quando alerta para o fato de que a originalidade dos princípios gerais do direito está em que, depois de reconhecidos no âmbito do direito interno dos Estados, passam a ser aplicáveis no âmbito internacional graças ao recurso da analogia. Importante notar aqui a preponderância do direito comparado nas análises concernentes à determinação desses princípios, quando da sua aplicação na seara internacional.

[←244]

Sendo de ressaltar que o problema metodológico no campo da práxis jurídica, nas últimas décadas, tem sido uma das áreas na qual se observa o maior desenvolvimento doutrinário. Veja-se, neste sentido: CAMARGO, Margarida Lacombe, Hermenêutica e Argumentação, 2a. ed. revista e ampliada, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, e GUERRA FILHO, Willis Santiago, Teoria da Ciência Jurídica, Ed. Saraiva, 2001.

[←245]

A ótica de análise retórico-argumentativa do direito está muito bem colocada por Paulo Bonavides, no capítulo 14 de seu Curso de Direito Constitucional, já citado. Para uma introdução ao tema em Perelman, veja-se VANNIER, Guillaume, Argumentation et droit, Paris, PUF, 2001.

[←246]

ROZAS, op. cit., p. 11.

[←247]

ROZAS, op. cit., p .11.

[←248]

Ver passim MAIA, Antonio Cavalcanti, e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, "Princípios Constitucionais e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy", in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, Os Princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

[←249]

MAIA, Antonio C., ib. id. nota anterior.

[←250]

ATIENZA, Manuel, As Razões do Direito, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000. Segundo o autor, o que se entende por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos, dos quais ressalta como mais importantes a tópica, de Viehweg; a nova retórica, de Chaim Perelman; e a lógica informal, de Toulmin (p. 59). No Brasil, veja-se sobre esse assunto, Paulo Bonavides, Tércio Sampaio Ferraz, Willis Santiago Guerra, João Mauricio Adeodato, além de Margarida Maria Camargo Lacombe e Antonio Cavalcanti Maia.

[←251]

Para Miguel Reale: "Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes. Tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta da riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas (...). De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição, pois não devemos esquecer que os jovens patrícios romanos preparavam-se para as nobres artes da Política e da Jurisprudência nas escolas de Retórica." REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1973, p. 109.

[←252]

VANNIER, Guillaume, Argumentation et Droit, Paris, PUF, 2001, p. 19. Vários autores no Brasil têm analisado a obra de Perelman.

[←253]

ATIENZA, As Razões do Direito, p. 85.

[←254]

MEYER, Michel, "Chaim Perelman", Cadernos do Pet-Jur, PUC-Rio, 1997, p. 17. Este trabalho foi traduzido e publicado como parte das atividades do PET-Jur (Programa Especial de Treinamento, financiado pela CAPES) do Departamento de Direito da PUC-Rio, dando conta das pesquisas realizadas pelo grupo sobre a área de Retórica e Teoria da Argumentação, por um período

de mais de três anos. Àquela época o grupo tinha como tutora a Professora Maria Celina Bodin de Moraes e como Professor colaborador, o Profesor Antonio Cavalcanti Maia. Atualmente diversas obras de Chaim Perelman já estão traduzidas e disponíveis no Brasil. Cf., PERELMAN, Chaim, Lógica Jurídica, São Paulo, Martins Fontes, 1998, e Retóricas, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

[←255]

O pós-positivismo é uma corrente na qual os princípios exercem um papel crucial como elo na articulação entre direito e moral. Utiliza-se a argumentação e uma concepção alargada da hermenêutica para, através da análise dos casos difíceis — hard cases —, nos quais se usa essa nova metodologia de forma prospectiva para incrementar a racionalidade das decisões judiciais. A propósito veja-se MAIA, Antonio Cavalcanti, "Teoria Constitucional e Reflexão Jusfilosófica", prefácio à obra de Cláudio Pereira de Souza Neto, Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002. Sobre a corrente teórica encabeçada por Perelman e por Dworkin, Antonio Maia adianta que há dois elementos básicos compartilhados por essas correntes: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre direito, moral e política, e uma crítica às concepções positivistas no campo do direito". No tocante ao segundo aspecto, ressalta: "três elementos capitais indicam os eixos em torno dos quais se desdobram esses desenvolvimentos recentes: a importância dos princípios gerais de direito; a reflexão aprofundada do papel desempenhado pela hermenêutica jurídica; e a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. Essa nova constelação do pensamento jurídico hodierno tem recebido a denominação de pós-positivismo." MAIA salienta, ainda, o impacto da obra de Perelman para o leitor brasileiro, já que este ergueu contundente reprovação à obra de Kelsen, autor bastante discutido no pensamento jurídico nacional.

[←256]

Ainda PERELMAN, Chaim, "A Teoria Pura do Direito e a Argumentação", in Cadernos Pet-Jur, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 1997: "Uma análise sistemática das relações entre as normas do direito positivo, os princípios gerais do direito, as regras da moral, e as técnicas usadas pelos legisladores e juízes para fundamentar suas afirmações e decisões, possibilita a enumeração, classificação, e sistematização dos modelos de argumentos empregados pelos advogados quando lhes é necessário raciocinar em termos de justiça. Se, então, à luz do resultado de tais investigações, os filósofos da moral refletissem sobre a função que deles se espera desempenhem, perceberiam que não deveriam limitar-se ao estabelecimento de princípios gerais, que os levaria a uma multiplicidade de interpretações. Eles não devem evitar o estudo de situações concretas ou desconsiderar técnicas de argumentação as quais se deve necessariamente recorrer caso se pretenda que a razão prática tenha sucesso em conduzir os homens de bem e limitar, em alguma medida, o recurso irrestrito à arbitrariedade e a violência."

[←257]

Ib. id.

[←258]

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, passim, sobretudo, p. 38.

[←259]

Tópica, compreendida de modo amplo como o "procedimento de um discurso vinculado ao caso com o objetivo de um consenso dos interlocutores, ou em termos gerais mais abstratos, `a aptidão de consenso' da solução proposta em conclusão. Em tal discurso são considerados relevantes os diversos pontos de vista (topoi — lugares-comuns) que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada. De entre eles, o argumento sobre as conseqüências (o que é que ocorreria se fosse adoptada esta ou aquela solução) desempenha um papel de particular importância." In LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, 3a. ed., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 170. Para uma melhor apreciação das características fundamentais da tópica, veja-se a tese de mestrado, já publicada de SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

[←260]

BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional..., pp. 447-448. O método tópico de interpretação constitucional e seus desdobramentos, com uma cuidadosa análise das idéias de Viehweg, são objeto deste capítulo no livro de Bonavides. O prestígio da Tópica, e sua orientação de se "pensar o problema" teve grande repercussão na Alemanha, não só entre os constitucionalistas, mas também entre os civilistas.

[←261]

Especialmente cf. MAIA, Antonio Cavalcanti, "A Importância da Dimensão Argumentativa à Compreensão da Práxis Jurídica Contemporânea", in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 8, 2000, pp. 267-282. Nesse artigo, o autor alerta para a crescente importância da análise das formas pelas quais as decisões jurídicas são justificadas em nome do direito. A motivação das decisões judiciais — um dos elementos essenciais do Estado democrático de direito e conquista da Revolução Francesa — exige atenção às práticas argumentativas. E explicando o que seja argumentação em Perelman, veja-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira, op. cit., p. 142, em que o autor salienta ter dito Perelman que "como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar. Na realidade, o que a argumentação busca é "adesão dos espíritos", "persuadir por meio do discurso". Perelman entende que a fundamentação das conclusões seja apoiada em pontos de partida compartilhado pelo auditório, e, com base no estudo da prática judiciária, concluiu que as decisões se fundamentam em pontos de vista compartilhados pela comunidade jurídica em que estão inseridas (p. 142).

[←262]
ATIENZA, Manuel, As Razões do Direito, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

[←263]
ATIENZA, Manuel, As razões..., pp. 18-19.

[←264]
Ib.id., p. 25.

[←265]
Art. 489,§1º c/c Art. 1013,IV do CPC.

[←266]
MAIA, Antonio C., op. cit.

[←267]
DWORKIN, Ronald, "Is Law a System of Rules?" in Philosophy of Law, Oxford University Press, 1977, p. 45 e seguintes. Dworkin desenvolveu seu pensamento a partir de um diálogo crítico com as doutrinas positivistas, criticando, em especial, o normativismo de Hart.

[←268]
Cf. ALEXY, Robert, Teoria da Argumentação Jurídica, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001. Sobre as idéias de Robert Alexy e sua distinção entre normas e princípios, veja-se BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 248 e seguintes.

[←269]
"As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer exatamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no campo do que é fática e juridicamente possível. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus." Apud ATIENZA, Manoel, As Razões do Direito, São Paulo, ed. Landy, 2000, p. 267.

[←270]
BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional..., p. 251. Em português, veja ALEXY, Robert, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 16, 1999, pp. 203-214, e no vol. 17, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito", pp. 267-279.

[←271]
GUERRA FILHO, Willis Santiago, "O Princípio da Proporcionalidade", in Direito Constitucional — Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 269. Identifica o autor no princípio da proporcionalidade a norma fundamental que garante a unidade lógico-substantiva da ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático, tendo como função hermenêutica "a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas" (p. 271). Sobre o princípio da proporcionalidade, veja-se ÁVILA, Humberto Bergann, "A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade", in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999. O autor define a proporcionalidade como um dever, por se tratar de um postulado normativo aplicativo, que resulta da estrutura das próprias normas jurídicas, quando o Direito estabelece porporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Analisa as decisões do STF, entendendo que a proporcionalidade, na acepção do tribunal se destina a determinar a exigência de uma racionalidade na decisão judicial, sendo este um dever jurídico-positivo. Também aponta para o problema da terminologia, pois muitas vezes proporcionalidade é tratado como sinônimo de razoabilidade, com a qual, segundo ele, não se identifica. Sobre a questão terminológica, veja-se a análise de SILVA, Virgílio Afonso, "O Proporcional e o Razoável", in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, 2002, pp. 23-50, e GOUVEA, Marcos Maselli, O Controle Judicial das Omissões Administrativas, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003. Ambos entendem que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em face de suas origens diversas e características próprias, não se confundem. Em sentido contrário, confira-se, OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza, Por uma Teoria dos Princípios — O Princípio Constitucional da Razoabilidade, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

[←272]
MAIA, Antonio Cavalcanti, "Notas sobre Direito, Argumentação e Democracia", in 1988-1998 — Uma década de Constituição, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pp. 395-430.

[←273]
O caso em questão foi relatado por Robert Alexy em sua palestra sobre Constitutional rights, balancing and rationality, proferida no dia 5 de abril de 2002, na Universidade Federal do Ceará, mimeo com a autora. Tratava-se de um recurso ao Tribunal Constitucional para decidir a questão em que Lüth, como responsável das relações com a imprensa em Hamburgo, havia proposto o boicote em relação a um filme do diretor Veit Harlan, sob a alegação de que Harlan seria o mais proeminente diretor de cinema do período nazista, tendo produzido um filme de propaganda nazista anti-semita. Os proprietários e distribuidores de cinema entraram com um pedido contra Lüth para impedi-lo de continuar o boicote, o que foi deferido pela Corte Distrital de

Hamburgo, que decidiu impedir a ação de Lüth sob o fundamento do que constava no art. 826 do Código Civil, no qual estava estatuído que "aquele que agisse intencionalmente contra os bons costumes e com isso causasse um prejuízo a outrem, estava obrigado a reparar esse prejuízo". O comportamento de Lüth era considerado contrário aos bons costumes, já que encerrado o processo de desnazificação contra o cineasta, estava este autorizado a continuar o seu trabalho sem qualquer limitação. Lüth levou seu caso à Corte Constitucional com o fito de anular essa decisão da Corte de Hamburgo, alegando que a decisão era contrária ao seu direito de livre expressão, protegido pela Constituição. A Corte decidiu que a proteção dos direitos individuais estabelecidos na Constituição tinham por finalidade evitar não só as ingerências decorrentes de ações do poder público, como também aqueles direitos fundamentais protegidos pela constituição tendo como ponto central a proteção da pessoa humana. Por serem esses direitos uma verdadeira tábua de valores, deveria essa proteção valer para todas as áreas do direito, desde que a finalidade do recurso fosse a de garantir a plena utilização pela pessoa dos direitos constitucionalmente protegidos. Por isso, nenhuma norma de direito civil poderia estar em contradição com esses valores, desenvolvendo a Corte a idéia que mais tarde passou a ser conhecida como o efeito irradiante dos direitos fundamentais (Resumo livre da autora, baseado nos trechos da decisão transcritos por CAPITANT, Henri, Les effects juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, Paris, LGDJ, 2001, pp.176-177, e 262).

[←274]

Para um resumo do caso e da discussão, veja-se RAMOS, Rui M. de Moura, DIPr e Constituição, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, p. 204 e seguintes. Afirma o autor que se a escolha dos elementos de conexão não são constitucionalmente indiferentes, urge eliminar aqueles que se revelam incompatíveis com ela. A questão é se a Constituição quer eliminá-los ou não, já que deles não tratou diretamente. É que, ao ser utilizado o princípio da igualdade conflitual, chega-se a uma desigualdade material, pois a regra de conexão indica como aplicável uma lei que conduz a uma atitude discriminatória, esta proibida pela Constituição. Para o autor, estribado em outros, não resta dúvida de que, ao falar em igualdade jurídica, o que visa a Constituição é assegurar um comportamento idêntico em matéria de fundo, sendo inaplicável, portanto, a regra de conexão que levou à desigualdade. É o caso de aplicação da lei do marido, que causa prejuízo à mulher, quando o fator de conexão é o da nacionalidade, reconhecendo parte da doutrina a inconstitucionalidade da regra em questão, naquele caso. Por isso, o autor não vê qualquer razão válida para pretender excluir do jogo de controle de constitucionalidade as regras de conflito, tomando em consideração os preceitos constitucionais que se referem aos direitos fundamentais (pp. 204-210).

[←275]

RAMOS, Rui M. Moura, O Direito Internacional..., p. 213.

[←276]

Citação do texto de Michel Meyer, em sua análise sobre Perelman, do verbete publicado no Dictionnaire des Philosophes, Paris, PUF, cuja tradução foi efetuada por Felix Faria, PET-JUR, PUC-Rio, e publicada in Cadernos Pet-Jur, n. 1, 1997, Departamento de Direito, PUC-Rio.

[←277]

Nas palavras de Michel Meyer, também publicado nos Cadernos PET-Jur, Perelman defende que uma lógica da argumentação é sempre uma lógica dos valores, uma lógica do razoável, do preferível, e não uma lógica do tipo matemático ou, como é dito geralmente, da necessidade constringente (op. cit., p. 14).

[←278]

Veja-se comentário de GANNAGÉ, Léna, op. cit, p. 36, para quem, a partir da influência de suas Cortes Constitucionais, a maioria dos países europeus modificaram seus sistemas de DIPr para conformá-los aos direitos fundamentais protegidos pelas Constituições. Para exemplos dessas modificações, vejam pp. 44-45.

[←279]

CASAS, Pilar Maestre, op. cit., p. 201, ao explicar que no sistema espanhol as normas protetivas de direitos fundamentais se interpretam também segundo a Declaração de Direitos do Homem e os tratados internacionais sobre a matéria ratificados pela Espanha, entre os quais se inclui a Convenção Européia. Assim, a inspiração constitucional que permeia todo o ordenamento jurídico e a interpretação que se exige dos princípios e valores integrantes do sistema, também são empregados no DIPr.

[←280]

A íntegra do caso Marckx está disponível em www.echr.coe.int.

[←281]

Para texto e observações sobre a Convenção Europeia, veja-se BARRETO, Ireneu Cabral, A Convenção Européia dos Direitos do Homem Anotada, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

[←282]

A respeito da influência da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o direito interno francês, veja-se MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, CEDH et Droit Privé, Paris, La Documentation Française, 2001. O capítulo II (pp. 75-100) cuida do efeito horizontal, que é definido como sendo uma extensão dos direitos humanos às relações interindividuais. Com isso, o domínio das relações privadas é invadido pelos direitos fundamentais, que devem ser respeitados de forma prioritária. Informa, ainda, que o nascimento da noção de efeito horizontal se deu na Alemanha. Definida como drittwirkung, literalmente "o direito em relação a terceiros", marca a idéia da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas no contexto constitucional

alemão. No caso Lüth, já citado neste trabalho, a Corte Constitucional decidiu que o recurso aos valores que consagram os direitos fundamentais justificam um certo efeito horizontal do direito à liberdade.

[←283]

ZAPATER, Mônica Guzman, "Adopción Internacional: Cuanto Queda del Derecho Internacional Privado Clássico?", in Mondialización y família, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001, p. 86.

[←284]

GANNAGÉ, Léna, op. cit., pp. 136-137. A autora analisa as conseqüências da convenção, considerando-a um recuo no sistema conflitual clássico.

[←285]

ZAPATER, Monica Guzman, op. cit., p. 88.

[←286]

Ib.id., p. 120.

[←287]

Veja-se SUDRE, Frédéric, "L'ordre Public Européen", in REDOR, Marie-Joelle, L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Bruxelas, Bruylant, 2001, p. 129.

[←288]

Ib.id., pp. 129-130.

[←289]

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, CEDH et droit privé, Paris, La Documentation Française, 2001. Capítulo sobre o efeito horizontal da CEDH, por Hélène Pauliat e Virginie Saint-James, p. 75 e seguintes.

[←290]

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil?", in Direito Constitucional, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pp.108-115.

[←291]

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, Derecho Internacional Privado, vol. I, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 162.

[←292]

CR 5332 AgR / EUA (STF, Min. Octavio Gallotti, DJ 2/06/1993).

[←293]

"Caberia à Suprema Corte do País dar como que um bill de indenidade, referendar um álibi de modo a tornar impune o comportamento irresponsável e amoral de inescrupulosos para quem a dignidade é valor menor? Há poucos dias, Sr. Presidente, V. Exa. manifestava preocupação ante as repercussões de uma possível greve de juízes na imagem do País. Guardadas as devidas proporções, sustento também neste caso que a honra de uma nação não pode ficar comprometida, sequer arranhada, por obra e graça, em última análise, da desfaçatez sem peias de playboys inconseqüentes: não esqueçamos em momento algum que, na hipótese ora examinada, houve o reconhecimento consciente — até com o pagamento de uma primeira parcela — de uma dívida licitamente contraída, de acordo com a lei do local em que avençado o débito." (STJ, CR 10415/EU, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 03/02/2003)

[←294]

"Senhor Presidente, é preciso que seja observado um mínimo de decoro, principalmente se a questão envolve o respeito a normas legítimas de outros países. Frisemos, sublinhando, que a harmonia só acontece ante o absoluto respeito ao direito de outrem." (STJ, CR 10415/EU, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 03/02/2003)

[←295]

"A origem do débito mostrou-se como sendo a participação em jogos de azar, mas isso ocorreu nos moldes da legislação regedora da espécie. No país em que mantida a relação jurídica, o jogo afigura-se como diversão pública propalada e legalmente permitida. Ora, norma de direito internacional, situada no mesmo patamar do artigo regedor da eficácia das sentenças estrangeiras, revela que `para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem' — cabeça do Art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil." (STJ, CR 10415/EU, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 03/02/2003)

[←296]

"É o caso de indagar-se, à luz dos valores em questão: o que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade nacional: a homologação de uma sentença estrangeira, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza, no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida? A resposta é desenganadamente no sentido de ter-se a rejeição da sentença estrangeira como mais comprometedora, emprestando-se ao território nacional a pecha de refúgio daqueles que venham a se tornar detentores de dívidas contraídas legalmente, segundo a legislação do país para o qual viajarem."

(...) “Com isso, afasto algo que não se coaduna com a Carta da República, que é o enriquecimento sem causa, mormente quando ligado ao abuso da boa-fé de terceiro, configurado no que o Requerido se deslocou do Brasil para a América do Norte, vindo a praticar jogos de azar legitimamente admitidos, e até incentivados como mais uma forma de atrair turistas, contraindo dívida e retornando à origem onde possui bens, quem sabe já tendo vislumbrado, desde o início, que não os teria ameaçados pelo credor.” (STJ, CR 10415/EU, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 03/02/2003)

[←297]

O pós-positivismo tem sido considerado como um avanço na teoria contemporânea do direito, e não deve ser encarado como anti-positivismo, mas sim, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, “com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo, distingue as normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fátiva e a previsão da conseqüência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.” (Op. cit., pp. 145-146.)

[←298]

Trata-se do Agravo Regimental na CR 3198. Os demais ministros o acompanharam, havendo, inclusive, declarações de voto. Outro exemplo é do Min. Carlos Alberto Direito que decidiu sobre fatos dessa natureza, quando, ao negar seguimento a um recurso especial, entendeu que o Tribunal do Ceará estava correto ao decidir que havia locupletamento ilícito na tentativa de evitar a cobrança de uma dívida de jogo contraída no exterior. Na fundamentação da decisão, o ministro entendeu que o Tribunal de origem agira corretamente, e examinara a matéria sob o ângulo da origem da dívida, considerando possível a cobrança. Além disso, aduziu que o local onde a dívida foi contraída admitia o jogo de azar, e por isso a procedência da ação estava correta.

[←299]

CR 3198/US, STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 11/09/2008.

[←300]

SEC 4415/EU, STF, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 03/04/1998.

[←301]

JAYME, Erik, “Le droit international privé du nouveau millénaire: La protection de la personne humaine face à la globalisation”, in Recueil de Cours, tomo 282, 2000.

[←302]

Ver VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1974, vol. I, capítulo VI, pp. 60-78. BATALHA, Wilson de Souza Campos, Tratado de Direito Internacional Privado, 2a. ed., São Paulo, Ed. RT, 1977, vol. I, faz uma panorâmica sobre as idéias dos principais autores de DIPr da doutrina brasileira no seu capítulo sobre a história do DIPr. Ver do mesmo autor Estudos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, 1947, pp. 1-82, com o desenvolvimento do Direito Internacional Privado na legislação dos estados americanos.

[←303]

OTÁVIO, Rodrigo, “Foi um dia um convento...”, in Revista da Faculdade de Direito, USP, jul/set, 1935, pp. 391-424. Sobre o tema, na referida conferência, explica Rodrigo Otávio o porquê da tardia criação, já que anteriormente não interessava à monarquia portuguesa o desenvolvimento intelectual da colônia, que queria conservar nas trevas de uma ignorância asseguradora de uma submissão incondicional, razão por que não se criavam escolas ou se permitia a importação de livros. BEVILAQUA, Clóvis, Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, 4a. ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1944, p. 67. Ver também, REALE, Miguel, “As Faculdades de Direito na história do Brasil”, in Revista da Faculdade de Direito, USP, 1961, vol. 56, pp. 256-272. Para ele, a criação dos cursos jurídicos representou não apenas centros de formação de advogados, mas institutos em que vicejavam todas as “humanidades” (p. 264).

[←304]

LORETO FILHO, Sérgio, Curso de Direito Internacional Privado, Recife, Biblioteca Universitária Pernambucana, 1973, p. 74 e seguintes. Para maiores detalhes, ver também OTÁVIO, Rodrigo, “Evolução do Direito Internacional Privado no Brasil”, in Dicionário de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, F. Briguet e Cia., 1933, pp. 367-401.

[←305]

BUENO, José Antonio Pimenta, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1863.

[←306]

BUENO, op.cit., p. 100.

[←307]

VALLADÃO, Haroldo, Estudos..., p. 62.

[←308]

BEVILAQUA, Clóvis, Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, 4a. ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.

[←309]

Como jurisconsulto e político, Lafayette Pereira teve papel de grande relevância em sua época e exerceu inúmeros cargos. Foi ministro de Estado, senador e entrou para o Conselho de Estado em 1882, ainda no Império. Sobre o tema, veja-se ARAUJO, Nadia, Contratos Internacionais, 2a. ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, anexo I.

[←310]

O autor não possuía um livro específico para o DIPr e sim para o DIPu, mas seu trabalho aparece no conjunto dos pareceres. Veja-se, PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Princípios de Direito Internacional, Rio de Janeiro, Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1902, tomo I; PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Pareceres, anotados por Lafayette Filho, Rio de Janeiro, Livraria Ed. Conselheiro Candido de Oliveira, 1921, vol. I e II; PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Projeto de Código Internacional Privado, publicado em Pandectas Brasileiras, op. cit.

[←311]

Lafayette Pereira foi comissionado pelo governo brasileiro, por intermédio do Barão do Rio Branco, para elaborar um projeto de Código de Direito Internacional Privado, apresentado à Comissão Internacional de Jurisconsultos, no Rio de Janeiro, em 1912. No entanto, seu projeto não foi votado naquela ocasião, mas passou para a 5ª e a 6ª subcomissões, que tinham a tarefa de revê-lo para posteriores comentários e apresentação. Não se chegara a uma solução para o eterno conflito entre a posição brasileira acerca da utilização do critério da nacionalidade para o estatuto pessoal e a dos demais países, que se alinhavam com o critério do domicílio. Com as interrupções devidas ao conflito mundial, o projeto de Lafayette foi abandonado e, nos anos 20, surgiu no cenário o jurista cubano Antonio Sanchez de Bustamante, monopolizando os trabalhos. Em 1927, na 6a. Reunião, realizada no Rio de Janeiro, com Rodrigo Otávio como representante do Brasil, o Código Bustamante é aprovado. OTÁVIO, Rodrigo, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942, p. 238.

[←312]

OTÁVIO, Rodrigo, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942.

[←313]

ESPÍNOLA, Eduardo, Elementos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1925.

[←314]

PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1935, tomo I.

[←315]

TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado, 9a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1970, vol. I e II. Ver também do mesmo autor Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955.

[←316]

LOPES, Miguel Maria de Serpa, Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944, vol. II.

[←317]

CASTRO, Amilcar, Direito Internacional Privado, 4a. ed., com notas de Osíris Rocha, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987. Era professor da Faculdade de Direito de Minas Gerais. VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional..., volumes I, II e III. Foi titular da cadeira na UFRJ.

[←318]

RODAS, op. cit., p. 32. Ver do mesmo autor, Direito Internacional Privado Brasileiro, São Paulo, RT, 1993.

[←319]

DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado, 5a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997.

[←320]

Na reforma de 1931 (Dec. 19.852), a disciplina de DIPr foi suprimida do currículo obrigatório, passando a ser matéria facultativa, mas voltando em 1935, pela Lei 144, de 11/11/35. Foi novamente suprimida em 1972, mantendo-se apenas nos cursos mais tradicionais, como UERJ, PUC e UFRJ, no Rio de Janeiro, e USP, em São Paulo. Com a Portaria 1886/94, passa a integrar o curso de direito como Direito Internacional.

[←321]

Para um relato bastante contundente a respeito da cisão entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público, ver WATT, Horatia Muir. Private International Law beyond the schism. Transnational Legal Theory. Oxford, vol. 2, n. 3, p. 347-427, 2011.

[←322]

Vide Capítulo 4 deste livro.

[←323]

Vide Capítulo 5 deste livro.

[←324]

A Conferência da Haia, atualmente constituída como uma organização internacional e intergovernamental (ver Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de1955), foi instituída pelo eminente jurista holandês Tobias Asser, que, após Mancini, foi o grande incentivador da uniformização das normas de conflito. A primeira convocação ocorreu em 1892, determinando a reunião da 1ª Conferência de 1893, presidida pelo próprio Asser, e com o objetivo de estabelecer regras uniformes para a solução dos conflitos de lei, a serem adotadas pelos legisladores ou para servirem de base a uma codificação de DIPr. Interessante é ressaltar que desde a primeira Conferência se estabeleceu o método de normas sobre temas limitados a problemas não gerais, mas especiais, de real importância prática. Cf. VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado 2a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, vol I, p. 204.

[←325]

Decreto nº 3.413, de 14/04/2000, com ressalva ao Art. 24, e Decreto nº 3.087, de 21/06/99, respectivamente.

[←326]

O Brasil promulgou o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado inicialmente em 1972, através do Decreto nº 70.390, de 12 de abril daquele ano; poucos anos depois, entretanto, denunciou o mesmo Estatuto, retirando-se da Conferência, com a promulgação do Decreto nº 80.102, de 08 de agosto de 1977. Somente em 1998, o Brasil aprovou novamente o Estatuto, o qual foi promulgado pelo Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001.

[←327]

Para uma listagem completa dos acordos bilaterais e multilaterais celebrados pelo Brasil, recomenda-se a visita ao sítio eletrônico do Ministério da Justiça, http://www.justica.gov.br/.

[←328]

O primeiro tratado multilateral sobre propriedade industrial, assinado pelo Brasil em 20 de março de 1883, foi a Convenção Internacional de Paris, promulgada pelo Decreto n. 9.233, de 28 de junho de 1884. A Convenção de Paris, ou CUP, continua em vigor desde aquela época, com modificações introduzidas ao longo do tempo.

[←329]

Veja-se, especialmente, BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, onde o autor discute o tema e o coloca como parte de um novo ramo, ao qual denomina de "Direito Constitucional Internacional". De notar que a expressão também é utilizada por MELLO, Celso de Albuquerque, Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995, e por PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 4a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2000.

[←330]

O estudo dos direitos humanos também toca a problemática do conflitos de fontes quando se trata da aplicação de tratados e convenções internacionais. O STF cuidou da matéria em inúmeros julgados que analisaram a aplicabilidade do Pacto de San José vis-à-vis à Constituição e leis ordinárias. Sobre o tema, veja-se ARAUJO, Nadia, e ANDREIUOLO, Inês, "A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos", in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional, org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araujo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto em sua apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 17-25. Sobre o tema, na literatura nacional, consulte-se também CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, vol.I; e MELLO, Celso d. de Albuquerque, Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; e Anuário de Direitos Humanos, org. Ricardo Lobo Torres e Celso de Albuquerque Mello, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

[←331]

Art. 5º, § 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas contitucionais."

[←332]

A expressão tratado foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional, qualquer que seja sua denominação específica.

[←333]

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Princípios de Direito Internacional, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos ed., 1902, tomo I, p. 268.

[←334]

MELLO, Celso Albuquerque, Direito Internacional, vol. I, p. 176 e seguintes.

[←335]

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, entrou em vigor na ordem internacional em 27 de janeiro de 1980, data em que se completou o quórum mínimo, de 35 países, exigido pelo art. 84, e hoje já montam a 90 países.

[←336]

NASCIMENTO E SILVA, G.E. e ACCIOLY, Hildebrando, Manual de Direito Internacional Público, 13a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998, p.27.

[←337]

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo, O Poder de Celebrar Tratados, Porto Alegre, Fabris, 1995, pp. 457-458.

[←338]

O Presidente não se ocupa diretamente dessas relações internacionais. O Decreto n. 99.578/90 incumbe ao Itamaraty negociar e celebrar tratados, acordos e demais atos internacionais, cabendo a ele estabelecer negociações diplomáticas que conduzam a acordos internacionais, sendo assim um órgão auxiliar da Presidência da República, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo, O Poder, pp. 458-459.

[←339]

Veja-se, ainda, a definição de ratificação de Lafayette Rodrigues Pereira, em op. cit. p. 284: "A ratificação é o ato pelo qual o chefe do Estado aprova, confirma e aceita o tratado celebrado por seus mandatários e formalmente se obriga a cumpri-los e a fazê-los executar." Esta definição, apesar de feita no início do século, não se modificou.

[←340]

Para informação sobre manifestações do Ministério das Relações Exteriores, veja-se CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 1986, em cinco volumes, por períodos e um índice alfabético-remissivo. Apenas a título exemplificativo, veja-se o seguinte trecho, datado de 1912: "A 5 de dezembro de 1908, foram trocadas em Buenos Aires as ratificações do Tratado de Arbitramento entre o Brasil e a Argentina, assinado no Rio de Janeiro a 7 de setembro de 1905, entrando ele desde logo em vigor como se estipulara em seu Art.20. Esse ato internacional ratificado por mim, após o unânime consentimento do Congresso Nacional, a 9 de novembro de 1908 e pelo Presidente da República Argentina a 2 de dezembro, foi publicado oficialmente em Buenos Aires a 24 do mesmo mês e promulgado no Brasil por Decreto n. 7277. () Affonso Augusto Moreira Penna, Presidente da República." (vol. I, p. 113) Ao longo dos seis volumes, há inúmeros outros exemplos do mesmo teor, com comunicações semelhantes.

[←341]

Para dados sobre o assunto, veja-se GABSCH, Rodrigo D'Araujo, Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil, Funag, Brasilia, 2010. p, 14 e seguintes. Ele informa que ao longo de todo o século XIX o Brasil celebrou 230 tratados, enquanto que apenas no ano de 2008 foram celebrados 269. O Minitro Celso Amorim, em audiência pública na Câmara, aludiu à demora na aprovação dos tratados como um dos grandes problemas enfrentados pelo país no relacionamento internacional. O trabalho de Rodrigo Gabsch tem por finalidade analisar as razões dessa demora e apresentar algumas soluções para o futuro.

[←342]

O Protocolo de Medidas Cautelares é um tratado internacional celebrado entre os Governos do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, no curso da VII Reunião do Conselho do Mercosul, realizada em Ouro Preto, Minas Gerais, nos dias 16 e 17 de dezembro de 1994. Foi aprovado pela República Argentina por força da Lei nº 24.579 e, no Brasil, referendado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 192/95, de 15/12/95, tendo o governo brasileiro depositado o instrumento de ratificação em 18/03/97.

[←343]

Para o texto do Protocolo, ver ARAUJO, Nadia, MARQUES, Frederico do Valle Magalhães, e REIS, Márcio Monteiro, Código do Mercosul, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 146.

[←344]

CR 8.279 (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2000). Acórdãos citados: ADI 1480, CR 5715, CR 6958, CR 7618 AgR, CR 7899, CR 7914, CR 8168; RTJ 52/299, RTJ 58/70, RTJ 72/659, RTJ 87/402, RTJ 93/517, RTJ 95/38, RTJ 95/518, RTJ 98/47, RTJ

103/536, RTJ 110/55. .

[←345]

Contrariamente à necessidade de promulgação, veja-se a opinião de José Luiz Valentino, em trabalho apresentado no Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional, PUC-Rio, mimeo com a autora: "Ante a análise dos dispositivos da Constituição Federal, do Regimento Interno do Senado Federal, Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e Regimento Interno do Congresso Nacional, fazem-se as seguintes constatações: a) os projetos de decretos legislativos, de resoluções e de leis ordinárias obedecem aos mesmos critérios de iniciativa; b) os projetos de decretos legislativos, de resoluções e de leis ordinárias se sujeitam aos mesmos critérios para aprovação, por maioria simples; c) os projetos de decretos legislativos, resoluções e de leis ordinárias são basicamente sujeitos a iguais trâmites e votações de comissões permanentes; d) para sua eficácia plena, decretos legislativos e resoluções devem se situar no plano hierárquico das leis ordinárias, ante a força de certos atos constitucionalmente atribuídos ao Congresso Nacional. Feitas as considerações supra, pode-se então afirmar que os decretos legislativos são diplomas normativos equiparados às leis ordinárias, tendo igual vigência e poder. Ante tal circunstância, não há nenhum fundamento para se condicionar um decreto legislativo a um mero decreto regulamentador emitido pelo Poder Executivo. Assim sendo, no momento em que o Congresso Nacional, através de um Decreto Legislativo, aprova o texto de um acordo internacional, tal acordo imediatamente ingressa na ordem jurídica interna, pois tal aprovação é declarada através de ato com força de lei."

[←346]

REZEK, Francisco, Direito dos Tratados, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 385, § 322.

[←347]

RODAS, João Grandino, A Publicidade dos Tratados Internacionais, São Paulo, RT, 1980, pp. 200-201.

[←348]

RODAS, João Grandino, op. cit., p. 201.

[←349]

Já em 1905 o STF fazia referência ao decreto de promulgação e, desde então, sempre que se refere a um tratado, não deixa de indicar o decreto de promulgação. In FRAGA, Mirtô, op. cit., p. 70.

[←350]

Ib. id., p. 205. Veja-se interessante argumento levantado pelo recorrente no citado agravo regimental da Carta Rogatória 8279: "Confira-se, nesse sentido, o disposto no Art.4° da Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais, de 1928 (em vigor no Brasil, segundo atesta J. F. Rezek, em seu Direito dos Tratados, p. 16, sendo portanto lei de observância obrigatória), in verbis: "Art. 4 — Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações. A omissão, no cumprimento desta obrigação internacional, não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações nele contidas."

[←351]

Veja-se estudo de FRAGA, Mirtô, op. cit., p. 47 e seguintes, que mostra ter o tratamento constitucional da divisão entre o direito interno e o direito internacional permanecido inalterado nas diversas constituições, desde 1891. E ao falar da promulgação aduz: "expressa e taxativamente não houve e não há, nenhum dispositivo constitucional determinando esse procedimento" (p. 60). Com efeito, não se trata sequer de discutir se o decreto presidencial de promulgação é ato indispensável ou não à vigência interna da norma internacional. Ver, ainda, CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, Repertório da prática., nos diversos volumes, dos quais destacamos, no vol. II, pp.84-85, o seguinte trecho de parecer de Clóvis Bevilaqua: "Em face da Constituição, [de 1891] art. 34, n. 12 e 48, n. 16, todos os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo Poder Executivo devem ser aprovados pelo Legislativo; e, depois de ratificados e publicados pelo Presidente da República é que adquirem força obrigatória." Também é preciso examinar o requisito imposto pelo art. 1º da LINDB que regula a entrada em vigor de todas as leis, verbis: "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada." Por isso, qualquer norma — seja de origem internacional seja de origem nacional — tem a sua vigência condicionada à prévia publicação oficial. E a publicação oficial das normas é definida pelo Decreto 96.671/88, que regula a publicação dos atos oficiais, que assim estabelece, nos arts. 1º, 2º e 3º: "Art. 1º. Incumbe ao Poder Executivo, através do Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça, a publicação: I — das leis e dos demais atos resultantes do processo legislativo previsto na Constituição; II — dos tratados, convenções e outros atos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional; (...)"; "Art. 2º. O Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça exerce as suas funções de publicar atos e documentos oficiais por meio dos seguintes órgãos: I — `Diário Oficial'; II — `Diário da Justiça'; (...)"; "Art. 3º. São obrigatoriamente publicados, na íntegra, no `Diário Oficial': I — as leis e os demais atos resultantes do processo legislativo previsto na Constituição; II — os tratados, convenções e outros atos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e os respectivos decretos de promulgação;" (destaques acrescentados).

