

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL

Nadia de Araujo

Professora de Direito Internacional Privado PUC-Rio, Doutora em Direito Internacional pela USP, e Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O direito internacional privado está se tornando uma das matérias-chave para a proteção da pessoa humana, sendo este o objetivo maior do direito privado.

As soluções de conflito de leis pressupõem um diálogo intercultural que respeite a diversidade dos indivíduos.

Erik Jayme

Uma reflexão acerca do Direito Internacional Privado não poderia continuar imune à universalidade dos direitos humanos, hoje já incorporados ao direito interno dos Estados, na esteira das modificações e reformas constitucionais dos últimos vinte anos. Isso é particularmente relevante na América Latina, cuja redemocratização, após período marcado por governos ditatoriais em vários países, assimilou esses princípios quando cuidou dos direitos e garantias fundamentais nas reformas legais efetuadas nesse processo.

Assume cada dia mais relevância a interpretação e utilização que se dá à questão da proteção da pessoa humana e de sua dignidade, em todas as áreas do direito, em especial no direito privado, antes fortemente marcado pelas doutrinas individualistas dos séculos XVIII e XIX, e que foi aos poucos invadido pela ótica publicista.

Nossa proposta é analisar a crescente influência da moderna concepção de direitos humanos - e direitos fundamentais no plano interno--, na aplicação do Direito Internacional Privado, especialmente no campo do direito de família. Isso porque continuar com o sistema do século XIX, que não se preocupava com os resultados obtidos, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, e dar-lhe as costas, através da utilização de uma técnica sofisticada, mas cega às necessidades do indivíduo. Também o Direito Internacional Privado, a nosso ver, não pode mais prescindir dessa ótica, e precisa adotar os preceitos constitucionais na sua metodologia operacional e interpretativa. Aliás, já o Código Bustamante trazia essa concepção em suas regras gerais, ao estabelecer, no seu artigo 4º, que os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional. E no direito de família internacional há inúmeros exemplos da aplicação dessa nova concepção, em razão da ocorrência de um verdadeiro choque de civilizações.

A partir do marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 -- que fez referência expressa à proteção da dignidade do indivíduo, e introduziu a concepção contemporânea de que esses direitos são caracterizados por sua universalidade e sua indivisibilidade-- a noção de proteção espalhou-se para outras áreas do direito, em especial no Direito Público, mas também no Direito Civil, e no Direito Internacional Privado. Aliás, Erik Jayme afirma terem os direitos humanos um papel primordial na atual cultura jurídica contemporânea, aproximando o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado, pois ambos, ao invés de continuarem seu caminho em dois círculos separados, com temáticas distintas -o primeiro a cuidar das relações entre os Estados e o segundo, daquelas das pessoas privadas--, encontraram-se em um novo espaço, no qual ao centro está a preocupação com pessoa humana.

O eixo axiológico dos direitos humanos é sem dúvida o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, seja no plano internacional, quanto no plano interno, assumindo, a cada dia, maior relevância para o DIPr, no seu regramento do conflito de leis.

O DIPr não pode mais ser visto como uma disciplina que regula em abstrato o alcance pessoal e territorial das leis, obedecendo a princípios próprios, mas antes um ramo do Direito, que como os demais, ainda que por formas e com intensidade diversas, participa igualmente da tarefa de modelação da sociedade. Assim, mister acentuar-se a permeabilidade e a abertura do DIPr a valores e princípios do Direito Público (interno ou internacional).

Desta forma, acreditamos que os direitos humanos interferem na operacionalização do método de solução de conflitos do Direito Internacional Privado, quando é utilizada a noção de ordem pública, tanto na sua aplicação positiva e quanto negativa.

Na aplicação positiva da ordem pública, garante-se que a solução indicada pelo método conflitual respeite os direitos individuais ao patrimônio jurídico que os indivíduos carregam

consigo. Ou seja, a não aplicação das regras de DIPr, com a inaplicabilidade da lei estrangeira em favor da lei local, implicaria em um territorialismo exacerbado e um desrespeito aos direitos protegidos em uma sociedade pluralista. Desta forma, aplicar a um indivíduo a lei designada pela regra de conflito preserva sua identidade cultural, em um mundo ameaçado pela crescente mundialização do comércio e das relações privadas. A manutenção do método conflitual, tendo como princípio formador o da ordem pública, em sua vertente negativa e positiva, representa, na verdade, o respeito aos direitos humanos, desde que estes informem sua aplicação, pois há uma ligação efetiva da regra a ser utilizada e o indivíduo. E para evitar que a escolha da lei aplicável seja meramente mecânica, provocando resultados desassociados do conceito de justiça material, há que se utilizar os direitos humanos como baliza.

