

O JUIZ NACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL

*Antonio Galvão Peres **

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A jurisprudência nacional como fonte do direito internacional; 3. O *one voice principle*; 4. O juiz nacional e o Direito Internacional Privado; 5. Denegação de justiça; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

“(...) o homem caminha segundo sua fantasia e a lei claudica; o homem reclama e a lei é surda. É a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem não lhe impõe seus arestos, mas, por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se”.

Rossi¹

O direito internacional hoje permeia as relações mais cotidianas. Há muito deixou de regular somente as relações *inter-Estados* para avançar nas questões *intra-Estados*. Insere-se, assim, nas relações de particulares com o Estado e, inclusive, entre os próprios particulares.

Diante desse panorama, a atividade dos juízes nacionais ganha relevância na aplicação das normas internacionais. A bem da verdade, como se demonstrará neste estudo, os juízes nacionais – além de *aplicá-lo* – efetivamente participam da *criação* do direito internacional.

2. A jurisprudência nacional como fonte do direito internacional

A doutrina especializada, ao apresentar as fontes do direito internacional, usualmente reporta-se ao artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. As disposições dessa norma, em conseqüência, extrapolam seus limites originários, assumindo importância universal.

*Advogado em São Paulo. Professor de Direito do Trabalho da FAAP. Doutorando em direito do trabalho pela USP. Mestre em direito do trabalho pela USP. Bacharel em direito pela PUC-SP.

¹ *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 1. S. Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

Nesse sentido a lição de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet²:

“Sobre uma questão de tal importância, convém que haja um consenso universal. Donde o interesse de um texto tomando claramente posição e comprometendo a quase totalidade dos Estados(...)

(...) o artigo 38º do Estatuto apresenta uma grande importância. Com efeito, todos os Estados membros das Nações Unidas, praticamente todos os países do mundo, são ipso facto, partes do Estatuto do Tribunal e ligados a ele. O seu campo de aplicação é mesmo, de facto, mais amplo que o Estatuto, na medida em que os termos do artigo 38º são retomados noutros tratados sobre a resolução pacífica de conflitos ou lhes servem de referência (caso de numerosos tratados de arbitragem no período de entre as duas guerras). Vemos aqui uma enumeração universalmente aceite das fontes formais de direito internacional.”

A proposição do título acima parece não ser aceita pela doutrina brasileira quando da análise do artigo 38 do ECIJ. Muitos dos manuais e cursos de direito internacional público, ao tratar das fontes deste ramo do direito, fazem referência apenas às decisões de Cortes Internacionais. Há inclusive quem expressamente rejeite a idéia de que as decisões nacionais possam ser consideradas fontes de direito internacional.

FRANCISCO REZEK ensina, a respeito, que “as decisões judiciais a que se refere o art. 38 do Estatuto da Corte da Haia não são as proferidas no foro cível de Marselha ou nas instâncias trabalhistas de São Paulo, mas as componentes da jurisprudência internacional”³. Dá como exemplo as decisões (arbitrais e judiciais) na solução de controvérsias entre Estados. Afirma, categoricamente, que “as decisões judiciais nacionais (...) não se aproveitam no plano internacional a título de *jurisprudência*”⁴. Admite sua utilidade apenas para demonstrar a existência de direito internacional costumeiro.

Na doutrina estrangeira encontram-se lições em sentido oposto.

PETER MALANCZUK afirma que as “decisões de cortes nacionais também estão cobertas pelo Artigo 38(1)(d); muitas das regras de direito internacional em temas como imunidade diplomática foram desenvolvidas pelos julgamentos das cortes nacionais. Mas os julgamentos dos tribunais nacionais devem ser usados com cautela; os juízes podem parecer aplicar o direito internacional (e podem realmente acreditar que o fazem), quando, na verdade, estão apenas aplicando uma regra peculiar de seu próprio direito nacional”⁵.

² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 115.

³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. S. Paulo: Saraiva, 2000. p. 138.

