



O realismo jurídico e a revolução americana de Direito Internacional Privado

Legal realism and the American revolution in Private International Law

Michele Alessandra Hastreiter *

Marcia Carla Pereira Ribeiro **

REFERÊNCIA

HASTREITER, Michele Alessandra; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. O realismo jurídico e a revolução americana de direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 49, p. 140-162, ago. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.112276>.

RESUMO

O artigo se dedica a analisar a revolução estadunidense no Direito Internacional Privado sob a premissa do realismo jurídico. Embora em grande parte do mundo a teoria e prática do Direito Internacional Privado ainda esteja atrelada a postulados clássicos, elaborados no Século XIX por juristas como Joseph Story e Friedrich Carl von Savigny, nos Estados Unidos a disciplina foi bastante transformada, especialmente a partir da década de 1960. A influência do realismo jurídico foi marcante nesta transformação, que tem influenciado uma modernização da disciplina também em outros países. Contudo, para evitar um impensado transplante institucional, é imprescindível conhecer as raízes teóricas do movimento. O artigo parte de uma revisão bibliográfica de autores de Direito Internacional Privado clássicos e contemporâneos, especialmente os estadunidenses, além de debruçar-se brevemente sobre as linhas gerais do pensamento realista para compreender a correlação entre os dois movimentos. A conclusão é a de que o modelo estadunidense não pode ser copiado para um sistema de *civil law* como o nosso, mas as críticas realistas aos postulados clássicos da disciplina podem apontar caminhos interessantes para sua reformulação.

PALAVRAS-CHAVE

Direito internacional privado. Conflito de leis. Revolução americana. Realismo jurídico.

ABSTRACT

This paper is dedicated to analyze the American Revolution in Conflicts Of Laws, under the premise of legal realism. Although in most countries, the theory and practice of Conflicts of Laws is still tied to classic assumptions - developed in the 19th century by authors such as Joseph Story and Friedrich Carl von Savigny, in the US, the discipline has been greatly transformed, especially from the 1960 and forward. The influence of legal realism was remarkable on this process, and the changes made in the American system are influencing other countries as well. However, to avoid a mere institutional transplant, it is essential to know the theoretical roots of the american process. This paper is based on a bibliografic review of classic and contemporary Private International Law authors, especially the Americans, in addition to focusing briefly on the general lines of realistic thinking to understand the correlation between the two. The conclusion is that the American model cannot be copied to civil law systems, but the realistic's criticism to the classics assumptions can lead to interesting paths for its reformulation.

* Professora de Direito Internacional Público e Privado no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Internacional na PUCPR. Advogada, graduada pela PUCPR e Administradora, graduada pela UFPR.

** Professora Titular de Direito Societário na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professora Associada de Direito Empresarial na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-doc pela FGVSP, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Pesquisadora Conv. Université de Montréal – CA. Advogada. E-mail: mcarlaribeiro@uol.com.br



**KEYWORDS**

Private international law. Conflicts of law. Realism. American revolution.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Direito Internacional Privado: do modelo savignyano à revolução americana. 2.1. Joseph Story: o pai da escola norte-americana de Direito Internacional Privado. 2.2. O modelo proposto por Savigny. 2.3. A contribuição de Mancini. 2.4. A revolução americana. 3. O realismo jurídico estadunidense. 4. Contribuições realistas ao Direito Internacional Privado Moderno. 5. Considerações Finais. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

Apesar do mundo estar cada vez mais integrado e interconectado, não há um Direito Uniforme ou Global. Os sistemas jurídicos seguem atrelados aos Estados soberanos – e, como tal, possuem limites jurisdicionais. As relações humanas, contudo, não observam tais limites. Em razão das inovações tecnológicas na comunicação e nos transportes nos últimos cem anos, hoje, mais do que nunca, o mundo está, literalmente, ao alcance das mãos. É possível relacionar-se, praticar ilícitos ou celebrar contratos com alguém do outro lado do planeta com apenas um click na tela de um aparelho de celular.

O Direito Internacional Privado é o ramo do Direito que estuda as relações jurídicas que não se limitam às fronteiras territoriais de um Estado e, em face da diversidade de normas existentes, se encarrega de identificar o Direito a ser aplicado para solucionar os eventuais conflitos que delas emergem. Apesar do nome da disciplina sugerir uma leitura privatista, trata-se de um tema afeto a Teoria Geral do Direito, dado o seu papel na gestão dos chamados “conflitos de leis no espaço” – independentemente de serem eles de natureza privada ou pública.

Mesmo sendo central ao Direito contemporâneo, raras são as pesquisas nacionais que se debruçam com profundidade sobre o diálogo da disciplina com a filosofia jurídica. Sem razão, pois as diferentes escolas filosóficas influenciaram os caminhos traçados pela disciplina no decorrer de sua história: do jusnaturalismo medieval que considerava como pressuposto o direito natural de ser regulado por sua lei onde quer que se estivesse – que marcou a visão das escolas estatutárias - ao positivismo racionalista e científico que desemboca na codificação da disciplina em seu período clássico. As intrigantes situações nas quais o Direito de mais de uma comunidade seria potencialmente aplicável são um verdadeiro convite aos pensadores do direito ao ato de filosofar.

No momento presente, o realismo jurídico parece ser a corrente filosófica que mais contribui à disciplina. Neste artigo, são examinadas as contribuições desta escola como um





todo e, mais especificamente, do realismo jurídico estadunidense, ao Direito Internacional Privado. Note-se que os Estados Unidos possuem um terreno fértil para a produção acadêmica na área: além de grandes atores globais, a forma federativa do país também promove conflitos interestaduais que demandam o emprego das técnicas do Direito Internacional Privado.

O realismo jurídico estadunidense é a base filosófica para a chamada revolução americana no Direito Internacional Privado – movimento que alterou profundamente o funcionamento desta disciplina no país e que tem influenciado juristas do mundo todo. Compreender suas raízes teóricas é, portanto, fundamental antes de se pensar em realizar transplantes institucionais e copiar o modelo sem maiores adequações.

O artigo examinará a relação entre a escola filosófica e a disciplina, apontando suas principais contribuições. Para tanto, se inicia pela análise do que consistiu a revolução americana de Direito Internacional Privado para, na sequência, examinar os principais postulados realistas e, por fim, explicitar os contributos desta corrente de pensamento para dita revolução.

2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: DO MODELO SAVIGNYANO À REVOLUÇÃO AMERICANA

Para que se compreenda corretamente no que consistiu a chamada revolução americana do Direito Internacional Privado é preciso, primeiro, compreender o que, exatamente, tal movimento revolucionou. O Direito Internacional Privado é uma das poucas áreas do Direito americano que tem suas raízes na Europa continental (e não no direito anglo-saxão) (SYMEONIDES, 2008, p. 3). Assim, a base da disciplina estadunidense é semelhante à europeia – a qual, por sua vez, também inspirou a brasileira.

