

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A CONSAGRAÇÃO DO CONFLITUALISMO

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA CONSAGRACIÓN DEL MODELO CONFLICTUAL

*André de Carvalho Ramos\**

**Resumo:** *O estudo do direito internacional privado exige a crítica do modelo conflitual e o uso de critérios rígidos de conexão. O artigo visa analisar a evolução da disciplina, desde a Antiguidade até o século XIX, com foco na contribuição de determinados autores para a consolidação dos valores, objeto e método do Direito Internacional Privado da sua fase clássica*

**Resumen:** *El estudio del derecho internacional privado exige la crítica del modelo conflictual y el uso de criterios rígidos de conexión. El artículo analiza la evolución de la disciplina, desde la Antigüedad hasta el siglo XIX, focalizando en la contribución de determinados autores para la consolidación de los valores, objeto y método del Derecho Internacional Privado de su fase clásica.*

**Palavras-chave:** Direito internacional privado, Evolução histórica, Objeto, Método

**Palabras clave:** Derecho internacional privado, Evolución histórica, Objeto, Método

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a evolução histórica do Direito Internacional Privado no mundo, associando suas fases de desenvolvimento a concepções existentes do papel do Direito Internacional na regulação de fenômenos transfronteiriços, com foco no período que nasce da chamada fase precursora até sua estabilização

---

\* Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Internacional e em Direitos Humanos da mesma instituição (CAPES 6). Livre-Docente e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: [andredecarvalhoramos@gmail.com](mailto:andredecarvalhoramos@gmail.com)

como um *direito dos conflitos*.

O resgate da memória do desenvolvimento histórico da matéria é indispensável, pois favorece a reflexão crítica, esmiuça o contexto da afirmação histórica e evolução de determinado ramo do Direito, associando-o a determinadas características, princípios, objetivos e desejos de uma época, desnudando, assim, os interesses por detrás de um determinado ponto da matéria. Além disso, estimula-se a reflexão prospectiva, pois a disciplina é vista como um trabalho em evolução, transformando-se ao longo de períodos históricos, evitando a acomodação e permitindo o desenho de novos rumos.

## 2. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: AS SOCIEDADES QUE SE MOVEM

As comunidades humanas nunca foram estáticas: os fluxos de pessoas e seus bens entre comunidades diversas são usuais na história, marcada por migrações e relações entre povos. Na atualidade, esses fluxos são intensos, em uma era de globalização na qual a comunicação – inclusive virtual – é uma constante entre os diversos Estados, que, por sua vez, também são numerosos.

As normas jurídicas que regem tais fatos sociais, contudo, são – em geral – nacionais, limitadas pelo território de cada Estado. Além disso, as opções regulatórias variam de Estado para Estado, pois as regras nacionais não são iguais e apresentam diferenças evidentes. A diversidade também pode ocorrer ao longo do tempo: o direito de cada Estado não é imutável e pode variar na regulação desses fluxos além fronteiras, denominados aqui de fluxos transnacionais, interjurisdicionais ou transfronteiriços<sup>1</sup>.

As relações jurídicas que revestem esses fluxos transnacionais podem pertencer a qualquer um dos ordenamentos jurídicos nacionais que possuem pontos a elas vinculados, o que gera um concurso de normas diferentes com potencial para regulação e uma dúvida básica: qual das normas deve ser escolhida para reger tais situações? Nasce, então, a necessidade de *coordenação* da regência sobre esses fatos transnacionais, o que explica a consolidação de um novo ramo do Direito.

No nosso caso, o Direito Internacional Privado (DIPr) debruça-se sobre a regência – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana.

---

1 Outras denominações são encontradas na doutrina. Amílcar de Castro utiliza o termo “fato anormal”, para diferenciar dos fatos vinculados a uma única jurisdição. Conferir em CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Consequentemente, esses fatos sociais são *multiconectados* ou *plurilocalizados*, podendo ser regulados por mais de um ordenamento jurídico. Cabe ao Direito Internacional Privado (DIPr) regradar justamente essa *potencialidade de aplicação espacial* de mais de um ordenamento jurídico, evitando sobreposição ou omissão (ausência de normas).

De início, na fase precursora, o DIPr ficou restrito a regras sobre o tratamento dado a estrangeiros e seus direitos, bem como a algumas regras para determinar a lei aplicável no caso de concorrência de leis no espaço, temas desenvolvidos nas Escolas Estatutárias (ver abaixo).

Nas fases iniciadora e clássica, do século XII com o apogeu no século XIX, o Direito Internacional Privado ganha os contornos de um ramo do Direito baseado no reconhecimento da existência de outras ordens jurídicas, que concorrem na regência de um mesmo fato e podem – ou não – ser utilizadas pelo direito do foro.

Esse concurso de normas de incidência sobre um fato é denominado de *conflito de normas no espaço*. Consequentemente, fica delineado um DIPr *confitual*, com forte direcionamento ao estudo da escolha da lei diante de fatos de direito privado vinculados a dois ou mais ordenamentos jurídicos, os chamados fatos transnacionais privados. O Direito Internacional Privado é amparado em normas internas – em geral leis – que apontam para uma visão interna de cada Estado, esvaziando-se uma possível vertente cosmopolita ensaiada na doutrina. Posteriormente, após a crise de 1929, essa visão clássica sofre revisão, a começar pelos Estados Unidos (a chamada “revolução americana” do Direito Internacional Privado), o que não é objeto do presente artigo.

### **3. AS FASES DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

Não há um ponto exato que delimite o nascimento de uma disciplina jurídica. Pelo contrário, há um *processo* que desemboca na consagração de diplomas normativos, com princípios e regras que dimensionam o novo ramo do Direito. No caso do Direito Internacional Privado, o seu cerne é o estudo da aplicação de normas jurídicas diante de fatos sociais que possuem pontos de contato com mais de um ordenamento jurídico nacional.

Consequentemente, suas “ideias-âncoras” são referentes aos movimentos de pessoas, bens e atos jurídicos para além das fronteiras de uma determinada comunidade, o que ocorre desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. Nesse sentido amplo, de *impregnação de valores*, podemos dizer que a evolução histórica do Direito Internacional Privado passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar seu conceito e o regime jurídico dessa disciplina.

Assim, para melhor compreender a atualidade do Direito Internacional Privado, incursionamos pelo passado, mostrando a contribuição, desde o Direito Romano aos sofisticados tratados internacionais dos dias de hoje, à formação do atual quadro normativo referente ao Direito Internacional Privado.

Porém, não se pode medir épocas distantes da história da humanidade com a régua do presente. Na realidade, não é possível transpor para eras passadas o entendimento atual sobre o conteúdo do Direito Internacional Privado e seu regime jurídico. Contudo, o estudo do passado – mesmo as raízes mais longínquas – é indispensável para detectar as regras que já existiram em diversos sistemas jurídicos e que expressaram o modo pelo qual foi tratada a aplicação de regras e execução de decisões de outras comunidades.

Por sua vez, o desenvolvimento histórico do Direito Internacional Privado está intimamente relacionado com as respostas possíveis a dois questionamentos fundantes da disciplina: (i) a delimitação de seu objeto e (ii) a origem - nacional ou internacional - de suas fontes.

Quanto ao objeto, é corrente na doutrina um amplo debate sobre o alcance da matéria. Inicialmente, o DIPr foi impulsionado pelo estudo dos fatos transfronteiriços de *natureza privada*. As necessidades do renascimento *comercial* entre cidades europeias a partir do século XI explicam o nascimento da disciplina vinculada ao Direito Privado.