⁴ *Op. cit.* p. 139.

⁵ MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. London and New York: Routledge, 1999. p. 51.

Os raros estudos específicos parecem compartilhar da opinião deste último autor.

Na década de vinte foi publicado o volume inaugural do *Annual Digest of Public International Law Cases* (1925-1926). Trata-se da primeira publicação a reunir decisões nacionais acerca do direito internacional. HERSCH LAUTERPACHT observou, a propósito, que a quantidade e a qualidade das decisões superaram as expectativas mais otimistas⁶. Em 1929 esse mesmo autor publicou estudo intitulado *Decisions of Municipal Courts as Source of International Law* (1929), em que constatou que “dificilmente há algum ramo do direito internacional que não tenha sido tratado pelas cortes nacionais”⁷.

As decisões nacionais servem de fonte do direito internacional nas mais diversas matérias. Vêm à mente, em um primeiro momento, a imunidade de jurisdição, os privilégios diplomáticos e a pirataria, mas há inúmeros outros exemplos. ROBERT JENNINGS, para ilustrar esse fato, chama atenção ao caso *Lotus* da Corte Internacional de Justiça, em que inúmeras referências foram feitas a decisões nacionais acerca da colisão de navios⁸.

Este autor pondera que há clara tendência de aumento da importância das decisões nacionais, o que decorre da própria evolução do direito internacional. A partir do momento em que este deixa de ater-se apenas às relações entre Estados, cresce o papel dos juizes nacionais, pois têm de interpretar tratados multilaterais que protegem indivíduos, tratados de direito ambiental, de direito aéreo, espacial, do mar, de pesca, de investimentos estrangeiros etc⁹. Conclui que houve uma evolução silenciosa e pouco notada na relação entre o direito nacional e o internacional. Diz que as antigas fronteiras bem definidas do Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Nacional tornaram-se “zonas cinzentas”¹⁰.

Exemplo marcante da atuação dos juizes nacionais com significativas repercussões nas relações internacionais de nosso país está nas lacunas do sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL. Ensina MARIA DO CARMO PUCCINI CAMINHA que, “diante da ausência de um tribunal judicial em nível comunitário para resolver as pendências entre particulares, e entre esses e o seu próprio Estado, cabe ao Juiz nacional, de forma solitária, sem a perspectiva de poder valer-se de *reenvios* ou simples *consultas* a um órgão especializado, a árdua tarefa de bem aplicar o Direito do Mercosul, como direito interno”¹¹.

Feitas estas considerações, cumpre investigar o manejo da jurisprudência nacional como fonte de direito internacional.

⁶ *Apud* JENNINGS, Robert Y. The judiciary, international and national, and the development of international law. *International and comparative law quarterly*. v. 45, part. 1. London: British Institute of International and Comparative Law, January 1996. p. 1.

⁷ *Op. cit.*, p. 1.

⁸ *Op. cit.*, p. 2.

⁹ *Op. cit.*, p. 2.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 4.

¹¹ CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Os juizes do Mercosul e a extraterritorialidade dos atos jurisdicionais. *Revista de direito constitucional e internacional*. n. 44. S. Paulo: RT, julho-setembro de 2003, p. 46-47.

LAUTERPACHT E JENNINGS¹² referem-se, inicialmente, ao usual trabalho de identificar, a partir dos julgados domésticos, o direito costumeiro internacional¹³.

As idéias de LAUTERPACHT, no entanto, estão muito além desta concepção. Cogita verdadeira aproximação dos tribunais nacionais à Corte Internacional de Justiça, mediante, por exemplo, a possibilidade de consultas “em questões imprevisas ou complexas de direito internacional que não envolvam interesse nacional”¹⁴. Propõe o uso de decisões nacionais como *fontes diretas* do direito internacional, e não por outros fundamentos (vg. costumes). Suas propostas reforçam a idéia de que o direito internacional é o único ramo do direito que contém regras idênticas aplicadas enquanto tais pelos juízes de todas as nações.