Em retrospecto histórico, pode-se dizer que os institutos fundamentais da disciplina possuem antecedentes em períodos bastante longínquos.¹ Isto porque desde as primeiras comunidades humanas, as ideias-âncoras da disciplina já estavam presentes: os movimentos de pessoas, bens e atos jurídicos para além das fronteiras de uma determinada comunidade

¹ Um papiro encontrado preservado em uma múmia de crocodilo do Egito antigo estabelecia que contratos celebrados entre gregos e egípcios deveriam ser resolvidos pelas cortes gregas, caso a forma daquele direito tivesse sido observada, e nas cortes egípcias, caso a forma fosse a do direito Egípcio. Trata-se de uma prova arqueológica da existência de normas conflituais já na Antiguidade. Naquele período, porém, não se vislumbrava a aplicação do direito estrangeiro perante cortes locais, o que só viria a ser reconhecido muitos anos mais tarde, quando as relações entre povos de comunidades diferentes se tornariam mais amistosas. Sobre o tema, ver Yntema (1953, p. 299).





(RAMOS, 2018, p. 27). Do *jus gentium* no Direito Romano², passando pelas Escolas Estatutárias³ do medievo, diversas foram as vezes em que o Direito se preocupou com o alcance geográfico das normas jurídicas.

No entanto, é a expansão capitalista industrial do Século XIX a força motriz para a consolidação da disciplina (RAMOS, 2018, p. 35). Neste período, os trabalhos de Joseph Story, Friedrich Carl von Savigny e Pasquale Stanislao Mancini estabelecem os postulados clássicos da disciplina. Segundo Beat Rechsteiner:

as personalidades mencionadas são símbolos para os três pilares básicos do Direito Internacional Privado, com vistas a sua evolução histórica, assim sendo a territorialidade do Direito (Joseph Story), a personalidade do Direito (Pasquale Stanislao Mancini) e a universalidade das normas de conflitos de leis no espaço (Friedrich Carl von Savigny) (RECHSTEINER, 2015, p. 227)

Precisamente, estes são os pilares que a revolução americana – em especial a partir da década de 1960 – faria ruir, ao menos nos Estados Unidos da América.

2.1 JOSEPH STORY: O PAI DA ESCOLA NORTE-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Joseph Story foi juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e professor da Universidade de Harvard (DOLINGER, 2011, p. 192; DEL’OLMO, 2015, p. 14). Em 1824, publicou o livro “*Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in regard to marriages, divorces, wills successions and judgements*” (STORY, 2017 [1834]) – o trabalho precursor do Direito Internacional Privado nos Estados Unidos e considerado, por alguns autores, a mais importante obra sobre o tema já produzida.

² O *jus gentium* dos romanos era um conjunto de regras aplicáveis àqueles que não eram romanos em suas relações com os romanos. Eram, contudo, normas materiais e não de solução de conflitos entre leis. O Direito Romano tinha aspiração universal e, por isto, diversos autores sustentam que não existiam normas de Direito Internacional Privado na Antiguidade. Neste sentido, ver Basso (2014, p. 126-128); Dolinger (2011, p.180); Del’Olmo (2015, p. 9). André de Carvalho Ramos, contudo, sustenta que o Direito Internacional Privado não se resume ao método conflitual e destaca, dentre outros, o direito uniforme como exemplo de como coordenar diferentes sistemas jurídicos. Por isto, sustenta que o *jus gentium* teve, sim, importante contribuição ao Direito Internacional Privado, na medida em que “mostra determinada atenção a relações de uma comunidade com outra distinta”. (RAMOS, 2018, p. 29)

³ Por Escolas Estatutárias, entende-se a escola italiana – cujos estudos em Bolonha a partir do século XI e, especialmente, os trabalhos de Bártolo de Sassoferrato tiveram grande importância para o desenvolvimento da disciplina - e as escolas francesa, holandesa e alemã que, ao longo de quase quatro séculos (século XIV ao XVIII) dedicaram-se a interpretação dos estatutos (regras legais ou costumeiras das cidades) e discutiam sobre o seu alcance territorial ou extraterritorial. Sobre o tema, ver Ramos (2018, p. 29-35).





Enquanto juiz da Suprema Corte, Story enfrentava uma dificuldade: os estados da federação norte-americana – influenciados ora pela *common law* britânica, ora pela *civil law* francesa – regulavam de maneira autônoma o Direito de Família, Contratos, Sucessões e etc, e os fatos interestaduais geravam dúvidas quanto à lei aplicável (RAMOS, 2018, p. 37). Tais situações lembravam os fatos transfronteiriços que já vinham despertando a atenção dos pensadores das escolas estatutárias europeias, razão pela qual Story debruçou-se sobre os trabalhos destes autores. Encontrou, na escola holandesa, sua maior inspiração: Ulrich Huber⁴, autor da teoria do “comity”⁵ – a qual Story levou aos Estados Unidos para expressar que apesar da territorialidade do Direito, a aplicação do Direito estrangeiro por um tribunal nacional é uma questão de justiça.

Story marca o início da fase clássica do Direito Internacional Privado e seu trabalho deu a tônica da primeira fase estadunidense da disciplina, além de repercutir no mundo todo. Interessante, neste sentido, notar que Story enviou sua obra à Savigny e o autor alemão referiu-se a ela no prefácio de sua obra, afirmando tratar-se de obra excelente, “tão rica em material e tão útil para as pesquisas” (SAVIGNY, 2004, p. 23). Em verdade, Story e Savigny assentam-se sobre premissas semelhantes, sendo que o autor alemão, bebendo da fonte do americano, articulava a disciplina de maneira decisiva na Europa e em grande parte do restante do mundo.

2.2 O MODELO PROPOSTO POR SAVIGNY

Para Andrés Botero-Bernal, o expoente máximo da Escola Histórica do Direito, Friedrich Carl Von Savigny, era ao mesmo tempo, um romântico e um adepto do positivismo científico (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 95). Romântico, porque entendia que o Direito de cada Estado-nação deveria responder ao seu próprio espírito⁶, e um positivista científico porque defendia que este “espírito do povo” poderia ser encontrado por meio do saber erudito dos professores. Assim, o discurso científico do Direito, baseado no saber profundo dos

⁴ Ulrich Huber (1636-1694) foi o principal nome da escola estatutária holandesa, responsável por identificar de maneira precursora o problema tradicional do DIPRI: o conflito de leis de diferentes Estados. (RAMOS, 2018, p. 34)

⁵ A *comitas gentium* dos holandeses pode ser entendida como uma espécie de “gentileza” internacional, que justificaria a aplicação da lei estrangeira. (DOLINGER, 2011, p. 194). Story emprestou o conceito, mas para dizer que muito mais do que “gentileza”, aplicar o Direito estrangeiro era questão de justiça.

⁶ Razão esta pela qual o Código de Napoleão não poderia ser recebido na Alemanha, dada a incongruência do seu ideal revolucionário ao espírito do povo alemão. (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 95)





professores, seria capaz de propor *corpus* normativos com a lógica que o sistema deveria ter para estar conforme o espírito do povo que representa.

O autor debruçou-se sobre o Direito Internacional Privado no oitavo volume de sua obra *Sistema do Direito Romano Atual*, publicado em 1849. Na Introdução à tradução para o português do volume, Erik Jayme chama de “revolução copernicana” a ideia trazida pelo autor: antes de Savigny, as Escolas Estatutárias buscavam identificar o alcance espacial das normas jurídicas; Savigny, contudo, parte da relação jurídica e de sua natureza intrínseca para identificar a qual sistema jurídico ela pertence (SAVIGNY, 2004, p. 15).