[←352]

GABSCH, Rodrigo D'Araujo, Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil, Funag, Brasilia, 2010, p. 40.

[←353]

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº13.146/2015.

[←354]
ADI 5357.

[←355]
Tópico obrigatório em quase todos os livros de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, não cabe no contexto deste trabalho trazer a referência de todos que discutiram a matéria. Além daqueles já citados no corpo deste trabalho, ver RANGEL, Vicente Marotta, "Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ano XXIII, 1967, ns. 45/46, pp. 29-64; DOLINGER, Jacob, "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício de Ecletismo", in Revista Forense, vol. 334, pp.71-107, estudo sistemático sobre o tema, trazendo o histórico das principais fontes de direito brasileiro que já cuidaram do assunto. DOLINGER, Jacob, "Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio — Trips — patente de invenção — Aplicabilidade do Acordo Trips no Brasil", in Revista Forense, vol. 342, pp. 225-235.

[←356]
TRIEPEL, H., "Les rapports entre le droit interne et le droit international", Recueil de Cours de L'Academy de Droit International, tomo I, 1925, pp. 77-118. Veja-se esse trecho do autor: "Notre thèse signifie au surplus que jamais la formation du droit international public ne peut remplacer la formation du droit interne; la source du droit interne doit agir par elle-même pour faire en quelque sorte sien le droit créé par la source du droit international. Un traité international n'est donc jamais en soi un moyen de création du droit interne. Il peut seulment constituer une invitation à créer ce droit, mais la formation du droit repose toujours, dans L'État, sur un acte particulier de volonté de L'État, distinct de sa participation au développement juridique international. C'est un erreur que de dire que la publication d'un traité international par le gouvernement d'un État, en vue de le faire observer par les autorités et les sujets, a pour effect de donner aut traité sa "validité interne". Car le traité international reste traité international même quand il est publié dans un journal officiel ou autrement, et l'on ne peut parler que d'une validité international e des traités. Quoique que le traité soit publié par l'État, il n'est obligatoire que pour l'État même et il est encore inexact de dire que la publication du traité le rend obligatoire pour les sujets de l'État; ce n'est pas le traité, c'est la norme étatique, créée peut-être par le simple moyen de la publication du traité qui est obligatoire pour les sujets de l'État. On doit donc dire: une source de droit international est aussi peu capable de créer, par elle-même, une règle du droit interne qu'une source de droit interne n'est en état de produire, par elle-même, du droit international. On peut appeler la théorie qui vient d'être exposée, la théorie dualiste des rapports entre le droit international et le droit interne". Op. cit., p. 84.

[←357]
A teoria de Triepel foi seguida por inúmeros autores e legislações. Ainda nos anos 30, temos G. A. WALZ, "Les Rapports du Droit International et du Droit Interne", Recueil de Cours, tomo 61, 1937, pp. 377-453; MOSLER, H., "L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux", Recueil de Cours, tomo 91, 1957, pp. 619-711.

[←358]
Kelsen tratou do tema em um curso ministrado na Academia de Direito da Haia: "Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International Public", in Recueil de Cours, 1926, pp. 14-231; em seu livro Teoria Pura do Direito (usada neste trabalho a versão portuguesa) 6a. ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra, Armenio Amado Ed.,1984, no capítulo 7, sobre o Estado e o Direito Internacional, e no seu Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1990, pp. 352-376. O último trabalho citado é a principal fonte dos comentários acima.

[←359]
"Como o direito nacional tem o fundamento de sua validade, por conseguinte, a sua `fonte' nesse sentido, no Direito Internacional, a fonte do primeiro deve ser a mesma que a do segundo". KELSEN, Teoria Geral, p. 358: "O Direito Internacional e o Direito Nacional são, como se diz, partes de um único sistema, porque podem se contradizer, e de fato o fazem mutuamente. (...) Em caso de conflito entre uma norma estabelecida pelo Direito Internacional e um estatuto mais recente de Direito Nacional, os órgãos do Estado não têm, necessariamente, de considerar o estatuto como uma norma válida. É bem possível que os tribunais tenham poder para se recusar a aplicar um estatuto inconstitucional. No entanto, no direito positivo existente, essa é uma exceção(...). O conflito entre uma norma estabelecida de Direito Internacional e uma de Direito Nacional é um conflito entre uma norma superior e uma inferior. Tais conflitos ocorrem dentro da ordem jurídica nacional sem que a unidade dessa ordem seja por isso posta em risco. (...) E, exatamente como a possibilidade de `leis inconstitucionais' não afeta a unidade da ordem jurídica nacional, da mesma forma a possibilidade de um direito nacional violar o direito internacional não afeta a unidade do sistema jurídico que compreende ambos." KELSEN, Teoria do Estado, pp. 360-361.

[←360]
O tratado, uma vez aprovado, integra automaticamente a ordem interna. Nesta última corrente, temos ainda três escolas: a primeira defende a primazia do direito interno sobre o direito internacional; a segunda defende a primazia do direito internacional sobre o interno, e a terceira os equipara, fazendo depender a prevalência de uma fonte sobre a outra da ordem cronológica de sua criação. Dolinger, Jacob, Direito Internacional Privado, 6a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 90.

[←361]
"O Direito Internacional necessita de transformação em Direito Nacional apenas quando essa necessidade é formulada na Constituição do Estado. Se a Constituição se cala a esse respeito — como às vezes é o caso —, os tribunais do Estado são

competentes para aplicar o direito internacional diretamente. (...) Mas o tratado pode ser formulado de tal maneira que possa ser aplicado diretamente pelos tribunais e órgãos legislativos. Então, a transformação do Direito Internacional em Direito Nacional — por meio de um ato legislativo — é supérflua, a menos que seja necessária, por exemplo, pelo fato de a constituição do Estado estipular que os tribunais e autoridades administrativas devem aplicar única e exclusivamente estatutos e decretos-lei." KELSEN, Teoria Geral do Direito, p. 367.

[←362]

"Ao determinar o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais, o Direito Internacional regulamenta a criação do direito nacional." Dá, como exemplo, o golpe de Estado. KELSEN, Teoria Geral..., pp. 357-58.

[←363]

REUTER, Paul. Introduction au Droit des Traites. 3 édition revue et augmentée par Philippe Cahier. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 15 e seguintes.

[←364]

ARAUJO, João Hermes Pereira, A Processualistica dos Atos Internacionais, Rio de Janeiro: Ministerio das Relações Exteriores, 1958, p. 243 e 244.

[←365]

A doutrina, de forma unânime, aponta que Triepel foi o primeiro doutrinador a classificar os tratados internacionais em tratados-lei e tratados-contrato. Veja-se, por todos, GAUTIER, Philippe. Essai sur la définition des traités entre États. Bruxelas: Bruylant, 1993, pp. 49 e 50.

[←366]

Sobre a distinção inaugurada por Triepel, v. SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. Vol. I. São Paulo, Editora Atlas, 2002. p. 64.

[←367]

TRIEPEL, H. Droit international et droit interne. Saint Dizier: Thevenot, 1899. pp. 44 e seguintes apud GAUTIER, Philippe. Essai sur la définition des traités entre États. Bruxelas: Bruylant, 1993, pp. 49 e 50.

[←368]

Triepel entende que nenhum Estado poderia impor aos demais a sua vontade no âmbito de suas relações internacionais, pois todos os Estados estão em condições de igualdade na comunidade internacional. Somente poderia ser fonte do direito internacional a regra proveniente da vontade comum dos Estados. Segundo ele, essa unidade de vontades consistia na Vereinbarung (união de vontades na doutrina alemã). Portanto, os tratados em que a vontade comum dos Estados os conduzia a adotar uma regra que regulava sua conduta de forma permanente criavam normas de direito objetivo (TRIEPEL, H. "Les rapports entre le droit interne et le droit international", Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 1. The Hague: Martinus Nijhoff, 1923, p. 77-121)

[←369]

KELSEN, H. Contribuition à la theorie du traité international. Revue internationale de la théorie du droit, 1936. p. 258. apud GAUTIER, Philippe. Essai sur la définition des traités entre États. Bruxelas: Bruylant, 1993, p. 50.

[←370]

Para Reuter, no original: "il faut bien admettre que la distinction des traités-lois et des traités-contrats n'est ni claire, ni exacte." (REUTER, Paul. Introduction au Droit des Traites. 3 édition revue et augmentée par Philippe Cahier. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 23).

[←371]

Exemplifica com o Tratado de Versalhes, que tem mais de 400 artigos e diversos tipos de normas, não sendo possível enquadrá-lo com precisão em qualquer uma das classificações. No mesmo sentido, Suzanne Bastid também ressalta a dificuldade de separar os tratados mediante essa classificação, já que um mesmo tratado pode conter disposições das duas noções distintas (BASTID, Suzanne. Les traités dans la vie internationale – conclusion et effets. Collection Droit International, Paris: Economica, 1985, p. 21).

[←372]

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28 e 29.

[←373]

MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello. Curso de Direito Internacional Público. I Volume, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 208.

[←374]

Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030/2009.

[←375]

HOLLIS, Duncan B. (ed.) The Oxford Guide to Treaties, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 477 e seguintes. Para maiores informações sobre a Convenção de Viena, recomenda-se a leitura do Rapport elaborado pelo Relator do projeto na

Comissão de Direito Internacional, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf.

[←376]

GARDINER, Richard, Treaty Interpretation, 2nd ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2015, p. 14 e 15.

[←377]

REZEK, José Francisco, Direito dos Tratados, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 18 e seguintes. No Brasil, confira-se a obra de comentários Direito dos Tratados, organizada por Aziz Tuffi Saliba (SALIBA, Aziz Tuffi (org.) Direito dos Tratados – comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, Belo Horizonte: Arraes, 2011). No exterior, destaca-se a obra clássica de REUTER, Paul. Introduction au Droit des Traites. 3 édition revue et augmentée par Philippe Cahier. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. Para informações atualizadas a respeito dos Estados signatários da Convenção, recomenda-se o acesso ao síto eletrônico da ONU, em https://treaties.un.org/.

[←378]

AUST, Antonhy, Modern Treaty Law and Practice, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, , 2013, p. 6.

[←379]

A esse respeito, veja-se HOLLIS, Duncan B. (ed.) The Oxford Guide to Treaties, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 12. Cita, ainda, o caso em que a CIJ adotou essa posição.

[←380]

VALLADÃO, Haroldo. Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, vol. VI (1961-1971). Brasília: Organização Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, 2002, p. 269.

[←381]

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 45-46.

[←382]

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 37.

[←383]

No STJ há poucos casos em que a Convenção de Viena foi levada em conta. De destacar o REsp 1174235, Rel. Min. Herman Benjamin, de 2010, que se refere ao artigo 31.3. da Convenção de Viena.

[←384]

A sistematização da distinção dos critérios utilizados pelo monismo e dualismo são uma contribuição de Gustavo Binenbojm, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor de Direito Administrativo. Este trabalho foi publicado como: "Monismo e Dualismo no Brasil: uma Dicotomia Afinal Irrelevante", Revista Forense, v. 350, pp. 39-48.

[←385]

Veja-se a respeito, BINENBOJM, Gustavo. "Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante", Revista Forense, v. 350, p. 39-48.

[←386]

Sobre o dualismo moderado, assim se manifesta o M. Celso de Mello em seu voto na CR 8.279: "torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exeqüibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República." Assim o faz com base no magistério de João Grandino Rodas, cujo trecho a respeito, integrante do voto se transcreve: "Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República — e a esta, somente — disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais. Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro — que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) — satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)."

[←387]

Ainda no voto de Celso de Mello: "Cumpre assinalar, finalmente, que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 80.004-SE (RTJ 83/809, Rel. p/ o acórdão Min. CUNHA PEIXOTO), quando se consagrou, entre nós, a tese — até hoje prevalecente na jurisprudência da Corte (e

recentemente reiterada no julgamento da ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) — de que existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, de caráter ordinário, mera relação de paridade normativa. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, por isso mesmo, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas (JOSÉ ALFREDO BORGES, in Revista de Direito Tributário, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, in RDA 47/452; ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA, `Da Lei Tributária no Tempo', p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, `Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário', p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, `Curso de Direito Internacional Privado', p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, `Direito dos Tratados', p. 470/475, itens 393-395, 1984, Forense, v.g.). A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá — presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico —, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333 — RTJ 100/1030 — RT 554/434).” (CR 8.279/AT, STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2000)

[←388]

Apelação Cível 7.872, in Archivo Judiciário, vol. 69, pp. 13-25 (1944).

[←389]

No acórdão em questão, enquanto o voto do Relator, vencido, ocupa doze páginas, o voto que prevaleceu, do ministro Laudo de Camargo, possui apenas dois parágrafos, nos quais entende ter a sentença bem decidido a questão, dando pela isenção do imposto, sem maiores considerações sobre as questões levantadas pelo Relator.

[←390]

Op. cit., p. 20.

[←391]

“Entre nós, a formação dos tratados, após a fase precontratual, das negociações, se assemelha à das leis, exigindo pronunciamento do Poder Legislativo, promulgação e publicação, sujeita esta às normas gerais para vigência.” Ap. Cível 7872, p. 19, in Archivo Judiciário, vol. 69, pp. 13-25 (1944).

[←392]

Apelação Cível 9.587, in Revista de Direito Administrativo, vol. 34, pp. 106-110 (1953). A ementa diz o seguinte: “O Tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem.”

[←393]

Veja-se o trecho destacado pelo ministro do voto vencido, anteriormente mencionado: “A dificuldade está, porém, no feito inverso, último aspecto a que desejávamos atingir — o tratado é revogado por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional. Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes.”

[←394]

RTJ 58/744. Os casos do STF e STJ sobre conflito de fontes, inclusive estes, foram resumidos e publicados nos Cadernos — Direito Internacional Privado, coord. Nadia de Araujo, Daniela Trejos Vargas e Lauro da Gama e Souza Jr., Departamento de Direito, PUC-Rio, ano II, n. 3, 1996.

[←395]

Por meio do Decreto nº 57.663/1966.

[←396]

RE 80.004, in RTJ 83/809. Este acórdão foi objeto de inúmeros comentários pela doutrina especializada. Para resumo das posições dos ministros votantes, ver Cadernos, pp. 15-21. Segue a transcrição da ementa: “Convenção de Genebra — Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias — Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal — Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

[←397]

Veja-se, a respeito, REsp 74.376/RJ (STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 37/11/1995), REsp 480.563/RS (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 03/10/2005) e REsp 1.085.655/SP (STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24/08/2010). Quanto a este último, destaca-se o seguinte trecho da ementa: “Trata-se de aparente conflito normativo que atinge, em tese, o pacto federativo, cuja análise em via recursal passou, por essa razão, a ser da competência do STF (art. 102, III, "d", da CF), considerando que os tratados

internacionais vigem no âmbito interno, em regra (exceção de acordos relativos a direitos humanos), com força de lei ordinária federal (precedentes do STF)."

[←398]

Ver Dolinger, Direito Internacional Privado, pp. 88-108, com o desenvolvimento da jurisprudência brasileira, e especialmente com um resumo do RE. 80.004, que pode ser encontrado em RTJ 83/809-848. Ver também: Casella, Paulo B., Mercosul, Exigências e Perspectivas, São Paulo, Ltr, 1996, capítulo IX, e Barroso, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, capítulo I, ambos contendo a posição da doutrina e da jurisprudência a esse respeito. Ainda DOLINGER, Jacob, "As Soluções da Suprema Corte".

[←399]

Ver Casella, Paulo Borba, Direito Internacional Tributário Brasileiro, São Paulo, LTr, 1995.

[←400]

A existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária não é pacífica. Alexandre de Moraes, seguindo o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acredita que a lei complementar seria um tertium genus na hierarquia dos atos normativos, interposto entre a Constituição e a lei ordinária, sobrepondo-se a esta última em razão da exigência de maioria qualificada para sua aprovação. Cf. MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 7a. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 529.

[←401]

"O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor." (REsp. 58.736, STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 29/04/1996)

[←402]

"Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 50, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido." (REsp 169.000/RJ, STJ, Rel. Min. Paulo Costa Leite, DJ 14/08/2000). A orientação do STJ está pacificada. Veja-se, casos mais recentes, na mesma direção: AgRg 141.630 (STJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 18/12/2012), AgRg 1.230.663 (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 24/08/2010), REsp 552553 (STJ, Rel. Min.Fernando Gonçalves, DJ 01/02/2006).

[←403]

Confira-se: AI 715.877/SP (STF, Rel. Min. Carmen Lucia, DJ 03/04/2009), AI 593.779/DF, (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29/11/2006), RE 214.349 (STF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11/06/1999).

[←404]

RE 172.720-9/RJ (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/11/1999), RE 391.032/RJ (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 22/03/2012), AI 797.880/RJ (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 19/06/2013), AI 824.673/SP (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 10/09/2012), ARE 738.415/MT (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 11/04/2013), AgRg no AREsp 145329/RJ (STJ, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 27/10/2015), REsp 1289629/SP (STJ, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, DJe 03/11/2015) e AgRg no AREsp 661046/RJ (STJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 24/09/2015).

[←405]

ARESp 396.937/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 06/03/2014.

[←406]

Súmulas 20 e 71 do STJ. Súmula 20. – "A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM quando contemplado com esse favor o similar nacional."; Súmula 71. – "O bacalhau importado de país signatario do GATT é isento do ICM."

[←407]

Vários são os casos que cuidam da questão relativa ao ICM x GATT. A ementa abaixo exemplifica a questão: "ICM. Alíquota reduzida. Importação de máquinas para integração no ativo fixo da empresa. Similar nacional. Súmula n. 575 parágrafo 11 do art. 23 da EC n. 1/69, com a alteração da EC n. 23/83. Recurso Extraordinário não conhecido. Tem-se orientado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o parágrafo 11 do art. 23 da Constituição federal anterior, na redação da EC n. 23/83, não alterou a regra de que, se a legislação local concede isenção do ICM à saída de determinado produto, essa isenção por igual se estende ao similar importado de país signatário do GATT ou da ALALC, e isso porque, como assinalado no acórdão do RE 115.773-SP, a lei instituidora da isenção "tem ser interpretada, para não ofender o disposto no Art. 98 do CTN, como aplicável a todos os casos que não os ressalvados, em virtude de extensão de isenção pelos tratados internacionais." RTJ 136, p.799/800. Note-se que vários são os acórdãos similares. A título exemplificativo: AI 810.152/BA (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09/08/2012), RE 577.889/BA (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10/05/2012), AI 838.306/RS (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 08/09/2011), AI 764.425AgR/RJ (STF, Rel. Min. Cesar Peluso, DJe 19/10/2010), RE 229.096-0/RS (STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJe 11/04/2008), RE 543.943 AgR/PR (STF, Rel. Min. Cesar de Mello, DJe 10/12/2010), dentre outros. No mesmo sentido o STJ: REsp 426.945/PR (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 17/12/2004), REsp 719.855/RN (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki,

DJ 05/12/2005), REsp 480.563/RS (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 03/10/2005), REsp 642.663/RS (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/02/2005), REsp 913.304/RS (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22/05/2009), dentre outros. Para resumo, ver Cadernos da PUC, p.22.

[←408]

REsp 1.149.529/RJ (STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 14/12/2009), E ainda REsp 1.025.542/MG (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14/12/2009).

[←409]

REsp 1.325.709/RJ (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20/05/2014).

[←410]

RESp 1.161.467/RS (STJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 01/06/2012).

[←411]

Na doutrina, recomenda-se a leitura dos comentários de Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo ao Art. 27 da Convenção em BORGES DE MACEDO, Paulo Emilio Vauthier. Art. 27. In SALIBA, Aziz Tuffi (org.) Direito dos Tratados – comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, Belo Horizonte: Arraes, 2011, pp. 191-199.

[←412]

REsp 1.272.897/PE, STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, DJe 09/12/2015.

[←413]

Este Anexo 1C é o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, mais conhecido pelo acrograma em inglês TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). A ata final com os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada pelo Brasil em Marraqueche, em 15 de abril de 1994, foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, DOU de 19-12-1994. Posteriormente, foi promulgada pelo Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994, DOU de 31 de dezembro de 1994. O Art. 2º do Decreto nº 1.355/94 tem a seguinte redação: "Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

[←414]

O texto do Art. 65 do TRIPS, conforme promulgado pelo Decreto nº 1.355/94, estabelece o seguinte: "Art.65. Disposições Transitórias. 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. 2. Um País em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no Parágrafo I, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5."

[←415]

É comum estabelecer-se no decreto de promulgação uma data para a entrada em vigor de um tratado no sistema interno brasileiro. Veja-se, por exemplo, a Convenção sobre Igualdade de Direitos entre Brasileiros e Portugueses, promulgada pelo Decreto nº 70.391 de 12.04.1972. De acordo com esse decreto, a Convenção promulgada em 12.04.1972 deveria somente entrar em vigor em 22.04.1972, a saber: "(...) devendo a referida Convenção, em conformidade com seu Art.17, entrar em vigor a 22 de abril de 1972; Decreta que a Convenção, apensa por cópia ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente quanto nela se contém (...)."

[←416]

Pela aplicabilidade do TRIPS desde 1º de janeiro de 1995, veja-se Célio Borja, "Patente de invenção, acordo internacional", in Revista de Direito Administrativo, 213:I-VII, p. 328, sustentando que "ao aprovar e promulgar o TRIPS, transformando-o em lei interna, o Brasil o poderia ter subordinado aos termos iniciais de vigência no seu território autorizados, alternativamente, nos artigos 65.1 ("um ano após a data de entrada em vigor do acordo constitutivo da OMC") e 65.2 ("postergar a data de aplicação dos dispositivos do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos"). Mas a opção por uma ou outra data deve revestir, necessariamente, a forma de ato legislativo interno. No mesmo sentido, veja-se Gustavo Starling Leonardos, "Dos Prazos de Validade das Patentes em Vista do Acordo TRIPS e da Nova Lei de Propriedade Industrial", RT 758/89. Ainda favorável a sua aplicabilidade, mas por outros fundamentos, ver DOLINGER, Jacob, "Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, Trips, Patente de Invenção, Aplicabilidade do Acordo Trips no Brasil", Revista Forense, v. 342, pp.225-235, favorável à aplicabilidade uma vez que um tratado ao ser aprovado de conformidade com os preceitos constitucionais ingressa no ordenamento jurídico interno sendo imediatamente aplicável. Na sua opinião o Brasil não se utilizou das faculdades de prorrogação contidas naquele dispositivo. Por seu turno, o MRE tem se posicionado no sentido de que o art. 65 do TRIPS foi decorrente da necessidade dos países em desenvolvimento disporem de prazo mais dilatado para o período de transição, razão por que o prazo de aplicação seria o permitido pelo art. 65, enquanto a entrada em vigor do acordo seria a da data da promulgação. Para uma visão geral sobre o TRIPS, cf., LICKS, Otto, "O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio", in Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio — A OMC e o Brasil, coord. Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante, São Paulo, LTr, 1998, pp. 607-649.

[←417]

REsp 423.240, STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 15/03/2004.

[←418]

AgRg no REsp 1.131.808/RJ (STJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 10/05/2011), REsp 1.192.841/RJ (STJ, Rel. Min.Nancy Andrighi, Dje 13/06/2011), REsp 1.165.845/RJ (STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23/02/2011)

[←419]

Como se verifica nos EDcl no REsp 1.145.637 (STJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 15/03/2010).

[←420]

Cf. REsp 719.855 (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06/03/2006), REsp 480.563/RS (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.10.2005).

[←421]

REZEK, Francisco, "Recepção da Regra de Direito Comunitário pelas Ordens Jurídicas Nacionais", in Direito Comunitário, org. Deisy Ventura, Porto Alegre, Livraria do Advogado, ano 1997, p. 55 e seguintes.

[←422]

O já citado REsp 1.272.897/PE (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, DJe 09/12/2015).

[←423]

Cf. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, O Direito Internacional em um mundo em transformação, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

[←424]

Cf. RE 465.814/MT (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09/02/2006). Confira-se o trecho: "O acórdão ora impugnado diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, em dois julgamentos sobre a matéria ora em exame (HC 72.131/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, e RE 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), decidiu que se reveste de plena legitimidade constitucional o diploma legislativo (DL nº 911/69) que autoriza a prisão civil do devedor fiduciante, se este, sem justa causa, deixa de entregar, ao credor, o bem alienado fiduciariamente em garantia ou, então, a importância equivalente em dinheiro ... Os tratados internacionais, necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República, não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais. A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil também no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República e nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO." (RTJ 174/335-336, Rel. Min. Celso de Mello) Nem se diga, finalmente, que, após a sua incorporação ao sistema de direito positivo interno do Brasil, o Pacto de São José da Costa Rica - por não prever a possibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel (Art. 7º, n. 7) - teria derrogado, tacitamente, a legislação ordinária brasileira, no ponto em que esta, nos casos de infidelidade depositária, admite a utilização desse meio extraordinário de coerção processual."

[←425]

Nesse sentido, veja-se DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu, "Tratados Internacionais na Emenda Constitucional n. 45", in Reforma do Judiciário, analisada e comentada, coordenadores André Ramos Tavares et alii, São Paulo, Ed. Método, 2005, p. 91. Em sentido contrário, PIOVESAN, Flávia, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", in Reforma do Judiciário, analisada e comentada, coordenadores André Ramos Tavares et alii, São Paulo, Ed. Método, 2005, p. 72.

[←426]

RESp 914.253/SP, STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11/09/2009.

[←427]

HC 90.172/SP (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/08/2007).

[←428]

RE 466.343/SP (STF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 05/06/2009).

[←429]

RE 349.703/RS (STF, Rel. Min.M. Carlos de Brito, DJ 05/06/2009).

[←430]

RHC 23.606/SC (STJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 05/02/2010).

[←431]
Promulgada por meio do Decreto nº 6.949/2009.

[←432]
Disponível em http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306736&filename=PPP+1+%3D%3E+PL+7699/2006.

[←433]
Página 8 do Relatório, disponível em http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306736&filename=PPP+1+%3D%3E+PL+7699/2006.

[←434]
Nesta ação. É arguida Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino a inconstitucionalidade do Art. 28, § 1º e do Art. 30, caput, da Lei nº 13.146/15.

[←435]
ARAUJO, João Hermes Pereira, A Processualistica dos Atos Internacionais, Rio de Janeiro: Ministerio das Relações Exteriores, 1958, p.295.

[←436]
Promulgada por meio do Decreto nº 1.855/1996.

[←437]
Para maiores informações sobre a questão da denúncia de tratados, veja-se, por todos, a tese de doutorado de Márcio Peereira Pinto , em GARCIA, Marcio Pereira Pinto, A Terminação de Tratado e o Poder Legislativo à vista do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Internacional Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

[←438]
Participação no curso de Direito Processual Público, do Conselho da Justiça Federal, no módulo sobre direito internacional e direitos humanos, em março de 2005. Mimeo. com a autora.

[←439]
PATAUT, Étienne, Principe de Souveraineité et conflicts de juridictions, Paris, LGDJ, 1999, p.1.

[←440]
ALMEIDA, Ricardo Ramalho, in Integração Jurídica Interamericana, coord. Nadia de Araujo e Paulo Borba Casella, São Paulo, LTr, 1998, pp. 257-258.

[←441]
MORELLI, Gaetano, Derecho Procesal Civil Internacional, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-America, Chile/Buenos Aires, 1953, p.7.

[←442]
Nesse sentido, veja-se a opinião de Irineu Strenger, para quem "a doutrina mais autorizada se inclina decididamente para uma concepção ampla, do direito internacional privado, atuando numa dupla dimensão: legislatura e jurisdicional". Segundo o autor, a dimensão jurisdicional do DIPr é a que se desenvolve precisamente pelo Direito Processual Internacional. STRENGER, Irineu, "Extraterritorialidade do Direito Processual", in Avances de Derecho Internacional Privado em América Latina, org. Jan Kleinheisterkamp e Gonzalo Lorenzo Idiarte, Montevidéu, FCU, 2002, p. 474.

[←443]
VESCOVI, Eduardo, Derecho Procesal Civil Internacional, Ed. Idea, Montevidéu, 2000, passim p. 17 e seguintes.

[←444]
No Brasil, a Defensoria Pública foi regulada pela Constituição de 1988, em seção própria, nos artigos 134 e 135. Sua organização nos estados depende de cada ente, e, no plano federal, é da responsabilidade da União. Veja-se o Art. 134 da CF: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV. Parágrafo único: Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais." Veja-se, ainda, Lei Complementar nº 80, de 12/01/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do distrito federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. A Lei nº 9.020, de 30/03/1995, dispõe sobre a implantação, em caráter emergencial e provisório, da Defensoria Pública da União e dá outras providências.

[←445]
Acordo de Cooperação em Matéria Civil, internalizado por meio do Decreto nº 3.598/2000.

[←446]
Veja-se, nesse sentido, o Código Bustamante: "Art. 314: A Lei de cada Estado contratante determina a competência dos tribunais, assim como a sua organização, as formas de julgamento e a execução das sentenças e os recursos contra suas decisões."

[←447]

Carnelutti, ao analisar os possíveis limites da atuação do juiz italiano em um caso concreto, afirmou que não há limites lógicos à jurisdição. Nada impede, em tese, que um juiz italiano decida qualquer lide, independentemente da nacionalidade ou domicílio das partes envolvidas, do local em que se encontrem os bens que constituem objeto do litígio ou do local em que tenham ocorrido os fatos em que se baseia a ação. (CARNELUTTI, Francesco. Rivista di Diritto Processuale Civile. Vol. VIII, parte II, 1931. pp. 218-220 apud PORTUGAL, Sílvio. "Competência internacional da justiça brasileira". Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1943. vol. 93. p. 274).

[←448]

Conforme precisa síntese de Frederico Marques: "Não interessa ao Estado, porém, estender tão ilimitadamente o alcance espacial de sua jurisdição. Além de sobrecarregar inutilmente seus órgãos judicantes, ainda se arriscaria a entrar em conflito com as jurisdições de outros Estados, sem a possibilidade de tornar efetivas as decisões de seus magistrados." (FREDERICO MARQUES, José. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Campinas: Millenium, 2000, p. 294).

[←449]

Segundo Gaetano Morelli, "é concebível in abstracto que o Estado exerça ilimitadamente sua própria jurisdição". Todavia, o autor acrescenta que essa noção não é absoluta, porque os Estados respeitam a jurisdição dos demais. Além disso, os Estados têm seus próprios interesses a serem observados, o que os induz a abster-se de exercer uma atividade concreta para compor conflitos estranhos à sua vida social, o que acaba por limitar a atividade jurisdicional. (MORELLI, Gaetano, Derecho Procesal Civil Internacional, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa, 1953. pp. 85-86).

[←450]

Nesse sentido, CASTRO, Amilcar de. Direito internacional privado. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, § 293. pp. 459-460.

[←451]

Veja-se, no mesmo diapasão, Botelho de Mesquita que aduz que "Em tese, todos os Estados soberanos têm o poder de arrogar para si a jurisdição sobre todas as causas. De lege ferenda, poderia o Brasil, p. ex., incluir quaisquer causas na sua competência internacional, estendendo ao infinito os limites de sua jurisdição. Ao Estado, porém, só interessam as causas que guardem algum ponto de contato com o ordenamento jurídico nacional." (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. "Da competência internacional dos princípios que a informam". Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, nº 50, parágrafo 14)

[←452]

McLACHLAN, Campbell. Lis Pendens in International Litigation, Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 336. The Hague: Martinus Nijhoff, 2009, p. 212, verbis: "So, far from resolved, the problems posed by parallel litigation seem if anything to be gaining in frequency, urgency and complexity - matched only by the level of dissent over the appropriate solution. In part, this may be a simple function of the rise in the incidence of international litigation."

[←453]

JATAHY, Vera Maria Barreira, Do Conflito de Jurisdições. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 12.

[←454]

Para uma análise da questão do risco em processos internacionais, veja-se FENTIMAN, Richard, International Comercial Litigation, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3 e seguintes.

[←455]

No dia 16 de março de 2015 foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, cuja vigência se inicia em março de 2016. Também a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/06 sofreu recentemente significativas mudanças mediante a promulgação da Lei nº 13.129/2015, que já está em vigor.

[←456]

Art. 13. "A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte."

[←457]

Para primeiros comentários a respeito do NCPC, veja-se, NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade, Comentários ao CPC, São Paulo: RT, 2015. Veja-se, ainda, ARAUJO, Nadia, GAMA, Lauro e VARGAS, Daniela, "Temas de Direito Internacional Privado no novo CPC", in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 28, 2011, p.147/160.

[←458]

Art. 5º, XXXV, da CF.

[←459]

Veja-se nesse sentido: "A competência para legislar, julgar e executar é supra-estatalmente distribuída pelos Estados que existem na terra." MIRANDA, Pontes de, Comentários ao CPC, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1973, tomo II, p.171.

[←460]

Veja-se em MADRUGA, Antenor, op. cit., p. 84, interessante ponderação acerca da questão da competência no direito comparado e no Brasil. Enquanto nos países de tradição romano-germânica a competência é definida abstratamente em lei, nos países de tradição da common law, permite-se que o juiz aprecie, casuisticamente, a conveniência de julgar um conflito com elementos de estraneidade. Essa teoria é chamada de forum non conveniens e foi largamente discutida nos Estados Unidos. Na opinião do autor, embora acredite que a raiz da doutrina também possa ser encontrada nos países de direito civil, falta-lhe a flexibilidade da doutrina, segundo seu desenvolvimento nos países anglo-saxões, especialmente os Estados Unidos, pp. 84-85.

[←461]

Veja-se NARDI, Marcelo De, "Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma Visão Brasileira", in Contratos Internacionais, coord. João Grandino Rodas, 3a. ed., RT, São Paulo, 2002, p. 133.

[←462]

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição — Competência Internacional da Justiça Brasileira, Prova do Direito Estrangeiro", in Revista Forense, vol. 343, p. 279.

[←463]

Resp 804.306/SP (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 03/09/2008).

[←464]

Para maiores informações sobre jurisdição, ver CARNEIRO, Athos Gusmão, Jurisdição e Competência, 6a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995. Logo ao iniciar seu livro, o autor dá a seguinte noção geral: "Ao direito subjetivo de ação, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da jurisdição, pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a solicitaram. A jurisdição é, com a administração e a legislação, forma de exercício da soberania estatal".

[←465]

Segundo RIGAUX, determinar a competência internacional de uma autoridade ou tribunal consiste em decidir se a situação que a eles está submetida pode ou não ser conhecida pelo tribunal. Em seguida, resolver-se-ão as questões relativas à competência interna. RIGAUX, François, Droit Internationale Privé, Bruxelas, Larcier, 1987, tomo I, p.121.

[←466]

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, "Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam", Revista de Processo, n. 50, p. 53.

[←467]

Em uma ação de nulidade de contrato internacional, o réu pleiteava a incompetência da justiça brasileira por força do Art. 9º da LINDB e Art. 88, III, do CPC. O STJ decidiu que, por ser o domicílio do réu no Brasil, deu-se a hipótese do Art. 88, I, do CPC. O reconhecimento da conexão com a ação já proposta no exterior, pedida pelo réu, implicaria a aceitação da litispendência no plano internacional, ao contrário do estabelecido na lei (Art. 90 do CPC). REsp 2.170/SP (STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 03/09/1990). Confira-se o seguinte trecho: "A competência da autoridade judiciária brasileira firma-se quando verificada alguma das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC. O direito brasileiro não elegeu a conexão como critério de fixação da competência internacional que não se prorrogara, por conseguinte, em função dela. Esse entendimento foi depois confirmado em conflito de competência, publicado em LEXSTJ 141, p. 39, em que não foi aplicada a regra da prevenção em face da incompetência de um dos juízos, por ser um destes um juízo estrangeiro. Na ementa temos que a prevenção não é critério de determinação da competência, e sim de sua fixação. Sua aplicação pressupõe que os dois juízos envolvidos sejam igualmente competentes, o que não se deu na espécie porque um deles seria no estrangeiro."

[←468]

Ag 9794/SP (STJ, Rel. Min. Claudio Santos, DJ 26/0/1991). Esse entendimento foi reiterado no REsp 19.263/RS (STJ, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, DJ 22/08/1994), em que se pretendia declarar a incompetência da Justiça brasileira, por força da ocorrência de falência superveniente do réu no exterior. Decidiu o STJ, à luz do constante dos autos, que o contrato fora celebrado no Brasil e aqui se promovia sua execução, sendo hipótese, portanto, enquadrada no Art. 88 do CPC. Por outro lado, a decisão proferida no exterior além de superveniente, só poderia ser reconhecida no Brasil depois de homologada no STF.

[←469]

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, "Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam", Revista de Processo, n. 50, p. 54.