O argumento de LAUTERPACHT esbarra, aparentemente, na ressalva que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz acerca da utilidade da jurisprudência em geral. Diz o artigo 38(1)(d) que a jurisprudência é aplicável como *meio subsidiário*, o que, em princípio, sugere tratar-se de fonte de menor importância¹⁵. Contudo, essa ressalva quer apenas revelar a suposta proibição de os juízes criarem *direito novo*.

Essa cautela perde razão ante a derrocada do formalismo jurídico. Hoje todos reconhecem – em maior ou menor grau – o papel criador do judiciário. Merece referência, nesse sentido, a seguinte passagem de MAURO CAPELLETTI¹⁶:

“Quando se afirma (...) que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção (...) para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente ar-

¹² *Op. cit.*, p. 2.

¹³ A bem da verdade, o entendimento de que as decisões nacionais servem para demonstrar o direito costumeiro internacional também não é aceito por todos os autores. Como esclarece IELBO MARCUS LOBO DE SOUZA, “aqueles que mantêm uma opinião voluntarista rígida do processo costumeiro, e da natureza do costume, fazem uma qualificação adicional. Na sua opinião, os órgãos do Estado que participam do processo costumeiro deveriam ser somente aqueles que, de acordo com o direito interno daquele Estado, poderiam obrigar o Estado através de um tratado, em outras palavras, os órgãos que são responsáveis pela condução das relações internacionais. O maior problema dessa posição é que ela não considera o fato de que o processo costumeiro é essencialmente diferente do processo convencional (tratado), e o costume não representa um tratado tácito” (SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. *Direito Internacional Costumeiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 53).

¹⁴ *Op. cit.*, p. 2-3.

¹⁵ Veja-se a norma em referência:

“Artigo 38

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: (...)

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meios subsidiários para a determinação das regras de direito. (...).”

bitrariiedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”

Esse é o espírito da expressão *meios subsidiários* constante do artigo 38 do Estatuto da CIJ: evitar a criação *arbitrária* do direito, o que não constitui qualquer novidade. Afinal, a imposição de tal limite também está consagrada no âmbito interno dos Estados.

Outro ponto que merece atenção está na referência do artigo 38 ao artigo 59 do Estatuto, o qual, evidentemente, dirige-se apenas às decisões da CIJ, e não aos juizes nacionais. Esta norma diz que “a decisão da corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”. O escopo desta ressalva é afastar na CIJ o *stare decisis* típico dos sistemas de *common law*, ou seja, proibir a criação de precedentes vinculantes das decisões futuras¹⁷.

Também acerca do problema da identificação dos diferentes usos da jurisprudência nacional no plano internacional, vale destacar interessante estudo de ANDRÉ NOLLKAEMPER¹⁸ sobre a atuação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia.

O emprego da jurisprudência nacional como fonte de direito internacional é demonstrado de forma minuciosa a partir de quatro diferentes perspectivas:

- a) Para apontar a correta interpretação de tratados.
- b) Para identificar direito costumeiro internacional.
- c) Como suporte para a demonstração de princípios gerais do direito internacional.

d) Pela admissão dos tribunais nacionais como *autoridades independentes* do direito internacional, sem necessidade de remissão ao direito costumeiro ou à apreensão de princípios.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 23-24.

¹⁷ Vale ressaltar, por cautela, que o próprio *stare decisis* admite mudanças. Vejam-se estas passagens de ROLAND SÉROUSSI acerca do modelo americano:

“(…) visto que o objetivo da estrutura federal de ‘ajustar-se’ às necessidades econômicas e sociais de uma sociedade em mutação permanente continua sendo buscado, induz-se a noção da idéia – amplamente seguida – de que o precedente (*precedent*) deve ser analisado com sutileza, de forma não dogmática.