O Direito Internacional Privado deveria, segundo o autor, “determinar para cada relação jurídica a esfera do Direito mais conforme à natureza própria e essencial dessa relação” (SAVIGNY, 2004, p. 50). Haveria, portanto, um Direito *certo* a ser encontrado para cada relação jurídica – aquele que representaria a sede desta relação – e tal direito seria tão certo e conforme o espírito de uma comunidade de Direito existente entre todos os povos que a decisão a ser tomada no caso de colisão de leis deveria ser sempre a mesma, independentemente do local onde a sentença seria proferida. (SAVIGNY, 2004, p. 49)

Em síntese, Savigny propunha que cada relação jurídica teria uma sede natural, decorrente de sua própria natureza. Para localizá-la, seria necessário observar elementos existentes na própria relação: como o domicílio da pessoa, sua nacionalidade, o local onde o bem se encontra ou onde deve ser cumprida uma determinada obrigação. A identificação da sede seria não só factível como uniforme entre os diferentes países do mundo, oferecendo segurança jurídica e previsibilidade às relações de Direito Internacional Privado (RAMOS, 2018, p. 39).

O modelo savignyano é marcado por uma pretensa neutralidade: tratava-se apenas e tão somente de um “direito de conexão”, que estabelecia um método frio de localização do direito aplicável, sem preocupar-se com as consequências de sua indicação (MAZZUOLI, 2017, p. 248). São as críticas a tal neutralidade que impulsionarão os revolucionários americanos a reformular a disciplina, como se verá adiante.

De toda sorte, os postulados de Savigny sobre o Direito Privado foram recepcionados nos processos de codificação sulamericanos como dogmas imprescindíveis (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 97). O mesmo aconteceu com o seu método conflitual, e muitos países adotaram as premissas do autor alemão inserindo a regulação das relações transnacionais em seus códigos civilistas – o que torna o modelo savignyano do Século XIX ainda vigente em muitos países. Como bem sustentou André de Carvalho Ramos, “o aspecto central do modelo





proposto por Savigny, que é a identificação da relação jurídica, com a consequente indicação da lei do seu centro (ou sede) para regulá-la, é peça chave no Direito Internacional Privado no Brasil e no mundo até os dias de hoje” (RAMOS, 2018, p.40).

É de se destacar, contudo, que a intuitividade de um modelo pautado no direito natural já era alvo de suspeitas no Século XIX, e não tem espaço nos dias de hoje (MILLS, 2013, p. 450). O que persistiu do modelo foi a ideia de descobrir um território ao qual a relação jurídica está atrelada por meio da identificação dos chamados elementos de conexão⁷. Não obstante, a incursão dos temas de Direito Internacional Privado nas diversas legislações nacionais gerou um efeito colateral não antecipado pelo autor: a identificação dos elementos de conexão mais apropriados para cada tipo de disputa não seguiu uma lógica uniforme entre os países e o objetivo savignyiano de universalização da disciplina fracassou, dando lugar a fragmentariedade de um Direito Internacional Privado particular e nacionalista.

2.3 A CONTRIBUIÇÃO DE MANCINI

Pasquale Stanislao Mancini, italiano, foi fundador do Instituto de Direito Internacional. Ao contrário de Story e Savigny, ele não escreveu nenhum livro propriamente dito, mas proferiu palestras de extremo relevo, as quais posteriormente foram publicadas sob sua supervisão (DEL'OLMO, 2015, p. 15).

Na aula inaugural da Universidade de Torino, em 22 de janeiro de 1851, o jurista defendeu que a nacionalidade era o fundamento do Direito Internacional. Na ocasião, embebido do desejo de unificação italiana, associou a palavra nacionalidade ao conceito – por ele introduzido – de nação, a qual equiparou à família como uma forma perpétua de associação humana, uma constituição natural e necessária da humanidade baseada no compartilhamento de características, como o território, a raça, a língua, os costumes, as leis, a história e a religião.⁸

⁷ Segundo Valério Mazzuoli, os elementos de conexão são “os elos (‘pontes’) existentes entre as normas de um país e as de outro, capazes de fazer descobrir qual ordem jurídica resolverá a questão (material) *sub judice*. (...) São “elementos de localização” do direito aplicável, isto é, aqueles que a legislação interna de cada Estado toma em consideração e entende como relevantes para a indicação do direito substancial aplicável. (MAZZUOLI, 2017, p. 132).

⁸ Neste sentido, afirma o autor que: “Quegl’i istinti del fanciullo sono il germe di due possenti tendenze dell’uomo adulto, di due leggi naturali dela specie, di due forme perpetue dell’associazione umana, la famiglia e la nazione. (...) Che anzi la nazione nella primitiva sua genesi storica esser non poté che la famiglia stessa, la quale si ampliò per propaggini e per generazioni sul territorio che occupava, o un’associazione di gamiglie tra loro congiunte per la religione de’ connubii. (...) Ma in tanta ricchezza di varietà particolari bem può la scienza





A partir desta visão, Mancini defendia que o local de nacionalidade era a sede natural das relações travadas pelo indivíduo e, portanto, a lei do local de nacionalidade é a que deveria reger suas relações, com exceção apenas para situações em que as partes escolheram outra lei (consagrando também a ideia da autonomia da vontade) ou quando houvessem limites de ordem pública para a aplicação do direito estrangeiro. Suas ideias influenciaram a escolha da nacionalidade como elemento de conexão para o Estatuto pessoal no Código Civil Italiano e na maior parte dos Estados europeus. (RAMOS, 2018, p. 41)

A preferência, contudo, pelo domicílio em outros tantos países⁹ é um indicativo da inexistência de uniformidade para a solução dos conflitos de leis no espaço – uma das razões pelas quais o método conflitual viria a ser fortemente atacado na segunda metade do Século, principalmente nos Estados Unidos.

2.4 A REVOLUÇÃO AMERICANA

Segundo Symeon C. Symeonides, a revolução americana de Direito Internacional Privado foi uma “rebelião acadêmica e depois judicial, com a intenção de abruptamente e completamente demolir ao invés de reformar o sistema tradicional” [tradução livre] (SYMEONIDES, 2008, p.2.)¹⁰. Este sistema tradicional se baseava nas ideias dos três autores supracitados pois, como já se mencionou, o Direito Internacional Privado americano era inspirado no direito da Europa continental. Contudo, é nos Estados Unidos onde o Direito Internacional Privado (lá chamado de “*Conflicts of laws*”¹¹) alcança seu máximo

trasandare tutte quelle che siano veramente accidentali e di una fuggevole contingenza, tutt’i fenomeni che un legame ideale non può sublimare dealla gretta individualità a significare una legge o um rapporto generale; ed appigliarsi in vece all’analisi di alcune proprietà e fatti costanti, che superando i limiti delle zone e desecoli, ebbero a riscontrarsi ognora presso ciascuna delle tante Nazioni che fin qui vissero. La Regione, la Razza, La Lingua, Le Costumanze, la Storia, Le Leggi, Le Regiolioni, sono di tal numero le principali”. (MANCINI, 1851, p. 30-31)

⁹ “Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.” (BRASIL, 1942)

¹⁰ No original: “The phenomenon known as the American choice-of-law revolution was a grassroots scholastic, and then judicial, rebellion intent on abruptly and completely demolishing rather than reforming the traditional system”.