[←470]

Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Processo: 0465215-7. Recurso: Apelação Cível. Julgador: 1ª Câmara. Julgamento: 30/11/1992 Relator: Ópice Blum Publicação: MF 3001/NP — Boletim 44 — JTA-LEX 140/99 Ementa: "Execução — Título Executivo — Nota Promissória Emitida em Dólares por Pessoa Jurídica Norte-Americana, nos Estados Unidos da América, Pagável naquele país — A despeito da Competência Internacional da justiça brasileira, decorrente do domicílio do executado (avalista) no Brasil, não há título executivo, pois, o Brasil não é o local do cumprimento da obrigação — Doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — Carência e extinção do processo, com prejuízo do exame dos recursos —

Inversão da sucumbência — Declaração de voto vencedor." E, ainda: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 225.639-1 — São Paulo — Relator: Alfredo Migliore. 04.04.95. Ementa: "Competência — Internacional — Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos — Impossibilidade de submissão da pessoa domiciliada no exterior às normas processuais brasileiras — Competência da justiça brasileira afastada pelo princípio da efetividade — Não aplicação da Súmula 01 do Superior Tribunal de Justiça — Extinção do processo sem julgamento do mérito — Recurso não provido. Se o juiz brasileiro não pode ao alienígena impor regras processuais, o processo não tem cabimento e pertinência". Por fim: Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 196.470-4 — Lorena — 6ª Câmara de Direito Privado — Relator: Testa Marchi — 21.06.01 — V. U. Ementa: "Competência Internacional — Execução de alimentos — Ambas as partes residentes nos Estados Unidos da América do Norte — Competência da Justiça local — Cabimento em face do princípio da perpetuação da jurisdição — Recurso não provido."

[←471]

MADRUGA, Antenor, op.cit., pp. 86-87. Para ele, a distinção entre jurisdição e competência internacional é que a primeira cuida do limite externo do poder jurisdicional do Estado, e a segunda, do limite interno desse mesmo poder. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou extinta uma ação por incompetência da justiça brasileira justamente por não ser o réu domiciliado no Brasil e não ser aqui o cumprimento da obrigação, na linha antes descrita(Apelação Cível nº 70006888606, TJRS, Rel. Antônio Vinicius Amaro da Silveira, jul. 25/06/2004).

[←472]

DE NARDI, Marcelo. "A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 122-194.

[←473]

Cf. Apelação Cível nº 70001547918 (TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 13/12/2000).

[←474]

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Problemas Relativos a Litígios Internacionais", in Temas de Direito Processual Civil, 5ª. série, Rio de Janeiro, Forense, p. 144.

[←475]

Nesse sentido, Apelação Cível nº 70011879491 (TJRS, Rel. Marilene Bonzanini, julg. 29/06/2005). -

[←476]

Artigo 8: "Têm competência, na esfera internacional, para conhecer das reclamações de alimentos, a critério do credor: a) o juiz ou autoridade do Estado de domicilio ou residência habitual do credor; b) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor; c) o juiz ou autoridade do Estado com o qual o devedor mantiver vínculos pessoais, tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos. Sem prejuízo do disposto neste artigo, serão consideradas igualmente competentes as autoridades judiciárias ou administrativas de outros Estados, desde que o demandado no processo tenha comparecido sem objetar a competência."; Artigo 9: "Tem competência para conhecer da ação de aumento de alimentos, qualquer uma das autoridades mencionadas no artigo 8 têm competência para conhecer da ação de cessação ou redução da pensão alimentícia, as autoridades que tiverem conhecido da fixação dessa pensão."

[←477]

RAMOS, Andre de Carvalho. Jurisdição internacional sobre relações de consumo no novo Código de Processo Civil: Avanços e desafios. In MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (org). Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 550-574.

[←478]

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Problemas Relativos a Litígios Internacionais", in Temas de Direito Processual Civil, 5ª série, Rio de Janeiro, Forense, p. 145.

[←479]

No caso da Gol, a Ré, companhia americana proprietária do avião, era, inclusive, domiciliada nos EUA.

[←480]

A decisão no caso da Gol foi julgado pela District Court Eaestern District of New York, e se chama In Re Aircrash Near Peixoto de Azeveda, julgado pelo Juiz Coogan, no dia 28/03/2008. A decisão do caso da TAM foi julgado pela District Court Southern District of Miami, Ricardo Tazoe v. Tam Linhas Aereas, no dia 21 de agosto de 2009.

[←481]

Art. 960 e seguintes do CPC e Regimento Interno do STJ. Cf., também, o Art.15 da LINDB.

[←482]

Veja-se o REsp 978.655 (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 08/03/2010), em que foi permitida a realização de um divorcio no Brasil, apesar de os conjuges residirem no exterior, porque o casamento fora realizado no Brasil, e portanto aplicava-se o antigo Art. 88, III do CPC de 1973.

[←483]

Nesse sentido, veja-se REsp 251.438/RJ (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 02/10/2000).

[←484]

REsp 2710/SP (STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 03/09/1990).

[←485]

REsp 498.835/PR (STJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 20/09/2004).

[←486]

Veja-se CR 4.983 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Dje 23/06/2010). Veja-se, ainda, trecho da ementa da SEC 13.818 (STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/12/2015), se referindo a consagrada jurisprudência da corte na SEC 4127: "Segundo o sistema processual adotado em nosso País em tema de competência internacional (CPC, arts. 88 a 90), não é exclusiva, mas concorrente com a estrangeira, a competência da Justiça brasileira para, entre outras, a ação de divórcio, de alimentos ou de regime de guarda de filhos, e mesmo a partilha de bens que não sejam bens situados no Brasil. Isso significa que "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas" (CPC, art. 90) e vice-versa".

[←487]

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, "Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam", Revista de Processo, n. 50, p. 55.

[←488]

RAMOS, Andre de Carvalho. Jurisdição internacional sobr relações de consumo no novo Código de Processo Civil: Avanços e desafios. In MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (org). Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 569.

[←489]

Para maiores informações, acesse www.hcch.net.

[←490]

DE NARDI, Marcelo, "Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma Visão Brasileira". In Contratos Internacionais, coord. João Grandino Rodas, 3a. ed., São Paulo, RT, 2002, p.129.

[←491]

Tal liberdade, como já visto, é variável, condicionada à receptividade da cláusula pelos ordenamentos jurídicos conectados ao contrato. In DE NARDI, Marcelo, op. cit., p. 129.

[←492]

Art 25: "Se as partes, independentemente do seu domicílio, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência, a menos que o pacto seja, nos termos da lei desse Estado-Membro, substantivamente nulo. Essa competência é exclusiva, salvo acordo das partes em contrário".

[←493]

Assinada em La Paz, em 1984, até hoje não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Para o texto, ver CASELLA, Paulo Borba, e ARAUJO, Nadia, coord., in Integração Jurídica Interamericana, São Paulo, LTr, 1998, pp. 619-620.

[←494]

Art. 1 D: "A respeito de ações decorrentes de contratos mercantis celebrados na esfera internacional, que as partes tenham acordado, por escrito, submeter-se à jurisdição do Estado-Parte em que foi preferida a sentença, desde que essa competência não tenha sido estabelecida de forma abusiva e tenha tido razoável conexão com o objeto da controvérsia".

[←495]

Promulgado pelo Decreto nº 2.095/1996.

[←496]

"Art. 4: 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva. 2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais". "Art. 5: 1. O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio. 2. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo. 3. Em todo caso, será aplicado o direito mais favorável de validade do acordo."

[←497]

CR 8837 (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 25/03/2014).

[←498]

O texto da Convenção pode ser encontrado em www.hcch.net.

[←499]

Com esse artigo, permite-se que cláusulas concluídas eletronicamente sejam aceitas. O dispositivo se inspira no Art.6º da Lei

Modelo da UNCITRAL para o Comércio Eletrônico, de 2006.

[←500]

Mas a definição do aspecto internacional não é fácil, e por isso, o Art. 1.2 define o que seja um caso judicial como sendo internacional.

[←501]

A Convenção não traz normas substantivas sobre os casos de invalidade, mas o direito interno de cada país decidirá esse problema, seguindo a norma da lex fori para o processo.

[←502]

Veja-se, a respeito, ARAUJO, Nadia, Contratos Internacionais, 4ª. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2009, capítulo referente à análise da cláusula de eleição de foro, nos anexos.

[←503]

BOTELHO MESQUITA, José Inácio, "Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam", Revista de Processo, São Paulo, n. 50.

[←504]

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1978, vol. III, p. 137. Valladão cita vários acórdãos para ilustrar seu ponto de vista. No entanto, vários deles cuidam da questão da competência em matéria de divórcio, do problema do divórcio por procuração no México, e outros. Da sua lista, é interessante ver o parecer do Procurador Geral da República, Gabriel de Resende Passos (Arquivo Judiciário 73/88), que discute a competência da justiça inglesa, em um caso de homologação de sentença estrangeira. A firma brasileira havia sido acionada em Londres, lá comparecido e se defendido, e depois, por ocasião da homologação, tentara evitar a execução da sentença. Disse o parecerista ser este um caso em que, segundo a nova lei de introdução (pois estávamos em 1944), autorizava-se a adoção da doutrina da submissão, em casos excepcionais, sendo este um deles. O § 1º do Art. 12 toleraria exceções razoáveis, admitindo, assim, a prorrogação voluntária. Utiliza, ainda, um outro argumento: "não há razão para ser encorajada a deslealdade de um litigante que, proferida a sentença (a que se submeteu sem protestos) em sentido a ele desfavorável, vá refugiar-se à sombra dos tribunais de seu domicílio para buscar uma proteção que ele foi o primeiro a repudiar". Versando a decisão inglesa sobre demanda que não feria a ordem pública brasileira, e cumpridos seus requisitos, deveria a mesma ser homologada. Em outro caso citado pelo autor, a SE 993 (RT 136/824), aceitou-se a decisão que acionou residente no Brasil em país estrangeiro com sua concordância.

[←505]

Ib. id., p. 138. Valladão acrescenta subsídios históricos ao instituto, mostrando a sua aceitação desde Teixeira de Freitas, afinal confirmada pelo Código de Processo Civil. Cita, além da doutrina, a jurisprudência do STF, que consolidou a admissão da eleição de foro, que o Código Bustamante permitia expressamente, como se vê em seu Art. 318: "O juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença ou tenha nele o seu domicílio e salvo o direito local, em contrário."

[←506]

TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado, 11a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1976, vol.II, p.361.

[←507]

Ib. id., p. 363 e seguintes.

[←508]

TENÓRIO, Oscar, Lei de Introdução ao Código Civil, 2a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsai, 1955, p.393.

[←509]

Publicado na Revista Forense, 1953, pp. 221-222.

[←510]

DE NARDI, Marcelo,... pp. 138-139.

[←511]

REsp 251.438 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 02/10/2000). Parte da ementa: Caso em que empresas as garantes se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes.

[←512]

ALMEIDA, Ricardo, op. cit., p. 296. Já DE NARDI, Marcelo, op. cit., acredita que a cláusula é só uma obrigação de fazer.

[←513]

Vide, a respeito, ARAUJO, N.; GAMA JR., Lauro ; VARGAS, D. T. . Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Codigo de Processo Civil. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 28, p. 147-160, 2011 e, ainda, TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 21, p. 84-113, 2009.

[←514]

Para uma analise detalhada do tramite no legislativo, veja-se a monografia de final de curso de Joana Holzmeister e Castro, "Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais: o que muda com o Novo Código de Processo Civil", Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Orientador Nadia de Araujo, 2015.

[←515]

"Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1°. A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2°. O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. § 3°. Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. § 4°. Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão"

[←516]

Sobre o caso em questão, veja-se o parecer do Ministro do STJ aposentado Athos Gusmão Carneiro, no qual defende a tese da inafastabilidade da competência concorrente do Judiciário brasileiro, embora o caso prescindisse inteiramente de tal conclusão para que se decidisse pela competência da Justiça brasileira. CARNEIRO, Athos Gusmão. "Competência Internacional Concorrente. Art. 88 do CPC e Foro de Eleição", in Revista Forense, vol. 352, out-dez/2000, pp. 37 e ss., citações às pp. 46 e 48. Comentando o tema, veja-se no livro Contratos Internacionais, 3a. ed. revista e aumentada, coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 2002, os comentários de Marcelo De Nardi e Ricardo Almeida.

[←517]

Veja-se, a esse respeito, o REsp 251.438 (STJ, Rel. Min. Barros de Monteiro, DJ 02/10/2000).

[←518]

RO 114 (Stj, Rel. Min. Raul Araujo, DJe 25/06/2015).

[←519]

MC 15.398/RJ.Rel .Min. Nancy Andrighi, DJe 23.04.2009.

[←520]

REsp 1.159.796, REl. Min. Nancy Andrighi, DJe 10/12/2009.

[←521]

"Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. § 1° As disposições da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código"

[←522]

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Temas de Direito Processual, 5ª série, p. 140. Nas palavras de Vera Jatahy: "A regra do Art. 89, II tem por escopo impedir a intromissão de juízo do exterior nas ações de inventário e partilha de bens situados no Brasil, sem qualquer consideração à nacionalidade do de cujus, sua residência ou domicílio fora do território brasileiro, ainda que em momento algum tenha este residido em solo nacional. JATAHY, Conflito de..., op. cit., p. 138.

[←523]

MIRANDA, Pontes de, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2a. ed., 1995, tomo II, p. 227.

[←524]

Classificação de MIRANDA, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2a. ed., 1995, tomo II, p. 225. Cf., também, MOREIRA José Carlos Barbosa, "Problemas Relativos a Litígios Internacionais", in Revista de Processo, n° 65/144-161 (1992), p. 145.

[←525]

RE n° 90.961, RTJ 90/727 (1979).

[←526]

A Reg. na S.E. n°2.492, RTJ 101/69 (1982).

[←527]

BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 147; BARBI, C.A., Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Forense, vol. I, tomo II, 1975, p. 400; MORI, C.C. e Nascimento, E. B. "A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro", in Revista de Processo, 73/74-93, p. 83; CARNEIRO, A.G., Jurisdição e Competência, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1989, p. 50.

[←528]

Recurso Extraordinário n.90961. Julgamento: 29/05/1979. Publicação: DJ data-11-10-85, pg-17861, ement vol-01395-02, pg-

00375. Ementa: Internacional privado. Competência da autoridade judiciária brasileira. Ações relativas a imóveis. Não é desta natureza a ação que, exibindo pré-contrato de promessa de venda, feito por documento particular, pede a condenação do promitente a outorgar a escritura definitiva. Trata-se de ação pessoal, visando a obrigação de fazer. Muito embora situado em território estrangeiro o imóvel prometido vender, não cabe reconhecer-se, nesse caso, a competência da autoridade judiciária estrangeira, por aplicação, a contrario sensu, da regra do art. 89, I, do CPC. Domiciliados no Brasil os contraentes, e tendo, de resto, eleito o foro de seu domicílio para a execução do contrato, neste deverá ter curso a ação proposta, a despeito de localizar-se na vizinha Republica do Paraguai o imóvel. Caso em que tanto a Justiça de 1º e 2º graus do Paraguai, quanto a do Brasil, declinaram de sua competência. Conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário (CPC, arts. 88 e 111; CC, art. 42; Sumula 335), para que, afastada a declinação de competência para a Justiça paraguaia, tenha a causa o julgamento que merecer.

[←529]
Veja-se REsp 1.410.958 (STJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 27/05/2014).

[←530]
REsp 275.985 (STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 13/10/2003).

[←531]
Nesse sentido, veja-se STF, SEC 3.862, RTJ 131/1.071.

[←532]
Sobre o tema, veja-se MAGALHÃES, José Carlos, "Breve Análise sobre o Direito Aplicável a Bens no DIPr: a Caução de Ações", Revista de Direito Mercantil, n. 82, 1991, p. 25.

[←533]
SEC 879 (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25/09/2006); SEC 979 (STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 29/08/2005). Em sentido contrário, decidindo sobre questão de herdeiros, CR 202 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJe 10/11/2005) e em outro caso, indeferindo o pedido de reconhecimento de testamento, para ter efeito sobre bens imóveis no Brasil, SEC 1030 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe21/06/2005).

[←534]
Veja-se o capítulo referente à sucessão internacional. Veja-se, ainda, SE 3989, julgada em 10/3/88 pelo STF, cuja ementa esclarece: "SE. Imóvel situado no Brasil. Inexeqüibilidade, Não é homologável SE que decide sobre situação jurídica de imóveis no Brasil, em contrariedade ao disposto no art. 89, I do CPC, bem assim aos arts. 1676 e 1677 do CC."

[←535]
HIGGINS, Rosalyn, Problems and Process — International Law and how to use it, Oxford, Oxford University Press, 1998.

[←536]
Sobre o tema de imunidade de jurisdição, confira-se SOARES, Guido, Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, e MADRUGA, Antenor, Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro, tese de doutorado defendida na FADUSP, 2001. Publicada em 2003, Rio de Janeiro, Ed. Renovar. Cf, ainda, com diversos estudos interessantes, o resultado do seminário sobre imunidade de jurisdição, realizado pelo CEDI — Centro de Estudos de Direito Internacional, cujos textos estão disponíveis em www.cedi.org.br. GARCIA, Márcio e MADRUGA, Antenor Pereira, coord., A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro, Brasília, Cedi, 2002.

[←537]
Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 56.435/1965.

[←538]
Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 61.078/1967.

[←539]
Para o texto, ver MELLO, Celso A., Direito Internacional Público — Tratados e Convenções, 5a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 32 e seguintes.

[←540]
TROBOFF, op. cit., pp. 264-265. A convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 1.126/1936.

[←541]
TROBOFF, Peter, "Foreign State Immunity", Recueil de Cours, tomo 200, p. 253. Esclarece ainda o autor que o desenvolvimento desses princípios pela jurisprudência nacional foi complementado por tratados, escritos da doutrina, e leis internas. A Comissão de Direito Internacional da ONU começou seus trabalhos sobre o tema em 1978.

[←542]
MORELLI, Gaetano, Derecho Procesal Civil Internacional, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1953, p. 147.

[←543]
HIGGINS, Rosalyn, Problems and Process — International Law and how to use it, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 82.

[←544]
O desenvolvimento das jurisprudências americana e inglesa é crucial para o entendimento do tema. Da análise desses casos já é possível vislumbrar timidamente o caminho que no futuro seria desenvolvido de restrição à imunidade absoluta. No entanto, os tribunais desses países estavam limitados pelos precedentes antigos que adotavam a imunidade absoluta. Ver TROBOFF, op. cit., p. 255.

[←545]
A Suprema Corte Americana proferiu em 1812 a primeira decisão a respeito, em Schooner Exchange v. MacFaddon, que afirmava a imunidade de um navio estrangeiro, por ser de propriedade do Estado. Já na Inglaterra, em 1851, as cortes inglesas aplicavam um teste que permitia determinar a imunidade do país soberano na sua capacidade pública. TROBOFF, op. cit., p. 255.

[←546]
Algumas questões são da alçada da jurisdição interna, enquanto outras dependem de princípios do direito internacional costumeiro. Celso de Albuquerque Mello esclarece que a imunidade de jurisdição não é uma regra geral do DIP, mas sim uma exceção ao direito soberano dos Estados de exercer a jurisdição em seu território. MELLO, Celso A., Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 330.

[←547]
Art. 333: " Os juízes e tribunais de cada Estado contratante serão incompetentes para conhecer dos assuntos cíveis ou comerciais em que sejam parte demandada os demais Estados contratantes ou seus chefes, se se trata de uma ação pessoal, salvo o caso de submissão expressa ou de pedido de reconvenção." O Código alinhava-se à teoria da imunidade absoluta, corrente predominante na época em que foi elaborado, e ainda na esteira do projeto de Epitácio Pessoa.

[←548]
Para o texto, ver 11 ILM 470. Logo no preâmbulo a Convenção esclarece que há uma tendência no direito internacional em restringir os casos em que os Estados poderiam argüir a imunidade perante cortes estrangeiras.

[←549]
Art. 5º Imunidade dos Estados: "Sob reserva das disposições da presente Convenção, um Estado goza, em relação a si próprio e aos seus bens, de imunidade de jurisdição junto dos tribunais de um outro Estado."

[←550]
Art. 3º Privilégios e imunidades não afectados pela presente Convenção: "1—A presente Convenção não afecta os privilégios e imunidades de que goza um Estado, ao abrigo do direito internacional, relativamente ao exercício das funções: a) Das suas missões diplomáticas, postos consulares, missões especiais, missões junto de organizações internacionais ou delegações junto de órgãos de organizações internacionais ou de conferências internacionais; e b) Das pessoas relacionadas com as mesmas. 2—A presente Convenção não afecta os privilégios e imunidades concedidos ratione personae, ao abrigo do direito internacional, aos chefes de Estado. 3—A presente Convenção não afecta as imunidades de que goza um Estado, ao abrigo do direito internacional, relativamente a aeronaves ou objectos espaciais de que é proprietário ou que explora."

[←551]
Para informações atualizadas a respeito do status da convenção e de suas partes signatárias, recomenda-se a visita ao sítio eletrônico da ONU em https://treaties.un.org/. Na literatura brasileira, veja-se A Convenção sobre Imunidade do Estado e Seus Bens e o Direito Brasileiro de André Lipp Pinto Basto Lupi, publicado em RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, jun./dez 2011.

[←552]
Cf. o Repertório da Prática Brasileira do DIPu. Para uma análise mais detida dessa evolução ver SOARES, Guido Fernando da Silva, Das Imunidades de Jurisdição e de Execução, Rio de Janeiro, Forense, 1984; STURZENEGGER Luiz Carlos, "Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estados — Proteção a Bens de Bancos Centrais", Revista de Direito Administrativo, vol. 174, pp. 18-43; DOLINGER, Jacob. "A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira", Revista de Informação Legislativa, n. 76, 1982, pp.5-64. E, por todos, a obra coletiva resultante de seminário promovido em Brasília, pelo CEDI, Centro de Estudos em Direito Internacional, com excelentes trabalhos de especialistas, A imunidade de jurisdição e o Judiciário Brasileiro, coord. Antenor Pereira Madruga e Márcio Garcia, Brasília, CEDI, 2002.

[←553]
Veja-se a publicação do Repertório da Prática brasileira do Direito Internacional Público, org. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, em seis volumes, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 1988, a seguir citados apenas os volumes e as páginas.

[←554]
Repertório, vol. I, p. 129.

[←555]
Repertório, vol. II, pp. 229-231.

[←556]
Repertório, vol. III, p. 141.

[←557]
Repertório, vol. III, p. 144.

[←558]
Repertório, vol. IV, p. 140.

[←559]
Em 1951, a Embaixada dos Estados Unidos comunicou ao MRE a existência de um processo trabalhista que lhe fora movido por um ex-empregado, pedindo providências para cancelar-se o julgamento em face de sua imunidade de jurisdição. O consultor jurídico, Sr. Levi Carneiro, emitiu parecer em que remete o caso ao Sr. Procurador da Justiça do Trabalho, para que tomasse as medidas cabíveis para excluir os efeitos da decisão trabalhista, esclarecendo sua inexequibilidade contra o Governo dos Estados Unidos. Repertório, vol. IV, pp. 145-146. Levi Carneiro analisa outra interessante questão em que estava em jogo a cláusula contratual de renúncia de imunidade da OEA, em 1949. Repertório, vol. IV, pp. 146-148. Apesar de justificar a imunidade como parte da soberania irrestrita e absoluta dos Estados, assinala que tribunais italianos e belgas já haviam distinguido os atos de soberania ius imperii daqueles ius gestionis. Entende, pois, que se estende à imunidade o poder dos Estados de renunciarem eles próprios a tal imunidade. Da mesma forma, portanto, poderia fazê-lo a organização internacional. Na década de 70, novamente um caso de imunidade de jurisdição da embaixada americana volta a ser objeto de um parecer, em causa trabalhista, no qual fica claro que o conceito de imunidade absoluta já sofria enorme desgaste. No entanto, o parecer não esclarece, afinal, qual a posição tomada. Repertório, vol. V, pp. 164-165.

[←560]
MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty. Volume VI (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 1187 e seguintes.

[←561]
RTJ 59/134.

[←562]
RTJ 104/888.

[←563]
RTJ 104/990.

[←564]
RTJ 121/46.

[←565]
AC 9687, in RTJ 111/948; AC 9697 in RTJ 118/77; AC 9705 in RTJ 123/29; AC 9695 in DJ. 12/6/87, ementário n. 1465-1; AC 9702 in RTJ 134/108; AC 9707 in RTJ 125/513.

[←566]
Veja-se o seguinte trecho: "Independente da questão de saber se há hoje maioria numérica de países adotantes da regra da imunidade absoluta, ou daquela da imunidade limitada — que prevalece na Europa ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras —, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único fundamento que tínhamos — já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito — para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo." AC 9.696-3/SP, Rel. Min. Sidney Sanches, publicado em RTJ 133/159, p. 167. Este leading case continua a ser utilizado como paradigma pelo Superior Tribunal de Justiça, como se vê na decisão proferida dos Edcl. no Ag. 69.502, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 21/11/2005: "(...) no julgamento da Apelação Cível n° 9.696, Rel.Min. SIDNEY SANCHES, restou afastado o entendimento de que a imunidade de jurisdição do país estrangeiro é absoluta, adotando-se posicionamento restritivo. Essa nova orientação albergada pelo Pretório Excelso ganhou ressonância neste Superior Tribunal de Justiça, tendo sido reconhecida a competência da Justiça brasileira para o julgamento de reclamações trabalhistas propostas em face de Estado estrangeiro ou organismo internacional (...)".

[←567]
Nesse sentido, veja-se, AC 9690, in DJ 13.3.92; AI 139.671, in RTJ 161/643; AIAC 522 in DJ 23.10.98; e recentemente AIAC 527 in DJ 10.12.99. O STF aclarou ainda mais a discussão, afirmando categoricamente não ser absoluta a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros. RE (AgRg) 222.368-PE, Rel. Min. Celso de Mello, 30.4.2002. Ementa: "A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, perante os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, não é absoluta, não abrangendo as causas de natureza trabalhista, nas quais o ente de Direito Público externo atua na ordem estritamente particular sem exercer atos de império". Com esse entendimento, a Turma confirmou decisão do Min. Celso de Mello, relator, que mantivera acórdão do TST que julgara procedente reclamação trabalhista ajuizada por empregada brasileira contra o Consulado Geral do Japão. Salientou-se, ademais, que, não se discute, na espécie, a chamada imunidade de execução. Leia-se na seção de Transcrições do Informativo 259 o inteiro teor da decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello. Precedentes citados: AC 9.696-SP (RTJ 133/159) e AG (AgRg) 139.671-DF (RTJ 161/643).

[←568]

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado reiteradamente a posição já adotada pelo STF. Cf. os seguintes julgamentos: RO 33/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20/06/2005, cujos termos da ementa confirmam que a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não alcança litígios de ordem trabalhista decorrentes de relação laboral prestada em território nacional e tendo por reclamante cidadão brasileiro aqui domiciliado; RO 23/PA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.12.2003 p. 464, nos mesmos termos.

[←569]

Art. 114. "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;"

[←570]

Promulgadas respectivamente pelos Decretos nº 56.435, de 08/06/1965 e nº 61.078, de 26/07/1967.

[←571]

Art. 23 da Convenção sobre Relações Diplomáticas e Arts 32 e 49, da Convenção sobre Relações Consulares.

[←572]

Veja-se RO 138 (STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 19/03/2014); RO 45/RJ (STJ, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 28/11/2005); RO 35/RJ (STJ, Rel. Min.Teori Albino Zavascki, DJ 23/08/2004); AgRg no RO 29/RJ (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 22/11/2004) e RO 43/RJ (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14/04/2008). Veja-se, ainda, os precedentes do STF: AI 487.088/RJ (STF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/06/2004); RE 233.332-6/RJ (STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10/03/1999); RE 256.588-1/RJ (STF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/04/2004).

[←573]

STJ, RO 138/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.03.2014.

[←574]

Veja-se o trecho a respeito da íntegra do acórdão supracitado: "É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como sendo prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão — ACOr 543-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, sejam estranhos, quanto à sua destinação ou utilização, às legações diplomáticas ou representações consulares por ele mantidas em nosso País. Cabe referir, neste ponto, a propósito da questão específica da imunidade de execução, o autorizado magistério de JOSÉ FRANCISCO REZEK (Direito Internacional Público, pp. 176-177, item n. 97, 7a. ed., 1998, Saraiva): `A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular — visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derrogadas por qualquer norma ulterior (...).'"

[←575]

Veja-se Ag 230684/DF (STJ, Rel. Min.Barros Monteiro, DJ 10/03/2003)

[←576]

Veja, a respeito, o AG 1.305.399/PA, em que não foi permitido à justiça do trabalho proceder a execução do Consulado do Japão por divida trabalhista (STJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 25/11/2011). Em dissertação de mestrado defendida na PUC-Rio, sob o título "Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro", e defendida em 2002, Enéas Bazzo Torres sustenta que a imunidade de execução também não é absoluta, podendo este processo iniciar-se sem maiores problemas. A proteção que teria o Estado estrangeiro diria respeito às inviolabilidades protegidas pela Convenção de Viena. Ou seja, é possível iniciar-se o processo de execução, o que não é possível é promover atos de constrição contra aqueles bens protegidos pela Convenção, como por exemplo promover-se uma penhora no imóvel da legação diplomática. Desta maneira, iniciada a execução, é preciso verificar se o Estado estrangeiro tem bens que não estão incluídos na categoria daqueles insuscetíveis dos atos relativos à execução. Nesse sentido, uma decisão recente da justiça trabalhista foi nessa direção, ao penhorar a conta bancária do British Council, que apesar de ligado ao Consulado Britânico, devedor na ação, não tem seus bens protegidos pela Convenção de Viena, e portanto passíveis da execução forçada.

[←577]

RO 65/RJ (STJ, REl. Min. João Otávio de Noronha, DJe 02/02/2010).

[←578]

O Ag Rg RO 121/RJ é o último caso dessa natureza e o STJ manteve a sua posição original (STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 31/03/2014). Veja, ainda, RO 72/RJ (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 09/08/2009).

[←579]

Veja, a respeito, RO 99/SP, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07/12/2012. Destaca-se, quanto a esse ultimo, o seguinte trecho da ementa: Tendo o Estado estrangeiro, no exercício de sua soberania, declarado que os fatos descritos na petição inicial decorreram de atos de império, bem como apresentado recusa em se submeter à jurisdição nacional, fica inviabilizado o processamento, perante autoridade judiciária brasileira, de ação indenizatória que objetiva ressarcimento pelos danos materiais e morais decorrentes de perseguições e humilhações supostamente sofridas durante a ocupação da França por tropas nazistas."

[←580]

RO 100/RS, STJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 18/03/2010.

[←581]

Artigo 43. "Imunidade de Jurisdição 1. Os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à Jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funções consulares."

[←582]

RO 126 (STJ, Rel. Min Humberto Martins, DJe 08/08/2012). Veja-se trecho da ementa: "Não é cabível a impetração contra autoridade consular estrangeira por negativa de visto de entrada, pelo que está consignado no art. 43, § 1º, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, promulgada por meio do Decreto 61.078, de 26.7.1967."

[←583]

Art. 109, I, da CF.

[←584]

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, vol. III, p. 151.

[←585]

DOLINGER, Jacob, A Dívida Externa Brasileira: Solução pela Via Arbitral, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1988.

[←586]

O STF havia concedido o exequatur, sem se preocupar com a questão da possível imunidade de jurisdição da União, que a esse respeito entrou com embargos de declaração. Estes foram rejeitados porque a questão sobre a citação ou não de empresa pública só foi levantada nos embargos. Desta forma, a empresa foi regularmente citada por Carta Rogatória, o que poderia implicar um posterior pedido de homologação da sentença estrangeira daí decorrente, sem qualquer irregularidade no chamamento desta à causa. (CR 9790, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/08/2001). O Tribunal desproveu embargos de declaração opostos a acórdão que mantivera a decisão do Min. Marco Aurélio, Presidente, que concedera exequatur a carta rogatória visando a citação de indústria de material bélico em ação proposta nos Estados Unidos da América. Considerou-se não haver omissão no acórdão embargado porquanto a questão relativa à imunidade de jurisdição da interessada, fundada na circunstância de se tratar de empresa pública, apenas foi suscitada nos próprios embargos de declaração, afastando-se, ainda, a alegação de que tal matéria é de ordem pública uma vez que as empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado (CF, art. 173, II).

[←587]

CR 2658/US, STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29/11/2007.

[←588]

CR 3324/ES, STJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/12/2011.

[←589]

CR 6496/PY (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 04/12/2012).

[←590]

CR 9988/US, STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 01/10/2015.

[←591]

CR 9614/UY, STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 05/03/2015.

[←592]

DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado: Parte Geral, 10a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 275.

[←593]

DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado: Parte Geral, 10a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011, p. 269. O Professor da UERJ abre seu capítulo sobre o tema ressaltando esse importante aspecto da disciplina, de ser, sobretudo, um direito da tolerância, termo antes empregado por Goldschmidt. Assim, em um primeiro momento, diante da situação que apresenta uma conexão com o direito estrangeiro, v.g., no caso de um divórcio em que o casamento foi celebrado no exterior, no qual a determinação do regime de bens depende da consulta ao Art.7º, § 4º, para se saber se sua determinação será pela lei brasileira ou pela lei estrangeira, quando então ainda será preciso verificar se não há contrariedade à nossa ordem pública. O segundo passo, se aplicável a lei estrangeira, será sua comprovação. E então, no momento da aplicação dar-se-á sua interpretação pelo juiz.

[←594]

Art.14 da LINDB: "Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência."

[←595]
Serpa Lopes, Comentários à LICC, vol. III, p. 305.

[←596]
TENÓRIO, Oscar, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1955, p. 410.

[←597]
Art. 376: "A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar."

[←598]
Internalizado por meio do Decreto nº 1.925/1996.

[←599]
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, internalizado por meio do Decreto nº 6.891/2009.

[←600]
SE 993, STF RT vol. 136, p. 824. No corpo do acórdão se lê: "Observou-se, algures, aplicar-se no Brasil o Código de Bustamante exclusivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão e acerto: os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes, mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei do país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem. O professor Clovis Bevilaqua, ao comentar o Código Civil, ensinou aplicar-se a lei pessoal do marido para determinar o regime dos bens entre os cônjuges. Sobrevindo o Código Bustamante, entendeu o mestre estar eliminada a exegese por ele proferida, no Art. 8º da Introdução ao Código, em virtude da regra geral do art. 187 do repositório de normas civis adotado em Havana... É este, hoje, o direito internacional vigente no Brasil. Não opôs exceção alguma; não o restringiu aos súditos de países que participavam da Conferência de Havana."

[←601]
Os acordos celebrados nas últimas décadas na América Latina, no âmbito da OEA, em conferências especializadas em Direito Internacional Privado — CIDIPs, seguem o padrão dos acordos de cooperação interjurisdicional das Convenções da Haia sobre a matéria. Como um importante elemento deste padrão, pode-se mencionar a técnica de se estipularem autoridades centrais nos Estados-partes para que as transmissões sejam realizadas por intermédio do mesmo canal administrativo, suprimindo etapas do trâmite burocrático, padronizando procedimentos e centralizando a legalização e autenticação dos documentos. O Ministério da Justiça é a autoridade central brasileira designada para a maioria dessas convenções.

[←602]
Vejam-se os artigos seguintes: Art. 399: "Para decidir os meios de prova que se podem utilizar em cada caso, é competente a lei do lugar em que se realizar o ato ou fato que se trate de provar, excetuando-se os não autorizados pela lei do lugar em que corra a ação"; Art. 400: "A forma por que se há de produzir qualquer prova regula-se pela lei vigente no lugar em que for feita"; Art. 403: "A força executória de um documento subordina-se ao direito local; art. 408 — Os juízes e tribunais de cada Estado contratante aplicarão de ofício, quando for o caso, as leis dos demais, sem prejuízo dos meios probatórios a que este capítulo se refere"; Art. 409: "A parte que invoque a aplicação do direito de qualquer Estado contratante em um dos outros, ou dela divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigência e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate"; Art. 410: "Na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o tribunal julgar insuficiente, um ou outro poderá solicitar de ofício pela via diplomática, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatório sobre o texto, vigência e sentido do direito aplicável."

[←603]
Sobre o tema, veja-se ALMEIDA, Ricardo, "A convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior, seu Protocolo Adicional e a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro", in Integração Jurídica Interamericana, org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araujo, São Paulo, LTr, 1998, p. 257 e seguintes.

[←604]
Parece que a autoridade requerente da informação poderá dar aos pareceres de tais profissionais o crédito que merecerem na circunstância concreta. Note-se ainda que tal dispositivo não atenta contra o monopólio do exercício da advocacia pelos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, insculpido no Art. 1º da Lei nº 8.906/94, uma vez que o parecer sobre o direito vigente é, em princípio, atividade imparcial de cunho técnico, não estando o parecerista vinculado à defesa do interesse de qualquer das partes no litígio. Ressalte-se ainda que, mesmo se entendendo diversamente quanto à natureza da atividade, o dispositivo em tela prevaleceria sobre a norma contida na lei federal, uma vez incorporada a Convenção ao direito positivo, por ser a vigência desta posterior à daquela, gerando obrigações do Estado na esfera internacional.