A aceleração histórico-social dos Estados Unidos – uma moeda evoluiu, um hábito de consumo muda, um comportamento se abrandava... – deve ser levada em conta pelos juizes que fazem a justiça em nome de uma sociedade dada, e não da do século XIX. Disso decorre que a regra do *stare decisis* (isto é, do respeito aos precedentes), proveniente da *common law*, é suscetível de mudança. Por isso, fazer uma mudança jurisprudencial não é coisa rara no direito norte-americano (...)” (SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. S. Paulo: Landy, 2001. p. 109-110).

¹⁸ NOLLKAEMPER, André. Decisions of national courts as sources of international law: an analysis of the practice of ICTY. [http://saraswati.ic.uva.nl:8020/upload/uvapub/127055/decisions_of_national_courts.pdf].

O uso da jurisprudência para fixar a *interpretação de tratados* teve como preocupação básica resguardar o princípio *nullum crimen sine lege*.

Para a interpretação da Convenção sobre Genocídio no caso *Jelisić* a Corte afirmou, por exemplo, que “(...) a prática dos Estados, notadamente por seus tribunais nacionais, e o trabalho de autoridades internacionais sobre a matéria também foi levada em consideração (...)”¹⁹.

Isso também ocorreu na interpretação da mesma convenção no caso *Krstić*, em que a Corte “(...) também procurou diretrizes na legislação e na prática dos Estados, especialmente em suas interpretações judiciais e decisões (...)”. Neste último caso foram citadas seis decisões nacionais (3 alemãs, 2 polonesas e 1 do Tribunal Militar Americano em Nuremberg). O Tribunal implicitamente reconheceu que é um número pequeno, mas aliou a jurisprudência a outros critérios para definir a interpretação do tratado.

No caso *Edermovic* discutiu-se se havia *direito costumeiro* acerca da validade - ou invalidade - do emprego da tese do *dever de obediência (duress)* como defesa ante a acusação de extermínio de vidas inocentes. A Corte declarou não haver prova suficiente da vigência de um costume internacional sobre a matéria, mas deixou claro que, em princípio, poderia ser feita pela apresentação de decisões nacionais.

A Corte, no caso *Tadić*, não reconheceu a jurisprudência nacional como apta a revelar *princípios gerais* de direito internacional. Admitiria apenas se a maioria dos Estados, senão a totalidade, adotasse o mesmo entendimento suscitado. No caso *Kuprestic*, entretanto, fez referência a princípios gerais inferidos do direito e da jurisprudência nacionais quando da análise do problema da cumulação de ofensas.

Por fim, em alguns momentos a Corte proclamou os tribunais nacionais “autoridades independentes” do direito internacional. O voto do Juiz LI no caso *Edermovic* valeu-se de decisões de Tribunais Militares Nacionais para demonstrar os critérios que determinam a medida do dever de obediência em defesa do réu. A definição de “razões militares”, no *Krstić case*, foi apanhada de decisões do Tribunal Militar Americano em Nuremberg (alcance da vedação à destruição de propriedades, salvo se houver “razões militares”, nos termos da Convenção de Genebra de 1949).

A menção a estes julgados demonstra o crescente papel dos juízes nacionais na criação do direito internacional. Esse aspecto criativo será também analisado no tópico seguinte, sob a perspectiva do *one voice principle*.

3. O *one voice principle*

O chamado *one voice principle* traduz a idéia – já ultrapassada – de que os diversos órgãos do Estado devem pronunciar o direito internacional *em unísono*. Em

¹⁹ Este exemplo e os dos parágrafos seguintes são apenas alguns dos inúmeros destacados por NOLLKAEMPER.

outras palavras, supõe necessária a coincidência do entendimento dos diversos *Poderes* acerca do sentido e vigência do direito internacional.

O princípio, ao contrário do que possa parecer em uma primeira análise, tem repercussões relevantes em inúmeras matérias. O confronto de maior destaque diz respeito ao reconhecimento do Estado estrangeiro e dos limites de sua soberania.