¹¹ A diferença na denominação da disciplina chamou a atenção de Symeon C. Symeonides, especialmente porque a expressão Direito Internacional Privado foi cunhada por Joseph Story (o pai americano da disciplina) enquanto a expressão “conflicts of laws” tem origem na Europa continental (precisamente, no holandês Ulrich Huber). A diferença no uso contemporâneo dos termos, contudo, reflete diferentes concepções sobre a função da matéria, já que a expressão “Direito Internacional Privado” estaria ligada a concepção idealista que Story compartilhava com Savigny visando a uniformidade dos resultados das disputas onde quer que fossem julgadas, a partir da identificação da lei aplicável a cada uma delas. A expressão “conflicts of law”, por sua vez, já refletiria o caráter





desenvolvimento, já que a estrutura federalista do país trouxe também a preocupação com os conflitos interestaduais, além dos internacionais (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2038).

No período de 1900 a 1950, a teoria dos chamados “*vested rights*” – com inspiração em Story, Savigny e Mancini – dominava o Direito Internacional Privado estadunidense. Dita teoria tinha dois elementos centrais: i) o Estado tem o monopólio de criação das normas jurídicas que governam as ações em seu território; ii) quando um Estado exerce este poder, violações das normas jurídicas criam “*vested rights*”, que todos os demais Estados que venham a apreciar juridicamente o caso precisam garantir (GREEN, 1995, p. 968).

Uma síntese deste entendimento foi expressada no *First Conflicts Restatement*¹², elaborado por Joseph Beale. A ideia central do autor é a de que, diante de uma situação de conflito de leis no espaço, seria necessário encontrar o Estado aonde foi praticada a última ação necessária para completar os fatos que levam ao problema. Este seria o Estado no qual o direito em questão teria surgido (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2038). No *First Restatement*, ele basicamente estipulou uma larga quantidade de regras a serem aplicadas nos diferentes tipos de disputa, com o objetivo de identificar o local do último ato. Assim, replicava a ideia de um sistema determinista de regras para solucionar os conflitos de leis no espaço, visando a previsibilidade, uniformidade e harmonia entre os Estados, tal como desejava Savigny.

Segundo Brilmayer e Seidell, porém, a desejada uniformidade não prosperou nem mesmo dentro dos Estados Unidos, pois muitas vezes os juízes não decidiam conforme os critérios elencados, até mesmo por dificuldades práticas em aplicá-los¹³. Assim, as críticas ao *First Restatement* começaram tão logo o documento foi publicado (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2040).

Um dos primeiros críticos foi David Cavers, que já em 1933 refutava a ideia de que os teóricos de Direito Internacional Privado conseguiriam, em seus estudos – como num passe de mágica de uma varinha de condão – indicar a ordem jurídica correta que deveria dar as

realista da revolução americana, evidenciando a existência de conflitos de interesses que impediriam o Direito Internacional Privado de ser apolítico e desinteressado, como desejavam os pensadores clássicos da disciplina. (SYMEONIDES, 2008, p. 40)

¹² Os chamados “Restatements of the Law” são publicados pelo American Law Institute com o objetivo de explicitar os princípios gerais da common law americana para juízes, advogados e estudantes. Sobre o tema, ver em: ALI (The American Law Institute). The Story of ALI. Disponível em: <<https://www.ali.org/about-ali/story-line/>>. Acesso em: 05 ago. 2020).

¹³ Neste sentido, os autores citam como exemplo a lei aplicável em caso de morte por lento envenenamento, que deveria ser a do local onde a última substância fez efeito (e não onde foi ministrada ou o local da morte). (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2040)





respostas para às controvérsias que não respeitaram as fronteiras de um Estado (CAVERS, 1933, p. 173). Contudo, para diminuir a incerteza, o autor não renunciou totalmente às normas indicativas – substituindo-as sob a forma de princípios de preferência, que funcionariam como guias de decisão aos juízes (RECHSTEINER, 2015, p. 236).

Outro importante autor no movimento revolucionário estadunidense é Walter W. Cook - para quem as questões de conflito de leis no espaço são idênticas as demais questões jurídicas (COOK, 1924, p. 469). Assim, quando uma corte emprega o direito estrangeiro, ela não o faz porque é obrigada a reconhecer a existência de um direito estrangeiro com base em algum critério legal, mas sim porque a aplicação do direito estrangeiro é sugerida por uma política doméstica (GREEN, 1995, p. 969). O autor parte do empirismo das ciências naturais para criticar a doutrina de Direito Internacional Privado por suas tentativas de estabelecer as respostas para os casos concretos de maneira apriorística. Para o autor, seria necessário, ao invés de procurar identificar a qual lei corresponde uma determinada classe de relações jurídicas em abstrato, observar concretamente o que as cortes têm feito quando se deparam com tais situações em concreto (COOK, 1924, p. 460).

Os primeiros críticos do *First Restatement* limitaram-se a apontar suas falhas, mas sem propor alternativas consistentes. Foi, então, a partir da década de 1960, alguns autores começaram a trazer suas próprias propostas para a solução dos conflitos de leis no espaço. Brainerd Currie foi um dos mais influentes neste sentido. Para o autor, toda norma – seja ela oriunda de uma lei ou de um conjunto de decisões judiciais – carrega consigo uma política estatal determinada (o que o autor chamou de interesses dos Estados) (CURRIE, 1958, p. 9-84). Uma norma que estabelece certas pessoas como incapazes visa a promoção do objetivo estatal da proteção destes indivíduos, por exemplo. O *insight* central da análise de Currie é o de que as questões de DIPRI deveriam ser resolvidas de modo a promover as políticas governamentais que sustentam a existência das regras de Direito em questão (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2035).

Pode-se dizer que o autor propõe uma espécie de interpretação teleológica e de uma análise consequencialista a ser executada pelo juiz. Assim, decidir pela aplicação de uma lei determinada a certos fatos requer identificar se o resultado da aplicação desta lei seria aquele pretendido pela lei em si (se a lei atenderia ao seu objetivo). Currie¹⁴ rompe, assim, com a

¹⁴ O próprio Currie resume sua teoria em cinco passos, conforme segue: “1. Normalmente, mesmo em casos envolvendo fatores estrangeiros, a corte deveria olhar primeiro para a lei do foro como fonte da regra da decisão. 2. Quando for sugerido que a lei de um outro Estado – e não a do Estado do foro – deveria ser aplicada na





noção de normas indicadoras – afirmando “*Nós estaríamos melhor sem regras de conflito de leis*” [tradução livre] (CURRIE, 1959, p. 177)¹⁵ – e introduz ao Direito americano a chamada análise de interesses, em que o primeiro passo em um caso com potencial conflito de leis seria decidir quais estados tem um interesse em terem suas leis aplicadas. Isso evitaria o que ele chamou de “falso conflito” – situações em que apenas um Estado tem um interesse legítimo em ter sua lei aplicada (situação na qual a lei do estado genuinamente interessado é a que deve prevalecer). Para o autor, nos casos de conflitos verdadeiros, seria papel do juiz promover os interesses de seu Estado e o Direito do foro deveria ser aplicado (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2050). Por esta razão, o autor receberia a crítica de ser um *lexforista* (RECHSTEINER, 2015, p. 237).