[←605]
Apenas a título de esclarecimento, o Protocolo do Mercosul atribuiu às autoridades centrais o dever de informar o direito vigente (Art. 28), estendendo esta obrigação às autoridades diplomáticas e consulares (Art. 29), perante a jurisdição do Estado-parte. Ficou estipulada a plena colaboração, recíproca e sem despesas, sempre respeitada a ordem pública. O Art.14 da LINDB

prevê que, não conhecendo o juiz o direito estrangeiro, poderá exigir à parte que o alega a prova de seu texto e de sua vigência. No mesmo sentido o já mencionado Art. 376 do CPC. O Art. 409 do Código Bustamante prevê a prova do direito vigente em determinado país por meio de certificação de dois advogados nele atuantes.

[←606]

Art. 28. "As Autoridades Centrais dos Estados-partes fornecer-se-ão mutuamente, a título de cooperação judicial, e desde que não se oponham às disposições de sua ordem pública, informações em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa e de direito internacional privado, sem despesa alguma"; Art. 29. "A informação a que se refere o artigo anterior poderá também ser prestada perante a jurisdição do outro Estado, por meio de documentos fornecidos pelas autoridades diplomáticas ou consulares do Estado-parte de cujo direito se trata"; Art. 30. "O Estado que fornecer as informações sobre o sentido do alcance legal de seu direito não será responsável pela opinião emitida, nem estará obrigado a aplicar seu direito, segundo a resposta fornecida. O Estado que receber as citadas informações não estará obrigado a aplicar, ou fazer aplicar, o direito estrangeiro segundo o conteúdo da resposta recebida".

[←607]

De notar que os Estados-membros do Mercosul são partícipes das Convenções Interamericanas que cuidam das questões relativas à prova do direito estrangeiro, pelo que essas normas complementam as regras mercosulinas, e garantem a uniformidade do sistema. Vale notar que só o Brasil é signatário do Código Bustamante, sendo os demais integrantes do Mercosul signatários dos tratados de Montevidéu.

[←608]

REsp 254.544/MG, (STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 14/08/2000). Ementa: "Direito estrangeiro. Prova. Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, encarregar à parte ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o Juiz aplicará o direito nacional."

[←609]

Internalizada por meio do Decreto nº 1.979/1996.

[←610]

Sobre esta Convenção, veja-se o trabalho de DOLINGER, Jacob, "Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de DIPR", in Integração Jurídica Interamericana, org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araujo, São Paulo, LTr, 1998, p. 181 e seguintes.

[←611]

RE 93.131/MG (STF, Rel. Min. Moreira Alves,DJ 23/04/1982).

[←612]

Apelação Cível 19.221/2003, TJRJ, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo.

[←613]

Apelação 0009243-68.2002.8.19.0203, j. 09/03/2010. Ementa: "Direito internacional privado. Direito intertemporal. Processual civil. Representação comercial. Alegação de atuação desde o ano de 1951 em prol da ré. Denúncia imotivada de contrato por prazo indeterminado. Pretensão de recebimento de indenização nos termos da lei no. 4.886/65 n/f da lei 8.420/92. Procedência do pedido. Apelação. Ilegitimidade ativa. Questão que se confunde com o mérito. Se há discussão acerca dos contratos cobrados, eis que a representação comercial praticada e prestada envolve outras empresas, que não os litigantes, a matéria deve ser apreciada junto com o mérito da causa. Representação processual. Questão subsumida ao mérito e remetida para apreciação em conjunto com o mesmo. Nulidade da sentença. Sentença que determina a aplicação da lei brasileira e não a legislação norte-americana indicada no contrato. Alegação de ausência de fundamentação. Não se confunde enunciado conciso com falta de fundamentação capaz de infirmar o julgado.Se da leitura do mesmo se encontra a motivação que levou o Magistrado a decidir como o fez, não se divisa qualquer ofensa seja à regra constitucional, seja à regra processual de regência da matéria. Rejeição desta preliminar.Limites da lide e dos contratos. Autora que apresenta pluralidade de pactos envolvendo outras sociedades empresárias, afirmando serem estas as mesmas partes litigantes. Obrigação daquela em comprovar a regular sucessão das empresas, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo, de forma a legitimar sua pretensão. Mas se assim não o faz e a parte contrária nega os fatos, de se circunscrever a demanda aos contratos que efetivamente indicam os litigantes como integrantes dos mesmos. Aplicação de lei estrangeira à demanda. Contrato celebrado sob a égide da lei material do Estado de Connecticut. Possibilidade. Aplicação do Decreto no. 18.871 de 13.08.1929 ("Código Bustamante") e da exegese do art. 9º da LICC. Necessidade, contudo, de comprovação de vigência da legislação invocada pela ré. Comando do art. 409 do Código Bustamante. Ausência de atendimento à norma procedimental em destaque. Preclusão processual que se verifica, consoante artigos 322 e 323 daquele. Manutenção de aplicação da legislação brasileira à demanda. Modificação, contudo, da fundamentação da sentença acerca deste tema. Mérito. Confissão, nos autos, pela ré, de não existência de solução de continuidade do contrato iniciado em 01.01.1982. Aditamento ao mesmo no ano de 1988 que não é reconhecido como novo contrato. Inexistência de contra prova, pela ré, de sua tese recursal. Violação do comando do art. 333, inciso II do CPC. Reconhecimento do contrato por prazo indeterminado e com denúncia imotivada. Indenização devida. Inteligência do art. 27, § 2º, da lei no. 4.886/65.Valor da indenização. Pretensão de afastamento das modificações trazidas pela lei 8.420/92. Se o contrato foi celebrado na época da vigência da lei 4.886/65 e seu aditamento se processou sob a égide de lei estrangeira e antes da vigência da alteração daquela,

correta a pretensão a limitar a indenização aos parâmetros anteriores. Aplicação do princípio do tempus regit acto. Precedente do STJ aqui aplicado por simetria. Indenização equivalente a 1/20 do total da retribuição que se reconhece. Apuração consoante liquidação de sentença. Correção monetária, em índices oficiais, incidindo a partir da data em que os valores seriam devidos até seu efetivo pagamento. Juros de mora, legais, partir da citação, à conta de relação contratual entre partes. Sucumbência recíproca que se reconhece. Rateio, em partes iguais das custas do processo; honorários de advogado a serem suportados pelos litigantes, nos termos do art. 21 do CPC.Provimento parcial do apelo nos termos acima."

[←614]

Art. 83: "O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento." O novo CPC tratou da caução de modo bem mais conciso do que o CPC de 1973, que estipulava poder a caução ser prestada em caráter incidental, caber o juiz fixar o quantum, depois de ouvidas as partes, a possibilidade de poder ser prestada por terceiro, dentre outras disposições. (Arts. 826 a 838).

[←615]

Veja-se O Resp 443.445-SP (STJ, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ 02/12/2002). O STJ acrescenta que esta caução não se confunde com aquela atrelada ao deferimento da medida cautelar ou antecipada.

[←616]

Veja-se, a respeito, o REsp 999.799/DF (STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 19/10/2012).

[←617]

É nesse sentido que o Art. 337, XII do CPC indica incumbir ao réu, antes de discutir o mérito, alegar falta de caução.

[←618]

Veja, a respeito, o REsp 1.027.165 (STJ, Rel. Min. Sidney Beneti, DJe 14/06/2011).

[←619]

Nelson Nery, Comentários ao CPC, 2015, p. 425.

[←620]

Veja, a respeito, o REsp 1479051 (STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 05/06/2015).

[←621]

Art. 4º. "Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado-parte. O parágrafo precedente se aplicará às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados-partes."

[←622]

AgIn 099.289-4/1, Rel. Des. Júlio Vidal, j. 02.12.1998, RT 763/219. Ementa: "Nos termos do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, anexo ao Dec. 2.067/96, a pessoa jurídica sediada em país participante do Mercosul que interpuser ação em território nacional não está obrigada a prestar caução para garantir custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 835 do CPC, pois não pode ser considerada mera empresa estrangeira, nem há se falar em violação de normas processuais, em face do princípio constitucional, inserido no art. 5.º, § 2.º, da CF, que resguarda as normas regulamentadas por Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário."

[←623]

STJ, Rel. Min. Raul Araujo, DJe 19/09/2011.

[←624]

Promulgada por meio do Decreto nº 56.826/1965.

[←625]

Promulgada por meio do Decreto nº 2.428/1997.

[←626]

Art. 14 da Convenção.

[←627]

Art. 14.5 da Convenção. Esta Convenção, no entanto, não se encontra em vigor no Brasil.

[←628]

McCLEAN, David, International co-operation in civil and criminal matters, Oxford University Press, Oxford, 2002, Preface.

[←629]

A inclusão da cooperação jurídica internacional no DIPr é admitida no sistema anglo-saxão, mas não é considerada como parte integrante do DIPr em alguns sistemas, como o Direito alemão. No entanto, na Europa, em vista da uniformização do direito comunitário, estes tópicos estão sendo estudados no âmbito desta nova disciplina. Sobre a questão da terminologia, veja-se LOULA, Maria Rosa Guimarães, "A extraterritorialidade das sentenças no Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa", in O Direito Internacional Contemporâneo, org. Luís Roberto Barroso e Carmen Tibúrcio, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2006, p. 651, nota n.1. A expressão Cooperação Jurídica

Internacional foi a escolhida para designar o anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, resultado do trabalho da Comissão designada pelo Ministério da Justiça para elaborar um anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional, presidida pela Dra. Cláudia Chagas, Secretária Nacional de Justiça e coordenada pelo Dr. Antenor Madruga, Diretor do DRCI, da qual fazemos parte. A Comissão foi designada pela Portaria nº 2.199, de 10 de agosto de 2004, republicada no DOU dia 17 de agosto de 2004. Mas o projeto não chegou a ser remetido ao Congresso Nacional.

[←630]

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes, "Reconhecimento da decisão judicial estrangeira no Brasil e o controle da ordem pública internacional no Regulamento 44: análise comparativa", in Revista de Processo, n. 118, 2004, p. 173. do qual destacamos: " A cooperação jurídica internacional deve ser compreendida como um intercâmbio amplo entre Estados soberanos, de atos públicos — legislativos, administrativos e judiciais —, e destinada à segurança e estabilidade das relações transnacionais. A denominada cooperação interjurisdicional, típica entre tribunais de Estados diversos, alcança os atos judiciais jurisdicionais propriamente dito e os atos judiciais não decisórios, os de mera comunicação processual (citação, notificação e intimação) e os de instrução probatória."

[←631]

OTAVIO, Rodrigo, Direito Internacional Privado, Parte Geral, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942, p. 115.

[←632]

Op. cit., p. 135.

[←633]

Sobre o tema, veja-se o relatório do Grupo de Trabalho coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, no 2º Encontro de Cortes Supremas do Mercosul, organizado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2004. O coordenador do 2º Grupo, Antenor Madruga, bem coloca a questão: "Por que os Estados cooperam? Alguns autores entendem que a cooperação internacional fundamenta-se na cortesia internacional ou comitas gentium. (...) A questão não é meramente teórica, podendo sua resposta influenciar no fundamento constitucional das medidas de cooperação. Poder-se-ia ver a cooperação internacional além da cortesia internacional, como medida necessária à própria efetividade da jurisdição do Estado. A convivência social moderna, como realidade trans-soberana, reduz a eficácia do Estado como sistema normativo, de solução de controvérsias e de pacificação social, na medida em que os limites próprios da soberania contêm, em suas fronteiras, o âmbito de atuação dos poderes estatais. É o que ocorre com o poder jurisdicional, por exemplo. Dos atos iniciais do processo à eficácia da sentença, nenhum pode, por força própria do Estado, ser executado fora do seu espaço soberano." Mimeo do relatório com a autora.

[←634]

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

[←635]

MILLA, Javier Pérez, La Notification Judicial Internacional, Ed. Comares, Granada, 2000, passim p. 10, no qual o autor comenta que a exclusividade do exercício da jurisdição do Estado faz com que qualquer ato nele praticado por outro seja atentatório à sua soberania, e dá como exemplo a citação, que no plano internacional, se efetuada em um território sem o consentimento deste Estado, pode afetar a soberania nacional, mas ao argumento de que fere, na verdade, o princípio da liberdade individual como um direito do indivíduo, cuja proteção cabe ao Estado, por força da determinação constitucional. Veja-se, ainda, BADAN, Didier Oppertti, Exortos y embargo de bienes extranjeros, Ed. Juridicas Amalio Fernandez, Montevidéu, 1976, passim p. 53, que elenca quatro fundamentos distintos para a questão da cooperação: sua utilidade, pois o Estado se beneficia da prestação de outro Estado; a cortesia internacional (comitas gentium), o que faria da cooperação uma questão facultativa; a reciprocidade, também de caráter facultativo; a justiça, pois a sua recusa importaria um obstáculo à realização do objetivo maior de provimento jurisdicional do Estado. Em sua opinião, todos têm sua parcela de importância, alinhando-se com a idéia de que a cooperação deve ser prestada por respeito ao sistema processual, que se instala em uma sociedade para dirimir conflitos e cujo desrespeito, no plano internacional, importaria denegação de justiça.

[←636]

Veja-se ROZAS, José Carlos Fernandez, "Notificaciones en el Extranjero: Experiencias en los Procesos de Integracion y en las Relaciones entre México e Espana", Revista Mexicana de DIPR, n. 7, 1999, p. 45 e seguintes. Veja-se, também, PALLARÉS, Beatriz, "Cooperación Procesal Internacional Relativa a la Notificación en el Extranjero de Documentos Judiciales en Materia Civil", Revista Mexicana de DIPR, n. 8, 2000, p. 3 e seguintes, trazendo, inclusive, um histórico sobre a cooperação interjurisdicional na codificação latino-americana dos séculos XIX e XX, e também da Europa, nessa época e na atualidade.

[←637]

Para uma discussão mais aprofundada desses conceitos, ver LAFER, Celso, A Reconstrução dos Direitos Humanos, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988, p. 125 e seguintes.

[←638]

Fonte: Dados fornecidos pelo DRCI em 3 de fevereiro de 2016, e arquivados com a autora .

[←639]

A Comissão foi designada pela Portaria 2199, publicada no Diário Oficial de 11/08/2004, e composta por Claudia Maria Chagas, Secretaria do Ministério da Justiça e sua presidente; Antenor Pereira Madruga, Diretor do DRCI e coordenador e dos seguintes membros: Athos Gusmão Carneiro, Carmen Beatriz Tibúrcio de Lemos, Edson de Oliveira Almeida, Gilson Dipp, Manoel Gomes Pereira, Márcio Pereira Pinto Garcia, Milton Nunes Toledo Jr., Nadia de Araujo e Walter Nunes da Silva Jr. O Ministro da Justiça, na abertura dos trabalhos, ressaltou que o Brasil ainda não possuía lei que regulasse o procedimento de cooperação jurídica no âmbito internacional nem tampouco meio estabelecido para que fossem formulados pedidos oriundos de países estrangeiros. Para ele, uma nova legislação nesse sentido será mecanismo importante para o combate ao crime organizado transnacional e para a efetividade das decisões civis em processos internacionais. A lei facilitará os procedimentos de obtenção de provas de crimes transnacionais, de recuperação de ativos lavados e remetidos para o exterior; auxiliará na obtenção de pensão alimentícia de devedores que residem no estrangeiro, além de estabelecer procedimento para que decisões cautelares estrangeiras, como bloqueios de bens, possam ser efetivadas no Brasil.

[←640]

Portaria Interministerial MJ/MRE nº 501/2012.

[←641]

Vide LOULA, Maria Rosa Guimarães. Auxilio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.69 e, ainda, Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil/Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 3ª ed. Brasilia: Ministério da Justiça, 2012, p.21.

[←642]

Art. 27 do CPC.

[←643]

Com efeito, de acordo com o Art. 39 do CPC: "O pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública."

[←644]

Por exemplo, no campo regional temos o Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria cível, comercial, trabalhista e administrativa, em vigor no país. Sobre o Protocolo, cf. LOULA, Maria Rosa Guimarães, "A extraterritorialidade das sentenças no Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria cível, comercial, trabalhista e administrativa", in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 651 e seguintes. Outro exemplo são as Convenções produzidas pela Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, que também contêm normas específicas sobre o assunto e as Convenções produzidas pela OEA, através das CIDIPs.

[←645]

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, a carta rogatória seria o instrumento próprio para a requisição de ato processual, por juiz brasileiro a juiz estrangeiro, recebendo igual denominação a requisição dirigida a juiz brasileiro por juiz estrangeiro. MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Problemas Relativos a Litígios Internacionais", in Temas de Direito Processual, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 147.

[←646]

José Carlos Barbosa Moreira afirma que não é o processo de homologação que torna eficaz a sentença estrangeira, mas antes a reconhece para que se produza no outro Estado essa eficácia "importada". MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 72-73.

[←647]

Maria Rosa Guimarães Loula afirma, quando estava como Coordenadora de Tratados e Foros, no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional: "A `assistência direta' é um novo mecanismo de cooperação jurídica internacional que não se confunde com a carta rogatória e nem com a homologação de sentença estrangeira. Trata-se de um procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (penal) ou AGU (civil) propor a demanda desde o início. Por isso a assistência direta difere da carta rogatória. Na carta rogatória passiva há uma ação no estrangeiro e o juiz estrangeiro solicita que juiz nacional pratique certo ato (e já diz qual é o ato). O juiz nacional só pode praticar aquele ato ou negar aplicação (no caso de ofensa à ordem pública). A assistência direta começou nos países de Common Law e nestes ele não difere muito da carta rogatória. Este procedimento começou a ser utilizado no Brasil para resolver o impasse criado pela jurisprudência do STF sobre cartas rogatórias executórias. Este procedimento está bem descrito no acordo bilateral Br-EUA e no Protocolo de São Luís, Mercosul" (assistência judicial em matéria penal). Cf. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, "Cooperação Jurídica Internacional e auxílio direto", in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar,

2006, p. 797, que também utiliza a expressão auxílio direto. O autor faz uma crítica contundente ao sistema brasileiro de homologação de sentenças estrangeiras e exequatur de cartas rogatórias, que a seu ver "agoniza e clama por reformas", p. 797.

[←648]

Art. 38 do CPC: "O pedido de cooperação oriundo de autoridade brasileira competente e os documentos anexos que o instruem serão encaminhados à autoridade central, acompanhados de tradução para a língua oficial do Estado requerido.".

[←649]

Art. 41 do CPC: "Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se ajuramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização.Parágrafo único. O disposto no caput não impede, quando necessária, a aplicação pelo Estado brasileiro do princípio da reciprocidade de tratamento.".

[←650]

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p.7.

[←651]

Para maiores informações acessar o site www.mj.gov.br/drci, com a lista das convenções de que o Brasil é parte. Para o trabalho da OEA, cf., www.oas.org, e para o trabalho da Conferência da Haia, www.hcch.net.

[←652]

No Brasil, foi designado para exercer o papel de autoridade central em cooperação jurídica internacional, tanto em matéria civil quanto em matéria penal, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica internacional (DRCI), criado por meio do Decreto nº 4.991/2004. Atualmente, regula a matéria o Decreto nº 6.061/2007, que manteve a estrutura do decreto anterior, mas esclareceu melhor as funções da autoridade central. Há algumas exceções, quando em convenções específicas poderá haver outra autoridade central designada, como no caso acima da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Por exemplo, na área penal, o Ministério Público Federal é a autoridade central para o acordo de cooperação penal com Portugal e com o Canadá. A Portaria Interministerial nº 501/2012 prevê ainda o trabalho conjunto do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores no que se refere aos pedidos de cooperação jurídica internacional. Nos casos em que os pedidos passivos de cooperação, em matéria penal ou civil, possam ser atendidos pela via administrativa, prescindindo de exequatur por parte do STJ, cabe ao Ministério das Relações Exteriores encaminhá-los ao Ministério da Justiça, que então diligenciará seu cumprimento junto às autoridades administrativas competentes. Por outro lado, cabe ao Ministério da Justiça encaminhar os pedidos ativos de cooperação, em matéria penal ou civil, ao Ministério das Relações Exteriores, para que sejam tramitados pelas vias diplomáticas.

[←653]

Aprovada pelo do Decreto nº 10, de 1958, e promulgada pelo Decreto Executivo nº 56.826.

[←654]

Internalizada por meio do Decreto nº 3.413/2000.

[←655]

CR 1457 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJe 30/10/2006).

[←656]

HC 97.511 (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/09/2010). Veja-se trecho ementa: "A concessão de exequatur em rogatória que vise a obter provas relativas à investigação criminal, levada a efeito em país estrangeiro, não representa risco à liberdade de locomoção do paciente que, além de brasileiro nato, encontra-se domiciliado no Brasil, em face da impossibilidade de extradição."

[←657]

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p.11.

[←658]

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p.12.

[←659]

Publicada no Diário Oficial em 28.10.2005.

[←660]

Art. 28 do CPC.

[←661]

HC 147.375 (STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/12/2011).

[←662]

Decreto nº 3.810/2001, que trata do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre os Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América

[←663]

Ag CR 3162, STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 06/09/2010.

[←664]

Rcl 2645 (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 16/12/2009).

[←665]

CR 9502 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 03/10/2014).

[←666]

O Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, promulgado por meio do Decreto nº 1.320/1994.

[←667]

Antigo Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I — processar e julgar, originariamente: h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente." Atual Art.105, I, i: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias."

[←668]

Cf. MENKE, Fabiano, "O cumprimento das cartas rogatórias no Brasil: Antecedentes e atualidade", in O Novo Direito Internacional, org. Claudia Lima Marques e Nadia de Araujo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2005, pp. 241-276.

[←669]

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado por meio do Decreto nº 4.991/2004, posteriormente substituído pelo Decreto nº 6.061/2007, está subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. O Departamento tem como principais funções analisar cenários, identificar ameaças, definir políticas eficazes e eficientes, bem como desenvolver cultura de combate à lavagem de dinheiro. Essas funções têm como objetivo a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita e de produtos de atividades criminosas, tais como as oriundas do tráfico de entorpecentes, do tráfico ilícito de armas, da corrupção e do desvio de verbas públicas. Além disso, o DRCI é responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, figurando como autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos judiciais por parte do Brasil. (www.justica.gov.br)

[←670]

Há poucas obras sobre o assunto no século XIX. Entre elas, destacam-se, no Brasil, BRIGGS, Arthur, Cartas Rogatórias Internacionais, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913, e, em Portugal, PINTO, Lambertini. Cartas Rogatórias, Lisboa: Typographia e Stereotypia Moderna, 1898. O estudo do autor português tem um viés prático, pois, além de tratar da transmissão das cartas, se preocupa em dar as estatísticas da época e alinhar os requisitos específicos para o Brasil, a Espanha, a França e a Inglaterra. Já alertava para o atraso que tais instrumentos representavam no curso regular de um processo e os problemas advindos da falta de cumprimento, no Brasil, de cartas rogatórias do mais leve caráter executório, segundo suas palavras.

[←671]

Art. 36: "O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal. § 1º A defesa restringir-se-á à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil. § 2º Em qualquer hipótese, é vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira."

[←672]

"Art. 216-O. É atribuição do Presidente conceder exequatur a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no art. 216-T. § 1º Será concedido exequatur à carta rogatória que tiver por objeto atos decisórios ou não decisórios. § 2º Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto. Art. 216-P. Não será concedido exequatur à carta rogatória que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública. Art. 216-Q. A parte requerida será intimada para, no prazo de quinze dias, impugnar o pedido de concessão do exequatur. § 1º A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte requerida, quando sua intimação prévia puder resultar na ineficiência da cooperação internacional. § 2º No processo de concessão do exequatur, a defesa somente poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da decisão e a observância dos requisitos previstos neste Regimento. Art. 216-R. Revel ou incapaz a parte requerida, dar-se-lhe-á curador especial. Art. 216-S. O Ministério Público Federal terá vista dos autos nas cartas rogatórias pelo prazo de dez dias, podendo impugnar o pedido de concessão do exequatur. Art. 216-T. Havendo impugnação ao pedido de concessão de exequatur a carta rogatória de ato decisório, o Presidente poderá determinar a distribuição dos autos do processo para julgamento pela Corte Especial. Art. 216-U. Das decisões do Presidente ou do relator na concessão de exequatur a carta rogatória caberá agravo. Art. 216-V. Após a concessão do exequatur, a carta rogatória será remetida ao Juízo Federal competente para cumprimento. § 1º Das decisões proferidas pelo Juiz Federal competente no cumprimento da carta rogatória caberão embargos, que poderão ser

opostos pela parte interessada ou pelo Ministério Público Federal no prazo de dez dias, julgando-os o Presidente deste Tribunal. § 2º Os embargos de que trata o parágrafo anterior poderão versar sobre qualquer ato referente ao cumprimento da carta rogatória, exceto sobre a própria concessão da medida ou o seu mérito. Art. 216-W. Da decisão que julgar os embargos cabe agravo. Parágrafo único. O Presidente ou o relator do agravo, quando possível, poderá ordenar diretamente o atendimento à medida solicitada. Art. 216-X. Cumprida a carta rogatória ou verificada a impossibilidade de seu cumprimento, será devolvida ao Presidente deste Tribunal no prazo de dez dias, e ele a remeterá, em igual prazo, por meio do Ministério da Justiça ou do Ministério das Relações Exteriores, à autoridade estrangeira de origem".

[←673]
Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, assinado em Paris em 28.05.1996, promulgado por meio do Decreto nº 3.598/2000.

[←674]
Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado por meio do Decreto nº 166/1991.

[←675]
Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a Republica Italiana, promulgado por meio do Decreto nº 1.476, de 2 de maio de 1995.

[←676]
Cf. Art. 216-O do Regimento Interno do STJ.

[←677]
Resolução nº 9 do STJ, Art.7º: As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

[←678]
Esta posição tem origem em voto do Min. Xavier de Albuquerque, do qual merece ser mencionado o seguinte trecho: "Sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprimento no Brasil. É preciso notar, porém, que o caráter executório de uma rogatória há de se aferir, não pela natureza da demanda que lhe dá origem, mas pela finalidade que a anima, traduzida na realização, no Brasil, de atos de constrição judicial inerentes à execução forçada." (AgRg na CR 1395, STJ 72/659, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Trecho do voto do Min. Xavier de Albuquerque, p. 667)

[←679]
CR 7.029, STJ, DJ 22.05.2013.

[←680]
Promulgada por meio do Decreto n.º 1.320/94.

[←681]
HC 11.8094, STJ, DJ 10.02.2014.

[←682]
Art. 216-O, §2º do Regimento Interno do STJ: "Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto."

[←683]
Art. 216-Q, §1º do Regimento Interno do STJ: "A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte requerida, quando sua intimação prévia puder resultar na ineficiência da cooperação internacional."

[←684]
Resolução nº 9, art. 8º A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória. Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional. Esse Art.foi utilizado na CR 999, STJ, DJ 16.8.2005, e na CR 950, STJ, DJ 4.10.2005.

[←685]
Veja-se o seguinte trecho da decisão na CR 999, STJ: "No caso em exame, entendo aplicável o dispositivo acima, eis que a intimação prévia das testemunhas a serem inquiridas poderá ocasionar inutilidade do pedido de cooperação, haja vista o acusado no procedimento criminal em trâmite na República Italiana estar preso e o retardamento na realização das diligências solicitadas poder resultar na expedição de alvará de soltura por excesso de prazo. É certo que o contraditório nos instrumentos de cooperação faz respeitar o mandamento constitucional, entretanto esta intimação prévia não pode ser aberta indiscriminadamente, devendo ser observada a utilidade da medida solicitada pela autoridade estrangeira de modo a torná-la eficaz." Também a CR 950 foi decidida no mesmo sentido.

[←686]
Art. 216-T do Regimento Interno do STJ: "Havendo impugnação ao pedido de concessão de exequatur a carta rogatória de ato

decisório, o Presidente poderá determinar a distribuição dos autos do processo para julgamento pela Corte Especial."

[←687]

Promulgada por meio do Decreto nº 1.899/1996.

[←688]

O 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, que reproduz e estende os termos do Protocolo à bolivia e ao Chile foi promulgado por meio do Decreto nº 6.891/2009.

[←689]

Promulgado por meio do Decreto nº 2.095/1996.

[←690]

OPPERTTI BADÁN, D. "Convenciones Aprobadas por la Cidip I: Derecho Procesal Internacional", in Comitê Jurídico Interamericano, org., 2º. Curso de Derecho Internacional, 1975, p. 284. Para maiores informações sobre a prática entre Espanha e México, ver ROZAS, José Carlos Fernandez, "Notificaciones en el Extranjero: Experiencias en los Procesos de Integración y en las Eelaciones entre México y España", in Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, nº. 7, 1999, pp. 45-79. Comenta o autor que a Convenção possui requisitos mais estritos do que sua similar de Haia, ao exigir a legalização e tradução dos documentos a serem enviados.

[←691]

Não alcança o âmbito trabalhista e administrativo, como faz o Protocolo de Las Leñas; todavia, o Art.16 da Convenção faculta aos Estados-partes estenderem essas normas às matérias criminal, trabalhista, administrativa e arbitral. O Brasil não utilizou essa faculdade ao ratificar a Convenção.

[←692]

A questão das medidas cautelares prosseguiu como objeto de interesse das Conferências Especializadas Interamericanas, tendo sido elaborada uma Convenção específica a esse respeito na CIDIP III, em La Paz. Essa Convenção não foi ratificada pelos membros do Mercosul, e sequer foi enviada ao Congresso Brasileiro pelo Poder Executivo. No âmbito do Mercosul, não obstante, encontra-se em vigor o Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, promulgado pelo Decreto n° 2.626/98, de 15/06/98, publicado no DOU de 16/06/98.

[←693]

Código Bustamante, Art. 388: "Toda diligência judicial que um Estado contratante necessite praticar em outro será efetuada mediante carta rogatória ou comissão rogatória, transmitida por via diplomática. Contudo, os Estados contratantes poderão convencionar ou aceitar entre si, em matéria cível ou comercial, qualquer outra forma de transmissão." O Código Bustamante nunca foi utilizado nesse sentido e a jurisprudência dominante no STF sempre entendeu ser contrária à ordem pública brasileira a concessão de exequatur em cartas rogatórias que contivessem medida de caráter executório.

[←694]

O sistema difere do adotado pela Convenção de Haia, já que permite também a comunicação por via diplomática, enquanto a Convenção de Haia só admite a transmissão de rogatórias por meio das autoridades centrais.

[←695]

Reclamação 717. A íntegra da decisão pode ser obtida no site do STF (www.stf.gov.br).

[←696]

Apenas a título exemplificativo, considerando que Rivera e Livramento são cidades próximas e que se enquadrariam na definição da Convenção, o STJ deu exequatur à CR 1157, STJ, em 13.10.05, no qual o juiz de Rivera pedia alguns documentos que estavam em Santana do Livramento, sem que em nenhum momento a possibilidade do Art. 7º da Convenção fosse mencionada. Isso comprova a assertiva de que este dispositivo ainda não foi aceito pelos tribunais nacionais. Em posição favorável sobre a utilização do dispositivo, cf., SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, op. cit., pp. 806-7, nota 15, na qual o autor entende que "não feriria princípio constitucional, nem regra constitucional brasileira, a carta rogatória, de juiz para juiz, na zona fronteiriça, tal como prevista no art. 7º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, e no art. 19, p. 3º, do Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares."

[←697]

Art. 9º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias.

[←698]

Esse tema mereceu atenção do Ministério das Relações Exteriores, quando então o chanceler era o professor Celso Lafer. Em sua Exposição de Motivos à Presidência da República, quando do encaminhamento da Convenção, o parecer da consultoria jurídica do MRE aludiu, sobre a Convenção, que se podem distinguir dois momentos: a carta rogatória meramente deprecante, sem nenhuma pretensão executória, e a sentença que se seguirá no mesmo processo, não implicando o cumprimento de uma o reconhecimento antecipado e automático da outra. Parecer da Consultoria Jurídica do MRE, na EM nº 365, de 22/9/1992. Veja-se, também, a manifestação do ministro Celso de Mello na CR 7.311 (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/05/1999). A orientação do Supremo Tribunal Federal, de que não cabe discussão de mérito no deferimento da carta rogatória, pois trata-se de um

sistema de contenciosidade limitada no qual "só é admissível impugnação ao seu cumprimento, se atentar contra a ordem pública e a soberania nacional, ou se lhe faltar autenticidade", tem sido seguida reiteradamente pelo STJ, que em cumprimento ao Art.13 da Res. nº 9. Apenas a título exemplificativo e que se repete em inúmeros casos, veja-se o trecho da CR 1043 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJe 18/08/2005): "O objeto desta carta rogatória não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública. Ressalto que as questões de mérito deverão ser levadas à apreciação do Juízo rogante."

[←699]
CR 136 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19/05/2005). Neste caso, a carta rogatória tinha por objetivo a citação da Infraero, que alegou ser caso de competência absoluta. A decisão entendeu que o caso enquadrava-se nas hipóteses do Art. 88 do então vigente CPC de 1973, e concedeu o exequatur.

[←700]
Art. 9º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias.

[←701]
Durante a Conferência, o tema da ordem pública foi muito discutido, havendo posições contrárias à sua inclusão na Convenção, como a do Uruguai, e as ponderações de outras delegações, especialmente do Brasil, feitas pelo embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento Silva, de que a inclusão de uma cláusula de ordem pública tinha como aspecto positivo representar a proteção de alguns princípios fundamentais de direito, como os direitos humanos, ou contra leis que permitissem a discriminação racial. Por fim, ponderou o delegado brasileiro que tal convenção deveria ser aprovada pelo Legislativo dos países signatários e que a inexistência de tal cláusula poderia dificultar a ratificação da Convenção. Ver Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, vol. II, CIDIP/64, OEA/Ser. K/XXI.1, 1975.

[←702]
Art. 10 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias.

[←703]
Artigo 14 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias.

[←704]
BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, que estabelece o critério da especialidade como um dos que são comumente utilizados para evitar as antinomias do sistema jurídico. O STF também já se manifestou sobre o princípio da especialidade em diversas ocasiões, em especial quando precisa interpretar questões relativas a conflitos entre tratado e lei interna. Veja-se, ainda, trecho da ADIN 1480, publicada no Informativo STF nº 236: "No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade."

[←705]
STF, CRs 8.525; 8.564; 8.329; 8.604; 9.153; AgCr 9.136, Petição 1.590, e do Pleno, AgrCr 9.022. Todas são encontradas em www.stf.gov.br, no tópico de jurisprudência, o item "decisões monocráticas".

[←706]
Sublinhe-se que a autoridade central americana funciona a contento e a Convenção é uma via de mão dupla.

[←707]
Confira-se, ainda no STF: CR 8.604, DJ 11/10/1999; CR 8.564, DJ 18/11/1999; CR 8.377, DJ 26/4/1999; CR 8.525, DJ 26/4/1999.

[←708]
Vide CR 1589 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01/12/2006), CR 2260 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12/06/2007), CR 2721 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 26/09/2007).

[←709]
CR 2807 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28/11/2007).

[←710]
Para alguns casos recentes e decididos monocraticamente, nos quais foi usada a Convenção, veja-se CR 10.095 publicada em 18/11/2015, proveniente dos Estados Unidos; e CR 9844 (STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 29/10/2015), proveniente do Panamá.

[←711]
Promulgado por meio do Decreto n° 2.022/1996.

[←712]
PARRA-ARANGUREN, G. "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado", in Codificación del Derecho Internacional Privado en America, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 400.

[←713]
Veja-se Ag CR 3560, em que estando a CR acompanhada das peças descritas no Art. 3º do Protocolo, não caberia obstar sua execução com base em deficiência de instrução ou irregularidade formal.

[←714]

O Art. 5º preceitua que cada Estado-parte "deverá enviar às autoridades jurisdicionais do outro Estado, segundo o previsto no Art. 2º, carta rogatória", definindo o objeto desse tipo de medida nas alíneas desse artigo (diligências de simples trâmite — que exemplifica — e de recebimento ou obtenção de prova. Todavia, também no tocante ao reconhecimento e à execução de sentenças e laudos, estabelece que o pedido "será tramitado por via de cartas rogatórias" (Art. 19). Sobre esse artigo, já se pronunciou o STF no Agravo Regimental na CR 7.613, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 15/6/1999, cuja ementa assim dispõe: "Protocolo de Las Leñas. Cooperação Jurisdicional entre Países integrantes do MERCOSUL. Possibilidade, mediante carta rogatória, de reconhecimento e execução de sentenças emanadas da Justiça da Argentina, do Paraguai e do Uruguai. Precedentes do STF. Procedimento ritual simplificado. Homologação de sentença argentina de arresto sobre direitos e ações. Outorga de eficácia executiva, em território brasileiro, a esse ato de conteúdo sentencial. Pedido homologatório deferido." Veja-se, também, sobre os meios de cooperação no Mercosul, TAQUELA, Maria Blanca Noodt, "Los Procesos a Distancia y Otros Modos de Cooperación Judicial Internacional en el Mercosur", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 15, 1998, pp. 181-192.

[←715]

No STJ, veja-se menção ao protocolo na CR 5490 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 08/06/2011) e na CR 6086 (STJ, Rel.Min. Ari Pargendler, DJ 07/11/2011).

[←716]

CR 1709 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13/12/2006).

[←717]

Art. 6º. "As cartas rogatórias deverão conter: a) denominação e domicílio do órgão jurisdicional requerente; b) individualização do expediente, com especificação do objeto e natureza do juízo e do nome e domicílio das partes; c) cópia da petição inicial e transcrição da decisão que ordena a expedição da carta rogatória; d) nome e domicílio do procurador da parte solicitante no Estado requerido, se houver; e) indicação do objeto da carta rogatória, com o nome e o domicílio do destinatário da medida; f) informação sobre o prazo de que dispõe a pessoa afetada pela medida para cumpri-la; g) descrição das formas ou procedimentos especiais com que haverá de cumprir-se a cooperação solicitada; h) qualquer outra informação que facilite o cumprimento da carta rogatória."