Há interessante estudo de LAWRENCE COLLINS sobre o tema, em que investiga a persistência – ou não – do princípio e os limites de sua aplicação. A origem do termo, segundo o autor, foi consagrada no seguinte pronunciamento do Lord ATKIN: “Our state can not speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the executive another”²⁰.

O estudo de COLLINS faz referência a alguns julgados, dos quais, a título de exemplo, vale destacar três, provenientes dos Estados Unidos, Inglaterra e China.

A Suprema Corte Americana, no ano de 1839, entendeu que não poderia reapreciar a questão sobre a soberania da Argentina nas Ilhas Falkland. Argumentou que a matéria já havia sido decidida pelo Presidente, conforme suas atribuições constitucionais²¹.

Hoje a posição do *Department of State*, órgão do executivo, ainda tem considerável importância para as cortes americanas. Seu parecer é freqüentemente solicitado quando está em jogo a aplicação do direito internacional e se lhe atribui um peso razoável, até porque o braço do executivo é quem responderá aos Estados estrangeiros pelas violações ao direito internacional que decorram das decisões judiciais²². Não há, entretanto, o mesmo rigor do pronunciamento unitário como no passado.

A influência do executivo britânico nas decisões judiciais envolvendo direito internacional nem sempre ocorreu às claras. COLLINS menciona um estudo de CLIVE PARRY a partir de arquivos do *Foreign Office* britânico que, pelo decurso do tempo, deixaram de ser confidenciais.

Três importantes casos foram selecionados para estudar a velada influência do executivo. São o caso *Schtraks*, de 1962, envolvendo o *status* de Jerusalém, o julgado *Zeiss*, também dos anos 60, acerca do *status* da Alemanha Oriental, e os primeiros estágios do processo que resultou na decisão de 1981 da *House of Lords* no caso *Butter Gas & Oil Co v Hammer*²³.

O caso *Zeiss* é emblemático. Esse era o nome de uma empresa constituída conforme as leis da Alemanha Oriental, país não reconhecido à época pelo Reino Unido.

²⁰ COLLINS, Lawrence. Foreign relations and the judiciary. *International Comparative Law Quarterly*. London: British Institute of International and Comparative Law. v. 51. P. 3, July 2002. p. 487.

²¹ Da decisão podem ser colhidos os seguintes excertos: “It is enough to know, that in the exercise of his constitutional functions, he has decided the question... If this were not the rule, cases might often arise in which, on the most important questions of foreign jurisdiction, there would be an irreconcilable difference between the executive and judicial departments” (*op. cit.*, p. 487).

²² *Op. cit.*, p. 487.

²³ *Op. cit.* p. 490.

Discutia-se, assim, se essa empresa poderia – ou não – demandar perante os tribunais ingleses. Após inúmeras correspondências entre o executivo e o judiciário, foi proferida decisão que conciliava os diversos interesses em jogo: a corte entendeu que não poderia reconhecer a Alemanha Oriental como Estado autônomo, mas admitiu a regularidade da constituição da empresa, pois ocorreu em território controlado pela antiga União Soviética, Estado então reconhecido. Preservaram-se, portanto, a posição do executivo britânico e os interesses comerciais subjacentes²⁴.

Outro exemplo amalhado por COLLINS é a decisão da *Hong Kong Court of Final Appeal* no caso *Chen Li Hung v Ting Lei Miao*, de 2000. Em Taiwan um administrador foi declarado falido. Tentou-se reaver, em cumprimento a essa decisão, créditos que possuía em Hong Kong para honrar as dívidas em Taiwan. A corte de Hong Kong, a despeito da posição da República Popular da China no sentido de que o governo de Taiwan usurpou essa província, decidiu dar efeito à decisão. Mais uma vez, portanto, buscou-se a conciliação de interesses comerciais com a posição política. A corte, para reconhecer a eficácia da decisão estrangeira, argumentou, em síntese, que: i) o caso envolve interesses privados, ii) a permissão atende a interesses de justiça, senso comum e não ofende os interesses de soberania ou ordem pública e iii) o fato pode colaborar para a reunificação da terra-mãe²⁵.