Ao longo dos séculos, entretanto, deixou de ser clara a própria distinção entre fatos transfronteiriços jusprivatistas daqueles vinculados a ramos do Direito Público, graças ao crescimento da intervenção do Estado em diversos áreas do direito. Novas temáticas, como consumidor, arbitragem, investimento estrangeiro, meio ambiente, cooperação jurídica internacional, entre outras, exigem o estudo da aplicação e execução da norma a casos transfronteiriços não exatamente abrangidos pela definição tradicional de “Direito Privado”. A dimensão social do direito internacional privado exige que essa disciplina abra-se ao estudo de novas facetas, o que a revitaliza especialmente na acelerada globalização do século XXI.

No tocante à origem de suas normas, o DIPr possuiu, ao longo de sua história, maior predomínio das regras nacionais, sofrendo, no final do século XIX em diante, processo de internacionalização de suas fontes. No século XXI, há inclusive forte influência dos processos de integração econômica sobre o DIPr<sup>2</sup>, implicando em novas fontes internacionais para a matéria.

Para sistematizar o estudo das fases históricas do Direito

---

2 Ver JAEGER Jr., Augusto. *A europeização do Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2012. STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”. In: 232 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1992, p. 257-383.

Internacional Privado, utilizou-se a divisão em quatro fases: (i) a fase precursora (Antiguidade à Idade Média europeia); (ii) a fase iniciadora (final da Idade Média europeia até o início do século XIX); (iii) a fase clássica (século XIX até meados do século XX) e a (iv) fase contemporânea (meados do século XX ao atual momento).

O presente artigo foca sua análise da fase precursora até a fase clássica, que consolidou o chamado Direito Internacional Privado conflitual, cujo método de análise (norma indiretas ou de remissão) até hoje influencia a disciplina.

#### **4. A FASE PRECURSORA: DA ANTIGUIDADE ATÉ A IDADE MÉDIA EUROPEIA**

A necessidade de coordenação da aplicação de normas jurídicas de origens territoriais distintas é tida, por parte da doutrina, como inexistente na Antiguidade, uma vez que não havia reconhecimento de direitos de outras comunidades<sup>3</sup>. O estrangeiro, inclusive, poderia ser reduzido à condição de escravo. Por outro lado, há autores, que sustentam que há, mesmo na Antiguidade, fragmentos que apontam respeito ao direito dos estrangeiros, o que seria demonstrativo de origem primária do DIPr<sup>4</sup>.

Tema também controvertido é o reconhecimento do *jus gentium* romano como antecedente do DIPr. O *jus gentium* consiste no conjunto de regras aplicáveis, inicialmente, aos peregrinos (aqueles que, livres, não eram cidadãos romanos) e aos peregrinos em relação com romanos. Justamente por se tratar de normas *materiais* e não normas indicativas (indiretas) do direito aplicável, o *jus gentium* não seria um antecedente histórico do DIPr. Contudo, o método do DIPr não é exclusivamente conflitual: há hoje o uso do *direito uniforme*, como uma possível fórmula de coordenação dos diferentes sistemas jurídicos incidentes nas relações plurilocalizadas. Nesse sentido, o *jus gentium* contribui para a ciência do DIPr, pois mostra determinada atenção a relações de uma comunidade com outra distinta.

Após as invasões bárbaras, há desintegração do regime jurídico romano, o que faz nascer diversas ordens jurídicas vinculadas aos povos ocupantes, com forte predomínio do territorialismo do Direito. O regime feudal consagra o apelo às regras e costumes de cada

---

<sup>3</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1986. p. 150-151.

<sup>4</sup> MEIJERS, E. M. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen age. Spécialement dans l’Europe occidentale”. In: 49 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1934, p. 547-686 e ainda GUTZWILLER, Max. “Le développement historique du Droit International Privé”. In: 29 *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1929, p. 291- 400, em especial p. 297.

localidade (*secundum usum et consuetudinem civitatis*)<sup>5</sup>. A partir dessa fragmentação normativa, surgem dúvidas sobre o direito aplicável a situações envolvendo duas ou mais cidades. Nesse momento, a solução tradicional para a regência de todos os fatos sociais era o uso da regra do local no qual se encontrava o intérprete, a chamada “lex fori”. Em outros termos, como assinala Strenger, não se aplicaria jamais uma regra estrangeira, assumindo o regime feudal uma forte expressão territorialista<sup>6</sup>.

Com o renascimento comercial a partir do século XI, as cidades - e, em especial as da norte da Itália –consolidam regras *próprias*, com forte influência do antigo direito romano codificado por Justiniano. Em face do aumento dos intercâmbios, houve reação contra o uso exclusivo da “lex fori”. Para os comerciantes da época que projetavam seus negócios para outros locais, havia o receio de se subordinar totalmente às leis locais. Com esses interesses econômicos subjacentes, consolidou-se a ideia de que há um limite máximo de alcance de uma norma, que não pode vincular aqueles que não tem relação com tal produção normativa. Não foi surpresa que, nesse momento histórico (ver abaixo), o glosador Acúrsio perguntou-se qual a lei deveria ser aplicada, em Módena, a um indivíduo oriundo de Bolonha<sup>7</sup>.

## 5. A FASE INICIADORA: AS ESCOLAS ESTATUTÁRIAS

Após a divisão do Império Romano (395 d.C), o Império Romano do Oriente, depois simplesmente Império Bizantino, foi o responsável pela conservação da cultura jurídica romana, em especial no período de mando do Imperador Justiniano (527-565 d.C), que codificou o Direito Romano. Para atualizar os textos, foram autorizadas várias interpolações (intervenções nos textos clássicos) para que finalmente pudesse ser publicado o Código de Justiniano contendo o (i) *Digesto* (também denominado de Pandectas, uma coleção de 50 livros reunindo obras dos principais juristas da era clássica de Roma), (ii) *Constitutiones* (leis imperiais), (iii) *Institutas* (obra de aprendizado do Direito Romano, baseada nas Instituições de Gaio) e, fora do corpo da codificação as (iv) *Novellae Constitutiones* (novas leis).

No curso da Idade Média, esse texto codificado foi redescoberto, sendo utilizado o termo *Corpus Juris Civili*, para marcar a unidade das quatro obras e diferenciá-la do direito dos povos germânicos<sup>8</sup>.

Ainda na Idade Média europeia, o direito romano codificado

---

5 GUTZWILLER, Max. Op. Cit. p. 291- 400, em especial p. 299.

6 STRENGER, Irineu. Op. Cit. p.157.

7 ARROYO, Diego P. Fernández *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia Ed., 2003, em especial p. 39.

8 LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 38

por Justiniano deixou de ser regra jurídica para passar a ser um livro de estudo, ferramenta útil a ser ofertada tanto ao débil Sacro Império Romano-Germânico (cuja existência apela à unidade, em contrapartida a fragmentação dos direitos dos povos germânicos) quanto a uma sociedade mercantil nascente, que necessita da segurança jurídica ofertada por uma codificação jurídica complexa e já testada<sup>9</sup>.

No século XI, surgiu a Escola de Bolonha, reunindo especialistas na análise da obra de Justiniano. A redescoberta do texto romano codificado de Justiniano foi financiada pela elite comercial da época, interessada em fornecer um substrato jurídico robusto aos seus negócios. Irnerius, estudioso residente em Bolonha, buscou adaptar os textos com notas explicativas denominadas glosas. Seus comentários – glosas – impuseram não só a interpretação nova do código de Justiniano, mas também a sua alteração.