[←718]

Salvo nos casos em que seja solicitada a produção de prova que ocasione custo especial ou sejam designados peritos, deverá constar da rogatória a informação da pessoa que, no Estado requerido, efetuará o pagamento.

[←719]

Carta Rogatória nº 8.577, STF, Argentina, julgada em 19/06/1999, Relator Min. Celso de Mello. Nesse caso, a Justiça argentina requereu oitiva de testemunhas aqui no Brasil, na sede de sua embaixada, perante um juiz argentino, que viria especialmente para a diligência. Decidiu o ministro Celso de Mello, à época presidente do STF: "Revela-se lesiva à soberania brasileira, e transgride o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização, que, solicitada mediante comissão rogatória emanada de órgão judiciário de outro País, tenha por finalidade permitir, em território nacional, a inquirição, por magistrados estrangeiros, de testemunha aqui domiciliada, especialmente se se pretender que esse depoimento testemunhal — que deve ser prestado perante magistrado federal brasileiro (CF, art. 109, X) — seja realizado em Missão Diplomática mantida pelo Estado rogante junto ao Governo do Brasil".

[←720]

CR 2794 (STJ, Rel. Min. Barros de Monteiro, DJ 09/11/2007).

[←721]

Cf. CR 1043 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29/09/2006). Nesta CR, o argumento do Subprocurador da República Edson de Oliveira foi acolhido pelo Presidente, que concedeu o exequatur.

[←722]

CR 44 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 08/09/2005). Veja-se o trecho do parecer do MP, que serviu de base à decisão de concessão: "Opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, ao fundamento de que "os requisitos do pedido de diligência, segundo o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil, foram atendidos.

[←723]

CR 998 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 18/10/2005). Veja-se o trecho da decisão: "A solicitação está albergada no Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália, promulgado pelo Decreto nº 862/93. Assim, o objeto desta carta rogatória não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública. Observa-se, portanto, conforme ressaltado pelo MPF "que o pedido abarca assistência de segundo grau, ou de segundo nível, para o fim de transmissão de informações contratuais, contábeis e de movimentações bancárias".

[←724]

CR 733 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 04/09/2006).

[←725]

Promulgado por meio do Decreto nº 5.015/2004.

[←726]

CR 954 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29/09/2006).

[←727]

CR 1462 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 08/06/2006).

[←728]

CR 2430 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20/09/2006).

[←729]

Ag CR 9563 (STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 09/03/2015).

[←730]

Um dos principais argumentos para a denegação da carta rogatória de caráter executório foi desenvolvido pelo ministro Antonio Neder, ao denegar uma carta rogatória proveniente da Argentina que visava a inscrição da penhora de determinados bens. Declarou em seu voto que era princípio fundamental do direito brasileiro a impossibilidade de se pleitear o cumprimento de medida executória antes da homologação da sentença estrangeira. Se deferida esta carta rogatória, estaria afastada, por via oblíqua, a prévia homologação. A partir de então, sedimentou-se a posição do STF pela denegação de todas as cartas rogatórias de caráter executório. Nesses julgamentos, não foi feita nenhuma distinção entre as que eram decorrentes de sentença anterior, ou de decisão de caráter cautelar, que pode ser determinada durante o processo, por meio de uma decisão interlocutória, que não transita em julgado. Conclui-se que esse fundamento é insuficiente para embasar indistintamente a denegação das medidas dessa natureza.Nos últimos anos, as decisões do STF em cartas rogatórias de caráter executório limitaram-se a estatuir sua inviabilidade, citando a jurisprudência anterior (CR 2.963, de 26/3/1970, DJ. 20/04/1979 e CR 7.128, julgada em 13/11/1985).

[←731]

Cf. CR 8.240, julgada em 16/11/1998, DJ. 20/11/1998. E ainda, CR 8.377, julgada em 15/04/1999, DJ 26/04/1999. Destaca-se o trecho seguinte da fundamentação, que bem esclarece a posição do STF: "Essa orientação jurisprudencial — reiterada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal (CR 5.715 — CR 6.958) — encontra apoio em autorizado magistério doutrinário, que, na análise do tema e na perspectiva do sistema jurídico brasileiro, adverte que as cartas rogatórias passivas não podem revestir-se de eficácia executória... É por essa razão — insista-se — que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou em convenções internacionais de cooperação interjurisdicional. (CR 7.899, Rel. Min. CELSO DE MELLO — CR 7.618 [AgRg], Relator ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.). Vê-se, portanto, que, em princípio, constitui postulado geral do sistema normativo brasileiro a pré-exclusão de qualquer atividade de índole executória em sede de carta rogatória passiva, pois, em tal hipótese, impor-se-á a necessária e prévia homologação da respectiva decisão estrangeira, a efetivar-se em procedimento específico a ser instaurado, no âmbito desta Corte, nos termos do CPC (arts. 483 e 484) e do RISTF (arts. 215 a 224). Em regra, as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou de comunicação processual, ausente, desse procedimento, qualquer conotação de índole executória, cabendo relembrar, por necessário, a plena admissibilidade, em tema de rogatórias passivas, da realização, no Brasil, de medidas cientificatórias em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente autorizado pelo magistério jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (RTJ 52/299 — RTJ 87/402 — RTJ 95/38 — RTJ 95/518 — RTJ 98/47 — RTJ 103/536 — RTJ 110/55). No entanto, com relação ao sigilo bancário, mesmo com o Protocolo do Mercosul, a CR 9024 foi denegada, conforme citação anterior.

[←732]

Art. 7º da Resolução nº 9/2005.

[←733]

Art. 216-O, §1º do Regimento Interno.

[←734]

Vide Art. 960, §§1º e 3º e Art. 962, §1º do CPC.

[←735]

Promulgado por meio do Decreto nº 2.626/1998.

[←736]

CR 215, julgada em 27.10.05, e publicada em 10.11.2005. Cf., ainda, a CR 374, pedido de penhora de cotas de uma sociedade, proveniente de Portugal, também deferida, publicada em 28.8.2005. A CR 1167, também proveniente de Portugal foi deferida, mas o cumprimento do exequatur não foi possível. A CR 996 é o novo número da antiga CR 9194 do STF, já deferida anteriormente, por se tratar de pedido de penhora embasado no Protocolo do Mercosul de Medidas Cautelares.

[←737]

CR 2260 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12/06/2007).

[←738]

Veja-se a justificativa, constante do voto: "Inicialmente, não se observa óbice legal para o deferimento da medida de sequestro,

prevista no Protocolo de San Luis sobre a Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais no âmbito do Mercosul (Decreto nº 3.468/2000), ao dispor, no artigo 2, alínea f, que a assistência compreenderá a execução de medidas acautelatórias sobre bens." (CR 99/US, STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Dje 21/08/2006)

[←739]

Exemplo anterior do STF, é a CR 8.622 (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 5/10/1999). Nessa carta, o pedido partira do Ministério Público italiano. Destaca-se o trecho pertinente: "Quanto à diligência que pretende a investigação de contas bancárias, o pedido também não comporta deferimento. É que a quebra do sigilo bancário depende, no Brasil, de ordem judicial que a decrete, inexistente no caso, pois o pedido partiu do Ministério Público no Tribunal de Roma, na linha do que ficou decidido na Carta Rogatória nº 7.126-4 — República Italiana (DJ 20.03.96, p. 7.875). 5. Portanto, a diligência acima referida não poderia ser executada sem que antes se procedesse à homologação, pela Justiça Brasileira, de eventual sentença estrangeira que a tivesse determinado". Também no mesmo sentido, veja-se a CR 9.024, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14/12/1999.

[←740]

CR 438 (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24/09/2007). Ementa: "1. Carta Rogatória encaminhada pelo Ministério das Relações Exteriores a pedido da Embaixada da Bélgica, com o fim de verificar possível crime de lavagem de dinheiro envolvendo empresário brasileiro descrito nestes autos, por solicitação do juízo de instrução, do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, Bélgica. 2. É cediço que: A tramitação da Carta Rogatória pela via diplomática confere autenticidade aos documentos. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pautava-se no sentido da impossibilidade de concessão de exequatur para atos executórios e de constrição não-homologados por sentença estrangeira. 4. Com a Emenda Constitucional 45/2004, esta Corte passou a ser competente para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exeqüatur às cartas rogatórias. 5. A Resolução 9/STJ, em 4 de maio de 2005, dispõe, em seu Art.7°, que "as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios". 6. A Lei 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 8° e parágrafo 1°, assinala a necessidade de ampla cooperação com as autoridades estrangeiras, expressamente permite a apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes antecedentes de lavagem de dinheiro, cometidos no estrangeiro. 7. Destarte, a Lei Complementar 105/2001, por sua vez, em seu art. 1°, parágrafo 4°, dispõe que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, sendo que a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...) VIII — lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX — praticado por organização criminosa. 8. Deveras, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5.015/2004) também inclui a cooperação judiciária para "efetuar buscas, apreensões e embargos", "fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos", "fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas", "identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios", "prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido" (art. 18, parágrafo 3, letras a até i). Parágrafo 8 do art. 18 da Convenção ressalta que: "Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo". 9. In casu, A célula de tratamento das informações financeiras (CETIF) denunciou no dia 16 de Julho 2002 ao Escritório do Procurador Geral em Bruxelas a existência de índices sérios de branqueamento de capitais (...) entre as pessoas envolvidas no presente processo. 10. Princípio da efetividade do Poder Jurisdicional no novo cenário de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional. 11. Concessão integral do exequatur à carta rogatória."

[←741]

Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.015/2004.

[←742]

Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 1.320/1994.

[←743]

Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 862/1993.

[←744]

CR 691 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 13/10/2005). Cf., outras hipóteses, como a CR 410, em que o pedido de informações bancárias não foi considerado como sendo quebra de sigilo porque requerido pela própria autora da ação (STJ Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 10/11/2005). No mesmo sentido, a CR 186 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 18/10/2005). Contrário ao pedido, confira-se a CR 534 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figeuiredo Teixeira, DJ 20/04/2005). Ainda contrária, mas por ausência de informações suficientes, confira-se a CR 41 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 06/09/2005).

[←745]

CR 2593 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 26/06/2007).

[←746]

CR 2609 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 05/06/2007).

[←747]

CR 534 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20/04/2005).

[←748]

CR 2069 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28/11/2006).

[←749]

CR 998 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 18/10/2005).

[←750]

CR 4924 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 08/09/2010).

[←751]

CR 251 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20/04/2005).

[←752]

CR 2430 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20/09/2007).

[←753]

CR 5820 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 13/09/2011).

[←754]

Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.413/2000.

[←755]

Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 1.212/1994.

[←756]

CR 2874 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 17/12/2007).

[←757]

CR 754 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 17/05/2005). Confira-se o seguinte trecho da decisão "O Ministério Público Federal registra que nos termos da Constituição Federal a menor, sendo comprovadamente filha de mãe brasileira, poderá optar, a qualquer momento, pela nacionalidade brasileira, não havendo óbice a sua permanência no Brasil, aduzindo que inexiste no Juízo Rogante qualquer decisão judicial ou despacho deferindo a guarda da menor ao pai. Ao contrário, é a mãe que possui a seu favor decisão judicial exarada pela 2ª Vara da Comarca de Torres/RS que lhe defere a guarda provisória. A matéria encontra-se sob a tutela da 2ª Vara da Comarca de Torres/RS. Considerando que a menor não está ocultada, possuindo endereço certo e que sua situação no Brasil é regular, determino o retorno do feito ao Juízo Rogante."

[←758]

CR 1258 (STJ. Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 17/11/2005). O pedido era proveniente de La Paz, e o menor fora retirado ilicitamente por seu pai, sem autorização da mãe.

[←759]

CR 4954 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 04/10/2010).

[←760]

Para uma visão geral do problema, veja-se GIARDINA, Andrea, "La Mise en Oeuvre au Niveau National des Arrêts et des Décisions Internationaux", in Recueil de Cours, tomo 165, 1979, pp. 243-352.

[←761]

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional..., vol. III, p. 181. Sobre o desenvolvimento do tema no direito comparado, veja-se, ainda, na mesma obra, passim, pp. 181-187. Também sobre o tema, cf, HUCK, Hermes Marcelo, Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria, São Paulo, Saraiva, 1994.

[←762]

CASTRO, Amílcar de, op. cit., vol. II, p. 268.

[←763]

Para um panorama, na literatura jurídica nacional, dos sistemas em outros países, veja-se MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998, vol. V, passim p. 52.

[←764]

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários,... p. 50.

[←765]

CASTRO, Amílcar de, Direito Internacional..., vol. II, p. 267.

[←766]

BARBOSA MOREIRA, Breves Observações sobre a Execução de Sentença Estrangeira à Luz das Recentes Reformas do CPC, 01 Outubro 2008. Disponível em http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/60-artigos-out-2008/5854-breves-observacoes-sobre-a-execucao-de-sentenca-estrangeira-a-luz-das-recentes- eformas-do-cpc, acessado em 10 de fevereiro de 2016. Segundo o autor, a expressão é de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil t. VI, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág. 364: "Quanto ao requisito da homologação, não concerne ele à produção de eficácia da decisão estrangeira, mas só à sua importação" (grifado no original) .

[←767]

O Código Bustamante, diploma em vigor no Brasil, elege o sistema de delibação, e seus requisitos são compatíveis com a lei brasileira. Fala em decisão executável no país de origem, o que poderia deixar dúvidas quanto ao trânsito em julgado, mas não foi utilizado como fonte pelo STF nos pedidos de homologação, nem tampouco no STJ, até o momento.

[←768]

CR 7.613 (STF, Rel.Min. Celso de Mello, DJ 15/06/1999).

[←769]

AgReg CR 7.613 (STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09/05/1997).

[←770]

Cf. CR 16 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04/04/2005); CR 485 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20/04/2005), em que o divórcio proferido na Argentina foi encaminhado por esta via e homologado; e CR 587 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ. 25/10/2005).

[←771]

Conclusions and Recommendations adopted by the Council", de 17-20 de abril de 2012, disponível em http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_en.pdf.

[←772]

No Brasil, a AGU tem liderado esse processo, e há um grupo de pesquisa em andamento na PUC-Rio, que tem reunido especialistas para discutir a matéria e dar subsidios para embasar a posição brasileira na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

[←773]

Já o Decreto nº 3.094 de 1898 previa, no seu Art. 7º, a necessidade imprescindível de homologação das sentenças estrangeiras para sua execução no Brasil. Veja-se OCTAVIO, Rodrigo, Dicionário de Direito Internacional Privado, F. Briguiet, Rio de Janeiro, 1933, p. 302 e seguintes. Desde o final do século XIX, com a República, o Brasil aboliu o requisito da reciprocidade para a homologação das decisões estrangeiras, a partir da Lei 221, de 1894. Para a evolução histórica no direito brasileiro, veja-se MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, vol. V, passim, p. 56. Para exemplos da jurisprudência do primeiro quartel do século XX, veja-se OTÁVIO, Rodrigo, Dicionário de Direito Internacional... pp. 305-330.

[←774]

SEC 5093 (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/12/1996).

[←775]

Valladão considerava o sistema brasileiro o mais avançado do mundo: sem qualquer reciprocidade ou exequatur, sem qualquer revisão de fundo, aberto a qualquer decisão estrangeira, mesmo de Estado sem relações diplomáticas ou em guerra com o Brasil e dependendo de um processo rápido, sumário, decidido pelo mais alto tribunal do país e com efeito imediato em todo o território, para todas as justiças e autoridades do Brasil (op. cit., p. 188).

[←776]

Arts. 963 do CPC.

[←777]

A discussão sobre o que seria a eficácia da sentença estrangeira gera muita discussão. Veja-se, a esse respeito, recente Art.de MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Notas sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras" in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 549 e seguintes. O autor esclarece que a sentença estrangeira pode vir a ser invocada para mais de um fim e estes são diferentes manifestações da eficácia da sentença estrangeira. Para ele, o termo execução deve ser somente utilizado no caso das sentenças estrangeiras condenatórias, enquanto as demais hipóteses deveriam ser designadas de reconhecimento.

[←778]

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários..., p. 77.

[←779]

Art. 961 do CPC: "A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado."

[←780]

Art. 961, §5º: "A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça."

[←781]

Vide, a respeito, TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org). O direito internacional contemporaneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[←782]

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários..., p. 79. Vide, ainda, PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Dos casos em que é

desnecessário homologar uma sentença estrangeira. 264 f. Tese (doutorado em direito internacional) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

[←783]

Ib., id., p. 91.

[←784]

FUX, Luiz, "Homologação de sentença estrangeira", in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 643 e seguintes. Para o autor "confirma-lhe a natureza de ação a possibilidade de rejeitar-se a homologação através de provimento declaratório negativo", p. 647.

[←785]

Art. 960 do CPC.

[←786]

Art. 515, VIII e IX do CPC.

[←787]

Art. 961, §2º do CPC: "A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente."

[←788]

A respeito, veja-se FUX, Luiz, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, passim, pp. 963-969.

[←789]

Art. 273-L do Regimento Interno do STJ.

[←790]

Pet 3.933, na SEC 826, julgada por decisão monocrática do Ministro Gilson Dipp, DJ 08/09/2005. Veja-se o trecho da decisão: "A pretensão não merece prosperar. Primeiramente, cumpre lembrar que o ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais, não havendo que se falar no exame do mérito tratado no decisum do qual se busca a produção dos efeitos no território pátrio. Isto significa dizer que o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena. Em suma, pode-se afirmar que a referida ação é de conteúdo processual onde, conseqüentemente, não se discute uma relação jurídica de direito material. Presentes as formalidades exigidas, expede-se o devido exequatur.

[←791]

Baseou-se na posição anteriormente consagrada pelo STF na SEC 4.738, e no parecer do Ministério Público Federal, que esclareceu sobre a ausência de conteúdo econômico no processo delibatório.

[←792]

Art. 216-M do Regimento Interno do STJ.

[←793]

Art. 216-K do Regimento Interno do STJ.

[←794]

SEC 12116 (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20/10/2015).

[←795]

SE 1346 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 11/10/2005).

[←796]

SEC 746 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 04/12/2008).

[←797]

SE 5717 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 12/08/2010).

[←798]

Nos casos deferidos, os argumentos foram convincentes. Na CR 1601 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 04/09/2006), pleiteava-se matricular criança em escola, antes da homologação da sentença de adoção, o que foi concedido, pois a liminar queria evitar dano de difícil reparação, que a criança deixasse de estudar enquanto tramitava o processo. Há também pedidos no curso da homologação de laudos arbitrais estrangeiros. Dos pedidos, apenas o da SEC 5692 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 01/09/2014) foi deferido. Há, inclusive, casos em que foi pedida a tutela antecipada antes mesmo do laudo arbitral ser encaminhado para homologação no STJ, o que também foi indeferido (MC16.756, STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 14/05/2010). Na SE 6551 (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20/02/2013) foi deferido o pedido de suprimento judicial para que o menor pudesse viajar ao exterior.

[←799]

Vide, a respeito, CRs 3260, 3259, 3000, 3198, 3173, 2865, e mais recentemente SE 15043, cujos pedidos de urgência foram indeferidos.

[←800]

Art. 962. "É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. § 1º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória. § 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior. § 3º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira. § 4º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça."

[←801]

Veja-se VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional..., vol. III, 196, relatando o primeiro caso sobre a questão, no qual proferiu parecer pela homologação. Tratava-se de caso proveniente da Dinamarca, em que o decreto de divórcio fora expedido pelo Rei. Valladão posicionou-se a favor da homologação, pois entendia que a expressão deveria ser interpretada no seu sentido material, ou seja, aceitando-se o ato em questão em razão de sua equivalência a uma sentença, e por produzir efeitos de sentença. A partir de então, a jurisprudência seguiu sempre nesse sentido. Para uma pesquisa aprofundada da homologação de divórcios provenientes do Japão, veja-se MARQUES, Claudia Lima, "Casos de Divórcio Japoneses no Brasil: Introdução ao Método de Análise de Casos", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, edição especial, 2002, p. 150. O STJ, em 2005, homologou diversas decisões oriundas do Japão, sem maiores discussões, aceitando a posição anterior do STF. Confira-se, a título exemplificativo de outras: SE 112, STJ, DJ.2.2.2006. Veja-se o trecho: "...O Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, observou que o divórcio no Japão é "normalmente feito mediante ato administrativo, sendo, desta forma, aceito por nosso ordenamento jurídico como procedimento que produz efeitos equivalentes aos efeitos produzidos por sentença estrangeira de divórcio" (Precedentes: SE 1282/STF — Noruega, SE 1312/STF — Japão e SEC 6399/STF — Japão). Em seguida, opinou pelo deferimento da pedido (fls. 72/74). Os pressupostos legais indispensáveis ao deferimento do pleito foram atendidos e, além disso, não há nos autos ofensa à soberania nacional e à ordem pública (Resolução/STJ nº 9/2005, Arts. 5º e 6º). Homologo, portanto, a sentença estrangeira."

[←802]

Confira-se Recl 1.908 (STF, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 16/10/2001). Ementa: "Títulos de crédito constituídos no exterior. Eficácia executiva que independe de homologação pelo supremo tribunal federal. Inaplicabilidade do art. 102, i, "h" da constituição. Inocorrência de usurpação da competência do STF. Descabimento da reclamação. Os títulos de crédito, constituídos em país estrangeiro, não dependem de homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados no Brasil (CPC, art. 585, § 2º). A eficácia executiva que lhes é inerente não se subordina ao juízo de delibação a que se refere o art. 102, I, "h", da Constituição, que incide, unicamente, sobre "sentenças estrangeiras", cuja noção conceitual não compreende, não abrange, nem se estende aos títulos de crédito, ainda que sacados ou constituídos no exterior. Doutrina. Precedentes. — Não estando em causa a possibilidade de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, torna-se inviável a utilização da reclamação, quando promovida contra decisão de Tribunal judiciário, que, por entender incabível a exigência da prévia homologação a que se refere o art. 102, I, "h", da Carta Política, declara revestir-se de plena eficácia executiva, em território nacional, título de crédito constituído em país estrangeiro."

[←803]

SEC 855 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 13/06/2005). Trecho: "Autos que revelam: a) tradução do mandado de execução, expedido pelo serventuário do Tribunal alemão, que corresponde à intimação para o pagamento de empréstimo bancário, com as especificações de praxe; b) documento deferindo a intimação para citar o requerido, no endereço apontado, formalizada por remessa via postal, "para fins de execução compulsória", tratando-se, portanto, de medidas preliminares, equivalente ao protesto no direito brasileiro. 3. Inexistência de prova de que o devedor tivesse se escusado de pagar a dívida ou de que a demanda correu a sua revelia, pois aos autos foram juntados, apenas, procedimentos iniciais, com vistas à propositura da ação competente. ...Inocorrência da existência de uma decisão condenatória contra o requerido, mas apenas atos preliminares para a propositura de um processo executório. Não havendo sentença, não há que se falar em atendimento aos requisitos exigidos pelo art. 217 do RISTF."

[←804]

SEC 884 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 13/04/2005). Trecho: "Consoante se depreende, cuida-se de pedido: a um, baseado em ato não judicial; a dois, atrelado, necessariamente, a inventário e partilha de bem situado no Brasil que, na esteira do disposto no art. 89, inc. II, do Código de Processo Civil, é de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Tal a razão, ante a manifesta inviabilidade da homologação."

[←805]

SE 1345 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 07/02/2006).

[←806]

SEC 5782 (STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 16/12/2015).

[←807]

SEC 11962 (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 25/11/2015). Veja-se, ainda, SE 14321 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 19/11/2015).

[←808]
SEC 4127 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 27/09/2012).

[←809]
SEC 11138 (STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 04/08/2015).

[←810]
SEC 1030 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 21/06/2005).

[←811]
SE 916 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ14/06/2005). Veja-se o trecho da fundamentação sobre o ponto em questão: Destaco que a regra referente à competência exclusiva da autoridade brasileira, com exclusão de qualquer outra, para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil, aplica-se quando não houver composição entre as partes ou quando, havendo acordo, restar qualquer dúvida quanto à sua consonância com a legislação pátria. Acompanho, portanto, o Parquet por identificar nos autos que a partilha do bem imóvel situado no Brasil foi objeto de acordo entre os Requerentes.

[←812]
SE 755 (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/04/2005). Veja-se trecho da decisão: "É certo que nela houve estipulação de bem sediado no Brasil, matéria de competência exclusiva do Juízo brasileiro (art. 89, II, CPC). Ocorre que, do exame dos autos, verifica-se que a sentença homologanda procurou preservar uma distribuição eqüitativa dos bens do casal, tendo sido respeitada a meação das partes e atendida, desta forma, as disposições da legislação brasileira. Assim, homologo a sentença estrangeira."

[←813]
EDcl na SEC 11616 (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14/12/2015).

[←814]
SEC 12116 (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 20/10/2015).

[←815]
Veja-se SE 2.114 (STF, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 23/05/1975. Ementa: "Alegada submissão tácita à jurisdição estrangeira por força de entendimentos extraprocessuais entre advogados, sem mandato do réu, para o fim de aguardar instrução do cliente domiciliado no Brasil. Revelia que não significa aceitação da jurisdição estrangeira, aceitação aferível pela lei do tribunal do "exequatur". Inexistência de submissão à jurisdição estrangeira também pela "lex fori". Citação irregular por via postal, com dispensa de rogatória. Sentença a que se nega homologação." Veja-se, ainda, SE 2.671 (STF, Rel. Min. Antonio Neder, DJ 02/05/1980. Outro caso interessante foi o do comparecimento e revelia posterior, tendo o STF entendido como válida a citação. SEC 5.157 (STF, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ 13/06/1997).

[←816]
SEC 861 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 01/08/2005). Ementa: "A citação de réu domiciliado no Brasil deve se processar por carta rogatória, imprestável a comunicação que, a esse propósito, lhe fez consulado de país estrangeiro. Homologação indeferida."

[←817]
SEC 841 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 29/08/2005). Ementa: "Não é de se homologar a sentença estrangeira se resulta dos autos que, para a lide movida nos Estados Unidos da América, visando obter a guarda dos filhos menores do casal, com ordem de busca e apreensão, a requerida, embora ré no processo, não foi previamente citada. Ademais, no caso, se há sentença do juiz no Brasil sobre o mesmo tema, não há como se dar prevalência a sentença norte-americana, sob pena de incorrer-se em ofensa à soberania nacional, o que contraria o art. 216 do R.I.S.T.F." (SEC 5526-STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 11.06.99). Pedido indeferido. Ver também SEC 833, SEC 879, SEC 295. Cf. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, Homologação de Sentença Estrangeira e seus Efeitos perante o STF, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 28. O autor, ao analisar a jurisprudência do STF em matéria de homologação de sentença estrangeira, lembra que "a ausência de citação válida e verificação da revelia são tópicos que assumem feição de direitos e garantias individuais, em nível internacional, em respeito ao due process of law; a regularidade do procedimento citatório é questão de ordem pública no direito processual civil brasileiro, e, particularmente, indispensável, em sede de homologação de sentença estrangeira."

[←818]
SEC 10885 (STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 24/06/2015).

[←819]
Vide, a respeito, SEC 10/DF (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 08/02/2011).

[←820]
MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Reconhecimento..." p. 553. Resolução n. 9, art. 5º., III, exige o trânsito em julgado.

[←821]
Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

[←822]

José Carlos Barbosa Moreira, ao explicar questão relativa à prova do direito estrangeiro, resume a posição doutrinária dos processualistas e internacionalistas sobre a matéria e conclui: "conforme se vê, os pareceres de juristas, notadamente de juristas do ambiente de que provém a regra (ou o conjunto de regras) aplicável, são generalizadamente aceitos como meio de prova idôneo em matéria de direito estrangeiro." Barbosa Moreira, José Carlos; "Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição — Competência Internacional da Justiça Brasileira — Prova do Direito Estrangeiro", in Revista Forense 343; Rio de Janeiro; Forense; 19 de janeiro de 1998; p. 284. Haroldo Valladão, Direito Internacional Privado — Introdução e Parte Geral, Rio de Janeiro — São Paulo, s/d., pp. 475-6 : "sendo o direito estrangeiro de aplicação ex officio, pode, certamente, usar o magistrado de todos os meios que achar conveniente para o conhecer, pessoais, judiciais, ou extrajudiciais, documental, pericial, testemunhal (salvo o simples juramento)". Recorda que, a partir de certa época, surgiram (e "perduram") "os certificats de coutume ou affidavit de conhecedores, do país ou do sistema jurídico cuja lei está em causa: assim, certificados de um padre, rabino ou mufti (leis religiosas), de juristas ou advogados, de cônsules ou agentes diplomáticos, dos Ministérios da Justiça ou do Exterior". E continua: "Modernamente, ficam completadas pelas obras jurídicas do país em questão ou de direito comparado, pelas cartas rogatórias e pelas informações e respostas de consultas judiciais, de institutos e associações consagradas ao direito estrangeiro". Cf. o papel da Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro, a qual estabelece em seu Art. 3º, e exemplificativamente, três formas de prestação da cooperação para essa atividade: "(a) a prova documental, consistente em cópias autenticadas de textos legais com indicação de sua vigência, ou precedentes judiciais; (b) a prova pericial, consistente em pareceres de advogados ou técnicos na matéria; (c) as informações do Estado requerido sobre o texto, vigência, sentido e alcance legal do seu direito acerca de aspectos determinados." A Convenção estabeleceu um mecanismo expedito para a prova e a informação do direito estrangeiro, segundo os meios de prova vigentes nos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-partes, aperfeiçoando o sistema previsto no Código Bustamante. O Protocolo de Las Leñas disciplina a matéria (Arts. 28 a 30), dando às autoridades centrais a incumbência de promover a cooperação recíproca entre os poderes judiciários dos Estados-partes, fornecendo informações sobre o sentido do alcance legal de seu direito.

[←823]

"Ementa: Competência — Direito Internacional Privado — Ação contra residente no Brasil perante a justiça de país diverso — Inexistência de atentado à soberania nacional — Aplicação dos artigos 318 a 322 do Código de Bustamante." No corpo do acórdão se lê: "Observou-se, algures, aplicar-se no Brasil o Código de Bustamante exclusivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão e acerto: os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes, mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei do país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem. O professor Clovis Bevilaqua, ao comentar o Código Civil, ensinou aplicar-se a lei pessoal do marido para determinar o regime de bens entre os cônjuges. Sobrevindo o Código de Bustamante, entendeu o mestre estar eliminada a exegese por ele proferida, no Art. 8º da Introdução ao Código, em virtude da regra geral do art. 187 do repositório de normas civis adotado em Havana. (...) É este, hoje, o direito internacional vigente no Brasil. Não opôs exceção alguma; não o restringiu aos súditos de países que participavam da Conferência de Havana." (SE 993, RT, vol. 136, p. 824)

[←824]

SE 922 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 15.12.2005). Veja-se o trecho relevante: "Concluo que não há o que dissentir das argumentações do Subprocurador da República, visto que a irrecorribilidade da decisão pode ser aferida pelo carimbo aposto na sentença, o qual certifica que ocorreu o arquivamento em 28/10/2002 (fl. 26)." Esta Corte proferiu acórdão seguindo o mesmo entendimento quanto à comprovação do trânsito em julgado em SEC 32/EX, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 17/10/2005. Veja-se, em 2015, SEC 12.255 (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 29/10/2015), no mesmo sentido, em que o grande lapso temporal decorrido da separação (25 anos) foi considerado como uma presunção da ocorrência do transito em julgado. Sobre a admissibilidade do carimbo FILED para a comprovação do transito em julgado quando proveniente dos Estados Unidos, veja-se SEC 11.366(STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Dje 05/10/2015).

[←825]

SEC 834 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 01/08/2005).

[←826]

SEC 1931 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14/08/2006).

[←827]

Não se pode impedir a homologação ao argumento de que tramita no Brasil ação idêntica. Veja-se pedido que foi denegado de sentença estrangeira que versava sobre guarda de menores, pois já havia decisão de juiz brasileiro sobre a matéria. Entendeu o STF que seria incorrer em ofensa contra a soberania nacional aceitar decisão sobre tema aqui já decidido (SEC 4.694/EU, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 18/03/1994.

[←828]

Veja-se ainda do STF, SEC 4.738, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/10/1995.

[←829]

SEC 8958 (STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/11/2015).

[←830]

SEC 4.738 (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/04/1995).

[←831]
SE 3.016 (STF, Rel. Min. Decio Miranda, DJ 17/12/1982).

[←832]
SE 970 (STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 14/06/2005), foi dispensada a chancela consular por conta da disposição da Convenção bilateral com a França.

[←833]
SEC 7173 (STJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/08/2013).

[←834]
SE 6.609 (STF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/12/2000).

[←835]
SEC 2.108 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 25/6/2009).

[←836]
RAMOS, Rui Manoel de Moura, O Direito Internacional Privado e a Constituição, 2ª. reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 239.

[←837]
Ainda um exemplo no qual aflorou a discussão da ordem pública: tratava-se da ausência de motivação em decisão proveniente dos Estados Unidos, proferida por um júri cível. O STF decidiu pela homologação, pois fora cumprida a legislação norte-americana, não ferindo esse sistema a ordem pública brasileira (SEC 4.415, STF, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 03/04/1998).

[←838]
SEC 843 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 28/05/2007).

[←839]
SE 2218 (STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01/02/2007).

[←840]
SEC 819 (STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14/08/2006).

[←841]
SEC 10411 (STJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 16/12/2014).

[←842]
SEC 5276 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 19/03/2010).

[←843]
SEC 3999 (STJ, Rel. Min. Joao Otávio de Noronha, DJ 01/08/2011).

[←844]
SEC 5828 (STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23/02/2001).

[←845]
SE 5206 (STF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 19/10/2004).

[←846]
SEC 802 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.09.2005).

[←847]
SEC 856 (STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 27/06/2005).

[←848]
Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.311/2002.

[←849]
SEC 966 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 03/10/2005).

[←850]
Vide, a esse respeito, a tabela anexa ao presente livro.

[←851]
SEC 967 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/03/2006).

[←852]
SEC 12236 (STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/12/2015).

[←853]
Para uma analise mais detalhada dos laudos que já foram objeto de homologação no STJ, confira-se ARAUJO, Nadia, "O STJ e a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros: balanço positivo de quatro anos de atuação", in RSDE, n. 3, 2008, p. 229.

[←854]
Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, Rio de Janeiro. Livraria Jacinto Editora, 1944, vol. II.

[←855]
Definição citada por ESPÍNOLA, Eduardo, A Família no Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Ed. Conquista, 1957, p. 1.

[←856]
Ainda há poucos estudos sobre as modificações do Código Civil. Para uma primeira aproximação do tema, veja-se PEREIRA, Tania da Silva, Família, Infância e Juventude, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, com a legislação comparada e uma introdução.

[←857]
TEPEDINO, Gustavo, "A disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares", in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 349.

[←858]
Arnaud, Jean-André, O Direito entre a Modernidade e a Globalização, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 90-91.

[←859]
JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne", Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 35. Enfatiza ainda o autor não serem os problemas de família os únicos a trazerem à tona o choque de culturas, que pode ocorrer também em outras áreas. Ainda sobre o tema do conflito de civilizações, veja-se o interessante curso da Haia a respeito, DEPREZ, Jean, "Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel", in Recueil des Cours, tomo 211, 1988, pp. 19-371, 1988, e, especialmente sobre casamento e relações de família, GAUDEMET-TALLON, Hélène, "La désunion du couple en droit internationale privé",in Recueil des Cours, tomo 226, pp. 13-279, 1991.

[←860]
Para João Grandino Rodas, "o elemento de conexão do direito brasileiro para a capacidade, tanto de fato como de direito, é a lei do domicílio, condicionada pela ordem pública brasileira." RODAS, João Grandino, Direito Internacional Privado Brasileiro, São Paulo, Editora dos Tribunais, 1993, p.17. No tempo do império, regulava o estatuto pessoal o direito português, sendo afinal substituído pelo Código Civil de 1916, que na introdução optou pelo sistema da nacionalidade, o que só foi modificado pela LINDB em 1942. O Código Civil de 2002 manteve o sistema da LINDB.

[←861]
Note-se que justamente no tema de família ainda há resquícios da regra da nacionalidade, quando a lei brasileira impõe a obrigatoriedade aos brasileiros de registrar no país o casamento realizado no exterior.

[←862]
Unilateral é a norma de DIPr que indica a lei aplicável segundo a perspectiva do ordenamento do foro. Por exemplo, é unilateral a norma do Art. 7°, § 1°, da LINDB, que prevê a aplicação da lei brasileira para os casamentos aqui realizados, em relação aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. As normas de DIPr bilaterais são neutras, isto é, levam em conta o assunto jurídico em causa e, a partir do elemento de conexão, indicam a lei aplicável de qualquer ordenamento. Assim é o caso do Art. 7°, §§ 3°e 4°, da LINDB, que indicam como aplicável a lei do domicílio do casal (ou a do primeiro domicílio conjugal) para reger a invalidade do matrimônio e o regime de bens, sem referirem-se à aplicabilidade da lei brasileira.

[←863]
Ficam excluídos os impedimentos impedientes, que não precisam seguir a lei brasileira para aquele que é domiciliado no exterior, pois o indivíduo não é regido pela lei brasileira, mas sim pela lei estrangeira do seu domicílio, conforme determina o caput do Art. 7° da LINDB. Veja-se os Arts. 1.521 a 1.523 do Código Civil.