Além de Currie, é necessário destacar o modelo proposto por Robert Leflar, que, em diversos artigos, explicitou a necessidade das cortes considerarem fatores como: i) a previsibilidade dos resultados; ii) a manutenção da ordem internacional; iii) a simplificação das tarefas judiciais; iii) a consolidação dos objetivos de política do foro; iv) a aplicação da melhor regra de direito (BORCHERS, 1992, p. 363). Como substituição ao método tradicional, o autor defendeu que fosse aplicada a lei que trouxesse o melhor resultado ao caso concreto – introduzindo o que viria a ser conhecido por *better law approach* (RAMOS, 2018,

decisão, a Corte deveria em primeiro lugar determinar a política governamental – talvez seja mais fácil dizer a política social, econômica ou administrativa – expressada pela lei do foro. A corte deveria então questionar-se se a relação do Estado do foro com o caso em comento (isto é, com as partes, a transação, o assunto, o litígio) é de tal importância que o caso deve ser enquadrado dentro do escopo da preocupação governamental, assim auferindo uma base legítima para a asserção de que o Estado tem um interesse na aplicação da sua política. 3. Se necessário, a corte deveria de maneira similar determinar a política expressada pelo Direito estrangeiro, e se o Estado estrangeiro tem um interesse legítimo na aplicação de sua política ao caso em análise. 4. Se a corte descobrir que o Estado do foro tem interesse na aplicação da sua lei e na implementação de sua política, deveria então aplicar o Direito do foro, mesmo que o Estado estrangeiro também tenha um interesse. Além disto, também deverá aplicar o Direito do foro se o Estado estrangeiro não tiver um interesse legítimo na questão” [Tradução livre] (CURRIE, 1958). (No original: “1. Normally, even in cases involving foreign factors, a court should as a matter of course look to the law of the fórum as the source of the rule of decision. 2. When it is suggested that the law of a foreign state, rather than the law of the forum, should furnish the rule of decision, the court should first of all determine the governmental Policy - perhaps it is helpful to say the social, economic, or administrative Policy - which is expressed by the law of the forum. The court should then inquire whether the relationship of the fórum state to the case at bar-that is, to the parties, to the transaction, to the subject matter, to the litigation – is such as to bring the case within the scope of the state’s governmental concern, and to provide a legitimate basis for assertion that the state has an interest in the application of its Policy in this instance. 3. If necessary, the court should similarly determine the Policy expressed in the proffered foreign law, and whether the foreign state has a legitimate interest in the application of that Policy to the case at bar. 4. If the court finds that the fórum state has no interest in the application of its law and Policy, but that the foreign state has such an interest, it should apply the foreign law. 5. If the court finds that the fórum state has an interest in the application of its law and Policy, it should apply the law of the fórum even though the foreign state also has such an interest, and, a fortiori, it should apply the law of the fórum if the foreign state has no such interest.”).

¹⁵ No original: “We would be better off without choice-of-law rules”.





p. 44). Este modelo também viria a favorecer a aplicação da *lex fori* em grande parte dos casos (RECHSTEINER, 2015, p. 236).

Embora não fossem os únicos autores a propor alternativas, Currie e Leflar foram certamente os mais influentes e seus trabalhos contribuíram para a consolidar as críticas ao *First Restatement* (BORCHERS, 1992, p. 364). Em 1963, é proferida a decisão em *Babcock v. Jackson* (NEW YORK, 1963)¹⁶ - o caso seminal da virada jurisprudencial no Direito Internacional Privado estadunidense. Nele, a Corte de Nova Iorque formulou a pergunta que sintetiza a revolução americana: “deveria o local do dano invariavelmente governar a possibilidade de indenização ou a lei aplicável deveria refletir considerações de outros fatores relevantes para o propósito da existência ou não do dever de reparação?” [tradução nossa] (NEW YORK, 1963)¹⁷. A refutação da lei do local do dano ocorreu, no caso, sob a premissa de que seria necessário evitar o resultado injusto e anômalo que seria proveniente da aplicação do critério clássico.

Nos anos seguintes, o American Law Institute (ALI) – sob a direção de Willis Reese – elaboraria o *Second Restatement of Conflict of Laws*. Publicado em 1971, o documento é bastante eclético e alberga tanto elementos de conexão (mais flexíveis que os presentes no *First Restatement*) quanto variáveis como as das políticas dos Estados interessados, baseando-se nos trabalhos de diversos autores que, então, haviam formulado seus próprios modelos de solução para os conflitos de leis no espaço (BORCHERS, 1992, p. 363). Os trabalhos de Currie, contudo, foram pouco prestigiados no *Second Restatement* (BRILMAYER; SEIDELL, 2019, p. 2034) e o documento acabou sendo muito criticado, inclusive por não ser considerado pelas cortes na tomada de decisão sobre casos concretos. Em 2014, o *American Law Institute* anunciou que está trabalhando na criação de um *Third Restatement of Conflict of Laws*. Segundo Brilmayer e Seidell, o rascunho do documento parece trazer novamente à

¹⁶ Em síntese, em 16 de setembro de 1960, um casal (Mr. e Mrs. William Jackson), moradores da cidade de Rochester, no estado de Nova Iorque, alugaram um carro para viajar ao Canadá, juntamente com uma amiga – domiciliada na mesma cidade que o casal. Durante a viagem e já no Canadá, o grupo sofreu um acidente que deixou a carona - Miss Georgia Babcock - gravemente ferida. Após recuperar-se, ela ingressou com uma ação pedindo uma reparação pelos danos sofridos e alegando negligência do motorista. Seguindo o método conflitual clássico, o local do dano (*lex loci delicti*) seria o que deveria reger o direito de indenização e as leis canadenses vedavam a possibilidade do carona pleitear indenização ao motorista do carro. A corte americana, contudo, entendeu pela aplicação das leis de Nova Iorque ao caso, as quais previam o direito de reparação da convidada.

¹⁷ No original: “The question presented is simply drawn. Shall the law of the place of the tort invariably govern the availability of relief for the tort or shall the applicable choice of law rule also reflect a consideration of other factors which are relevant to the purposes served by the enforcement or denial of the remedy?”





tona a análise de interesses de Currie, com alguns aspectos modernizados (BRILMAYER; SEIDELL, 2019, p. 2034).

Naturalmente, o funcionamento do moderno Direito Internacional Privado estadunidense não está imune às críticas. Tal qual o voto dissidente do juiz Van Voorhis no caso *Babcock v. Jackson* – que se preocupou com a imprevisibilidade gerada por análises como a dos interesses ou a da “melhor lei”¹⁸ – diversos outros críticos esboçam preocupações quanto aos perigos de um decisionismo judicial e, até mesmo, com a fidelidade dos postulados teóricos ao movimento realista, como se verá mais adiante.

Não há dúvidas, porém, de que o movimento estadunidense descortinou a artificialidade da noção de que existiria uma resposta certa para os conflitos de leis a partir de noções metafísicas por detrás da territorialidade ou extraterritorialidade de certos direitos, ou, ainda de um formalismo academicista e dogmático por detrás de alguns conceitos abstratos (como os “*vested rights*” ou a ideia de uma “sede” para as relações jurídicas). É dentro deste contexto que a revolução americana merece ser cotejada sob a ótica do realismo jurídico – como será feito na sequência.

3 O REALISMO JURÍDICO ESTADUNIDENSE

O realismo jurídico é um movimento teórico e filosófico que engloba diversas vertentes, com pensadores espalhados pelo globo. Não é um movimento uniforme e as nuances entre os pensadores realistas dependem de seus locais de origem e das escolas onde suas ideias foram defendidas. As classificações do movimento seguem esta premissa e, assim, há o realismo jurídico da Europa continental - que se subdivide em realismo escandinavo, realismo francês e realismo genovês (BARBERIS, 2015, p. 227) - e o realismo estadunidense, movimento de maior expressão (até mesmo em função da maior facilidade de aplicação dos postulados realistas em um sistema jurídico de *common law*) (LEITER, 2015, p. 241; BOTERO-BERNAL, 2015, p. 141). No entanto, até mesmo Hans Kelsen é enquadrado por alguns autores (CHIASSONI, 2013, *passim*.) como um realista, hipótese na qual seria o expoente máximo da denominada Escola de Viena.