O ápice dessa atividade foi realizado por Acúrsio, em sua *Magna Glosa* (também chamada de Glosa perpétua, ou *Glosa Ordinaria*), que unificou as glosas anteriores, tornando-se a interpretação definitiva da época ao *Corpus Juris Civilis*.

Nos séculos XIV e XV, o crescente comércio e a fragmentação prática do Império Romano-Germânico, incentivaram os juristas a buscar adaptar o Código Justiniano por *comentários*, influenciados por normas locais, mas desvinculados da glosa. A figura central da Escola dos Comentadores (também chamados de pós-glosadores) foi Bártolo de Sassoferrato (1313-1359), que logrou avançar no estudo da codificação romana associada aos estatutos das cidades do Norte da Itália. Os estatutos eram regras legais ou costumeiras das cidades, que regulavam os mais diversos campos jurídicos.

O estudo do conflito entre os *estatutos (statuta)* foi intuído pelos glosadores, a partir do reconhecimento dos limites territoriais de cada lei. Para Meijers, o primeiro a buscar sistematizar a solução a ser aplicada a um caso envolvendo pessoas com costumes diferentes foi Karolus de Tocco, que ensinava, em 1200, que *Statutum non ligat nisi subditos*<sup>10</sup>.

Após, a aceitação dos limites das leis ficou célebre na indagação de Acúrsio (1182-1260), em anotação no *Lex Cunctos Populos* do Código de Justiniano, na qual perguntou qual a lei deveria ser aplicada, em Módena, a um indivíduo oriundo de Bolonha. Em que pese não ter sido essa a intenção original dos romanos, Acúrsio deduziu que a lei de Módena não alcançava o cidadão bolonhês, pois este ainda deve ser regido pelas regras de sua cidade<sup>11</sup>. Essa conclusão dos glosadores interessava aos comerciantes, que, assim, teriam segurança em transpor

---

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> MEIJERS, E. M. Op. Cit. p. 547-686, em especial p. 594.

<sup>11</sup> Eis a indagação: “Argumentum, Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicari secundum Statuta Mutinae, quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae “. Ver a reprodução da glosa em MEIJERS, E. M. Op. Cit. p. 595.

os limites de sua região para transacionar em outra. A vida privada *transfronteiriça* era, então, impulsionada.

O crescente comércio entre as diferentes regiões européias e a importância cada vez maior dos diferentes direitos locais em contraponto à frágil unidade do Sacro Império Romano Germânico, financiaram várias Escolas de estudiosos da interpretação dos estatutos. Tais Escolas visavam (i) *contrariar* a unidade forçada pretendida pelo Império sem (ii) gerar insegurança jurídica aos comerciantes, o que resultou em *discussão dos limites espaciais de cada direito local*, até hoje um dos temas essenciais do DIPr.

A importância dessa fase é medida pela sua longa duração: são quase quatro séculos (séc. XIV ao séc. XVIII) nos quais se desenvolvem e se consolidam as chamadas “teorias estatutárias”. Até pela longa duração, há diversas diferenças entre os autores da época, porém suas ideias possuem um método comum: partem do estudo da regra jurídica nacional. Por isso, os estatutários buscam aferir se as leis seriam “territoriais” ou “extraterritoriais”.

Cabe, agora, a análise das essas as principais Escolas Estatutárias:

## 6. A ESCOLA ITALIANA

A partir dos estudos em Bolonha desde do século XI, a “Escola Italiana” engloba escritos de estudiosos dos textos romanos, glosadores e pós-glosadores (também chamados de comentadores). O ponto de partida é a glosa de Acursio sobre a primeira lei do Código Justiniano (“Cuntos populos quos clementiae nostrae regit imperium” - a todos os povos que rege o império de nossa clemência): “se um cidadão bolonhês é demandado em Módena, não deve ser julgado segundo o estatuto de Módena, visto que não lhe está sujeito”<sup>12</sup>. Sua célebre conclusão era que a lei só vincula os súditos (*statutum non ligat forensem*).

Entre os expoentes da Escola Italiana, encontram-se Bártolo de Sassoferrato (1313-1359) e Baldo (1324-1400). A marca de Bártolo de Sassoferrato foi a utilização da distinção entre os estatutos (regras legais ou consuetudinárias, como vimos) que regem os bens (estatutos reais) dos que regem a conduta das pessoas (estatutos pessoais). Os estatutos reais são territoriais, ou seja, tais só se aplicam aos bens situados no território do poder que editou tais normas. Já os estatutos pessoais são extraterritoriais, pois se aplicam aos súditos, onde quer que eles se encontrem.

Além disso, Bártolo defendeu determinadas regras de escolha das normas para reger os fatos transfronteiriços: (i) a lei do lugar da celebração do contrato rege sua forma e os direitos que nascem no

---

12 FERRER CORREIRA, A. *Lições de Direito Internacional Privado - I*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 108.

momento da formação do acordo (*locus regit actum*); (ii) a lei do local da execução rege as consequências do inadimplemento; (iii) não eram aplicáveis os estatutos estrangeiros proibitivos tidos como odiosos pelo foro (origem do instituto da ordem pública); (iv) o testamento tem suas formalidades estipuladas pela lei do local de celebração.

Bártolo consagrou também a extraterritorialidade dos estatutos pessoais, mas sustentou a existência de estatutos odiosos, que não seriam aplicáveis (embrião da cláusula de ordem pública), como, por exemplo, a incapacidade hereditária das filhas. Entre os casos analisados por Bártolo, ficou célebre a “Questão Inglesa”, envolvendo a sucessão de inglês com bens na Inglaterra e Itália. Na Inglaterra, a lei estipulava que a herança era toda do primogênito; na Itália, havia a regra de partilha entre os filhos. A solução, após o estudo dos vocábulos do estatuto (para aferir se se tratava de um “estatuto pessoal” ou “estatuto real”), foi a desconsideração da unidade da sucessão, tendo o primogênito herdado os bens na Inglaterra, mas partilhado os bens na Itália com seus irmãos. Bártolo considerou a exclusão dos demais irmãos um estatuto odioso e por isso *não* poderia ter alcance extraterritorial, mesmo se fosse considerado um estatuto pessoal<sup>13</sup>.

## 7. ESCOLA FRANCESA

A chamada Escola Francesa é fruto do destaque econômico e político da França nos séculos XVI e XVII, que culminaria com sua vitória na Guerra dos 30 anos. O declínio do Sacro Império Romano-Germânico e a Reforma Protestante destruíram a ambição da tutela papal sobre uma Europa unificada.