[←864]
O sistema de DIPr estabelecido pela Introdução ao Código Civil de 1916 definia a questão da capacidade e direitos de família no Art. 8º, utilizando o critério da nacionalidade. Já os atos jurídicos sujeitavam-se à regra da locus regit actum quanto à sua forma extrínseca, no Art. 11, e quanto à sua substância e efeitos, no Art. 13. No tocante ao casamento, distinguia-se a lei aplicável à forma do ato (sua celebração) da lei aplicável ao fundo (capacidade e direitos pessoais e patrimoniais decorrentes do casamento). Para maiores informações do direito comparado e convencional a respeito da norma lex loci celebrationis, ver DOLINGER, Jacob, Direito Civil Internacional, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, p. 15 e seguintes.

[←865]
Convenção para regular os conflitos de leis em matéria de casamento, Haia, 1902. Para texto, ver DOLINGER, Jacob, e TIBÚRCIO, Carmen, Vade-mécum de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, p. 676.

[←866]
Art. 1.521: "Não podem casar: I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II. Os afins em linha reta; III. O adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV. Os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau, inclusive; V. O adotado com o filho do adotante; VI. As pessoas casadas; VII. O cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Art. 1522 — Os

impedimentos podem ser opostos até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz. Parágrafo único — Se o juiz, ou o oficial de registro, tiverem conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo."

[←867]

CASTRO, Amílcar de, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1956, 2º volume, p. 79.

[←868]

Uma última questão diz respeito ao alcance do parágrafo primeiro do Art. 7º, quer dizer, se a lei quis referir-se a todos os impedimentos dirimentes ou somente àqueles de caráter público, já que estes últimos estariam ligados à ordem pública e por esta razão seriam sempre de observância obrigatória, enquanto os segundos, ligados à capacidade, reger-se-iam pela lei domiciliar, na forma do caput do Art. 7º, o que levaria à aplicação da lei domiciliar do nubente e não da lei brasileira.

[←869]

Não há que se confundir esta hipótese com casos como o REsp 34.093/RJ, no qual o voto do Ministro Paulo da Costa Leite, apesar de aludir a existência de "ao tempo do casamento realizado no exterior havia impedimento dirimente absoluto, segundo a lei brasileira", tem como fundamento de seu voto, na verdade, a violação à ordem pública brasileira, pois, se registrado no Brasil, o casamento de desquitado realizado no exterior — cujo vínculo do casamento anterior ainda existia perante o direito brasileiro —, estar-se-ia admitindo a simultaneidade dos casamentos.

[←870]

O tema já foi objeto de polêmica entre os tratadistas do DIPr. De um lado, Haroldo Valladão sempre defendeu a imprescindibilidade da homologação sem qualquer exceção. De outro, Eduardo Espínola, Serpa Lopes e Oscar Tenório posicionam-se pela desnecessidade para as questões de mero estado. Dolinger, alinhando-se a essa segunda posição, prega a desnecessidade da homologação nesses casos, por entender que deve ser feita a distinção entre a sentença que produzirá efeitos imediatos no Brasil, daquelas que são apresentadas como mera prova de determinada situação já consolidada. DOLINGER, Jacob, Direito Civil..., p. 231. Veja-se, ainda, DANTAS, San Tiago, Direito de Família e Sucessões, 2a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, p. 317, em que já se posicionava pela necessidade da homologação, oferecendo interessante distinção: se é apenas para provar o estado civil da pessoa, não há necessidade, mas se precisar ter algum efeito no Brasil, é preciso homologá-la, pois cabe ao STJ analisá-la antes do juiz que cuidar da análise dos documentos de uma habilitação a um casamento.

[←871]

DOLINGER, Jacob, op.cit., pp. 231-233.

[←872]

Art. 483 do CPC: "A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único — A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Supremo Tribunal Federal."

[←873]

Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.036/2009.

[←874]

"Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LINDB. Norma legal derrogada pelo CPC (Art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de delibação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada." (STF, Petição avulsa n° 11. Para o texto na íntegra, ver em "http://www.stf.gov.br", na seção de pesquisa sobre decisões monocráticas).

[←875]

Art. 960, §6º do CPC.

[←876]

VALLADÃO, op. cit., vol. II, p. 68.

[←877]

MELLO, Celso D. de Albuquerque, Curso de Direito Internacional Público, 10a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, vol. II, p. 1103.

[←878]

Art. 204 do Código Civil de 1916: "O casamento celebrado fora do Brasil prova-se de acordo com a lei do país onde se celebrou. Parágrafo único: se porém se contraiu perante autoridade consular, provar-se-á por certidão do assento no registro do consulado." Essa sempre foi a praxe diplomática, como bem se vê de dois pareceres de Clóvis Beviláqua, quando consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. No primeiro, garantia-se, já em 1908, ser o reconhecimento do casamento consular a verdadeira doutrina, em projeto de nota a respeito à Legação de Portugal, aqui sediada. Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, organização Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Brasília, Senado Federal, 2000, vol. II, pp. 86-87. No segundo, em 1924, ao examinar a validade no Brasil de casamento realizado em legações ou consulados, afirma que o direito

brasileiro o admite "desde que se trate de estrangeiros da nacionalidade do representante diplomático ou consular, em cuja presença for celebrado o casamento". Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, p. 288, vol. II.

[←879]

Art. 1544 do Código Civil: "O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em 180 (cento e oitenta dias), a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir."

[←880]

No Código anterior não havia regra para o registro. O artigo 204 estabelecia apenas que a prova do casamento realizado no exterior seria feita de acordo com o direito do local de sua celebração.

[←881]

Art. 7º, § 2º da LINDB: "O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes". Veja-se, também, o Art. 5º, f, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em vigor no Brasil pelo Decreto nº 61.078/67, que dispõe sobre as funções do cônsul: "agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do estado receptor." Desta forma, cabe ao Brasil determinar os limites de competência dos cônsules estrangeiros em território nacional.

[←882]

Jacob Dolinger salienta que o casamento em violação a esse limite terá desrespeitado a soberania brasileira e, portanto, não terá validade. Não se trata simplesmente de casamento realizado por autoridade incompetente, cujo vício é sanável, mas sim de casamento nulo, cuja existência jamais será aceita. Dolinger cita, ainda, caso do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara que decidiu questão sobre a hipótese, declarando inexistente casamento realizado no Brasil, perante autoridade consular estrangeira, em que um dos nubentes era de nacionalidade diversa da do celebrante. DOLINGER, Jacob, Direito Civil..., p. 32.

[←883]

Ver Art. 129, § 6º da Lei dos Registros Públicos.

[←884]

RE 78.120 (STF, Rel. Min. Luiz Galloti, 1974)

[←885]

Veja decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 10.334, de 2003, disponível em www.tj.rj.gov.br. Ementa: "Retificação de registro civil. Regime de bens. Casamento realizado no estrangeiro. Comunhão total de bens. Certidão consular. Art. 32 da Lei 6.015/73. Validade. A certidão de casamento dos litigantes consta que o regime é o comum de bens, esclarecido no dia seguinte ao das núpcias como regime de comunhão de bens. Nesse diapasão, a certidão expedida pelo Consulado Geral da República Federativa do Brasil em Los Angeles e seu distrito, certifica que o regime de bens do casamento adotado na Califórnia, local onde se realizou o matrimônio, é o da comunhão total de bens. O casamento realizado na Califórnia teve sua certidão legalizada pelo consulado brasileiro, onde consta, expressamente, o regimento da comunhão total de bens, situação que configura ato jurídico perfeito. Assim, a transcrição do casamento, ato para efeito erga omnes, deve respeitar integralmente, o documento expedido pelo consulado brasileiro, onde, repita-se, consta, expressamente, que o regime de bens é o da comunhão total. A outro tanto, o Art. 32 da Lei 6.015/73, dispõe que assentos de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules. Não pode o Registro Civil desvirtuar-se do documento consular, e nem proceder retificação de documento expedido pelo EUA, fazendo inserir dado que não consta no documento estrangeiro. Verifica-se, dessa forma, que há casamento válido, como se prova pela certidão consular, com regime de bens especificado — comunhão total —, situação inadmissível de alteração em procedimento administrativo. Preliminar rejeitada. Provimento do recurso. Vencido o Des. Gilberto Rego."

[←886]

Art. 32, § 1º da Lei de Registros Públicos.

[←887]

Jacob Dolinger observa que o Art. 32 da LINDB destina-se também aos assentos de nascimento e óbito, tendo por finalidade garantir publicidade ao ato jurídico realizado no exterior, para que o interessado possa utilizar o documento trasladado com efeito probatório. Desta forma, reconhecendo-se a validade do casamento celebrado no exterior pelo registro aqui realizado dá ao ato eficácia jurídica no Brasil. DOLINGER, Jacob, Direito Civil..., p. 57.

[←888]

Previsão do Art. 18 da LINDB, que dispõe: "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 nascidos no país da sede do consulado."

[←889]

SEC 10.411 (STJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 16/12/2014).

[←890]

Veja-se, ainda, outros precedentes do STJ no mesmo sentido: REsp 280.197 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 05/08/2002) e REsp 1.087.281 (STJ, Rel. Min. Marcos Buzzi, DJe 06/02/2013).

[←891]

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela existência de um casamento realizado no religioso, na Polônia, em 1937, muito embora não houvesse certidão comprobatória, pois a Igreja fora destruída. A comprovação, no caso, se deu por outros meios "Ementa: Não se nega que a prova específica do casamento é a certidão. No entanto, celebrado o matrimônio no exterior e inexistindo documentação a respeito e desconhecidos os preceitos da lei estrangeira que regem a matéria, admite-se a comprovação do vínculo através de provas diretas ou presunção legal a fim de se reconhecer a obrigação do cônjuge varão de pagar alimentos à mulher." (AI 83.554-1, Rel. Des. Márcio Bonilha, j. 09/04/1987).

[←892]

Todavia, não se pode deixar de mencionar que houve um curto período em que a norma em questão, por força da adoção total do princípio domiciliar, também permitia que estrangeiros domiciliados no Brasil se casassem perante a autoridade consular brasileira no exterior. Ao voltar a exigir a nacionalidade brasileira para esses casamentos, o legislador ressalvou, no Art. 19 da LINDB, a validade de todos os atos notariais por cônsules brasileiros realizados entre 1942 e 1957, envolvendo estrangeiros domiciliados no Brasil, inclusive os casamentos.

[←893]

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou um caso em que se permitiu a retificação de assento de casamento realizado no Anexo da Embaixada do Brasil na África do Sul. O assento foi considerado como um ato notarial nacional e passível de modificações pelo Judiciário brasileiro. (TJSP, Apelação Cìvel 207.631-1, Rel. Des. Benini Cabral, j. 25/05/1994).

[←894]

SERPA LOPES, Miguel Maria, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1953, vol. I, p.181-182.

[←895]

Como na Europa a regra de conexão tradicional era baseada na nacionalidade do marido, a partirda inclusão da cláusula de igualdade em diversas Constituições, como a Portuguesa e Espanhola, essa regra deixou de ser aplicada, mediante um verdadeiro controle constitucional das regras de DIPr. Sobre esse tema, veja-se os estudos constantes do livro Mundialización y Familia, org. A.L. Calvo Caravaca e J.L.Iriarte Ángel, Madri, Ed. Colex, 2001.

[←896]

O Código Civil, em seu Art. 1.059, declara a igualdade dos cônjuges, verbis: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges."

[←897]

Lei nº 4.121/1962.

[←898]

Art. 72. "É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida."

[←899]

Art. 1.566. "São deveres de ambos os cônjuges: (...) II - vida em comum, no domicílio conjugal;"

[←900]

O tópico desperta interesse também em outros países. Sobre o tema, veja-se GAUDEMET-TALLON, Hélène, "La désunion du couple en droit international privé", in Recueil des Cours, Tomo 226, 1991.

[←901]

Jacob Dolinger alerta que a equiparação entre homem e mulher, promovida pela Constituição de 1988, sepultou qualquer regra de DIPr que desrespeite essa igualdade, tornando inconstitucionais vários artigos do Código Bustamante, como, por exemplo, o Art. 24, que retrata a mesma situação do Art.7º, parágrafo 7º, e ainda do Art. 43 do citado código.

[←902]

A exemplo do domicílio profissional previsto no Art. 72 do Código Civil, que coexiste com o domicílio geral do Art. 70 desse diploma, ainda caracterizado como o local da residência com ânimo definitivo.

[←903]

Art. 1.525, IV, do Código Civil.

[←904]

RE 86.787(STF, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJ04/05/1984). Ementa: "Casamento. Regime de bens. Interpretação do Art.7º, par. 4º, da LINDB: 1) nubentes que, sem impedimento para casar, contraem matrimônio no Uruguai, depois de preencher, pela lei uruguaia, os requisitos exigidos para a fixação de domicílio nesse país. Decisão onde se reconhece que o domicílio se estabeleceu no lugar do casamento também segundo a lei brasileira. Conclusão que assentou, neste ponto, no exame da prova, sendo, pois, irrevisível em sede de recurso extraordinário (súmula 279). Inexistência, pois, de ofensa ao Art.7º, par. 4º, da LINDB; 2) da interpretação razoável, por outro lado, a esse dispositivo legal, o aresto impugnado, quando sustenta que não importa ofensa ao aludido preceito da LINDB, no que toca ao regime de bens, casamento efetuado no estrangeiro, segundo a lei local, para que

incida determinado regime de bens, quando este e admitido, também, pela lei brasileira. No caso, o matrimônio efetuou-se no Uruguai, onde o regime comum e o da separação de bens, para que este fosse o regime do casamento, regime também admitido pelo nosso direito; 3) infração ao principio geral de direito segundo o qual não pode a parte "venire contra factum proprium". Recurso extraordinário não conhecido."

[←905]

Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.413/2000.

[←906]

Art. 1.647: "Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I — alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II — pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III — prestar fiança ou aval; IV — fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação."

[←907]

Sobre o tema, Dolinger comenta duas decisões dos tribunais nacionais, mostrando a existência de divergência quanto à qualificação da outorga uxória, seja como integrante da capacidade de contratar da pessoa casada, regida pela lei domiciliar, na forma do caput do Art.7º; seja como formalidade essencial para a realização do negócio jurídico envolvendo bens imóveis, este um requisito ligado à lex rei sitae. DOLINGER, Jacob, Direito Civil..., p. 128.

[←908]

Ementa: "Compra e Venda. Italiano domiciliado na Itália. Outorga uxória. Desnecessidade na espécie. Questão não regulada pelo art. 235, I do CC. Sujeição à legislação do domicílio do alienante. Para avaliar da necessidade ou não da outorga uxória à inteireza do negócio de compra e venda de bens de raiz, em que é alienante italiano residente na Itália, deve-se recorrer ao art. 7º caput da LINDB, onde se estatui que a lei do domicílio determina as regras da capacidade principalmente quando se cuide de limitações emergentes dos direitos ou relações de família. Não se pode invocar o art. 235, I do CC, se o vendedor é italiano, domiciliado na Itália, aplicando-se à espécie o Direito peninsular, no que diz respeito com sua capacidade ou sua legitimação." (Apelação Cível 270.254, TJSP, 23/06/1978, In RT 515/113).

[←909]

Ementa: "Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados, como dispõe o art. 8º da LINDB. Conseqüentemente, é nula a venda de bem imóvel, situado no Brasil, pelo marido sem o consentimento da mulher (art. 235, I do CC) ainda que se trate de casal estrangeiro". (Apelação Cível 906/84, TJPR, 1985, In Revista de Direito Imobiliário, n. 17-18, p. 128-129).

[←910]

Ap. c/ Rev. 590.655-00/0 (TJSP, Rel. Juiz Gama Pellegrini, J. 07/12/2000).

[←911]

Art. 9º, § 1º da LINDB.

[←912]

Apelação Cível 591.031.067 (TJRS, cópia com a autora).

[←913]

Apelação Cível 20010110594663APC, (TJDFT, DJ 18/02/2003).

[←914]

Veja-se GOMES, Orlando, Direito de Família, 4a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 58.

[←915]

Art.1.578: "O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: ..... II — manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida."

[←916]

WOLFF, Martin, Derecho Internacional Privado, Barcelona, Boescht Casa Editorial, 1958, p. 337.

[←917]

Apelação Cível 47.444-4 (TJSP, Rel. Des. Munhoz Soares, j. 06/08/1998)

[←918]

Apelação Cível 1116446-75.2014.8.26.0100 (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado) Ementa: "I. Casamento celebrado no exterior com posterior transcrição do assento no registro nacional. Pretensão de acréscimo do patronímico do cônjuge varão. Inadmissibilidade. II. Efeitos do ato regulamentados pela lei estrangeira. Incidência do princípio do locus regit actum. Alteração no traslado que viola o princípio da verdade registral. Inteligência do artigo 32, caput e §1º, da Lei de Registros Públicos. Precedentes desta Corte."

[←919]

SE 13.736 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/06/2015). "Trecho: Logo, a qualificação dada às partes no corpo da sentença

não gera efeitos de coisa julgada, pois não se trata de apreciação de pedido da parte autora. Em sequência, ressalto que é a lei do país em que domiciliada a pessoa que determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família, conforme estabelece o art. 7º da LINDB. Assim, nas hipóteses em que a sentença não tenha expressamente determinado o retorno do nome de solteiro do ex-cônjuge, mas a legislação do país onde foi proferida a sentença de divórcio o permita por meio de ato extrajudicial, cabe a requerente alterar seu nome no país onde é domiciliada, na forma da legislação local, e, apenas após tal alteração, pedir a homologação desse provimento não-judicial no Brasil, nos termos do art. 216-A, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, seja em cumulação de pedidos (sentença de divórcio e alteração de nome), seja em ação específica para tal desiderato. Destaco que a parte requerente retornou a usar, de forma regular, o seu nome de solteira na Alemanha, conforme comprovam os documentos de fls. 35/38."

[←920]

Lei nº 6.815/1980.

[←921]

Diferentemente da expulsão e da deportação, a extradição é um instituto de cooperação penal contra a impunidade. Portanto, não faria sentido deixar-se de cumprir um pedido da justiça estrangeira quando houvesse qualquer tipo de laço familiar. Já no que pertine à expulsão, por ser ato unilateral do Brasil, podem influir na decisão elementos relativos à proteção da família, nos moldes elencados no Estatuto dos Estrangeiros. A deportação, por não ser definitiva e permitir ao estrangeiro o reingresso no país, uma vez regularizada sua documentação, não importa em ameaça à união familiar.

[←922]

Roguin, apud ESPÍNOLA, Eduardo, op. cit., p. 376.

[←923]

ESPÍNOLA, Eduardo, op.cit., p. 377. Por exemplo, quando o patrimônio é utilizado em determinadas garantias, como a fiança.

[←924]

Art. 7, § 4º: "O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal."

[←925]

SERPA LOPES, Comentários..., p. 115.

[←926]

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional...,vol. II, p. 93.

[←927]

DOLINGER, Jacob, Direito Civil..., p. 170 e seguintes.

[←928]

RE 86.787 (STF, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 20/10/1978)

[←929]

Agravo de Instrumento 87.722-4 (TJSP, Rel. Des. Ernani de Paiva, j. 03/09/1998)

[←930]

Agravo de instrumento 1987.002.1157 (TJRJ, Rel. Des. Pecegueiro do Amaral, j. 23/02/1988). No mesmo sentido, veja-se também Apelação Cível 10906/99 (TJRJ, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 02/12/1999). O Projeto de Lei nº 4.905/95, elaborado para substituir a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, e que acabou por não ser convertido em lei, optava por reger sempre o regime de bens pela lei do primeiro domicílio conjugal.

[←931]

Art.9º: "O regime de bens obedece à lei do primeiro domicílio conjugal, ressalvada a aplicação da lei brasileira para os bens situados no Brasil que tenham sido adquiridos após a transferência do primeiro domicílio conjugal". Para íntegra do texto, consultar DOLINGER, Jacob, e TIBÚRCIO, Carmen, Direito Internacional Privado, Vade-mécum, Edição Universitária, 2a. ed. revista e atualizada, Ed. Renovar, 2002.

[←932]

Art. 7º, §5º: "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."

[←933]

RE 19686 (STF, Rel. Mi, Luiz Gallotti, DJ 23/04/1954).

[←934]

RE 74934 (STF, DJ 12/09/1977).

[←935]

Assim é a redação do Art. 1.639, § 2º: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido

motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros."

[←936]

Como no Brasil não se utiliza o reenvio, a imutabilidade do regime pela lei aplicável ao mesmo não surtirá efeitos aqui, para fins de impedir os cônjuges de usar a faculdade prevista no Art. 1.639, parágrafo 2º do Código Civil.

[←937]

"A lei do país em que tiverem os nubentes domicílio conjugal determina o regime de bens. Não precisava o §4º do artigo 7º o domicílio conjugal. Seria o domicílio conjugal originário? Seria o atual domicílio dos cônjuges? Tudo parecia indicar que o legislador queria referir-se ao primeiro domicílio conjugal, ao que os cônjuges escolheram de comum acordo. A prevalecer o critério do domicílio conjugal, seria ferido de morte o preceito da imutabilidade do regime de bens no casamento. (...) O domicílio dos nubentes é aquele do momento da celebração, não produzindo efeitos, em relação ao regime matrimonial de bens, domicílio anterior nem domicílio posterior. A interpretação se apoia principalmente no direito interno brasileiro, que proclama a imutabilidade do regime matrimonial e, ainda, nos princípios de direito internacional privado." (TENORIO, Oscar. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p.275-276;279)

[←938]

"A questão do regime de bens, no domínio do conflito interespacial, sempre foi fértil em dificuldades. (...) Como primeiro postulado, estabelece o domicílio dos nubentes e não o domicílio conjugal. O domicílio dos nubentes é o que os cônjuges houverem tido até o momento do casamento, podendo coincidir, mas não podendo ser o domicílio conjugal. Somente no caso de divergirem os domicílios é então que se deverá recorrer ao domicílio conjugal." (SERPA LOPES, Miguel Maria. Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1944, p. 228-230)

[←939]

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que em matéria de dúvida suscitada no momento da transcrição do casamento, realizado no estrangeiro, a declaração pessoal poderia suprir a omissão sobre o regime de bens adotado, em alusão ao Art. 7º, § 5º, da LINDB. A decisão respeitou as peculiaridades da lei estrangeira sem pretender adaptá-la ao sistema brasileiro. (AC 162367, Relator Weiss de Andrade, julgamento em 22/10/1993).

[←940]

SILVA PEREIRA, Caio Mário, Instituições de Direito Civil..., vol. v, p. 122.

[←941]

No Código Civil "Art. 261 — As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de transcritas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 256)." E ainda: "Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento". E "Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges."

[←942]

Nesse sentido, ver Oscar Tenório, ao esclarecer que os elementos extrínsecos dos pactos antenupciais dependiam da lei do lugar da celebração, e os elementos intrínsecos, da lei do domicílio comum dos nubentes ou do primeiro domicílio conjugal. TENÓRIO, Oscar, Lei de Introdução ..., p. 276.

[←943]

SERPA LOPES, M.M. Lei de Introdução..., p. 119.

[←944]

O pacto não se diferencia dos demais documentos estrangeiros, e portanto é necessário proceder-se à sua legalização e tradução pública juramentada, e posterior registro em Registro de Títulos e Documentos, em atendimento ao requisito da publicidade do ato.

[←945]

Veja-se o que diz a Lei de Registros Públicos: "Art. 167 — No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: ... II — a averbação: 1) das convenções antenupciais e do regime de bens diverso do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento."

[←946]

O Código Civil possui quatro modalidades de regime de bens: a comunhão parcial, que é o regime legal, a comunhão universal, antigo regime legal até 1977, a separação de bens e o de participação final de aquestos.

[←947]

VALLADÃO, Haroldo, op. cit., vol. II, p. 82.

[←948]

REsp 123.633 (STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 30/03/2009).

[←949]

JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne" in Recueil des cours, Volume 251

(1995), p 147.

[←950]

Art. 190: "A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional."

[←951]

RMS 5831 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 22/04/1997).

[←952]

Trecho da ementa, RMS 5831 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 22/04/1997).

[←953]

Art. 1.829. "A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I — aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II — aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III — ao cônjuge sobrevivente; IV — aos colaterais."; Art. 1.831. "Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar."; Art. 1.832. "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer."; Art.1.837. "Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau."

[←954]

Sobre a determinação da qualidade de herdeiro, segundo o Art. 10, §. 2º da LINDB, veja-se REsp 61434 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 09/03/1998).

[←955]

SE 2085 (STF,Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 10/11/1972). Para mais comentários sobre este acórdão, veja-se DOLINGER, Jacob, Direito Civil..., p. 80 e seguintes."

[←956]

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional...., vol. II, p. 133.

[←957]

Não cuidaremos do divórcio anterior a 1977, quando vigia a antiga Introdução ao Código Civil, com o critério da nacionalidade. Para um estudo aprofundado desse tema, veja DOLINGER, Jacob, O Direito Civil..., capítulos 5 e seguintes.

[←958]

PETA 11 (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/10/1997).

[←959]

Lei nº 6,515/1977.

[←960]

Art. 10: "A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. § 1º 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."

[←961]

Art. 5º. Inciso XXXI: "A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus."

[←962]

Para o texto das Constituições anteriores, ver CAMPANHOLE, Constituições do Brasil, 7a. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984. Aliás, é importante notar que a família, como entidade constitucionalmente protegida e em capítulo próprio, integrou a Constituição pela primeira vez na de 1934, na qual também o princípio aludido aparece no Art. 134, e, a partir de então, está em todas as constituições seguintes. Na Constituição de 1937, veja-se o Art. 152; na Constituição de 1946, veja-se Art. 165; na de 1967/69, veja-se Art. 150, § 33.

[←963]

Op. cit., p. 356.

[←964]

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas", in 1988/1998 — Uma década de Constituição, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p.105.

[←965]

O tema da sucessão, no Código Civil de 2002, foi modificado em vários pontos. O Art. 1.787 regula o direito intertemporal e dispõe que a sucessão será regulada pela lei vigente ao tempo de sua abertura. O Art. 1.790 regula a participação da companheira na sucessão. O Art. 1.793 acrescenta a possibilidade da cessão dos direitos sucessórios e suas condições, e o Art. 1.797 cuida da administração da herança. O Art. 1.799 acrescenta novos atores à sucessão testamentária, incluindo neste rol as pessoas jurídicas. Além de outras mudanças relativas ao novo papel da esposa e da companheira, que perpassam todo o capítulo, temos a novidade do Art. 1.799, III, que permite ser chamado à sucessão uma pessoa jurídica, trazendo ao direito brasileiro a instituição do trust, que antes era desconhecida de nossa legislação.

[←966]

No Brasil, desde o Código Civil de 1916, pode-se testar sobre a metade do patrimônio (Art. 1.576 e Art. 1.721), já que a parte restante deverá compor a da sucessão necessária, quando houver herdeiros com essa qualidade. Não havendo, em determinada situação, herdeiros necessários, a liberdade de testar abrange a totalidade do patrimônio do indivíduo. O Código Civil de 2002 manteve a regra, conforme previsto no Art. 1.789. A única diferença é a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário (Art. 1.845).

[←967]

Se o indivíduo não expressar sua vontade por testamento, a sucessão seguirá as regras determinadas pela lei.

[←968]

Art. 10 da LINDB.

[←969]

Nesse sentido, o STJ tem uma decisão que bem ilustra a questão. Veja-se AG 678749 (STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJ 03.06.2005).

[←970]

Com a redação da Lei nº 9.047/1995, que modificou o parágrafo 1º do Art. 10 da LINDB: "Art. 10: A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. § 1º A sucessão de bens de estrangeiro 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.§ 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder."

[←971]

No direito interno, ordem pública é o conjunto de princípios, tidos como fundamentais e integrantes do sistema jurídico, que não podem ser derrogados. A doutrina estrangeira faz uma distinção entre regras imperativas e ordem pública. As primeiras são normas que impõem ao particular um comportamento determinado, não obstante qualquer manifestação contrária de sua vontade, e cujo desrespeito será objeto de sanção. Definição do Glossaire de Droit International Privé, op. cit., p. 236. Segundo DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 329 "A Ordem Pública no DIPr impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina." Não é passível de definição, pois reflete a filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, aferindo-se pela mentalidade e pela sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época (p. 330). Apurada

quando necessário para aplicação ao caso concreto, tem por característca ser relativa, instável e contemporânea, cabendo sempre ao juiz decidir o que seja contrário ou não a esse conjunto de princípios. Ver, ainda, do mesmo autor, A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979.

[←972]

BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 45.

[←973]

Promulgado pelo Decreto-Lei nº. 18.871/1929. Para texto integral, ver DOLINGER e TIBÚRCIO, Vade-mécum de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 2002, pp. 166-214.

[←974]

A esse respeito, confira-se recente julgado: "Destarte, inquestionável que a transferência integral da meação do falecido sobre o imóvel em questão à viúva se apresenta mais benéfica do que se aplicada a lei brasileira, que exige a aferição da não invasão da legítima dos filhos, que, por não serem brasileiros nem residirem no país, não se encontram protegidos pela lei brasileira, na condição de herdeiros necessários. Por certo constituiria formalismo exagerado e sem utilidade exigir que a viúva meeira trouxesse para homologação eventual sentença estrangeira para exercer seu direito ao legado que lhe foi deixado, bem como a abertura de inventário para receber apenas 1/22 avos do imóvel descrito na inicial, pelo quanto deixado pelo marido falecido, já que pelos elementos dos autos é possível conhecer da sua pretensão e prestar-lhe a devida jurisdição, sem prejuízo a quem quer que seja, inclusive ao fisco, já que para tanto basta que recolha o imposto causa mortis correspondente." (Apelação Cível n.º 0002337-26.2013.8.26.0577, TJSP, Rel. Min. Alvaro Passos, j. 11/03/2014).

[←975]

Veja-se RE 99.230-8 : Ementa: "De cujus" estrangeiro — Imóveis situados no Uruguai e no Brasil — Inventário no Uruguai — Computação na cota hereditária a ser partilhada no Brasil — Inadmissibilidade — Aplicação do art. 89, II do CPC."Esse posicionamento foi referendado pelo STJ, no julgamento do RESP. 397.769, já citado neste. Na hipótese, pedia-se a expedição de carta rogatória para obter informações sobre eventuais depósitos existentes na Suíça, e que deveriam integrar o patrimônio do de cujus. O STJ decidiu que o pedido era inviável, pois o ordenamento pátrio posicionou-se na questão em prol do princípio da pluralidade de juízos sucessórios. Por isso, o juízo sucessório brasileiro não poderia cuidar de bens sitos no exterior.

[←976]

Veja-se a ementa: "Inventário. Herança de estrangeiro. Bens imóveis situados no Brasil e em Portugal. É indeclinável a jurisdição brasileira para inventariar os primeiros, mas devem ser inventariados no foro da situação os bens de Portugal." (Apelação Cível 23.317, TJRJ, j. 28/04/1983.

[←977]

Veja-se RESP1362400, (STJ, Relator Marco Aurelio Bellizze, DJ 28-04-2015.

[←978]

Veja-se o trecho da decisão: Todavia, em se tratando de bem imóvel situado no estrangeiro, circunstância que se relaciona diretamente com a própria soberania do Estado, difícil, senão impossível, cogitar a hipótese de este mesmo Estado (no caso, a Alemanha) dispor que a sucessão deste bem, nele situado, fosse regulada pela lei de outro país (no caso, do Brasil). No ordenamento jurídico nacional (artigo 8º, caput, da LINDB, em conjunto com o art. 89 do CPC - abrangendo disposição idêntica à contida no § 2º do art. 12 da LINDB), tal hipótese seria inadmissível.

[←979]

O direito francês possui uma fórmula que leva em consideração o número de filhos. Art. 913 — Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testaments, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou plus grand nombre; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels, hormis le cas de l'article 915. A parcela reservada monta a 50% se o de cujus possui um filho; a 2/3, se houver dois filhos; e a , se forem 2/3 ou mais. Se não houver filhos, a parte reservada é de 50% aos ascendentes. No entanto, se os ascendentes foram apenas de uma das linhas de parentesco direto (materna ou paterna) a parte reservada cai a 25%. Art. 914 — Les libéralitès, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusiers ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne. No direito italiano, a sucessão causa mortis possui inúmeras regras para os direitos reservados aos titulares da legítima, segundo estabelece o Código Civil em seus Arts. 536 a 549. Os herdeiros titulares da legítima são os filhos legítimos, os ascendentes legítimos, os filhos naturais e o cônjuge. Segue um resumo das regras principais: filhos legítimos (ou a seus descendentes, segundo o princípio da representação): se um filho, metade do patrimônio e se dois ou mais, dois terços do patrimônio, divididos em partes iguais; ao cônjuge e aos filhos: um cônjuge, este tem usufruto sobre um terço, e o filho, um terço do patrimônio e a nua propriedade da parcela atribuída ao cônjuge; quando se tratar de um cônjuge e mais de um filho, estes ficam com a metade, e o cônjuge sobrevivente com o usufruto de um quarto; aos ascendentes: reservado um terço do patrimônio; ao cônjuge e ascendentes; fica reservado ao cônjuge o usufruto de metade do patrimônio e aos ascendentes, um quarto. Ver o texto da lei italiana in BLASE, Antonietta di, e Andrea GIARDINA, Diritto Internazionale Privato e Processuale — Materiali Didattici, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, e apêndice de 1995, com a lei n. 218/95.

[←980]

A lei italiana de DIPr reflete as modificações mais recentes do direito de família e sucessões, em que a autonomia da vontade está invadindo novos campos, ampliando sua atuação do campo contratual para o campo dos direitos de família. Veja-se a respeito JAYME, Erik, "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 162, no qual o autor explica que essa é a nova tendência do DIPr, na qual o de cujus teria a opção de determinar a lei aplicável à sua sucessão, com a evidente limitação dos interesses de terceiros protegidos, como os dos filhos. Assim, essa autonomia seria restrita por certos direitos indisponíveis

[←981]

REsp 61.434 (STJ, Min. César Asfor Rocha, por maioria, DJ 08/09/1997).

[←982]

Veja-se, a respeito, SE 5937 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 01/02/2016) e SE 12,147 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 02/06/2015).

[←983]

Ver sobre o assunto, Apelação Cível n.º 0636692-62.2008.8.26.0100 (TJSP, Rel. Min. Christiane Santini, j. 18.06.2013).

[←984]

Ver sobre o assunto, Ag. Inst. 18.882/66, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RJ, Ap. Cível 49.839/67, na mesma revista e RE 68.157, in RTJ 61, pp. 99104.

[←985]

Esta é a regra do Art. 1.645, II, do Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002, no Art. 1.879, permite a hipótese de, em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o juiz, a seu critério, confirmar testamento particular do próprio punho, assinado pelo testador, sem testemunhas, introduzindo-se, assim, de forma limitada, o testamento ológrafo no direito brasileiro.

[←986]

Por seu turno, o Código Civil francês dispõe que podem ser feitos três tipos de testamento: os ológrafos ou particulares, os feitos por ato público ou os cerrados (Código Civil, Art.969). O testamento ológrafo necessita, para sua validade, ser redigido, datado e assinado, em sua totalidade, pelo próprio punho do testador, sendo estes somente os requisitos de forma exigidos. O testamento público,como no Brasil, é feito perante um tabelião. O testamento cerrado, por sua vez, é uma variação que combina elementos do testamento particular e do testamento público. O envelope cerrado é entregue ao tabelião, na presença de testemunhas. Respeita-se a lei do lugar em que foi feito o testamento, para as condições de sua validade, mas a capacidade do testador é determinada pela lei de sua nacionalidade (que em caso de dupla nacionalidade será decidida em favor daquela que a França considerar como efetiva). Para a execução dos testamentos ológrafos ou particulares é necessário o seu depósito em um tabelião, que procederá às formalidades da lei para o seu cumprimento. Em caso recente, a jurisprudência francesa se manifestou a respeito de testamento realizado em Nova York, e entendeu que suas condições de validade eram determinadas pela lei do local de sua realização. Code Civile, op. cit., p. 21.

[←987]

O Código Civil italiano permite o testamento ológrafo, nos mesmos moldes da lei francesa já citada, ou seja, desde que escrito de próprio punho, datado e assinado. Também são conhecidos e permitidos os testamentos públicos e os cerrados. Di BLASE, Antonietta e Andrea GIARDINA, Diritto Internazionale Privato e Processuale, Milano, Dott. Giuffrè Ed., 1994, pp. 211/212.

[←988]

SE 12568 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 02/06/2015).

[←989]

DUNCAN, William. International Child Protection. Judges' Newsletter, 2009. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/vol14_7-14.pdf.

[←990]

Ver CAHALI, Youssef, Alimentos, 4a. ed., São Paulo, RT, 2002.

[←991]

Sobre o tema, no plano internacional, veja-se MARTINY, Dieter, "Maintenance obligations in the conflicts of Law", Recueil de Cours, vol. 247, 1994, P. 143.

[←992]

Promulgada por meio do Decreto nº 56.826/1965.

[←993]

Promulgada por meio do Decreto nº 2.428/1997.

[←994]

VERWILGHEN, Michael, "Les Obligations Alimentaires en Droit Conventionnel", in Obligations Alimentaires en droit international Privé, Ed. CNRS, vol. 2, Paris, 1987, p. 187 passim 191.

[←995]

São elas : a Convenção de 1956 sobre lei aplicável às obrigações alimentares em face das crianças e a Convenção de 1958 sobre o

reconhecimento e execulçao de decisões relacionadas a obrigações alimentares em face de crianças.

[←996]

Código de Bustamante: "Art. 67 — Sujeitar-se-ão à lei pessoal do alimentado o conceito legal dos alimentos, a ordem de sua prestação, a maneira de os subministrar e a extensão desse direito"; "Art. 68 — São de ordem pública internacional as disposições que estabelecem o dever de prestar alimentos, seu montante, redução e aumento, a oportunidade em que são devidos e a forma do seu pagamento, assim como as que proíbem renunciar e ceder esse direito."