¹⁸ O Juiz Van Voorhis chamou a atenção para a mudança de paradigma que a decisão representava e disse, de forma contundente que inexistiam razões para a mudança na regra estabelecida e que tal mudança traria muita confusão. “In my view there is no overriding consideration of public policy which justifies or directs this change in the established rule or renders necessary or advisable the confusion which such a change will introduce” (NEW YORK, 1963).





Em comum, os realistas jurídicos têm a pretensão de investigar o Direito a partir de fatos sociais passíveis de verificação (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 137.), compreendendo como funciona o Direito eficaz, aquele que existente no mundo real (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 144). Riccardo Guastini, um dos grandes expoentes do realismo jurídico genovês, resume as ideias unificadoras do movimento em função de três teses fundamentais: a tese ontológica (que visa a responder “o que é o Direito?”); a tese metodológica (que procura responder “que tipo de atividade é a interpretação do Direito?”) e a tese epistemológica (que almeja estabelecer em que consiste o conhecimento do Direito?). (GUASTINI, 2013, p. 26)

Do ponto de vista ontológico, o realismo rejeita a visão do Direito como um conjunto de entidades abstratas (como normas, valores, obrigações, entre outros), concebendo-o como um conjunto de fatos sociais, expressado por meio das normas vigentes em uma dada sociedade, uma espécie de *direito vivo* – que pode ser constituído de normas formuladas não apenas pelos legisladores, mas também por juízes ou teóricos¹⁹. De fato, para o realismo jurídico, o juiz é o agente mais relevante no mundo do Direito sendo, pois, uma teoria sobre o que é o Direito a partir da atividade dos magistrados (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 141). Por esta razão, trata-se de corrente especialmente difundida nos Estados Unidos, onde o juiz é o coração do sistema de *common law*.

Sob a ótica metodológica, os realistas concebem que a interpretação do direito é uma atividade decisória e não cognitiva: em outras palavras, ao invés de aplicarem uma solução jurídica pronta e acabada que existe na lei e está esperando para ser descoberta, os juízes (e também a doutrina) escolhem uma solução possível dentre várias existentes num texto normativo (que, por natureza, é indeterminado, abstrato e ambíguo) (GUASTINI, 2013, p. 28-30). Daí o caráter decisório e criativo da interpretação que, como tal, acaba condicionada aos interesses práticos e aos ideais de justiça do intérprete/decisor.

Na perspectiva epistemológica, por fim, o realismo jurídico sustenta que a prática corriqueira dos juristas não é uma verdadeira ciência, pois os discursos da doutrina do Direito são prescritivos e não descritivos²⁰, não podendo ser confirmados ou falseados. O modelo ideal de conhecimento demandaria uma descrição não valorativa do Direito, visando a descrever o direito vigente – concebendo-o como fato e não como norma (GUASTINI, 2013,

¹⁹ Normas estas que podem até mesmo ser inválidas – dado que juízes e teóricos não estão autorizados a criar normas – mas nem por isto deixam de ser aplicadas. (GUASTINI, 2013, p. 31)

²⁰ Uma distinção entre discurso descritivo e prescritivo pode ser encontrada na obra do realista escandinavo Alf Ross – que, contudo, prefere usar as expressões proposição e diretivo, respectivamente. (ROSS, 1971, p. 73)





p. 36). Neste ponto particular reside grande parte da atratividade da corrente: permeada pela cultura positivista que concebia as ciências naturais como paradigma para o verdadeiro conhecimento (LEITER, 2015, p. 242), seus adeptos pretendem obter um status de cientificidade e veracidade atribuível apenas a quem se debruça sobre objetos verificáveis (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 145) - algo usualmente inatingível à dogmática jurídica.

A escola estadunidense do realismo jurídico surge ao final do Século XIX e início do Século XX, influenciada pela jurisprudência do Direito Livre e pelas ideias utilitaristas (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 141), e vem a se tornar o mais importante movimento de teoria do Direito do Século XX nos Estados Unidos. Enquanto as correntes europeias do movimento consagraram-se aplicando conceitos da semântica e da epistemologia, os pensadores estadunidenses eram em sua maioria juristas e não filósofos, com motivações mais práticas que seus colegas europeus (LEITER, 2015, p. 241). Por isto, entendiam como tarefa da ciência do Direito identificar e descrever os padrões das decisões tomadas pelas Cortes, recorrendo, para tanto, a uma análise da decisão já tomada, adequando o método da ciência jurídica ao empirismo das ciências naturais (LEITER, 2015, p. 255). Com o passar dos anos, a escola também passou a desenvolver análises e proposições para melhoria do sistema jurídico e judicial, objetivando a promoção dos fins sociais do Direito (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 144).

Os teóricos americanos realistas aderiram ao que Brian Leiter chamou de “afirmação central do realismo”, qual seja: ao decidir os casos, os juízes respondem em principalmente aos estímulos dos fatos do caso, ao invés de basearem-se em regras jurídicas pré-existentes (LEITER, 2015, p. 246). Tais regras são apenas utilizadas, como forma de legitimação na argumentação, depois que a decisão já foi tomada com base em considerações não-jurídicas. Muitos realistas recorriam à sociologia e a psicologia para explicar a tomada das decisões pelos juízes (LEITER, 2015, p. 255), o que abriu caminho para a interdisciplinaridade no Direito – razão pela qual Botero Bernal afirma que uma evolução do realismo nos Estados Unidos é o desenvolvimento, naquele país, da hoje tão difundida análise econômica do Direito (BOTERO-BERNAL, 2015, p. 144).

Leiter descreveu o realismo jurídico americano para a Enciclopédia de Filosofia e Teoria do Direito organizada pela *Universidad Nacional Autónoma de México* – e nela realçou os escritos de Karl Llewellyn, Underhill Moore, Herman Oliphant, Leon Green e Walter Wheeler Cook como expoentes da corrente (LEITER, 2015, p. 243). Este último, como mencionado no tópico anterior, foi também um importante crítico do método clássico





do Direito Internacional Privado e uma grande referência à revolução americana da disciplina – o que demonstra como os dois movimentos estão profundamente interconectados.