O Direito Internacional Privado floresceu, então, sob a certeza da existência de *vários* ordenamentos jurídicos que entravam em contato por meios dos fatos transnacionais. Dois juristas da Escola Francesa devem ser destacados: Charles Dumoulin (1500-1566) e D’Argentré (1519-1590). Dumoulin é conhecido pela sua defesa da *autonomia da vontade*, como princípio de escolha do regime jurídico de uma relação plurilocalizada. Sustentou que as partes, ao escolherem um local para celebrar um contrato ou mesmo um casamento, implicitamente se submetem as leis do local de celebração. Foi assim que foi dirimido polêmica de 1525 sobre o *regime de bens* de um casamento celebrado em Paris (cuja lei previa a comunhão de bens entre os cônjuges), tendo a esposa adquirido imóvel em local cuja lei estabelecia o regime da separação de bens no matrimônio. Para Dumoulin, como eles haviam

---

<sup>13</sup> Utilizei a tradução para o inglês, feita por Beale, dos escritos de Bártolo. BEALE, Joseph Henry (trad). *Bartolus on the conflict of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1914. A questão inglesa encontra-se nas p. 44-47. Amílcar de Castro apontou que o estudo feito por Bártolo das palavras do estatuto como forma de decisão foi visto como sendo impreciso e confuso. CASTRO, Amílcar de. Op. Cit. p. 145.

escolhido Paris (poderiam ter se casado em outro local), implicitamente eles haviam escolhido a lei do local.

Já D'Argentré é autor inserido no movimento autonomista bretão (defendeu a independência da Bretanha) e, por isso, sustentou o *territorialismo*, pugnando que as leis estrangeiras não deveriam ser aplicadas na Bretanha (*finita potestas, finitae jurisdictio et cognitio*). Ele defendeu a distinção entre os estatutos reais (regem os bens) e os pessoais (regem os atributos de uma pessoa), típicos da Escola Italiana, mas sustenta que, a princípio, todos os estatutos são reais e conseqüentemente territoriais. Os estatutos pessoais e seu alcance extraterritorial somente seriam aplicáveis às regras que afetem diretamente uma pessoa, seu estado e sua capacidade. Por isso, na existência de sucessão de bens situados em territórios diversos, D'Argentré defendeu que cada lei regeria a sucessão dos bens localizados no seu território (combatendo a ideia da sucessão universal, regida pela lei do local do domicílio do *de cuius*). Suas ideias foram, em seguida, apropriadas pela Escola Holandesa.

## 8. ESCOLA HOLANDESA

As lutas pela independência da Holanda contra o Império Habsburgo no século XVI favoreceram a difusão das ideias de D'Argentré. No século XVII, Ulrich Uber (1636-1694) foi seu principal nome. Em sua *Praelectiones juris civilis*, encontra-se um texto, denominado, “*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*” na qual, pela primeira vez, sublinhou-se o problema tradicional do DIPr: o conflito entre leis de diferentes Estados, superando a discussão das diferenças de estatuto. Seu trabalho encontra-se online com o estudo de Hugo Grotius (um dos teóricos iniciais do Direito Internacional Público) a respeito do Direito Internacional e da soberania dos Estados<sup>14</sup>.

Apontou três princípios da disciplina: (i) as leis de um Estado são aplicadas somente nos limites do seu território (territorialismo); (ii) os súditos de cada Estado são todos os que se encontram no território deste e (iii) depois de serem aplicadas, as leis de um país conservam sua força além das fronteiras (origem da teoria dos direitos adquiridos), mas isso ocorre por cortesia (*comitas gentium*).

Uber é o primeiro a vincular o DIPr ao próprio Direito Internacional Público, ao justificar a aplicação extraterritorial de uma lei estrangeira à cortesia internacional

## 9. ESCOLA ALEMÃ

De acordo com Gutzwiller, denomina-se “Escola alemã” um conjunto de autores que, apesar de influenciados pelas escolas anteriores,

---

<sup>14</sup> GUTZWILLER, Max. Op. Cit. p. 291- 400, em especial p. 327.

buscaram desenvolver com autonomia o DIPr no ambiente do decadente Sacro Império Romano-Germânico<sup>15</sup>. Entre seus nomes, destacam-se Heinrich Freiherr von Cocceji (1644 –1719) e Johann Nikolaus Hert (1651 - 1710).

O fundamento da aceitação do direito estrangeiro para reger os fatos transfronteiriços oscila entre a cortesia internacional (influência da Escola holandesa) e a invocação do direito natural.

Para Cocceji, as pessoas devem ser regidas pelas suas leis nacionais e as coisas pela lei do local da situação. Para Hert, por sua vez, é possível diferenciar três diferentes princípios que incidem sobre os fatos transfronteiriços: a) as pessoas são regidas pelas leis de sua origem; b) as coisas são regidas pelo local de sua situação e c) a forma dos atos jurídicos é regida pela lei do local da celebração<sup>16</sup>.

## **10. A CONSOLIDAÇÃO DO DIPR: A ERA CLÁSSICA**

O DIPr consolida-se e ganha força no século XIX, graças à forte expansão capitalista industrial europeia. O ambiente do cientificismo da época assumiu, no Direito, o formato das codificações, que introduzem regras de regência dos fatos transnacionais. Além disso, os contornos contemporâneos do Estado (nacionalismo) e a emancipação de ex-colônias (EUA e depois a América hispânica e portuguesa) levaram a uma época de globalização e encurtamento das distâncias, gerando novos fluxos transnacionais. Exemplo desse ambiente é obra de Verne, que, em 1873, consagra o vigor da revolução dos transportes e encurtamento das distâncias no clássico “A volta ao mundo em 80 dias” (*Le tour du monde en quatre-vingts jours*).

Na doutrina, três nomes se destacam no esforço de buscar uma identidade para o Direito Internacional Privado no século XIX: Savigny, Mancini e Story, como se vê abaixo.

### **10.1 A contribuição de Savigny**

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), no seu esforço de compreensão científica do Direito, sustentou, em seu livro “Sistema do Direito Romano Atual - vol. VIII”<sup>17</sup> (1849), a igualdade no tratamento das questões jurídicas para que haja solução idêntica – porque o contrário seria irracional – seja qual for o foro de julgamento.

Para Savigny, é possível identificar *a priori* o direito mais pertinente a cada relação jurídica, por meio da localização do centro

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* p. 291- 400, em especial p. 329-330.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p. 291- 400, em especial p. 330-331. Ver também STRENGER, Irineu. *Op. Cit.* p.171.

<sup>17</sup> O “Sistema do Direito Romano Atual” consiste em obra de fôlego, na qual Savigny busca estabelecer a teoria geral do Direito Privado. O volume VIII é voltado à aplicação da lei no espaço e no tempo, o que a transforma em essencial para o desenvolvimento do DIPr.

ou sede da relação em análise. Rompe-se, então, a base das teorias estatutárias, que era o foco na regra e seus limites de aplicação: territorial ou extraterritorial. Na visão de Savigny e outros autores do século XIX, o foco deve ser na *relação jurídica*, cujas características e natureza apontariam à sua sede, sendo a lei da sede o direito mais adequado para a regência de tal relação. É indispensável, então, atribuir a cada categoria de relações jurídicas uma determinada sede, o que exige a investigação de elementos existentes em cada relação jurídica, como, por exemplo, o lugar da situação de um bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, etc.

Essas *categorias de relações jurídicas e seus elementos* seriam comuns aos diversos Estados, pois existiria uma comunidade de direito entre os diferentes povos. Claro que essa premissa era fruto da forte expansão europeia no globo na época, com gigantescos impérios coloniais ou ainda Estados independentes que tinha sido ex-colônias europeias. O eurocentrismo da época se faz evidente.

Em geral, Savigny defende o domicílio das pessoas para reger o estado e capacidade e a situação da coisa para a regência dos bens. No tocante à sucessão, Savigny sustenta que a sede da sucessão é o domicílio do *de cujus*, pois seria fruto implícito de sua vontade final (fixando o seu domicílio). Já quanto à forma dos atos jurídicos, a lei do lugar da celebração seria a sede desse tipo de relação<sup>18</sup>.