[←997]

Promulgada por meio do Decreto nº 2,428/1989.

[←998]

Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10/1958, e promulgada pelo Decreto Executivo nº 56.826/1965.

[←999]

A lista de países signatários pode ser acessada em wwwtreaties.un.org.

[←1000]

Art. 10: "As Partes Contratantes cuja lei imponha restrições à transferência de fundos para o estrangeiro, concederão a máxima prioridade à transferência de fundos destinados ao pagamento de alimentos ou à cobertura das despesas ocasionadas por qualquer procedimento judicial previsto na presente Convenção."

[←1001]

Há poucos trabalhos sobre a Convenção no Brasil e nenhum sobre o trabalho desenvolvido pela PGR. No Departamento de Direito da PUC-Rio, o tema foi objeto de algumas monografias de final de curso. Entre elas, destaco a de MENÁRIO, Priscilla Souza e Silva, Prestação de Alimentos no plano internacional — Convenção de Nova York e a atuação da PGR como autoridade central, monografia defendida e aprovada em 2005.2. A Autora fez um estágio no MPF e levantou dados importantes sobre a atuação da PGR.

[←1002]

A SCJI é integrada por uma comissão de apoio, formada por procuradores Regionais da República e procuradores da República que auxiliam o Secretário de Cooperação Jurídica Internacional no exercício de suas funções. Tanto o Secretário da SCI, como os membros da comissão de apoio são designados, sem prejuízo de suas atribuições normais, pelo PGR. Para maiores informações, acesse o website www. http://sci.pgr.mpf.mp.br/institucional/apresentacao.

[←1003]

Várias decisões foram homologadas pelo STF ao longo dos anos. Vide, dentre outras, SE 4321 (STJ, Rel. Min, DJ), SE 3294 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 25,05,2009), SE 3726 (STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 04/08/2008).

[←1004]

Veja-se, entre outros pedidos, a SE 7480 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 04/06/2008), e SE 7479 (STJ,, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 28/05/2012). Veja-se, ainda, a SEC 11.430 (STJ, Rel. Min. Napolão Nunes Maia Filho, DJ 19/12/2014), em que o pedido foi feito pelo MPF, cuja legitimidade foi afirmada pelo STJ.

[←1005]

Em 2014, a SCJI lançou uma cartilha explicativa sobre a Convenção, descrevendo seus objetivos e funcionamento. A cartilha está disponível na íntegra no site da PGR http://sci.pgr.mpf.mp.br/como-fazer-uma-pedido-de-cooperacao/manuais-de-atuacao-1/cartilha-cny/cartilha-convencao-de-nova-iorque-cny

[←1006]

CC 20175 (STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07/12/1998. Mais recentemente, no mesmo sentido, CC 128416 (STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 05/09/2014).

[←1007]

Apelação Cível 226696 (TFR da 3ª Região, DJU, 10/10/2000). "Ementa: Alimentos. Matéria apreciada com fulcro na Convenção sobre obtenção de alimentos no estrangeiro e Decreto no. 56.826/65. Relação de parentesco comprovada. Necessidade e possibilidades demonstradas. Obrigação devida. Apelação desprovida. 1- Aplica-se, in casu, a Convenção sobre Obtenção de Alimentos no Estrangeiro, subscrita era Nova Iorque, em 20 de Junho de 1956, internalizada em nosso Ordenamento Jurídico pelo Decreto no 56.826, de 02 de setembro de 1965. 2- De acordo com a legislação vigente os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir. 3- Ausente prova da não necessidade das alimentandas e da não possibilidade do alimentante impõe-se a procedência do pedido. 4- Apelação desprovida."

[←1008]

Vide, para maiores informações, o website http://www.cji-dgaj.mj.pt/Paginas/Alimentos.aspx.

[←1009]

Informações referentes ao ano de 2013, obtidas diretamente na SCJI, mimeo com a autora.

[←1010]

Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 2428/97.

[←1011]
Estados ratificantes: Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 2.428/1997.

[←1012]
Art. 4º. "Toda pessoa tem direito a receber alimentos sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, religião, filiação, origem, situação migratória ou qualquer outro tipo de discriminação."

[←1013]
Art. 10. "Os alimentos devem ser proporcionais tanto à necessidade do alimentário, como à capacidade financeira do alimentante."

[←1014]
FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecília, Curso de Derecho Internacional Pri- vado, Parte Especial, tomo II, Montevidéu, Fundação de Cultura Universitária, 2003, p.125.

[←1015]
Alínea 'a' do Art. 8º.

[←1016]
Alínea 'b' do Art. 8º.

[←1017]
Alínea 'c' do Art. 8º.

[←1018]
Art. 13. "A verificação dos requisitos acima indicados caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança e execução que estiverem em vigor."

[←1019]
DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado. A criança no Direito Internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.359.

[←1020]
Para maiores informações sobre a situação de alimentos no plano internacional nos países do Mercosul, cf. ARROYO, Diego Fernandez, (organizador), Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 831 e seguintes.

[←1021]
TRF 1ª. Região, Ap. Cível, n. 601.926, decisão de 09/04/2003.

[←1022]
TRF 3ª. Região, Ap. Cível 91030310574, decisão de 05/09/1995.

[←1023]
Dos casos pesquisados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cuidou da matéria diversas vezes. Em um deles, considerou-se incompetente pois a autora não era domiciliada no Brasil. Ementa: "Domicílio no estrangeiro. Competência. Residindo a autora em outro país é incompetente a justiça brasileira para a ação de alimentos." (Agravo de Instrumento 70007434988, TJRS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, ..22/12/2003). Em outro, cf. "Ementa: Ação de alimentos. Réu brasileiro. Residente em Quarai. Autora Uruguaia, residente em Artigas. Competência da Justiça brasileira, quer pela regra interna, quer pela internacional (Art.88 do CPC). Procedência da ação". (Apelação Cível 500422852, TJRS, Rel. Des. Galeno Vellinho de Lacerda, j. 07/10/1982).

[←1024]
Veja-se decisão do TJ MG, na Ap. Cível n. 294400, DJ. 2.03.2004. Ementa: "Alimentos, Ação em trâmite no Brasil. Anterior divórcio decretado por sentença estrangeira. Ausência de homologação pelo STF. Ineficácia da sentença alienígena. Pedido de sobrestamento do feito. Inoportunidade. Inteligência dos artigos 483 e 90 do CPC. 1. Se o divórcio foi decretado por tribunal estrangeiro, o respectivo "decisum" só terá eficácia no Brasil depois de sua homologação pelo STF, a teor do art. 483 do Estatuto Instrumentário Civil. 2. Assim, em trâmite, no Brasil, ação de alimentos, e ainda não homologada pelo STF a sentença estrangeira decretatória do divórcio a envolver as mesmas partes, nada impede que a ação de alimentos continue a tramitar, só devendo o Juiz da referida ação (alimentos) considerar a existência da decisão estrangeira após ocorrer sua homologação."

[←1025]
Veja-se alguns exemplos. "Ementa: Citação inicial. Réu domiciliado em Nova Iorque, Estados Unidos da América. Tratando-se de país que recusa o cumprimento de cartas rogatórias, incide o parágrafo 1º. Do artigo. 232, devendo-se proceder à citação por edital. Como medida cautelar, determina-se a concomitante expedição da comunicação a que alude o parágrafo 2º. Do Art. 5º. Da Lei 5478-68. Réu empregado em empresa brasileira que matem filial em Nova Iorque. Inviabilidade de proceder-se a citação por carta, através da empregadora. Primeiro, porque esta a tanto não está obrigada por lei, segundo porque se trata de forma de citação não prevista em lei. Agravo parcialmente provido". (Agravo de Instrumento 583007380, TJRS, REl. Des. Túlio Medina

Martins, j. 19/04/1983). Em duas ações, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, discutiu-se a questão da citação. AG 2001.002.15871 (TJRJ, 18ª Câmara Cível, j. 19/02/2002). Ementa: "Alimentos. Réu domiciliado no exterior, citado e intimado através de cartas rogatórias. É injustificável a extinção do processo, sob o fundamento de que a autora não lhe deu andamento quando nenhuma providência lhe cabia tomar. O processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Art. 262 do CPC. Sentença cassada. Apelo parcialmente provido."

AG 05769 (TJRJ, j.25/09/1998). Ementa: "Ação de alimentos. Citação do réu residente no exterior. Indeferimento do requerimento para a realização do ato citatório via postal, impondo a rogatória. Aplicação da regra do Art. 222 do CPC. As disposições do Art. 5º. Parágrafo 2º. E 8º da lei de alimentos remetem ao Art. 201 do mesmo diploma, pelo qual se impõe a carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira. Decisão mantida. Recurso desprovido."

Em outro, também do TJRJ, ação rescisória 171, julgada em 30/04/2002, veja-se a ementa: "Ação rescisória. Ré domiciliada no exterior, com endereço certo. Citação editalícia. Nulidade alegada pela Curadoria especial. Irrelevância do vício diante do disposto no art. 249, § 2º do CPC. Alegação de violação a literal disposição da lei. Decisão que acolhe o pedido de modificação de cláusula inserida no acordo do divórcio renunciando aos alimentos, condenando o autor a prestá-los ao ex-cônjuge virago, diante da mudança de suas condições econômicas. Interpretação do referido dispositivo, após o contraditório e a ampla defesa, exercidos no processo, para considerá-lo como simples desistência. Inexistência de afronta ao dispositivo legal invocado pelo autor ou ao direito consolidado. Inocorrência do disposto no inciso V, do art. 485 do CPC. Alegação de erro de julgamento incomprovado. Prova da necessidade da alimentada e da capacidade do alimentante. Fatos amplamente discutidos na ação onde foi proferida a decisão que se quer rescindir, tendo sido objeto de análise pelo julgador de primeiro grau. Hipótese do inciso IX, do art. 485, do CPC, não caracterizada. A questão relativa às necessidades da alimentada e à capacidade do alimentante pode ser revista, a qualquer tempo, caso tenha se modificado a situação econômica que influenciou o acordo de vontades ou a decisão judicial específica. Ação rescisória julgada improcedente."

[←1026]

TJRJ, Ap. Cível 8948, j. 6/11/2001. Ementa: "Ação de alimentos. Ônus da prova. Se o alimentante reside no exterior, sendo empregado de pessoal jurídica sediada no exterior, a quem o juiz não pode compelir a que informe qual a remuneração do obrigado a prestar alimentos, inverte-se o ônus da prova, cumprindo ao alimentante demonstrar quanto recebe de seu empregador. Conteúdo e alcance do Art.333 do CPC. Agravo não provido."

[←1027]

TJRJ, Mandado de Segurança 62, j. 27/02/1996. Ementa: "Execução de Alimentos. Descabe a decretação de prisão civil se os alimentados estão no exterior longe de seu domicílio, demonstrando desnecessidade da ajuda paterna Tendo o alimentante constituído nova família a prisão só viria prejudicar terceiros que necessitam dos alimentos."

[←1028]

Ementa: "Alimentos. Ação dirigida contra a avó paterna. Pai que mora no exterior. Cabimento. Demonstrado o parentesco entre as partes litigantes, é possível compelir a avó paterna a pagar alimentos à neta, considerando a potência financeira da obrigada, bem como o fato de que o pai da menina está no exterior e não lhe alcança nenhum tipo de ajuda. Apelo improvido."(Apelação Cível 70002622553, TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 31/10/2001). Em outro caso, também do TJRS: Ementa. "Ação de alimentos ajuizada contra os avós paternos. Fixação de alimentos provisórios. Apresentando a prova de fortes indícios da capacidade financeira dos avós e residindo o pai no exterior, sem alcançar alimentos, estão presentes os pressupostos para a antecipação da tutela. Agravo improvido." (Agravo de Instrumento 596118497, TJRS, Rel. Des. Paulo Heerdt, j. 02/10/1996)."

Em sentido contrário, veja decisão do TJMG, DJ de 29/08/2003. Ementa: "Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos proposta contra os avós paternos, não esgotadas todas as possibilidades de citação do réu, residente no exterior. Indeferimento. Se não forem esgotadas todas as possibilidades legais de citação do suposto pai, não há como citar os supostos avós paternos para participarem do pólo passivo da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos."

[←1029]

Convenção sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentícias com Relação aos Filhos e Convenção Concernente ao Reconhecimento e Execução de Decisões Relativas às Obrigações Alimentícias. Para maiores informações a respeito dos Estados signatários, recomenda-se o acesso a www.hcch.net.

[←1030]

Promulgada por meio do Decreto nº 99.710/1990.

[←1031]

"Art. 2º.1. Os Estados partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão a sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares."

[←1032]

Para obter informações e os documentos de trabalho da Comissão especial, veja www.hcch.net.

[←1033]

"Vers un nouvel instrument mondial sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille", relatório de Willian Duncan, doc. prél. n. 3, abril de 2003, disponível em www.hcch.net, acessado em abril do corrente.

[←1034]

A autora participou, como delegada do Brasil, nas reuniões de 2004, 2005, 2006 e 2007. Também fez parte da delegação da Conferência Diplomática, quando foi escolhida como Vice-Presidente do Comitê II, que cuidou das discussões sobre o Protocolo Adicional sobre a lei aplicável.

[←1035]

O Grupo de Trabalho que redigiu a minuta do Protocolo foi dirigido pelo Professor Andrea Bonomi, da Suíça, e contou, entre outros, com a participação do Brasil. Favoreceu a elaboração de alguns artigos para o corpo do documento final e um protocolo com as principais normas. O Professor Bonomi foi eleito relator para o Relatório e Presidente do Comitê n. II na Conferência Diplomática, de novembro de 2007.

[←1036]

Grupo de Estudos sobre a Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e sobre o Protocolo sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentares", criado mediante a Portaria nº 16, de 15 de junho de 2009, da Secretaria Nacional de Justiça, publicada no Diário Oficial da União – Seção 2, no dia 17 de junho de 2009, página 31.. O escopo do trabalho do GT constava da Portaria:"entregará como produto relatório que contenha propostas de declarações, nos termos do que dispõem ambos os tratados, bem assim as possíveis reservas à Convenção, a serem formuladas no processo de assinatura e ratificação dos instrumentos pelo Brasil." Participaram do GT: Cláudia Lima Marques – Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Giselda Hironaka – Professora da Universidade de São Paulo (USP); Gustavo Ferraz de Campos Mônaco – Professor da Universidade de São Paulo (USP); Nádia de Araujo – Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO); Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva – Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF); e Rolf Madaleno – Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e representante do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

[←1037]

Veja-se o material em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support, acessado em 10 de fevereiro de 2016.Para quaisquer esclarecimentos acerca da convenção, recomenda-se a análise do seu Explanatory Report, bem como o mesmo documento do Protocolo, que relata em detalhe o iter legislativo de cada artigo dos citados documentos.

[←1038]

BEAUMONT, Paul and McELEAVY, Peter, The hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1999, p.2.

[←1039]

Cf. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, A proteção da criança no cenário internacional, Belo Horizonte, Del Rey, 2005. Nesse trabalho, o autor inclui o labor das organizações internacionais em matéria de direito privado no seu estudo, desde que tenham a proteção da criança como foco. Cf., ainda, VAN LOON, Hans, "The increasing significance of International co-operation for the Unification of Private International Law", in Forty years on, p. 105, descreve a importância das questões relatives aos direitos humanos como um fator determinante na modificação da legislação interna de diversos países, como por exemplo a Alemanha, que procedeu à inúmeras modificações para acabar com diversas regras discriminatórias ainda existentes no DIPr.

[←1040]

Cf. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, A proteção da criança no cenário internacional, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p.125.

[←1041]

Convenção da ONU sobre os direitos da criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990.

[←1042]

Art.10. 1. "Em conformidade com a obrigação dos Estados—partes sob o Art.9º, parágrafo 1º, os pedidos de uma criança ou de seus pais para entrar ou sair de um Estado-parte, no propósito de reunificação familiar, serão considerados pelos Estados-partes de modo positivo, humanitário e rápido. Os Estados-partes assegurarão ademais que a apresentação de tal pedido não acarrete quaisquer conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. 2. A criança cujos pais residam em diferentes Estados-partes terá o direito de manter regularmente, salvo em circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contatos diretos com ambos os pais. Para este fim e de acordo com a obrigação dos Estados-partes sob o Art.9º, parágrafo 2º, os Estados-partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de deixarem qualquer país, incluindo o próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país só poderá ser objeto de restrições previstas em lei e que forem necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública (ordre public), a saúde ou moral públicas ou os direitos e liberdades de outrem, e forem consistentes com os demais direitos reconhecidos na presente Convenção." Art.11. 1. "Os Estados-partes tomarão medidas para combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas no exterior. 2. Para esse fim, os Estados-partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes."
Art. 27.4. "Os Estados-partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado-parte quer no exterior. Nesse

sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir "em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados-partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas".

[←1043]

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís, e CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. 5ª. ed., Granada, 2004, vol. II. A maior incidência do problema ocorre em decorrência dos casamentos mistos, cada vez mais numerosos.

[←1044]

BEAUMONT, Paul, "The Contribution of Alexander (Sandy) Anton to the Development of Private International Law", mimeo com a autora.

[←1045]

Cf. Art. 7º da LINDB.

[←1046]

Veja-se a discussão do tema no capítulo de cooperação jurídica internacional. Havia pouca literatura sobre o tema na década passada, destacando-se a tese de Mestrado do UNICEUB, Brasília, orientada pelo Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, MESSERE, Fernando L. de L., "O Brasil e a Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças", defendida em 2005, disponível na Internet, mimeo com a autora. No Departamento de Direito da PUC-Rio, veja-se pesquisa PIBIC, relatório final de SHEPS, Ana Paula, "Aspectos civis do seqüestro internacional de menores e restituição de menores no direito internacional privado brasileiro, — Análise comparativa das Convenções da Haia e Interamericana", apresentada em 2004, e inúmeras monografias de final de curso a respeito (veja, a respeito, a tese de doutorado de MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças; orientadora: Nadia de Araujo, Tese (doutorado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2011). O quadro tem se modificado. Veja-se, atualmente, TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme (org.) Sequestro Internacional de Crianças – comentários à Convenção da Haia de 1980, Rio de Janeiro: Atlas, 2014; e MARTINS, Natalia Camba. Subtração Internacional de Crianças: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - Interpretação judicial da adaptação da criança. Curitiba: Editora CRV, 2013.

[←1047]

Promulgada pelo Decreto n° 3.413/2000. O Decreto nº 3.951/2001 designou como Autoridade Central no âmbito desta convenção a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

[←1048]

Promulgada por meio do Decreto nº 1.212/1994.

[←1049]

Para um completo estudo da Convenção, veja-se BEAUMONT, Paul e McEleavy, Peter, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, Oxford, 1999. No Brasil, são poucos os estudos que cuidam do tema. Cf. DOLINGER, Jacob, A Criança, capítulo IV.

[←1050]

BEAUMONT, Paul, op. Cit., p. 20.

[←1051]

CALVO CARAVACA, Alfonso e CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, "Globalizacion, secuestro internacional de menores y convênios de Luxemburgo (1980) e y la Haia (1980), in El Derecho de Família ante al siglo XXI: Aspectos internacionales, Madrid, Coolex, 2004, p. 166.

[←1052]

McLEAVY, Peter, "The new child abduction regime in the European Union: Symbiotic relationship or forced partnership?" in Journal of Private International Law, Oxford, Hart, vol. I, no. 1, 2005, p. 5 e seguintes. BEAUMONT, Paul e McEleavy, Peter, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, Oxford, 1999; BEAUMONT, Paul. "Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty". Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 340. The Hague: Martinus Nijhoff, 2010, 480 pp.; e SILBERMAN, Linda J. "Cooperative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions" Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Volume 323. The Hague: Martinus Nijhoff, 2006, p. 261-477..

[←1053]

Art. 21 da Convenção.

[←1054]

Art. 20. "O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Art.12° poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."

[←1055]

Art. 227, da CF: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Soma-se ao preceito, as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069, de 13.07.1990) e a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto n° 99.710/90. De acordo com esses diplomas legais, a criança é sujeito de direito, e não pode mais ser tratada como objeto passivo.

[←1056]

No Brasil, a Autoridade Central é exercida pela Secretaria de Direitos Humanos, mas as ações judiciais são propostas pela Advocacia Geral da União, através do Departamento Internacional.

[←1057]

A SDH é parte integrante do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos.

[←1058]

O sistema de Autoridades Centrais não é exclusivo, facultando-se às partes interessadas deduzirem seus pedidos diretamente, sem a intermediação de tais autoridades, conforme estabelece o Art. 29. Confira-se: "A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção."

[←1059]

Art. 11: "As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança. Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente."

[←1060]

No Brasil, às partes que não têm condições de contratar advogado, sem prejuízo de sua sobrevivência, faculta-se o recurso à Defensoria Pública, organizada em nível estadual e federal, como uma carreira de Estado e presente em todas as instâncias judiciais.

[←1061]

O requisito de que a tradução dos atos estrangeiros a serem reconhecidos seja feita por tradução juramentada consta norma específica do Regimento Interno do STJ e da LINDB. Constitui ônus da Autoridade Central de cada Estado Contratante garantir o pleno cumprimento da Convenção, o que inclui sua responsabilidade pelas despesas resultantes de sua aplicação, pela isenção de custas e honorários advocatícios, com exceção das despesas específicas ocasionadas pelo retorno da criança (Art. 26 da Convenção).

[←1062]

Art.12. "Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Art. 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança."

[←1063]

Art.13. "Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha ao retorno provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança."

[←1064]

Veja-se os dados em http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/dados-estatisticos.

[←1065]

CC 100345 (STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 18/03/2009).

[←1066]

Súmula 150 do STJ: "Compete a justiça federal decidir sobre a existencia de interesse juridico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas publicas."

[←1067]

CC 132100 (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 14/04/2015).

[←1068]

A decisão cita ainda os demais precedentes do STJ na matéria. No CC 133.010 (STJ, Rel. Min. Marcos Buzzi, DJe 26/06/2015), a decisão foi no mesmo sentido, sobrestando-se a ação na vara estadual até o resultado final da açao de retorno. Se o retorno for decretado, a ação estadual deverá ser julgada como prejudicada, todavia, se o retorno foi indeferido, as demais questões acerca da guarda serão determinadas pelo juízo estadual. No CC 123094 (STJ, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 14/02/2014) e CC 118351 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/09/2011), prevaleceu a competência do juiz federal. Há ainda vários conflitos de competência acerca da convenção que foram julgados monocraticamente.

[←1069]

Rcl 3863 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01/02/2010).

[←1070]

Veja-se, a respeito, MARTINS, Natalia Camba. Subtração Internacional de Crianças: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - Interpretação judicial da adaptação da criança. Curitiba: Editora CRV, 2013.

[←1071]

REsp 1214408 (STJ, Rel. Min. Sergio Kukina, DJe 05/08/2015).

[←1072]

REsp 1315342 (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 04/12/2012).

[←1073]

Promulgada pelo Decreto nº 1212/1994. Sobre a Convenção, cf. COSTA, José Augusto Fontoura, "Breve análise da Convenção Interamericana para restituição internacional de menores", in Integração Jurídica Interamericana, org. Nadia de Araújo e Paulo Borba Casella, São Paulo, LTr, 1998, p. 537 e seguintes.

[←1074]

Art. 34: "Esta Convenção vigorará para os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, partes nesta Convenção e no Convênio de Haia, de 25 de outubro de 1980, sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de menores. Entretanto, os Estados Partes poderão convir entre si, de forma bilateral, na aplicação prioritária do Convenio há Haia de 25 de outubro de 1980."

[←1075]

Sobre o tema, veja-se o capítulo de cooperação jurídica internacional.

[←1076]

Art. 15 da Convenção Interamericana.

[←1077]

NYGH, Peter, Autonomy in International Contracts, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 13.

[←1078]

A doutrina francesa tem dedicado inúmeras obras ao tema, desde o início do século. Cf, as teses de JACQUET, Jean-Michel, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, Economica, 1983; POMMIER, Jean-Christophe, Principe d'autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel, Paris, Economica, 1992; KASSIS, Antoine, Le nouveau Droit Européen des Contrats Internationaux, Paris, LGDJ, 1993.

[←1079]

Aprovados em 19/03/2015. Para maiores informações, acessar o sítio eletrônico da Conferência da Haia de Direito Internacional privado em www.hcch.net.

[←1080]

Uma seção especial sobre o tema está disponível no sítio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em www.hcch.net. Além da versão em inglês e francês, já consta tradução para as línguas oficiais da ONU, em espanhol, russo, árabe e chinês. O Paraguai foi o primeiro país a implementar os princípios. Por seu turno, a UNCITRAL endossou os princípios na sua 48ª Sessão realizada em Viena, em 8 de julho de 2015, o que contribuirá para o aumento de sua publicidade entre os operadores do comércio internacional. Para maiores informações a respeito, veja-se a lista bibliográfica publicada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. No Brasil, veja-se: ARAUJO, Nadia de; GAMA JR, Lauro. "A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros princípios da Haia e perspectivas para o Brasil", in Revista de Arbitragem e Mediacão, Vol. 34, 2012, p. 11-41.

[←1081]

Arts. 1º e 2º da Lei n.º 9.307/1996, conforme alterada pela Lei n.º 13.129/2015: "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão

valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. §2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.; Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade."

[←1082]

Internalizada pelo Decreto nº 8.327/2014. A autonomia da vontade é consagrada no Art. 6º.

[←1083]

A esse respeito, veja-se, por todos, DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro: Renovar, Rio de Janeiro, 2007, e GAMA JR., Lauro. "Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais no Direito Internacional Privado Brasileiro - uma leitura constitucional do artigo 9 da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável". In TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo - Estudos em Homenagem ao Prof. Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 599-626.

[←1084]

Decreto-Lei n.º 4.657/1942, conforme alterado de tempos em tempos.

[←1085]

A decisão judicial determinou que uma escolha expressa de lei aplicável a um contrato deveria ser obedecida se o contrato fosse celebrado de boa-fé e não se mostrasse contra a ordem pública. Como consequência, foi uma decisão pioneira no DIPr e privilegiou a autonomia da vontade das partes na seleção da lei aplicável.

[←1086]

80/934/CEE - Convenção de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

[←1087]

Art. 3º: "1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato. 2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente regulamento. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11, nem prejudica os direitos de terceiros. 3. Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derrogáveis por acordo. 4. Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derrogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro. 5. A existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável são determinadas nos termos dos artigos 10, 11 e 13."

[←1088]

Art. 4º: "Na falta de escolha nos termos do artigo 3º e sem prejuízo dos artigos 5º a 8º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo: a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual; b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual; c) O contrato que tem por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa; d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país; e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual; f) O contrato de distribuição é regulado pela lei do país em que o distribuidor tem a sua residência habitual; g) O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização; h) Um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na acepção do ponto 17) do nº 1 do artigo 4º da Directiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei. 2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo nº 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do nº 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual. 3. Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos nº 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país. 4. Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do nº 1 nem do nº 2, o

contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita."

[←1089]

Para maiores informações, ARAUJO, Nadia de., Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira, 5ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011, p. 49.

[←1090]

RUHL, Giesela, "Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective". Berkeley Journal of International Law. 801, 2006, p. 29.

[←1091]

Arts. 6(1) e 6(2) do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu: "1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 5º e 7º, os contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional («o consumidor»), com outra pessoa que aja no quadro das suas actividades comerciais ou profissionais («o profissional»), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional: a) Exerça as suas actividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou b) Por qualquer meio, dirija essas actividades para este ou vários países, incluindo aquele país, e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas actividades. 2. Sem prejuízo do n. 1, as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do n. 1, nos termos do artigo 3º. Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições não derrogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no n. 1."

[←1092]

Como resultado dessa CIDIP, foram finalizadas duas convenções: a Convenção Interamericana sobre restituição internacional de menores e a Convenção Internacional sobre direito aplicável aos contratos internacionais, ambas assinadas pelo Brasil na cerimônia final da Conferência. No entanto, somente a primeira foi adotada pelo Brasil, por meio do Decreto n.º 1.212/94, tendo sido designado o Ministério da Justiça como autoridade central.

[←1093]

Art. 7º: "O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável."

[←1094]

Art. 9º: "Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a titulo excepcional, a lei desse outro Estado."

[←1095]

ALBORNOZ, María Mercedes, "Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems". Journal of Private International Law, Vol. 6, No. 1, April 2010, pp. 23-58. Vide, ainda, RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. Derecho aplicable y arbitrage internacional. Bogotá: CEPED, 2013.

[←1096]

Art. 9º da LINDB.

[←1097]

Ao invés de escolher um determinado sistema jurídico, as partes elegem determinadas regras que não fazem parte de nenhum sistema específico, cujo exemplo mais utilizado são os Princípios do UNIDROIT para os contratos comerciais internacionais. Os Princípios do UNIDROIT são um corpo jurídico que se adequa melhor ao comércio internacional do que normas nacionais. GAMA JR, Lauro. "Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades". Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

[←1098]

Lauro Gama Jr., integrante do Grupo de Trabalho que cuidou do tema ao longo das negociações dos Princípios da Haia na Conferência da Haia, reconheceu que embora estudos empíricos sugerissem que a possibilidade de escolher essas regras é uma realidade na arbitragem, essa opção é pouco usada. Em sua opinião, os advogados na área do comércio internacional, que tem como norte evitar situações de risco para seus clientes, tem preferência por indicar sistemas jurídicos conhecidos. No entanto, isso não deveria ser um fator a desencorajar a adoção dessa opção pelas partes, pois na medida em que a lex mercatoria se tornar mais acessível, se poderá saber se cairá ou não na preferencia das partes. (SAUMIER, Geneviève; GAMA JR, Lauro. "Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts" In ARROYO, Diego P. Fernández; PERALTA, Juan José Obando (eds), El derecho internacional privado en los procesos de integración regional. San José: Editorial

Juridica Continental, 2011, pp.64-65)

[←1099]

DOLINGER, Jacob, Direito Internacional..., p. 37.

[←1100]

Em nível internacional, é de se ressaltar especialmente o papel desempenhado por dois organismos internacionais: a Conferência de Direito Internacional da Haia e o Instituto para a Unificação do Direito Privado — UNIDROIT, ambas objeto de análise no Capítulo I desse livro.

[←1101]

Os estudos sobre o tema estão disponíveis no sítio eletrônico da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em https://www.hcch.net/en/home.

[←1102]

Veja-se, a respeito, SAUMIER, Geneviève; GAMA JR, Lauro. "Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts" In ARROYO, Diego P. Fernández; PERALTA, Juan José Obando (eds), El derecho internacional privado en los procesos de integración regional. San José: Editorial Juridica Continental, 2011, p. 41-44. Nota-se que a América Latina está tomando a dianteira, pois consta da recém publicada lei do Paraguai

[←1103]

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. "Análise Econômica dos Contratos", In TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 167-168. Para uma análise no exterior, veja-se RUHL, Giesela, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency". CLPE Research Paper No. 4/2007; In GOTTSCHALK, Eckhart; MICHAELS, Ralf; RUHL, Giesela; VON HEIN, Jan (eds.) Conflicts of Law in a Globalized World, Cambridge: University Press, 2007.

[←1104]

Para um estudo que se alinha essas questões, veja-se EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. "The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts" In New York University Law and Economics Working Papers. Paper 124, 2008. Disponível em http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/124.

[←1105]

RUHL, Giesela, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency". CLPE Research Paper No. 4/2007; In GOTTSCHALK, Eckhart; MICHAELS, Ralf; RUHL, Giesela; VON HEIN, Jan (eds.) Conflicts of Law in a Globalized World, Cambridge: University Press, 2007, p. 32.

[←1106]

Cf. ALFONSIN, Quintin, Teoria del Derecho International Privado, Montevidéu, Ed. Idea, 1992, p. 69.

[←1107]

VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional..., vol. II, p.83.

[←1108]

SANTOS, Antonio Marques, Direito Internacional Privado, Lisboa, 2001, vol. I, p.112.

[←1109]

Neste sentido, muitos países da América Latina optaram ou pela adoção do clássico critério do local da celebração, ou pelo do local da execução. O Brasil, por exemplo, optou pelo critério do local da celebração (Art. 9º, caput, da LINDB). Argentina, Uruguai e Paraguai, por sua vez, adotaram o critério do local da execução (o que causa falta de uniformidade entre os países integrantes do Mercosul). Alguns países que reformaram suas normas de DIPr já demonstraram tendência à adoção do critério da autonomia da vontade, como é o caso da Venezuela.

[←1110]

Art. 4º: "Os contratos comerciais ajustados em país estrangeiro mas exeqüíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial no Brasil."; Art. 5º: "Presumem-se contraídas conforme a legislação do Brasil as dívidas entre brasileiro em país estrangeiro."

[←1111]

Entendendo ter havido supressão da autonomia com a modificação sofrida pelo antigo Art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916 pelo Art. 9º da LINDB, veja-se Oscar Tenório, e Serpa Lopes, já citados. Em posição contrária, confira-se Haroldo Valladão, que entende que a ausência de referência do Art. 9º não significou sua eliminação. VALLADÃO, op. cit., p. 186.

[←1112]

RODAS, João Grandino, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, 3ª ed., RT, SP, pp. 43-61.

[←1113]

A regra está em consonância com o Art. 435 do Código Civil, que considera celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. Diante do que dispõe o Art. 9º, § 2º, afigura-se perfeitamente legítimo estabelecer de forma expressa qual das partes é o proponente. Além disso, uma prática utilizada por diversos advogados é a de comprovar a condição de proponente da parte através da verificação de qual delas assinou em primeiro lugar (cuidando-se também de quando se promoveu a consularização do documento).

[←1114]

Art. 431: "A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta."

[←1115]

O conceito de domicílio no direito brasileiro é composto de dois elementos: um material, a residência, e o outro anímico, a vontade de residir com caráter permanente. É possível, portanto, que a pessoa tenha inúmeras residências, conforme se infere do Art. 71 do Código Civil. Para uma análise de domícilio, veja LEWICKI, Bruno, "O Domicílio no Código Civil de 2002", in A parte geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002.

[←1116]

SERPA LOPES, Comentários à LICC ..., vol. II, p. 234, esclarece que cabe à jurisprudência interpretar em harmonia com as peculiaridades do caso a determinação da residência, como elemento de conexão, quando houver mais de uma envolvida.

[←1117]

SERPA LOPES, Comentários à LICC..., vol. II, p. 230.

[←1118]

RODAS, João Grandino, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, p. 53.

[←1119]

RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais, in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, pp. 33-43.

[←1120]

Ver JUENGER, F., "A Page of History", in Mercer Law Review, 1984, vol. I, pp. 419-460, onde esclarece que já havia uma cláusula de lei aplicável no casamento de El Cid, citado por Miaja de la Muela, em sua obra de Direito Internacional Privado. Para maiores informações sobre Dumoulin, ver LOUSSOUARN, Y. e BOUREL, P., Droit International Privé, 10a. ed., Paris, Dalloz, 1980, p. 89 e seguintes. Ver também MAYER, Pierre, Droit International Privé, 2a. ed., Paris, Ed. Montchrestien, 1983, p. 51 e seguintes. BATTIFOL, Aspects Philosophiques du Droit International Privé, Paris, Dalloz, 1956, p. 64, considera que Rochus Curtius, glossador italiano do século XV, já haveria proferido uma explicação da solução da lei do local da celebração, entendida no sentido literal da regra locus regit actum, adotada na época. Curtius explicava a regra pela ideia de que as partes, contratando em determinado lugar, se submetiam voluntariamente à lei daquele lugar. Já NIBOYET, em Recueil, vol. 16, p. 8, assinala que não há notícia da existência da autonomia antes de Dumoulin.

[←1121]

Na época de Dumoulin, o direito francês ainda não fora codificado nacionalmente e havia expressivas diferenças entre a lei parisiense sobre regime de bens e a lei da província na qual os noivos eram domiciliados.

[←1122]

Ver ALFONSIN, Quintin, Teoria del Derecho Privado Internacional, Montevidéu, Ed. Idea, 1982, p. 73, quando descreve, sucintamente, a posição de Dumoulin com relação ao conflito de leis. Dumoulin distinguia os estatutos entre: 1) estatutos cuja vigência independia da vontade das partes (estatutos imperativos), subdivididos em aqueles referentes às pessoas e às coisas, e aqueles referentes à forma dos atos e dos juízos; e 2) os estatutos cuja vigência dependia da vontade das partes (estatutos supletivos) e os que se referiam ao fundo dos atos. Ver, também, VALLADÃO, op. cit., vol. I, pp. 111-11.

[←1123]

KAHN-FREUND, O. , "General Problems of Private International Law, Recueil des cours, Volume 143 (1974-III) , pp. 139-474.

[←1124]

Tratava-se de um litígio concernente a uma carga pertencente à American Trading Co., que fora transportada para um porto francês por um navio da Quebec Steamship. Como a mercadoria, que consistia em farinha de trigo, chegara avariada, a American Trading Co. acionou a Quebec Steamship e o capitão do navio, solidariamente, para ressarcir-se do prejuízo que lhe fora causado pela avaria. Como defesa, a Quebec Steamship alegou a existência de uma cláusula de irresponsabilidade, inserida na charte-partie, ao que aAmerican retrucou que o contrato estava submetido à lei de Nova York, e que a lei deste estado tinha tal claúsula como nula. A tese da American foi acolhida na primeira instância e rejeitada na segunda instância, chegando, assim, à Corte de Cassação. Ali, a American argumentou que a cláusula de exoneração da responsabilidade da Quebec Steamship não era válida, pois contrariava a regra lex loci contractus, ou seja, a do lugar onde o contrato fora celebrado e à qual as partes expressamente faziam menção. Para texto integral, ver ANCEL, Bertrand e LEQUETTE, Yves, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, Ed. Sirey, 1987, pp. 66-73.