Nesse sentido, para complementar o aspecto positivo, ou seja, a aplicação do método, há o complemento do aspecto negativo, não como uma ausência, mas sim a imposição de limites à sua aplicação. Trata-se de uma concepção bifronte da aplicação dos direitos humanos como concepção valorativa quando utilizada no DIPr. Isso porque, quando o método conflitual atua na situação multiconectada, chegando-se à lei estrangeira, antes de aplicá-la é necessário verificar se não ultrapassou determinados limites da ordem pública do foro, para garantir a plena proteção ao indivíduo. Assim, o método de conflito de leis é o mais adequado para solucionar a situação em questão, por colocar no mesmo plano a lei interna e a lei estrangeira. Promove-se, desta forma, harmonia e segurança jurídica no plano internacional. Outro momento em que esta se manifesta é para a análise dos requisitos necessários à execução no país de uma decisão proveniente de outro Estado.

A ordem pública funciona como uma válvula de escape para as situações potencialmente explosivas do ponto de vista da justiça material, ou da solução justa. E devido ao seu caráter indeterminado e mutante, que impede uma definição, sua aplicação precisa ser informada pelos direitos humanos. Somente por esta ótica evita-se que sua aplicação diga respeito, tão somente, às conveniências legislativas do Estado ou do juiz. Isso porque, como bem aduz Moura Ramos, o que pode levar um tribunal a recusar a aplicação da lei estrangeira não é qualquer imperativo que se ancore no interesse estadual, mas sim quando em jogo um princípio de ordem constitucional.

Por fim, outro aspecto limitador, e impeditivo da aplicação do método de conflito de leis, preliminar a qualquer ato, é o das leis de aplicação imediata, as chamadas leis de police. Quando determinada situação merece do direito local proteção que não permite a aplicação da lei estrangeira, o método não é sequer utilizado. É o caso de normas para correção de desequilíbrios. Assim, v.g., as regras de direito do consumidor podem se sobrepor àquela que seria aplicável em função da regra de conexão.

Esse processo de publicização do DIPr, leva o intérprete da correta aplicação do direito a fazê-lo tendo como referência primordial e imediata as normas constitucionais, em especial aquelas garantidoras de direitos fundamentais, na sua maioria oriundos dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, todos tendo como eixo axiológico a proteção à dignidade da pessoa humana.

As questões relativas à família no plano internacional clamam pela utilização do DIPr na forma acima descrita por sua complexidade e contemporaneidade. Gostaríamos de indicar algumas hipóteses em que isso pode ocorrer. Por exemplo, considerando que a lei brasileira indica como regra de conexão para as questões de família a lei do domicílio (art. 7o. caput da LICC), como deveria agir um determinado juiz diante de uma questão em que um casal que está no Brasil de férias, resolve se separar e pelo direito aplicável estrangeiro esse pedido não pode ser feito pela mulher sem o consentimento do marido? E como se posiciona frente à lei estrangeira diante do princípio de igualdade entre os sexos, alçado ao patamar constitucional pela Constituição de 1988? Parece-nos que a lei estrangeira não poderá ser utilizada porque fere a ordem pública brasileira, informada pelos princípios constitucionais. Embora o problema pareça remoto, isso aconteceu na Europa, em vários países que modificaram suas constituições nos últimos vinte anos, em face da prevalência da regra de conexão da nacionalidade, que pendia para a lei nacional do marido quando o casal tivesse nacionalidades diferentes. Houve problemas relacionados à aplicação horizontal dos direitos fundamentais e o DIPr desses países afinal foi modificado.

Na área de adoção, essa nova mentalidade também precisa ser incorporada à análise dos casos multiconectados, em especial tendo em vista prevalecer aqui o princípio que servir ao melhor interesse da criança. E no tema de filiação, também serão tidas como superiores as normas que

garantirem os princípios constitucionais de proteção, como a proibição à discriminação entre os filhos.

A intenção dessa manifestação não foi a de esgotar o tema, que é bastante amplo, mas de alertar para o problema causado pela aplicação das normas de conexão através de uma visão meramente positivista das regras do DIPr brasileiro, estampadas na LICC. Também quis ressaltar a necessidade de promover uma interpretação dessas normas que leve em conta o resultado a ser obtido no caso concreto, amparada pelos princípios que a Constituição de 1988 trouxe para esta área do direito. Para finalizar, deixa-mos os leitores com a lição de esperança do Prof. Erik Jayme:

"No umbral do século XXI, a família mudou, porém, o direito internacional privado permanece sempre um instrumento eficaz e justo para indicar a lei aplicável aos casos multiconectados e multiculturais."

(Conferência proferida no Departamento de Direito da PUC-Rio, em 2002, e publicada na Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 20, jan/jul 2002, p. 14.)