4 CONTRIBUIÇÕES REALISTAS AO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO MODERNO

Diversos aspectos da revolução americana no Direito Internacional Privado evidenciam a forte influência das premissas realistas no movimento. Segundo Lea Brilmayer e Charles Seidell, o realismo norte-americano libertou o Direito Internacional Privado do territorialismo conceitual (BRILMAYER; SEIDELL, 2019, p. 2032). Isto porque foi o realismo quem evidenciou que, embora o debate acadêmico seja importante, as teorias não decidem o caso. Em verdade, regras legais tampouco decidem os casos: são as cortes que o fazem – e o fazem usando regras de Direito, teorias de Direito e obras de professores como ferramentas para ajudá-los a alcançar suas decisões. (MAIER, 1991, p. 829)

Brilmayer e Seidell identificam quatro assunções fundamentais das teorias modernas de Direito Internacional Privado que demonstram seus fundamentos realistas: i) *o Direito é criado e não descoberto* – razão pela qual não se pode conceber a ideia de que há um direito certo decorrente da natureza das relações jurídicas para regulá-las; ii) *as decisões judiciais de autoridades competentes são corretas por definição* – já que não existem standards objetivos aos quais elas devem se adequar *a priori*, o Direito depende necessariamente de sua sujeição a noção de autoridade; iii) *unidade das disciplinas* - o Direito Internacional Privado não é diferente do Direito material doméstico; iv) *a metodologia para a tomada de decisão* - as decisões nos conflitos de leis podem ser feitas pelo mesmo processo de interpretação e aplicação do Direito doméstico. (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2043)

Um exemplo disto pode ser visto na interpretação de Walter Cook - ele mesmo um renomado realista – sobre a lógica do Direito Internacional Privado. Para o autor, a teoria do Direito Internacional Privado só poderia examinar os casos *a posteriori*, depois de terem sido decididos, para então – mediante hipóteses verificáveis – descrever como funciona a disciplina de fato. Ele rebate o centro da concepção de Story e dos demais pensadores clássicos, que entendem que o Direito Internacional Privado demanda o reconhecimento e a execução de direitos criados no exterior, afirmando que não existem direitos criados no exterior de fato (COOK, 1924, p. 459). Isto porque a visão realista subentende que um direito só é criado quando alocado por uma corte. Se a corte nacional o faz – ainda que pautada em





algum tipo de motivação oriunda do direito estrangeiro – tal direito é nacional, pois reconhecido por uma corte local.

Destrinchando o pensamento de Cook, Michael Green explica a premissa realista que ela subjaz: a de que a teoria do Direito é uma mera descrição – ou quando muito uma predição sobre o comportamento do julgador no futuro (GREEN, 1995, p. 969). De fato, para o autor, até mesmo uma regra legal é uma mera descrição. Neste ponto particular, é bastante elucidativa a leitura de Harold Maier que esclarece que os enunciados normativos não têm força coercitiva apenas em razão de suas existências. É a ameaça de uma decisão feita a partir daquela norma o que tem efeito coercitivo (MAIER, 1991, p. 838). Isto porque ninguém se sente coagido a agir conforme uma norma que nunca é aplicada. Sendo assim, quando um Estado usa uma lei estrangeira para tomar uma decisão, é o poder coercitivo do Estado decisor o que está em questão.

A partir destas premissas, sendo tanto a teoria como as regras de direito estrangeiro meramente descritivas, não há conclusão normativa a ser delas extraídas. Green, então, afirma, ainda sobre o pensamento de Cook, que, porque toda e qualquer aplicação do Direito estrangeiro tem motivações completamente locais, uma corte não irá, de fato, aplicar um direito estrangeiro, mas sim um direito que é puramente local²¹. E ao fazê-lo, o caso de Direito Internacional Privado que outrora parecia atípico e diferenciado torna-se idêntico aos casos de aplicação do direito puramente domésticos (BRILMAYER, SEIDELL, 2019, p. 2035).

Neste sentido, interessante passagem de Harold Meier merece ser destacada:

Não há Direito em caso algum, em um sentido realista, até que um juiz dê uma decisão. Cada decisão é uma escolha entre ao menos duas regras de Direito competindo entre si, e o Direito para uma situação particular não existe até que a escolha seja feita por um decisor que tem autoridade para escolher. Isto não é menos verdade quando uma ou mais regras disponíveis são de direito estrangeiro. As regras de Direito Internacional Privado são meros guias para que se faça tal escolha. [tradução nossa] (MAIER, 1991, p. 840-841)²²

²¹ “Because any employment of foreign law has fully local motivations, a forum cannot enforce a foreign legal right at all” (GREEN, 1995, p. 969).

²² No original: “There is no law on any given issue in any realistic sense until the judge renders a decision. Every legal decision is a choice between at least two competing rules of law, and the law for that issue in that case does not exist until that choice is made by a decisionmaker with the authority to make it. This is no less true when one or more of the available rules is from foreign law. Conflict of laws rules are merely policy guides to making that choice.”





Contudo, a excessiva abertura à discricionariedade judicial do sistema realista preocupou alguns teóricos. Neste sentido, Brilmayer e Seidel enfatizam o debate acalorado que existe sobre onde termina a discricionariedade judicial que pode ser explicada como interpretação e onde começa uma espécie de usurpação judicial (BRILMAYER; SEIDELL, 2019, p. 2035).

Para enfrentar este problema – bem como a insegurança de uma excessiva liberdade judicial – alguns autores trataram de elaborar métodos para embasar a tomada de decisão. É o caso de Currie e Leflar – sobre quem já se falou neste artigo – e que trouxeram a teoria da análise dos interesses e da *better law approach*, respectivamente, à baila. Quanto a tais vertentes, porém, Brilmayer e Seidel sustentam que os autores perderam o embasamento realista, na medida em que parecem pressupor a existência de certos valores (ou interesses) defendidos por regras legais e que podem ser claramente identificados pelo julgador a partir da leitura dos textos da norma estrangeira (BRILMAYER; SEIDELL, 2019, *passim*).

Para estes autores (BRILMAYER; SEIDELL, 2019, p. 2085), os teóricos da revolução americana se equivocaram ao entender que as questões de Direito Internacional Privado são idênticas às domésticas, pois ignoram a existência de múltiplos decisores com autoridade para resolver a questão. Propõem, então, uma análise subjetiva dos embasamentos motivacionais (leis, doutrina, jurisprudência) estrangeiras, defendendo que a abordagem mais defensável dos interesses deveria ser que todos os Estados e acadêmicos aceitem como autorizadora o que cada Estado diz sobre seu próprio interesse, reconhecendo assim que o que distingue o Direito Internacional Privado do restante do Direito é a existência destas múltiplas vozes decisoras.

O que todos estes autores mostram é que ainda há caminhos para aprofundamento do diálogo entre o realismo e o Direito Internacional Privado, e tanto o realismo jurídico enquanto corrente filosófica quanto a teoria e a prática do conflito de leis têm a ganhar a partir dos avanços desta intersecção. Isto é verdade não apenas para o Direito Internacional Privado estadunidense, mas também especialmente quanto ao sistema jurídico brasileiro de Direito Internacional Privado – que embora precise ter cautela para não transplantar as soluções de um sistema jurídico diametralmente diferente²³, como é o da *common law* americana – ainda

²³ Diversos trabalhos abordam a inviabilidade dos chamados “transplantes institucionais” – ou seja, quando uma instituição adequada para um determinado contexto é impensadamente repetida em outros contextos. Tal discussão é especialmente pertinente na análise econômica do direito e pode ser embasada nos pensamentos do institucionalista Douglass North, que ressalta que os resultados da aplicação de um determinado arranjo institucional dependem tanto das regras formais quanto das regras informais existentes em um dado local. As regras informais (normas de comportamento, regras morais, costumes) são mais difíceis de serem alteradas do





está profundamente arraigado aos postulados clássicos da disciplina, desenvolvidos já há dois séculos e carece de uma modernização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de Direito Internacional Privado segue assentado nos pilares clássicos em grande parte do mundo e também no Brasil. Isto é, a teoria e a prática da disciplina baseiam-se na ideia de que, diante de uma solução de conflito de leis no espaço, existe uma resposta certa, que pode ser identificada *a priori* – o que em nosso sistema se dá por meio da relação estabelecida pela lei entre objetos e elementos de conexão. Os Estados Unidos são uma notória exceção, tendo promovido desde a década de 1960 uma revolução na disciplina. Naquele país, as críticas realistas ao método conflitual realçam a artificialidade dos critérios objetivos estabelecidos pelas normas indiretas.