Há, na doutrina de Savigny, duas classes de normas de exceção à aplicação de direito estrangeiro indicado pela sede da relação jurídica: (i) as normas locais obrigatórias, que não podem nunca ser substituídas por direito estrangeiro e (ii) as normas estrangeiras não aceitas pelo foro, como os institutos odiosos (poligamia, proibição de aquisição de propriedade por judeus, morte civil, escravidão) que seriam inaplicáveis em Estados que os repelem, mas, acredita Savigny, esses institutos tendem ao desaparecimento com o desenvolvimento dos povos.

## 10.2 A contribuição de Mancini

Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) também encarna uma segunda corrente do DIPr, cada vez mais *internacionalista*, que defende a aceitação - como dever do Estado - da aplicação de norma estrangeira.

Essa linha advoga três princípios do DIPr: nacionalidade, liberdade e soberania. O princípio da nacionalidade exigiria que as relações jusprivatistas devem ser regidas pela lei da nacionalidade, que seria a sede natural dessas relações. Seria injusto, na visão de Mancini, desconsiderar a lei de origem do estrangeiro, que naturalmente conhece a lei de sua nacionalidade e tem dificuldade com as outras leis. Assim,

---

18 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual*, vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranga (edição original de 1849), Ijuí: Unijuí, 2004.

finaliza Mancini, a aplicação da lei estrangeira decorre do dever de propiciar justiça e não da “comitas gentium” (cortesia internacional).

Por outro lado, Mancini diferencia relações jurídicas de direito privado obrigatórias das voluntárias. As obrigatórias seriam aquelas que independem da vontade do indivíduo, como sua capacidade e estado, que são regidos pela lei da nacionalidade. Já as relações voluntárias, como a formação de obrigações e bens adquiridos, são construídas ao longo da vida do indivíduo sob sua vontade. Nessas relações, Mancini reconhece a liberdade do indivíduo, consagrando a autonomia da vontade na escolha da regra aplicável, desde que o Estado não tenha interesse legítimo em impedir seu uso (limite da ordem pública).

Em síntese, para Mancini, os fatos transnacionais são regidos, em geral, pela aplicação da lei da nacionalidade das pessoas, com exceção dos casos nos quais se admite a autonomia da vontade ou existam limites de ordem pública à aplicação de direito estrangeiro<sup>19</sup>.

### 10.3 A contribuição de Story

Nos Estados Unidos, Joseph Story (1779-1845) é tido como um dos fundadores da escola norte-americana de direito internacional privado<sup>20</sup>. O contexto da época explica a necessidade de aprofundamento do estudo do concurso e conflito de leis e jurisdição: os Estados da Federação norte-americana puderam legislar – sob influência tanto da *common law* britânica quanto da *civil law* francesa – autonomamente sobre Direito de Família, Contratos, etc, levando a situações de dúvida na escolha da lei aplicável a fatos interestaduais, tais como ocorria na Europa no tocante a fatos transfronteiriços.

Para Story e a corrente anglo-saxã da época, a lei do domicílio é a lei básica a fixar as regras de capacidade, sendo possível, contudo, a utilização da lei do local da celebração dos contratos, como forma de obtenção de justiça<sup>21</sup>. Também é retomado por Story, sob clara influência de Huber<sup>22</sup>, o conceito de *cortesia* (*comity*). A *comity* de Story justifica o cumprimento de uma lei estrangeira, com o argumento de

---

19 MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranga (edição original em italiano de 1873), Ijuí: Unijuí, 2003, em especial “A nacionalidade como fundamento do Direito das Gentes” e “A vida dos povos na humanidade”, respectivamente pp. 31-86 e p. 175-226.

20 KUHN, A. K. “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique aux États-Unis”. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1928, p. 193 e seguintes. BELLOT, H.H.L. “La théorie anglo-saxonne des conflits de lois”. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1924, p. 141 e seguintes.

21 STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws* [online]. Boston: Little Brown and Company, 1834 [acesso em 24 de maio de 2014]. Disponível em: <<http://www.unz.org/Public/Story/Joseph-1834n02>>

22 Sobre a influência da obra de Huber nos escritos de Story, conferir em LORENZEN, Ernest. G. “Story’s “Commentaries on the Conflict of Laws - One Hundred Years After”. In: 48 *Harvard Law Review*. 1934/935, p. 15-38.

que isso é obrigação de fazer justiça e não de mera cortesia do direito internacional público<sup>23</sup>. O territorialismo do DIPr norte-americano não gera um total afastamento da aplicação do direito estrangeiro, pois foi complementado pela doutrina dos *direitos adquiridos* (*vested rights*), no qual o Estado do foro é obrigado a respeitar as regras do ordenamento de outro Estado, regentes do fato no momento em que tal fato ocorreu<sup>24</sup>.

## 11. A GUINADA NACIONALISTA: AS CODIFICAÇÕES E A FRAGMENTAÇÃO LEGALISTA DO DIPR

Em que pese essas construções doutrinárias do DIPr clássico do século XIX, que buscam fundamentos comuns a toda e qualquer norma de DIPr, a evolução da disciplina no século XIX assistiu a edição de leis locais, o que fragmentou eventual visão geral da matéria.

Do ponto de vista normativo, há dois marcos do nascimento do DIPr clássico: o Código Civil prussiano, de Frederico II, de 1794 e o Código Civil francês de 1804. O primeiro é considerado pela doutrina como sendo o pioneiro no esforço de codificação nacional do DIPr<sup>25</sup>. A introdução ao Código prussiano incorporou vários dispositivos típicos de direito internacional privado, como a lei do domicílio para reger a capacidade e personalidade, a lei de regência dos bens móveis e imóveis, entre outros<sup>26</sup>. Esse DIPr com forte influência das leis nacionais – em especial da grande codificação civil – pode ser denominado de *DIPr unilateral* (particularista, nacionalista ou individualista), pois é fundado em normas nacionais que regulam os fatos transnacionais, no bojo da afirmação de independência dos Estados da época.

Nessa linha, o século XIX é marcado por diversas codificações civilistas nos países europeus: o Código Civil austríaco de 1811, o Código Civil holandês em 1838 (embora o DIPr fosse regido por lei especial de 1829); Código Civil sérvio em 1844; Código Civil grego em

---

23 Conferir, ainda, sobre a obra de Story em CHEATHAM Elliott E. “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”. In: *Harvard Law Review*. 1945), vol 58, p. 361-394.; NADELMANN, Kurt H. “Joseph Story’s Sketch of American Law”. In: *The American Journal of Comparative Law*. 1954, n° 3; No Brasil, ver VALLADÃO, Haroldo. “The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws”. In: *The American Journal of Comparative Law*. 1954, vol 3, p. 27-41. EHRENZWEIG, Albert A. “American conflicts law in its Historical perspective - Should the restatement be “continued”?”. In: *University of Pennsylvania Law Review*. 1954, vol 3, p. 133-156.

24 DANE, Perry. “Vested rights, “vestedness” and choice of law”. In: *The Yale Law Journal*. 1987, vol 96, p. 1191-1275, em especial p. 1194-1195.