[←1125]

Art. 13: "Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas. Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos exeqüíveis no Brasil; II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV — Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro."

[←1126]
BEVILAQUA, Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, p. 358.

[←1127]
BEVILAQUA, op. cit., p. 359.

[←1128]
Para maiores detalhes sobre a jurisprudência brasileira, veja-se ARAUJO, Nadia, Contratos Internacionais, 4ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp.123 e seguintes.

[←1129]
ESPÍNOLA, Eduardo, Elementos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos ed., 1925, pp. 655-57.

[←1130]
MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa, O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921.

[←1131]
PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Internacional Privado, tomo I, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Ed., 1935.

[←1132]
TENÓRIO, Oscar, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsai, 1955.

[←1133]
LOPES, Miguel Maria de Serpa, Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944. vol. II.

[←1134]
Id., ib., p. 315.

[←1135]
Id., ib., p.317.

[←1136]
O reenvio é um mecanismo que conduz à aplicação das regras de conflito do sistema jurídico estrangeiro, por designação da regra de conflito do foro. Para maiores informações sobre o instituto, veja-se DOLINGER, Jacob, Direito Internacional... p. 329 e seguintes. A LINDB proíbe o reenvio, como se vê no Art.16: "Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a dispoisção desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei".

[←1137]
FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, "A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais, in Contratos Internacionais", 3a. ed., coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 2002, p. 77 e seguintes.

[←1138]
DINIZ, Maria Helena, Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 246 e seguintes.

[←1139]
RODAS, João Grandino, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, p. 59.

[←1140]
RODAS, João Grandino, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, p. 63.

[←1141]
REsp 861.248/RJ (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 19/03/2007).

[←1142]
"Determinação do direito aplicável. `Art.7: O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.'"

[←1143]
"In Brazil's current national source legal rules there is no regulation allowing party autonomy. There was one, in the 1916 Civil Code's Introductory Law: Article 13. This provision expressly authorized choice of law. It provided that the law of the place

where the contract was perfected was applicable, unless otherwise stipulated. However, Brazilian courts' case law before 1942, when a new Introductory Law was enacted, was reluctant to permit party autonomy. From 1942 onwards, the law applicable to contractual obligations is determined by Article 9 of the Introductory Law, which adopts the lex loci celebrationis criterion and envisages no exception based on party autonomy. Such silence shall be construed as a rejection of this world-wide accepted principle. Taking into account the precedent of the legislator having chosen to eliminate the freedom of choice, one can understand the absence of general pro autonomy case law in Brazil." (ALBORNOZ, María Mercedes, Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. Journal of Private International Law, Vol. 6, No. 1, April 2010, pp. 42)

[←1144]

Promulgada por meio do Decreto nº 8.327/2014.

[←1145]

BASEDOW, Jürgen. "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG." International Review of Law and Economics, v. 25, 2005, pp. 487-500.

[←1146]

Para um exemplo dessa atuação, a Convenção da Haia sobre a cláusula de escolha de foro, de 2005, conforme se pode ver em ARAUJO, Nadia de.; GAMA JR., Lauro; VARGAS, Daniela Trejos. "Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil". Revista de Arbitragem e Mediação, v. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 147-160.

[←1147]

Importante esclarecer que os Princípios da Haia não contêm uma regra para auxiliar a determinação da lei aplicável na ausência de escolha.

[←1148]

Nesse sentido, veja-se MICHAELS, Ralf. "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz (Kai Purnhagen & Peter Rott eds.), 2014, na qual o autor faz um histórico da adoção dos princípios e alerta para as dificuldades do processo de internalização de convenções oriundas da Conferência da Haia. Com efeito, há uma tendência nas instâncias legislativas internacionais de maior utilização de soft law, que são regras sem caráter obrigatório tanto nos Estados quanto nas Partes, e cuja utilização depende de uma opção dos Estados em adotar uma nova legislação e em arbitragens internacionais, quando as partes assim determinarem no contrato ou no compromisso arbitral. Nos comentários sobre os Princípios, a Conferência da Haia explica que seu proposito é encorajar os Estados a adota-los quando houver reforma nas suas regras de DIPr, da forma mais apropriada com o seu direito interno.

[←1149]

Os Princípios da Haia não se destinam à aplicação direta pelos tribunais estatais, mas apenas por força da escolha das próprias partes ou dos árbitros. Como instrumento de soft law, os Princípios não se prestam, como uma convenção ou tratado, à adesão formal pelos Estados nacionais. A fortiori, isto significa que os tribunais estatais estarão desobrigados de aplicá-los como lei doméstica (i.e. como sistema de conflitos interno). Na verdade, em razão de seu caráter não vinculante, a Conferência de Haia está ciente de que os juízes não aplicarão os Princípios de forma direta.

[←1150]

Cf. FRESNERO DE AGUIRE, Cecília, "Las Clausulas abusivas y la cláusula de jurisdiccion en los contratos internacionales de adhesion", in Revista Judicatura, Montevideu, n. 34, p. 273/298. Alerta a autora que a negociação individual seria impraticável por razões econômicas, razão pela qual esses contratos cumprem a tarefa de regular as relações das empresas com seus clientes a um custo baixo e tempo adequado. Adverte, porém que esses contratos têm características próprias e precisam de regulamentação diversa dos demais.

[←1151]

Nesse sentido, veja-se POMMIER, Jean- Christophe, Principe d'autonomie et loi du contract en Droit International Privé Conventionnel, Paris, Economica, 1992, p. 157. Para ele, a autonomia da vontade com regra de conexão era uma fonte de opressão da parte mais forte em relação à mais fraca. Explica que a desigualdade das partes já havia sido objeto de regulamentação interna, principalmente nos contratos de trabalho e nos contratos com os consumidores, de maneira a afastar a autonomia das partes.

[←1152]

MARQUES, Claudia Lima, A confiança..., p. 459.

[←1153]

REsp 63.981/SP (STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 20/11/2000). Conforme se depreende da ementa: "Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis 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 filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II — O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a

aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III — Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV — Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V — Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos."

[←1154]

A bibliografia sobre o Código de Defesa do Consumidor é extensa. Mas, veja-se por todos o recente livro: MARQUES, C. L. ; BENJAMIN, A. H. ; BESSA, L. R. Manual de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MARQUES, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. Por seu turno, os aspectos ligados ao direito internacional no âmbito de proteção ao consumidor foram abordados em MARQUES, Claudia lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. No que diz respeito ao projeto de revisão do CDC, veja-se MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. "Anteprojetos de Lei de Atualização do Código de Defesa do Consumidor", In Revista de Direito do Consumidor, n. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 2012, p. 333.

[←1155]

Em 2012, o Senador José Sarney apresentou dois Projetos de Lei do Senado, de nº 281 e 283, visando alterar a Lei nº 8.078/1990, para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I, dispor sobre o comércio eletrônico, aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Atualmente na Câmara, o projeto do Senado foi cindido e está em tramitação pelo PL 3514/2015.

[←1156]

Veja-se SYMEONIDES, Symeon C. The Hague Principles on Choice of Law for international contracts: some preliminary comments. American Journal of Comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013; ALBORNOZ, María Mercedes, « La determination de la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur « (2006); C. ESPLUGUES MOTA, D. HARGAIN & G . PALAO MORENO (eds), Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y Espana (2008); ALBORNOZ, María Mercedes, "Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems". Journal of Private International Law, Vol. 6, No. 1, April 2010, pp. 23-58.

[←1157]

A título meramente exemplificativo veja-se o Regulamento 593/2008 da União Europeia e o Second Restatement dos Estados Unidos, ambos já mencionados acima. Veja-se, ainda, as legislações da Austrália, Argentina e Paraguai (Ley No. 5.393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales). Por todos, RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. Derecho aplicable y arbitrage internacional. Bogotá: CEPED, 2013.

[←1158]

Para maiores informações veja-se em www.hcch.net na seção específica sobre contratos internacionais.

[←1159]

Art. 2º: O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 9º As obrigações, salvo os casos específicos previstos em lei, reger-se-ão pela lei do país em que se constituírem.
§ 1º (Revogado).
§ 2º (Revogado)." (NR)
"Art. 9ºA. O contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes reger-se-á pela lei escolhida pelas partes, devendo esta escolha referir-se à totalidade do contrato e ser efetuada mediante acordo expresso entre as partes.
§ 1º Não é necessário que haja conexão entre a lei escolhida e as partes ou a transação.
§ 2º A escolha de que trata o caput inclui também a indicação, como aplicável ao contrato, de um conjunto de regras jurídicas de caráter internacional, opcional ou uniforme, aceitas no plano internacional, supranacional ou regional como neutras e justas, inclusive da lex mercatoria, desde que não contrárias à ordem pública.
§ 3º Na hipótese de ausência ou de invalidade da escolha, o contrato será regido pela lei do lugar de sua celebração, assim considerado, em contratos celebrados a distância, o lugar da residência do proponente.
§ 4º Caso a obrigação resultante do contrato deva ser executada no Brasil e dependa de forma essencial, esta será observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.
§ 5º Não obstante o disposto neste artigo, no caso de contrato standard ou de adesão celebrado no Brasil ou que aqui tiver de ser executado, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito brasileiro que possuírem caráter imperativo.
§ 6º Este artigo não se aplica aos contratos e obrigações regulados por tratados internacionais e aos acordos sobre arbitragem ou eleição de foro."

[←1160]

Nos seus comentários, a Conferência da Haia explica que a referência a contratos comerciais, acoplada à qualidade das partes, quer com isso trazer uma definição autônoma dos contratos em que os Princípios da Haia são aplicáveis, tendo em vista a diferença de conceituação da matéria em diversos países. Desta forma, não se almeja atingir tão somente os comerciantes de

mercadorias, mais também os prestadores de serviços. É preciso ressaltar que o princípio da autonomia da vontade é indicado sobretudo para negócios entre partes no exercício profissional e não para outros, onde poderia haver algum tipo de abuso ou disparidade no poder de barganha.

[←1161]

Veja-se, a respeito, SAUMIER, Geneviève; GAMA JR, Lauro. "Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts" In ARROYO, Diego P. Fernández; PERALTA, Juan José Obando (eds), El derecho internacional privado en los procesos de integración regional. San José: Editorial Juridica Continental, 2011.

[←1162]

Para um histórico das discussões e negociações que culminaram na elaboração dos Princípios, ver MICHAELS, Ralf. "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz (Kai Purnhagen & Peter Rott eds.), 2014 e SYMEONIDES, Symeon C. "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments" American Journal of Comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013, pp 873- 892.

[←1163]

Disponível em http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/407/1.html. Último acesso em 23.07.2015.

[←1164]

"This case, however, involves a freely negotiated international commercial transaction between a German and an American corporation for towage of a vessel from the Gulf of Mexico to the Adriatic Sea. As noted, selection of a London forum was clearly a reasonable effort to bring vital certainty to this international transaction and to provide a neutral forum experienced and capable in the resolution of admiralty litigation." Disponível em http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/407/1.html. Último acesso em 23.07.2015.

[←1165]

SYMEONIDES, Symeon C. The Hague Principles on Choice of Law for international contracts: some preliminary comments. American Journal of Comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013, p.6.

[←1166]

SYMEONIDES, Symeon C. The Hague Principles on Choice of Law for international contracts: some preliminary comments. American Journal of Comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013, p.7.

[←1167]

Art. 9ºB. "O contrato internacional de consumo, entendido como aquele realizado entre um consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor, reger-se-á pela lei do lugar de celebração ou, se executado no Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável ao consumidor.
§ 1º Se a contratação for precedida de qualquer atividade negocial ou de marketing, por parte do fornecedor ou de seus representantes, dirigida ao território brasileiro ou nele realizada, em especial envio de publicidade, correspondência, e-mails, mensagens comerciais, convites, prêmios ou ofertas, aplicar-se-ão as disposições da lei brasileira que possuírem caráter imperativo, sempre que mais favoráveis ao consumidor.
§ 2º Os contratos de pacotes de viagens internacionais ou viagens combinadas, que envolvam grupos turísticos ou serviços de hotelaria e turismo, com cumprimento fora do Brasil, contratados com agências de turismo e operadoras situadas no Brasil, reger-se-ão pela lei brasileira."

[←1168]

Glossaire de Droit International Privé, op. cit., p. 123, aponta ser esta a posição de Henri Battifol e Paul Lagarde. Também François Rigaux entende que a lei contratual regula todas as questões relevantes para o contrato internacional (formação, interpretação, execução, determinação da moeda, extinção e prova). In RIGAUX, F. Droit International..., vol. II, p. 530.

[←1169]

RODAS, João Grandino, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.), Contratos Internacionais, p. 21. Serpa Lopes, Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944, vol. II, p. 201, chama o problema de qualificação das obrigações, mas referindo-se à classificação de toda a situação jurídica relativa à obrigação, sem se preocupar com o passo seguinte, ou seja, uma vez definido o tipo de obrigação, se ainda assim mais de uma lei seria aplicável.

[←1170]

Em realidade, grande parte dos autores nacionais admite a possibilidade e necessidade de aplicar leis diferentes ao contrato, sem mencionar, entretanto, se a questão é de dépeçage ou de qualificação. Assim, VALLADÃO, Direito Internacional Privado, Vol. II, p. 179 e seguintes, não se refere expressamente à dépeçage, mas exclui do âmbito de aplicação da lei aplicável às obrigações as questões relativas a capacidade e forma, pois estas seriam regidas por princípios próprios. Neste sentido, parece defender uma qualificação independente destes institutos. No âmbito das obrigações contratuais, entretanto, parece aceitar o dépeçage quando defende a possibilidade de aplicação de uma lei à substância e efeitos e outra à modalidade de execução. ESPÍNOLA também não se manifesta expressamente, mas admite que as questões de capacidade, vícios de consentimento, forma, execução, essência e

efeitos dos contratos estejam submetidas a diferentes ordenamentos. In ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: comentada na ordem de seus artigos, atualizada por Silva Pacheco, 3a. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 403 e seguintes.

[←1171]

Glossaire, p. 123.

[←1172]

Historicamente o sistema de splitting do contrato originou-se na Alemanha, com os ensinamentos de Savigny, que reputava aplicável a lei do local da execução para as obrigações contratuais, o que podia ter como consequência a aplicação de mais de uma lei ao mesmo contrato, se a execução se desse em mais de um país. Savigny, um dos primeiros universalistas dos tempos modernos, argumentava que cada relação jurídica possuía uma sede. E ante a existência de mais de uma sede na relação jurídica contratutal, o critério da lei do local de sua execução, poderia levar a aplicação de mais de uma lei, quando cada parte tivesse de executar sua obrigação em países diferentes. Para ele a obrigação e não o contrato, era a relação jurídica, razão por que era natural localizar cada uma delas em um país.

[←1173]

Veja a tradução do termo por Maria Helena Diniz, como sendo despedaçamento. Significa utilizar, ainda segundo a autora, um método analítico mais profundo de todos os elementos de conexão existentes no contrato internacional, qualificando-o mais perfeitamente. Diniz, Maria Helena, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, vol. I, p. 473 e seguintes.

[←1174]

No Regulamento (CE) nº 593/2008, o dépeçage aparece no Art.3º: "O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato." Na Convenção do México, aparece no Art. 7º: "O Contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e ds cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo."

[←1175]

SEC 11.593 (STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/12/2015).

[←1176]

REsp 97099 (STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 15/06/1998).

[←1177]

Veja-se CR 9.897 (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 14/03/2008) e CR 9.970 (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 17/06/2002), que tratam da exegese do Art. 9º. Veja-se trecho da decisão na CR 9970: "A origem do débito mostrou-se como sendo a participação em jogos de azar, mas isso ocorreu nos moldes da legislação regedora da espécie. No país em que mantida a relação jurídica, o jogo afigura-se como diversão pública propalada e legalmente permitida. Ora, norma de direito internacional, situada no mesmo patamar do Art.regedor da eficácia das sentenças estrangeiras, revela que "para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem" — cabeça do Art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Esse dispositivo apenas é condicionado, quando a obrigação deva ser executada no Brasil, à observância de forma essencial, mesmo assim admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato — § 1º do aludido Art.9º. Portanto, não cabe, no caso, aplicar, relativamente à obrigação contraída e objeto de homologação em juízo, o Art.1.477 do Código Civil, mas ter presente o direito estrangeiro. É certo estar a homologação de sentença estrangeira subordinada à ausência de desrespeito à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Entretanto, na espécie não concorre qualquer dos obstáculos. Dos três, todos previstos no Art.17 da Lei de Introdução ao Código Civil, o que aqui se faz merecedor de análise é o concernente à ordem pública, porquanto impossível é cogitar-se, em se buscando homologação de sentença estrangeira, de afronta à soberania nacional e aos bons costumes, no que envolvem conceitos flexíveis. Ora, sob o ângulo do direito internacional privado, tem-se como ordem pública a base social, política e jurídica de um Estado, considerada imprescindível à própria sobrevivência. É o caso de indagar-se, à luz dos valores em questão: o que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade nacional: a homologação de uma sentença estrangeira, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza, no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida? A resposta é desenganadamente no sentido de ter-se a rejeição da sentença estrangeira como mais comprometedora, emprestando-se ao território nacional a pecha de refúgio daqueles que venham a se tornar detentores de dívidas contraídas legalmente, segundo a legislação do país para o qual viajarem." Essa posição não foi endossada pelo Min. Maurício Correa, que sucedeu o Min. Marco Aurélio na Presidência do STF. No julgamento de três cartas rogatórias, o Min. Maurício Correa entendeu que a citação para dívida de jogo contraria a ordem pública brasileira.

[←1178]

REsp 606.171 (STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 15/02/2005).

[←1179]

SEC 5692 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 01/09/2014).

[←1180]
FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. FOUCHARD, Philippe. ECRITS; Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international. In: Revue internationale de droit comparé. v. 59 n°3, 2007, p. 253.

[←1181]
Discutia-se naquele momento se havia incompatibilidade entre a Lei e a Constituição, tendo em vista a garantia de acesso à justiça prevista no Art. 5º, inciso XXXV. A questão foi decidida pelo STF e somente a partir de então tivemos o uso seguro da arbitragem. Certamente para consolidar este entendimento, o CPC de 2015, em seu Art. 3º, ao repetir a vedação constitucional de exclusão da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão ao direito, logo no seu § 1º esclarece ser permitida a arbitragem, na forma da lei.

[←1182]
Promulgada por meio do Decreto nº 4.311/2002.

[←1183]
Consagrada na legislação interna da maioria dos países como corolário da liberdade de contratar, destaca-se, como instrumento de caráter global, a já mencionada Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro de 2005.

[←1184]
Sobre a história da arbitragem no Brasil, ver SAMTLEBEN Jürgen, "Histórico da arbitragem no Brasil", in Arbitragem, a Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional, CASELLA, Paulo Casella (org.) São Paulo, LTr, 1999, 2a. ed.

[←1185]
Promulgado pelo Decreto nº 21.187/1932.

[←1186]
O Protocolo de Las Leñas não eliminou a necessidade de intervenção do STJ para os laudos provenientes de países do Mercosul, mas estes pode ser enviados diretamente pelo judiciário de um país-membro, no bojo de uma carta rogatória, conforme decisão na CR 7613 (STF, Rel. Min. Sepulveda Pertence, DJ 15/06/1999). O Brasil não é parte da Convenção sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Convenção de Washington de 1965), nem ratificou os vários convênios bilaterais sobre o assunto.

[←1187]
Promulgado pelo Decreto nº 1.902/1996.

[←1188]
Promulgado pelo Decreto nº 2.411/1997.

[←1189]
Decreto de Promulgação nº 4.311/2002.

[←1190]
Art. 3º da Lei nº 9.307/1996.

[←1191]
Art. 31 da Lei nº 9.307/1996.

[←1192]
Art. 2º da Lei nº 9.307/1996.

[←1193]
Art. 1º da Lei nº 9.307/1996.

[←1194]
Observado, quanto a este ponto, a inovação trazida pela Lei nº 13.129/2015, acrescentando o §1º ao Art. 1º da Lei de Arbitragem, que expressamente prevê a possibilidade de arbitragem que envolva a administração pública (Art. 1º, §1º: "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis").

[←1195]
Art. 337, X c/c Art. 485, VII do CPC.

[←1196]
A competência concorrente está regulada nos Arts. 21 e 22 do CPC.

[←1197]
Em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do AgRg na SE 5206-7-Espanha, que reconheceu a constitucionalidade do Art. 7º e de outras normas da Lei nº 9.307/1996.

[←1198]
Lei nº 9.307/1996, Art. 34, parágrafo único.

[←1199]
REsp 1.231.554 (STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 01/06/2011). Trecho da ementa: "A determinação da internacionalidade ou não de sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, conforme o disposto no art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto 4.311/02, razão pela qual se vislumbra no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira. 4. No ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (ius solis) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96). 5. Na espécie, o fato de o requerimento para instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional não tem o condão de alterar a nacionalidade dessa sentença, que permanece brasileira. 6. Sendo a sentença arbitral em comento de nacionalidade brasileira, constitui, nos termos dos arts. 475-N, IV, do CPC e 31 da Lei da Arbitragem, título executivo idôneo para embasar a ação de execução da qual o presente recurso especial se origina, razão pela qual é desnecessária a homologação por esta Corte."

[←1200]
SEC 1305 (STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 06/12/2007) e SEC 894 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 09/10/2008).

[←1201]
A convenção arbitral é o gênero do qual o compromisso e a cláusula arbitral são espécies. O compromisso arbitral é o contrato, firmado pelas partes, que permite a instauração da arbitragem, mediante a satisfação de determinados requisitos. Está conceituado no Art. 9º da Lei de Arbitragem, e seus requisitos estão nos Arts. 10 e 11. Sua extinção está regulada no Art. 12 da Lei de Arbitragem.
A cláusula arbitral é aquela promessa que consta do contrato, de que as partes resolverão seus litígios por esse meio. Suas características estão no Art. 8º da Lei de Arbitragem. A diferença com o compromisso é que não contém a matéria em litígio, nem tampouco os requisitos dos Art. 9º e 10, sendo usualmente firmada antes de surgido qualquer litígio. Anteriormente à Lei de Arbitragem, constituía simples obrigação de fazer, despida de execução específica, mas agora possui força obrigatória, podendo, inclusive, ser a causa de um pedido de constituição do compromisso perante o Poder Judiciário, na forma do Art. 7º.

[←1202]
Art. 3º da Lei nº 9.307/1996 e Art. 337, X, do CPC.

[←1203]
Lei nº 9.307/1996, Art. 4º.

[←1204]
Lei nº 9.307/1996, Art. 5º.

[←1205]
Lei nº 9.307/1996, Art. 8º.

[←1206]
Lei nº 9.307/1996, Art. 9º.

[←1207]
Art. 852 do Código Civil de 2002.

[←1208]
Lei nº 9.307/1996, Arts. 10 e 11.

[←1209]
Art. 13, § 4º da Lei nº 9.307/1996.

[←1210]
A Lei nº 9.307/1996 faz referência à arbitragem multiparte apenas em seu Art. 13, §4º, ao tratar da escolha dos árbitros: "As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável."

[←1211]
Sobre o tema, ver THEODORO JR., Humberto, "Arbitragem e Terceiros — Litisconsórcio fora do Pacto Arbitral — Outras Intervenções de Terceiros", in Pedro BATISTA MARTINS e José M. R. GARCEZ (orgs.), Reflexões sobre Arbitragem, São Paulo, LTr, 2002.

[←1212]
Ver, sobre o tema, BERMUDES, Sérgio, "Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral", in BATISTA MARTINS, Pedro A. e GARCEZ, José Maria R., Reflexões sobre Arbitragem, São Paulo, LTr, 2002, pp. 276 e ss.

[←1213]
A carta arbitral está prevista no Art. 22-C da Lei nº 9.307/1996.

[←1214]
Essa é a previsão do parágrafo único do Art. 22-C da Lei nº 9.307/1996.

[←1215]
Sobre a posição do STF em cartas rogatórias, ver ARAUJO, Nadia e BASTOS, Carlos Eduardo Caputo, "A Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias e sua Aplicação pelo STF", Revista de Direito Renovar, n. 21, 2002.

[←1216]
Como, v.g., tratados multilaterais: a) Protocolo do Mercosul sobre a Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, Las Leñas, 1992, promulgado pelo Decreto nº 2.067/1996; e b) Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (Panamá, 1975) e seu Protocolo Adicional (Montevidéu, 1979), respectivamente promulgadas pelos Decretos nº 1.899/1996 e 2022/96; ou convenções bilaterais, como o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Brasil e a Espanha, promulgado pelo Decreto nº 862, de 9 de julho de 1993.

[←1217]
Art. 26 da Lei nº 9.307/1996.

[←1218]
Art. 32, III da Lei nº 9.307/1996.

[←1219]
SEC 5692 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 01/09/2014).

[←1220]
ARAUJO, Nadia. Parecer. Questões sobre a Motivação de Laudo Arbitral Estrangeiro e sua Homologação no Brasil: SE 5692/US. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 1, p. 18-57, 2015.

[←1221]
Art. 30 da Lei nº 9.307/1996.

[←1222]
Conforme o Art. 515, VII, do CPC, a sentença arbitral constitui título executivo judicial.

[←1223]
Art. 32 da Lei nº 9.307/1996: "É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei".

[←1224]
REsp 15.231 (STJ, Rel. Min. Silvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09/12/1991).

[←1225]
De acordo com a nova redação do Art. 33: "A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos."

[←1226]
Como o laudo arbitral equipara-se à sentença e pode ser executado diretamente (eis que título executivo judicial), o devedor pode opor no curso da execução os embargos de execução regulados nos Arts. 914 e seguintes do CPC. As causas para os embargos de execução estão no Art. 917 do CPC.

[←1227]
Art. 33, §4º da Lei nº 9.307/1996.

[←1228]
Art. 35.

[←1229]
Constituição da República, art. 105, inciso I, al. "h".

[←1230]
Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Sobre o tema, ver GAMA E SOUZA JR, Lauro, "Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras" e RAMOS, André de Carvalho, "O Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul", in Paulo Borba CASELLA (org.), Arbitragem, a nova lei brasileira e a praxe internacional, São Paulo, LTr, 1999, 2a. ed.

[←1231]

No Brasil, em parecer de 1923 acerca de uma proposta de convenção sobre arbitragem, Clóvis Bevilaqua, no papel de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, cargo que exerceu de 1912 a 1934, ao discorrer sobre as condições necessárias para que a sentença arbitral se tornasse definitiva no direito brasileiro, aludiu à necessidade da homologação de tais sentenças pelo juiz, no plano interno. Isso era necessário para sua execução, embora muitas fossem executadas voluntariamente. Ao discorrer sobre a hipótese da sentença arbitral estrangeira, partindo do raciocínio utilizado para os casos internos, aduziu à necessidade de que o Poder Judiciário lhes imprimisse o caráter de ato de autoridade pública no exterior. Só então poderiam passar pelo procedimento de homologação no Brasil, na época perante o STF. Para ele, sem essa intervenção da justiça estrangeira, os laudos arbitrais seriam meros atos privados, e não passíveis de execução judicial. Justifica seu ponto de vista com o teor da lei em vigor na época, a Lei nº 221 de 1894, que se referia "às cartas de sentença de tribunais estrangeiros", expressão que designaria apenas os atos do Poder Judiciário.O parecer não esclarece sobre que convenção se discutia. Especula-se que tenha sido o Protocolo de Genebra. Coleção Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, Brasília, Senado Federal..., Vol. II, p. 384/385.

[←1232]
VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, vol. III, Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1978, p. 217. Essa posição é melhor explicada por Machado Villela. De acordo com o autor, sendo a arbitragem determinada pela vontade das partes, não poderia o tribunal arbitral praticar um ato de jurisdição, visto que particulares não podem, por meio de um contrato, criar um órgão do Poder Público. A conseqüência lógica desta impossibilidade de estabelecer a jurisdição por um ato privado seria a de que seus atos jurídicos teriam caráter privado, como um contrato. VILLELA, Álvaro da Costa Machado, O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1921, p. 512.

[←1233]
Por meio do Decreto nº 1.902/1996.

[←1234]
SEC 3709 (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 29/06/2012).

[←1235]
SEC 8847 (STJ, Rel. Min. João Otavio de Noronha, DJe 28/11/2013).

[←1236]
REsp 1.230.430 (STJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01/10/2012)

[←1237]
REsp 1.231.554 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01/06/2011).

[←1238]
Nesse sentido, confira-se o REsp 712.566 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 05/09/2005).

[←1239]
Arts. 960 a 965.

[←1240]
Art. 15.

[←1241]
A Lei n.º 13.129/2015, que recentemente alterou a Lei de Arbitragem, não trouxe modificações aos requisitos para homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

[←1242]
Cf. para a parte histórica veja ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira. 5ª. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

[←1243]
Além do que consta na Lei de Arbitragem, a matéria de homologação é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro em tratados internacionais e na lei interna. O Brasil ratificou os seguintes tratados internacionais após a vigência da Lei nº 9.307/1996, os quais devem ser observados para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: Convenção Interamericana de Arbitragem Internacional Comercial (Panamá 1975), promulgada pelo Decreto nº 1902/96; Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevidéu 1979), promulgada pelo Decreto nº 2411/1997; Convenção de Nova York (Nova York 1958), promulgada pelo Decreto nº 4311/2002 e oAcordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires 1998), promulgado pelo Decreto nº 4709/2003. Entre os documentos de origem internacional, destaca-se o Protocolo de Lãs Lenas, que disciplina a cooperação jurídica internacional entre os países do Mercosul e que foi internalizado no Brasil pelo Decreto nº 2067/1996. Neste, verifica-se uma simplificação para os pedidos oriundos de países do Mercosul, em que o próprio juiz estrangeiro remete por carta rogatória a decisão, que assim é diretamente homologada. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nos EDcl na CR 398 / AR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Dje 12.08.2010.

[←1244]
Art. 2º do Regimento Interno do STJ.

[←1245]
Art. 172 do Regimento Interno do STJ: "A Corte Especial, que se reúne com a presença da maioria absoluta de seus membros, é dirigida pelo Presidente do Tribunal. Parágrafo único - No julgamento de matéria constitucional, intervenção federal, ação penal originária, uniformização da jurisprudência, sumulação de jurisprudência e alteração ou cancelamento de enunciado da súmula, será exigida a presença de dois terços de seus membros.

[←1246]
Tendo em vista a decisão acerca da aplicação imediata da EC 45/04 em função de seu caráter processual, todos os casos então em andamento no STF foram encaminhados ao STJ, ganhando nova numeração. ("A continuidade do julgamento, por esta Corte, da presente carta rogatória encontra óbice no disposto no art. 1º da EC 45, de 8-12-2004, que transferiu do STF para o STJ a competência para o processamento e o julgamento dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras e de concessão de exequatur às cartas rogatórias. É pacífico o entendimento no sentido de que as normas constitucionais que alteram competência de tribunais possuem eficácia imediata, devendo ser aplicado, de pronto, o dispositivo que promova esta alteração. Precedentes (...). Questão de ordem resolvida para tornar insubsistentes os votos já proferidos, declarar a incompetência superveniente deste STF e determinar a remessa dos autos ao egrégio STJ." (CR 9.897-AgR, STJ, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, DJe 14/03/2008.)

[←1247]
SEC 802 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJe 19/09/2005).

[←1248]
SEC 856 (STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJe 27/06/2005).

[←1249]
SEC 1 (STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/02/2012).

[←1250]
SEC 885 (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 13/08/2012).

[←1251]
Lei nº 9.307/1996, "Art. 38: Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada."

[←1252]
SEC 866 (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16/10/2006).

[←1253]
SEC 967 (STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/03/2006).

[←1254]
SEC 856 (STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJe 29/08/2005).

[←1255]
Veja-se a ementa e alguns trechos da SEC 856/GB: "EMENTA Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida." Veja-se trechos do voto do Min. Relator: "Ora, sabido que no comércio internacional a prática é a de submeter os conflitos decorrentes da execução dos contratos ao regime da arbitragem, sendo certo que no caso da compra e venda de algodão a Liverpool Cotton Association, Ltd. É entidade própria com tradição em arbitragem nesse mercado especializado. Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do Juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Ademais, se a empresa requerida, tomando conhecimento da instauração do Juízo arbitral, não apresentou impugnação sobre a ausência da convenção arbitral, mas, ao contrário, apresentou sua defesa, não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral. A leitura da contestação revela que a argumentação desenvolvida está centrada na inexistência de concordância expressa sobre a cláusula compromissória. Mas, como demonstrado, houve inequívoca aceitação da convenção arbitral, a tanto equivale a participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se. Em conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da

requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação induvidosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória." Por sua vez, o MINISTRO LUIZ FUX, em voto vista, também aduziu: "Sr. Presidente, referendo o brilhante voto do ilustre Ministro-Relator, inclusive na mesma linha do Supremo Tribunal Federal, que considerou a cláusula compromissória tácita; é uma questão do Direito Comercial, em que a formalidade obstativa da homologação não teria o menor sentido."

Na SEC 887, veja-se o trecho: "Quanto ao primeiro – não-comprovação de prévia convenção arbitral –, creio não haver dúvidas da pré-existência da convenção de arbitragem, e os documentos trazidos aos autos fartamente o demonstram. Não só a própria sentença arbitral que, ao relacionar contrato por contrato que lhe fora submetido, faz referência à mencionada convenção, como os documentos juntados às fls. 199/231 expressamente se referem ao mencionado acordo. Portanto, esse requisito foi atendido, não constituindo motivo impeditivo da homologação." (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 03/06/2006).

[←1256]

A título exemplificativo destaca-se a SEC 866/GB e a SEC 967/GB, já mencionadas. Ambas remetiam a contratos internacionais de compra e venda de commodities (grãos e algodão, respectivamente). As arbitragens foram realizadas por instituições especializadas, a primeira, pela The Grain and Feed Trade Association (GAFTA), e a segunda pela Liverpool Cotton Association – LCA, ambas no Reino Unido, e com larga tradição para essas matérias-primas.

[←1257]

Veja-se o trecho da SEC 507/GB (STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.11.2006): "Em que pesem os argumentos expendidos, da análise dos autos exsurge certo que as ora requeridas não só aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória, como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento da arbitragem, sendo certo que apresentaram mais de uma manifestação – considerações preliminares (fls. 370/385) e defesa (fls. 352/369). A partir do momento em que as requeridas celebraram contratos que continham a referida cláusula aderiram expressamente à possibilidade de solução de litígios pelo via arbitral, sendo despicienda agora, nesta seara, a tentativa de se discutir a onerosidade do procedimento. No mesmo sentido, mostra-se incabível a alegação da OITO EXPORTAÇÃO de ofensa à ordem pública, ao argumento de que o procedimento arbitral além de trazer limitações ao seu direito de defesa, permite que uma empresa estrangeira que praticou a justiça privada ainda tenha o direito de cobrar valores das partes prejudicadas, sendo certo que no Brasil vige a regra do monopólio da Jurisdição, não podendo os particulares exercerem a auto-tutela."

[←1258]

SEC 3709 (STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavasacki, DJe 29/06/2012).

[←1259]

SEC 507 (STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 13/11/2006).

[←1260]

Veja-se os seguintes trechos do acórdão na SEC 507/GB, STJ: "Alega, ainda, a requerida Oito Exportação a ineficácia da cláusula compromissória ante não observância do disposto no art. 4º da Lei de Arbitragem, tendo em vista que em contratos de adesão é necessário que a cláusula em questão seja acolhida pela parte aderente (o que ocorreria se ela tomasse a iniciativa de recorrer à arbitragem) ou, então, que a cláusula seja destacada em negrito e rubricada pelas partes.... Antes de analisar a alegação, faz-se mister registrar que o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96, não podendo ser apreciado o mérito da questão objeto da arbitragem ... Na hipótese, para a eventual análise da alegação de que o contrato objeto da arbitragem é "de adesão", seria necessário o exame do mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença estrangeira homologanda, o que se mostra inviável na presente via."

[←1261]

SEC 11593 (STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/12/2015).

[←1262]

Parte da ementa: "Contrato de frete entre portos brasileiros, negociado e executado no Brasil, não assinado pela parte requerida. Não observância da forma escrita para a cláusula compromissória, exigida pela lei brasileira (Art. 4º , § 1º , da Lei nº 9.307/1996), aplicável em primeiro lugar para a verificação da validade da cláusula de lei e foro (art. 9º, § 1º, da LINDB). 3. Não há nos autos, ademais, elementos que comprovem a aceitação do juízo arbitral por parte da requerida."

[←1263]

SEC 5782 (STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 16/12/2015).

[←1264]

Apenas os seguintes casos foram julgados monocraticamente, SE 1305 (STJ, Rel. Min., DJ), SE 3795 (STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 06/12/2007), SE 4980 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 07/06/2011), SE 7591 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 24/04/2012), e SE 7629 (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 22/11/2012).

[←1265]

De acordo com o Art. 216-G do Regimento Interno do STJ: "Admitir-se-á a tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira."

[←1266]

Veja-se, a esse respeito, o leading case no STF, SE 3408/CH.

[←1267]

Conforme Art. 5º, §3º.

[←1268]

Veja-se a MC 14.795 (STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 12/11/2008), e a MC 15.398 (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23/04/2009).

[←1269]

SEC 5692 (STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 01/09/2014).