É preciso lembrar, porém, que esta não é uma peculiaridade do Direito Internacional Privado. Afirmar que a lei que rege as sucessões deve ser a do último domicílio do *de cuius* - como faz nosso artigo 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - não é mais nem menos arbitrário do que dizer que a capacidade civil plena se adquire aos 18 anos, por exemplo. Da mesma forma que não há uma varinha de condão capaz de garantir que a lei do último domicílio seja, sob todos os prismas observados, a mais correta para resolver as questões sobre quem são os herdeiros necessários ou qual o percentual do patrimônio do defunto deve ser a eles reservado, tampouco há um passe de mágica que proveja discernimento e responsabilidade aos jovens à meia noite, na madrugada do seu décimo oitavo aniversário.

Quando o Direito faz uso de critérios objetivos para atribuição de consequências jurídicas, ele o faz – sem dúvidas – mediante escolhas arbitrárias. Em nosso sistema jurídico de tradição de *civil law*, estabeleceu-se que tais decisões devem ser tomadas por um legislador, pois esta é a autoridade que o sistema jurídico imbuíu do poder de criar normas. A imperfeição das decisões tomadas são, nada mais, do que o preço cobrado pela necessidade de previsibilidade e a segurança jurídica, para que as partes possam conhecer o caminho antes de percorrê-lo. Ao menos na tradição dos sistemas de *civil law*, as soluções da abordagem de

que as normas de Direito positivo. Assim, economias que exportam regras de outras economias terão diferentes resultados, devido as diferenças na aplicação destas regras e nas normas informais. (NORTH, 1994, *passim*)





interesses ou da *better law approach* parecem abrir espaço demasiado grande para o decisionismo judicial – o qual pode ser danoso aos alicerces de um Estado Democrático de Direito, no qual os indivíduos devem ter assegurada a liberdade trazida pelo postulado fundamental da legalidade, que expressa: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não obstante, as críticas realistas, ao evidenciar a arbitrariedade dos critérios elencados pelos elementos de conexão, chamam a atenção para a inflexibilidade de um modelo pautado numa herança de um inverossímil direito natural, ou da inflexível rigidez exegética na aplicação do método indireto. Isto porque da mesma forma que a norma que concede a capacidade aos 18 anos admite exceções em casos específicos (quando o maior de 18 anos, de fato, não possui condições de responder civilmente por seus atos e deve ser interditado), também faz-se necessária alguma flexibilidade para escapar de soluções nas quais o método conflitual traga consequências indesejadas. A reserva da ordem pública é uma destas exceções ora positivadas, e, quiçá, seu conceito seja de tal forma aberto que permite contemplar diversas análises: a da garantia da dignidade da pessoa humana, da eficiência das decisões, a implementação de políticas governamentais específicas, são apenas alguns exemplos.

De toda sorte, uma reforma ao Direito Internacional Privado pátrio seria bem-vinda - já que diversos aspectos são reconhecidamente anacrônicos: dentre eles, destaca-se a vedação da autonomia privada como elemento de conexão nos contratos e o silêncio quanto aos contratos internacionais eletrônicos e de consumo. No entanto, a interconexão entre o Direito Internacional Privado, a globalização e as novas tecnologias também parecem sugerir que qualquer solução hermética tenda a uma rápida obsolescência.

Assim, as lições do debate americano podem dar um norte para um novo Direito Internacional Privado em que o aplicador do direito, ciente do seu protagonismo ao direito real e na especificidade do caso concreto, possa fazer referência ao método conflitual, mas sem esquecer que, mediante balizas argumentativas, sopesar as consequências da aplicação da lei (nacional ou estrangeira) faz parte do processo interpretativo que culmina na sua aplicação ou no seu afastamento.





REFERÊNCIAS

ALI. The American Law Institute. *The Story of ALI*. Disponível em: <<https://www.ali.org/about-ali/story-line/>>. Acesso em: 05 ago. 2020

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014

BARBERIS, Mauro. El Realismo Jurídico Europeo-continental. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno. v. 1. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRILMAYER, Lea; SEIDELL, Charles. Jurisdictional Realism: Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong and What Can be Done to Fix Them. *The University of Chicago Law Review*, v. 86, n. 8, dez. 2019. Disponível em: <<https://lawreview.uchicago.edu/publication/jurisdictional-realism-where-modern-theories-choice-law-went-wrong-and-what-can-be-done>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

BOTERO-BERNAL, Andrés. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BORCHERS, Patrick J. The Choice of Law Revolution: An Empirical Study. *Washington and Lee Law Review*, v. 49, n. 2, 1992. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol49/iss2/10>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

CAVERS, David. A critique of the choice of law problem. *Harvard Law Review*, v. XLVII, n. 2, dez. 1933, Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5467&context=faculty_scholarship. Acesso em 05 de agosto de 2020.

COOK, Walter W. The Logical and Legal Bases of the Conflicts of Law. *Yale Law Journal*, v. XXXIII, n. 5, mar. 1924. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/193286358.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

NEW YORK. Courto of Appeals of New York. *Babcock v. Jackson*. 1963. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.





CURRIE, Brainerd. The constitution and the choice of law: government interests and the judicial function. *The University of Chicago Law Review*. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1598212>>. Acesso em: 07 ago 2020

CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. *Duke Law Journal*, v. 1959, n. 2, p. 171-181, 1959 Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1665&context=dlj>>. Acesso em: 07 ago. 2020

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

GREEN, Michael S. Legal Realism, Lex Fori and the Choice of Law Revolution. *Faculty Publications*, 367. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/367>>. Acesso em: 25 jul. 2020

LEFLAR, Robert A. The Nature of Conflicts Law. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, jun. 1951. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1122229?read-now=1&refreqid=excelsior%3A2fd939fc7995b947551ed4e53b3cd9ce&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 08 ago. 2020.

LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUNEZ VAQUERO, Alvaro (Coord). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

MAIER, Harold G. Baseball and Chicken Salad: a realistic look at Choice of Law. *Vanderbilt Law Review*, v. 44, n. 4, mai. 1991. Disponível em: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol44/iss4/3>>. Acesso em: 03 set. 2020.

MANCINI, Pasquale. *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti* – Prelezione al Corso di Diritto Internazionale e Marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel dia 22 di gennaio de 1851, 1851, p. 30-31.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Forense, 2017

MILLS, Alex. The identities of Private International Law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. *23 Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol23/iss3/2/>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

NEW YORK. Court of Appeals of New York. *Babcock v. Jackson*. 1963. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.





NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. *The American Economic Review*, vol. 84, n. 3, 1994.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSS, Alf. *Logica de las normas*. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII – Introdução de Erik Jayme*. Coleção clássicos do Direito Internacional. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004

SYMEONIDES, Symon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104284>. Acesso em: 05 ago. 2020.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws: Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments* (English Edition). Ebook Kindle. Miami: Hardpress, 2017.

YNTEMA, Hessel E. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 3, 1953. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/837480>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 19/03/2021.

Aceito em: 29/08/2022.