25 Parte da doutrina menciona, também, o Código bávaro de 1756 como um dos precursores. Ver, entre outros, SCHWIND, Fritz. “Aspects et sens du droit international privé : cours général de droit international privé”. In: *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1984, vol 187, p. 09-144, em especial p. 96. Contra, alegando que a lei bávara não exerceu influência sobre a codificação posterior, ver NOLDE, Boris. “La codification du droit international privé”. In: *55 Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1936), pp. 303-430, em especial p. 309.

26 *Ibidem*.

1856; Código Civil italiano e também o Código Civil romeno em 1865; Código Civil português em 1867; Código Civil espanhol em 1888 e, em 1898, o Código alemão.

Na América Latina, essa influência codificadora europeia também se fez sentir, com a edição do Código Civil do Haiti em 1825; Código Civil peruano em 1852; Código Civil do Uruguai em 1868 e da Argentina em 1869 (de Vélez Sarsfield, inspirado no *Esboço* de Teixeira de Freitas de 1864) ; o Código Civil da Colômbia de 1873 e o Código Civil da Costa Rica de 1887<sup>27</sup>.

Os códigos civilistas do século XIX adotam a visão de que as instituições essenciais do Direito Privado devem também contar com regras de regência de fatos transnacionais, consagrando, assim, a codificação do DIPr em vários países<sup>28</sup>. Por meio da codificação, busca-se sistematizar uma matéria até então esparsa ou difusa. Seu objetivo foi o de dar segurança jurídica e coerência a um determinado ramo do direito, evitando-se o arbítrio judicial<sup>29</sup>.

## **12. A ESTABILIZAÇÃO DO DIPR E SUAS CONTRADIÇÕES: VALORES, OBJETIVO, OBJETO E MÉTODO**

O DIPr clássico consolidou-se como uma disciplina com valores, objeto e método online com o mundo da segunda metade do século XIX, fortemente influenciado por um capitalismo industrial em expansão, com otimização dos transportes e fluxos de bens e pessoas. O imperialismo europeu expandiu-se, com a divisão da África e da China. Com a exceção dos Estados Unidos e Japão, os demais Estados não europeus eram dependentes e rotineiramente alvos de intervenções europeias, como se vê nos casos de proteção diplomática (e sanções armadas) nos países da América Latina.

O objetivo do DIPr era gerir a forma pela qual os Estados realizavam a aplicação de lei estrangeira e escolha de jurisdição, bem como eventual reconhecimento de decisões estrangeiras (cooperação jurídica internacional). Tal objetivo nunca foi desenvolvido de modo neutro, sendo sempre orientado por valores europeus dominantes da época, que fundaram a produção de normas (internas ou internacionais) sobre a disciplina. Tais valores eram a previsibilidade e a segurança jurídica, típicos de uma fase no qual o capitalismo liberal consagrou

---

27 GUTZWILLER, Max. Op. Cit. p. 291- 400, em especial p. 333. NOLDE, Boris. Op. Cit. p. 303-430, em especial p. 320 e seguintes.

28 NOLDE, Boris. Op. Cit. p. 303-430, em especial p. 326.

29 Kessedjian define codificação da seguinte maneira: "Il s'agit alors d'un ensemble ordonné, structuré, organisé, rationnel, cohérent de législations qui, jusqu'à leur codification, pouvaient avoir un caractère épars." In KESSEDJIAN, Catherine. "Codification du Droit Commercial International et du Droit International Privé". *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2002, p. 83-308, em especial p. 99.

a igualdade meramente formal entre os indivíduos. Assim, a escolha da lei e da jurisdição pouco considerava o resultado atingido, salvo se houvesse, excepcionalmente, violação de ordem pública ou outro fator impeditivo da aplicação da lei ou decisão estrangeiras. Esse tipo de aplicação rígida e inflexível do DIPr, apesar de sua coerência formal, possui impacto material assimétrico ao ser utilizado em situações nas quais os indivíduos (e Estados) estão em situação de profunda desigualdade.

Quanto ao *tipo* de fato transnacional analisado, o DIPr, em sua fase clássica, preocupou-se com o *fato transnacional como um todo*, em um esforço de formar um corpo de normas voltadas à regência de facetas da vida social.

Esse foco é espelhado em parte da doutrina clássica do Direito Internacional Privado que se inclinou a considerar que a matéria abrangeria os fatos transnacionais de Direito Privado e Público, inclusive os de âmbito criminal.

Em diversos países, vários doutrinadores defenderam a inclusão de temas de ramos do direito público no estudo da matéria. Foelix, por exemplo, no seu tratado de direito internacional privado cuja primeira edição é de 1843, tratou de temas transnacionais de direito privado e público, especialmente aquilo que denominou “direito criminal internacional”<sup>30</sup>. Pimenta Bueno, na primeira obra sobre o DIPr publicada no Brasil (1863), sustentou que a disciplina engloba o “complexo de leis positivas, atos, precedentes, máximas e princípios recebidos ou racionais, segundo os quais as nações civilizadas aplicam as suas leis particulares, ou consentem na aplicação de leis privadas estrangeiras dentro de seu território nas questões de caráter particular, que afetam súditos estrangeiros em matéria de direito civil, comercial, criminal, e mesmo administrativo”. No século XX, Valladão<sup>31</sup> e Strenger<sup>32</sup> também defenderam que o Direito Internacional Privado abarca as relações jurídicas transnacionais de natureza privada ou pública. No plano normativo, a maior codificação internacional da primeira metade do século XX, a Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado (o Código Bustamante) há menção aos fatos transfronteiriços penais (Livro III) e à cooperação jurídica internacional em matéria penal, além da cível (Livro IV, em especial quanto à extradição), demonstrando a tendência clássica de intensa crença no Direito Internacional Privado

---

30 Ver FOELIX, M. *Traité du Droit International Privé*. 2ª ed. Paris: Marescq et Dujardin, 1856.

31 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

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

para regular *todos* os fatos transnacionais (públicos ou privados).

Porém, esse objeto amplo do Direito Internacional Privado não foi consenso na doutrina clássica e mesmo na codificação internacionalista. Savigny e outros civilistas, viam o Direito Internacional Privado como uma parte especial do Direito Civil. No Brasil, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho inseriram o Direito Internacional Privado em uma parte do Direito Civil de repercussão internacional<sup>33</sup>. No plano da codificação internacionalista, a Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado caminhou em sentido diferente da codificação panamericana vista acima: do período de 1893 a 1928, foram aprovadas e entraram em vigor cinco convenções de direito de família e uma convenção sobre processo civil, de todos os projetos aprovados nas seis conferências realizadas, mostrando uma inclinação para matérias de Direito Privado e, no máximo, Direito Processual (cooperação jurídica internacional).

A disputa entre os maximalistas (objeto amplo do DIPr, abarcando todo tipo de fato transnacional) e minimalistas (objeto restrito do DIPr, incluindo somente os fatos transnacionais jusprivatistas) percorreu o século XX, tanto na doutrina quanto nas codificações nacionais e internacionais.

Do nosso ponto de vista, com a intervenção maior do Estado na economia, a dicotomia “direito público x direito privado” perdeu força<sup>34</sup>. Além disso, a ausência de abordagem do fato transnacional de outros ramos do direito (como, por exemplo, o fato transnacional do Direito do Trabalho, do Direito da Concorrência, do Direito Penal, etc) implica em desigualdade de tratamento e denegação de justiça. A proteção ao indivíduo e seus fluxos transfronteiriços, o objetivo principal do DIPr, como já visto, seria amesquinhada caso a disciplina fosse restrita aos fatos transnacionais privados.

Finalmente, quanto ao método, entendo, por método no DIPr, a fixação do modo pelo qual o objeto precípua da disciplina - a gestão da diversidade das ordens jurídicas - é implementado. Na fase clássica, a busca da escolha de lei e de jurisdição levaram à prevalência do *método indireto* (também chamado método indicativo, remissivo ou de remissão) no Direito Internacional Privado. Por esse método, o DIPr não regula

---

33 ESPINOLA, Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, em especial vol VII e vol. VIII (tomos 1, 2, 3) sobre Direito Internacional Privado Geral e Especial.

34 BOBBIO, Noberto. “A grande dicotomia: público/privado”. In: BOBBIO, Noberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1988. SARMENTO, Daniel (ed). *Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MUIR WATT, Horatia. “Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers une publicisation des conflits de lois ?)”. In: *Archives philosophiques du droit*. 1997, t. 41, p. 207-214. Ver também MERRYMAN, J. H. “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”. *Forum of Public Law*. 1963, vol 17, p. 3 e seguintes.

diretamente os fatos sociais, mas tão somente indica a lei ou a jurisdição adequadas. Sendo assim, o método indireto no DIPr é aquele que, em face de um fato transnacional, aponta a norma nacional ou estrangeira que deve regulá-lo (escolha da lei) ou ainda a jurisdição que deve conhecer de eventual litígio (escolha da jurisdição). O método indireto, então, caracteriza-se justamente por não regular o fato, mas apenas indicar a norma material reguladora. Sua preocupação é determinar a lei ou a jurisdição, sem indagar sobre a solução ao caso em si. Esse método quase foi confundido com o próprio Direito Internacional Privado, que passou a ser visto como matéria de sobredireito.

O método indireto mais conhecido e praticado pelos Estados na fase clássica foi o *método conflitual* rígido ou inflexível, que consiste na identificação *a priori* do direito mais pertinente a cada relação jurídica transnacional, por meio da localização do seu centro ou sede. Consagrado por Savigny<sup>35</sup>, o foco desse método é a relação jurídica, cujas características e natureza apontariam à sua sede, sendo a *lei do local da sede* o direito mais adequado para a regência de tal relação. É indispensável, para o método conflitual, atribuir a cada categoria jurídica uma determinada sede, o que exige a investigação de elementos existentes em cada relação jurídica, como, por exemplo, o lugar da situação de um bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, etc.

O pressuposto básico do método conflitual é a racionalidade da determinação das “categorias jurídicas” e seus “elementos”, que seriam compreendidos e aceitos pelos diversos Estados, uma vez que existiria uma *comunidade de direito* entre os diferentes povos. Essa racionalidade é medida pela adequada fixação da conexão pela qual é eleito o direito nacional material aplicável ao fato transnacional. Ademais, militaria a favor do método conflitual uma igualdade formal entre os direitos materiais nacionais: para um determinado tipo de fato transnacional (celebração de um contrato, sucessão ou casamento, etc), aplicar-se-ia o critério de conexão não importando os ordenamentos potencialmente reguladores.

A primeira crítica ao método conflitual diz respeito a esse juízo racional na justificação da escolha do critério de conexão. Para Savigny, a comunidade jurídica entre os povos forneceria um substrato de valores comuns, apto a gerar uma escolha tendencialmente comum desses critérios de conexão. No caso, defendeu a tese da “sede da relação jurídica” para a fixação do critério de conexão. Frankenstein e von Bar, por outro lado, fundaram a escolha desses critérios de conexão a normas particulares de direito natural<sup>36</sup>. Esses debates doutrinários não conseguem esconder a dificuldade da escolha, justificável pela ótica de

---

35 SAVIGNY, Friedrich Carl von. Op. Cit.

36 Ver esses debates em BOGGIANO, Antonio. *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1981, em especial p. 97.

justiça material, desses rígidos critérios de conexão, naquilo que Kegel denomina de “justiça conflitual” (*justice of conflict of laws*)<sup>37</sup>. Para Currie, o método conflitual é irracional e arbitrário<sup>38</sup>. Por sua vez, Robert Lefflar aprofundou a revolução americana ao explicitamente defender que o DIPr deve ter como objetivo a “melhor solução materialmente possível” ao invés da “melhor solução espacialmente possível” em um fato com elementos de estraneidade<sup>39</sup>. A tradicional preocupação do DIPr de solucionar conflitos *espaciais* de normas em um determinado caso, sem se atentar para a solução do caso em si, foi substituída pela atenção à melhor solução do ponto de vista do Direito Material. Para Lefflar, o conflitualismo do DIPr avança para outro estágio: a escolha da melhor lei entre as várias possíveis (*better law approach*).<sup>40</sup> Nessa linha, deve o juiz do foro exercitar uma escolha *ad hoc*, com base no conteúdo de cada uma das leis que possivelmente poderiam reger determinado caso, ao invés de utilizar regras preestabelecidas fundadas em hipotéticos – e arbitrários – centros da relação jurídica (como a lei do domicílio, lei do local da celebração do contrato, etc).

Outra crítica ao método conflitual é que ele esvazia e despolitiza o DIPr, apresentando a disciplina como pretensamente neutra em face dos diversos conflitos regulatórios na sociedade internacional. Eventuais injustiças não seriam criadas pelo DIPr, mas sim pelas regras materiais (nacionais ou estrangeiras) apontadas. Obviamente, essa neutralidade é aparente: um DIPr, por exemplo, que aceite a *autonomia da vontade irrestrita* na escolha da lei para reger um contrato *favorece* os contratantes de maior peso econômico, que podem impor as cláusulas contratuais sem maior dificuldade (por exemplo, no contrato de adesão). Ao mesmo tempo, a ausência – até hoje – de um tratado específico de DIPr global sobre as relações de consumo transnacionais (comuns nessa era de compras pela internet), que proteja a parte vulnerável, mostra a opção de favorecer o fornecedor.

## CONCLUSÃO

O DIPr clássico apresentou uma tensão entre a doutrina de ambição universalista, especialmente retratada nas obras de Savigny

---

37 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. In: 112 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1964, p. 95-268, em especial p.185.

38 CURRIE, Brainerd. *Selected essays on the conflict of laws*. Durham: North Carolina: Duke University Press, 1963, em especial p. 447 e 607.

39 LEFLAR, Robert A. “Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law”. In: *New York University Law Review*. 1966, vol 41, p. 341 e seguintes. LEFLAR, Robert A. “Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations”. *California Law Review*. 1966, vol 54, p. 1584 e seguintes.

40 LEFLAR, Robert A. Op. Cit. p. 341 e seguintes. LEFLAR, Robert A. Op. Cit. p. 1584 e seguintes.

e Mancini, e a inexorável edição de normas nacionais de Direito Internacional Privado pelos Estados.

Essa tendência de codificação nacional gerou consequências para o Direito Internacional Privado: (i) implicou na edição de normas nacionais de DIPr, levando à criação de um direito internacional privado positivado de fonte legal, superando a visão de que a disciplina seria de fonte costumeira ou mesmo doutrinária; (ii) consolidou a visão – ainda difícil de ser superada – de ser o DIPr uma disciplina de forte raiz nacional, distanciando-se da visão de maior apelo universal; e (iii) gerou o reconhecimento, inserido nas normas nacionais, de valores internos considerados intangíveis, consagrando o conceito de ordem pública e o óbice à aplicação do direito estrangeiro<sup>41</sup>.

Tal resistência e dominância das leis internas no DIPr é fruto da fragilidade da ideia doutrinária (difundida por Savigny), de claro conteúdo abstrato, de uma “comunidade jurídica entre os povos” de ascendência europeia. Além disso, a crescente estruturação jurídica dos Estados fez nascer novas ordenações nacionais de DIPr. O DIPr unilateral ancorou-se nos valores locais, sendo palco fértil para o debate da ordem pública, normas imperativas e “*lois de police*”.

No final do século XIX, esboçou-se uma tímida reação à fragmentação legalista do Direito Internacional Privado, com a elaboração dos primeiros tratados de Direito Internacional Privado, como o Tratado de Lima de 1877 (sobre conflito de leis), os Tratados de Montevideú de 1889. Na Europa, Mancini esforçou-se pela criação do *Institut de Droit International* (1873), organização não-governamental de cunho acadêmico que repercutiu os debates sobre uma visão universal do DIPr. Em 1893, a Holanda, sob a influência de Tobias M. C. Asser, sediou a primeira *Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado*, que se transformou, em 1955, em organização internacional voltada ao estudo e desenvolvimento de tratados de DIPr.

Porém, a evolução do *Direito Internacional Privado multilateral*, baseado em tratados e demais normas internacionais, é lenta e convive com o Direito Internacional Privado Unilateral, que é aquele fruto de leis internas. Em boa parte do século XX, o DIPr Unilateral aumentou sua importância pelos seguintes fatores: (i) criação de novos Estados, com a crise e posterior desaparecimento do colonialismo europeu, fazendo nascer novas ordenações nacionais de DIPr e (ii) uma nova conduta intervencionista do Estado, após a crise global do capitalismo em 1929, gerando o reforço à edição de leis nacionais para a proteção de valores internos.

Nas últimas décadas do século XX, entretanto, ficou evidente que

---

41 LAINÉ, A. “La rédaction du Code Civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé” in *Revue de droit international privé*. 1905, vol I, p. 24 e seguintes, em especial p. 45.

a temática do DIPr (concurso de leis e jurisdição, bem como cooperação jurídica internacional) é, em si, transfronteiriça e, conseqüentemente, internacional, não podendo ser regulada *nacionalmente*. A edição local de normas de DIPr uma solução temporária, à espera de uma regulamentação internacional que, progressivamente, é aceita pelos Estados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática brasileiras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARROYO, Diego P. Fernández (ed). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.
- BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BEALE, Joseph Henry (trad). *Bartolus on the conflict of law*. Cambridge: Havard University Press, 1914.
- BELLOT, H.H.L. “La théorie anglo-saxonne des conflits de lois”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1924.
- BOBBIO, Noberto. “A grande dicotomia: público/privado”. In: BOBBIO, Noberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- BOGGIANO, Antonio. *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1981.
- CASELLA, Paulo Borba. “Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado”. In CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de (ed). *Integração Jurídica Interamericana – As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 77-105.
- CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CHEATHAM Elliott E. “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”. *Harvard Law Review*, 1945, vol 58, p. 361-394.
- CURRIE, Brainerd. *Selected essays on the conflict of laws*. Durham: North Carolina: Duke University Press, 1963.
- DANE, Perry. “Vested rights, ‘vestedness’ and choice of law”. *The Yale Law Journal*. 1987, vol 96, p. 1191-1275.
- DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- EHRENZWEIG, Albert A. “American conflicts law in its Historical

- perspective - Should the restatement be 'continued'?. *University of Pennsylvania Law Review*. 1954, vol 3, p. 133-156.
- ESPINOLA, Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- FERRER CORREIRA, A. *Lições de Direito Internacional Privado - I*. Coimbra: Almedina, 2000.
- FOELIX, M. *Traité du Droit International Privé*. 2ª ed. Paris: Marescq et Dujardin, 1856.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène. "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)". In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. 2005, vol 32, p. 9-40.
- GUTZWILLER, Max. "Le développement historique du Droit International Privé". In: *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1929, vol 29, p. 291- 400.
- JAEGER Jr., Augusto. *A europeização do Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2012.
- JAYME, Erik. "O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização". In: ARAUJO, Nadia de e MARQUES, Claudia Lima (ed). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3-20.
- JUENGER, Friedrich K. "General Course on Private International Law". In: *Recueil des Cours de l'Académie International de la Haye*, 1985, vol 193, p. 131-387.
- KEGEL, Gerhard. "The crisis of conflict of laws". In: 112 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1964, p. 95-268, em especial p.185.
- KESSÉDJIAN, Catherine. "Codification du Droit Commercial International et du Droit International Privé". *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 2002, p. 83-308.
- KUHN, A. K. "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux États-Unis". In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1928, p. 193 e seguintes.
- LAINÉ, A. "La rédaction du Code Civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé". *Revue de droit international privé*, 1905, vol I, p. 24 e seguintes.
- LEFLAR, Robert A. "Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations". *California Law Review*. 1966, vol 54, p. 1584 e seguintes.
- LEFLAR, Robert A. "Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law". *New York University Law Review*. 1966, vol 41, p. 341 e seguintes.
- LIMA, João André. *A harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.
- LORENZEN, Ernest. G. "Story's Commentaries on the Conflict of Laws

- One Hundred Years After”. *Harvard Law Review*. 1934/935, vol 48, p. 15-38.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranga, Ijuí: Unijuí, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado. Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de (ed). *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 141-194.

MARQUES, Cláudia Lima. “Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market”. In ARROYO, Diego P. Fernández e Marques, C. Lima (ed). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP. 2011, p. 363-389.

MEIJERS, E. M. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen age. Spécialement dans l’Europe occidentale”. 49 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1934, vol 49, p. 547-686

MERRYMAN, J. H. “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”. *Forum of Public Law*. 1963, vol. 17, p. 3 e seguintes.

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Direito Internacional Privado e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

MUIR WATT, Horatia. “Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers une publicisation des conflits de lois ?)”. In: *Archives philosophiques du droit*. 1997, t. 41, p. 207-214.

NADELMANN, Kurt H. “Joseph Story’s Sketch of American Law”. *The American Journal of Comparative Law*. 1954, vol 3.

NOLDE, Boris. “La codification du droit international privé”. In: *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1936, vol 55, p. 303-430.

OVERBECK, Alfred E. von. “La contribution de la Conference de La Haye au developpment du droit international privé”. In: *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1992, vol 233, p. 13- 98.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Projeto de Código de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1927.

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

RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual*, vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranga. Ijuí: Unijuí, 2004.

STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws*. 4ª ed. Boston: Little Brown and Company, [acesso em 24 de maio de 2014]. Disponível em: <<http://www.unz.org/Pub/StoryJoseph-1834n02>>.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. São Paulo: RT, 1986.

STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1992, vol 232, p.257-383.

TIBURCIO, Carmen. “Cooperação jurídica internacional em matéria civil”. In: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 1, p. 61-80.

TIBURCIO, Carmen. “Uma análise comparativa entre as convenções da CIDIP e as convenções de Haia – O direito uniformizado comparado”. In: CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de (ed). *Integração Jurídica Interamericana – As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 46-76.

VALLADÃO, Haroldo, “The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws”. *The American Journal of Comparative Law*, 1954, vol 3, p. 27-41.

VALLADÃO, Haroldo. *O ensino e o estudo do direito, especialmente do direito internacional privado, no novo e no velho mundo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1940.