Destas duas últimas decisões percebe-se que a dissidência das vozes do executivo e do judiciário pode, em alguns casos, resultar em solução intermediária. Nos últimos julgados mencionados evidentemente interessava ao país como um todo a segurança nas relações comerciais.

O Instituto de Direito Internacional está atento aos problemas inerentes ao *one voice principle* e propõe sua superação. Na Sessão de Milão de 1993 foi adotada Resolução acerca das “Atribuições dos juizes nacionais e as relações internacionais de seus Estados”²⁶, cujo relator foi o professor BENEDETTO CONFORTI.

O artigo 1.1 prevê que as “cortes nacionais devem ter jurisdição, segundo o ordenamento jurídico interno, para interpretar e aplicar o direito internacional *com total independência*”. Desse mesmo artigo (1.3) destaca-se a faculdade de os juizes requisitarem “o parecer do executivo, ressaltando-se que essa consulta não tem efeito vinculante”.

O diploma também trata dos efeitos dessa independência atribuída ao judiciário em questões específicas. Entre outros pontos, afirma a liberdade do judiciário para determinar se um tratado está em vigor, foi modificado ou perdeu efeito (artigo 5.1); e diz que os tribunais não podem recusar a apreciação de questões relacionadas ao exercício do

²⁴ *Op. cit.*, p. 491-492.

²⁵ *Op. cit.*, p. 492-493.

²⁶ O texto integral está disponível no *site* do Instituto na *internet* (http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1993_mil_01_en.PDF).

poder executivo, sob a alegação de tratar-se de questão política, quando sujeitas a uma regra de direito internacional (artigo 2).

Essa independência das diferentes *voces* do Estado é consentânea com o papel ativo que os diversos poderes podem assumir na própria criação do direito internacional.

Como se sabe, são os Estados os responsáveis pelo surgimento das normas internacionais. Ensina JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, a respeito, que “o direito internacional é fruto da participação do Estado, como agente criador e destinatário da norma. É a ele que cabe, no âmbito interno, ainda que em matéria de repercussão internacional, qualificar e definir o conteúdo dos princípios internacionais”²⁷.

Vale notar, ademais, que o *Estado é uno*, a despeito da organização segmentada em diversos *Poderes*. A atribuição de criar o direito internacional, portanto, é compartilhada pelas diversas esferas. Esta, aliás, é a peculiaridade que justifica o debate sobre a validade – ou não – do *one voice principle*.

Essa atribuição *compartilhada* pelo judiciário é, contudo, freqüentemente recusada por seus próprios membros em nosso país. Um exemplo está nos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros. O STF custou a aceitar a diferença entre a atuação dos Estados em atos de gestão privada e atos de gestão pública. Segundo esta distinção, o Estado “é imune à jurisdição de outro somente quando atua em sua qualidade específica e própria de Estado e no exercício de sua competência política”²⁸.

A orientação do STF somente foi alterada com a percepção da evolução da matéria em outros países. Na Apelação Cível 9.696-3 (DJ 12.10.90), o voto vencedor do Min. FRANCISCO REZEK fez referência à legislação e à doutrina estrangeira para demonstrar o surgimento e efeitos da distinção. Diante desse panorama ponderou que “o quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era – e que assegurava a imunidade em termos absolutos”²⁹.

A decisão é severamente criticada por JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, pois o STF implicitamente recusou sua atribuição de *criador do direito internacional*, como uma das *voces* do Estado brasileiro.

Nas palavras deste professor, “vê-se, desse raciocínio, que prevaleceu no plenário da Casa, que a jurisprudência brasileira mudava não porque o Brasil, como autoridade de

²⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 140.

²⁸ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 130.

²⁹ *Apud* MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 142-143.

direito internacional que é, resolvera deixar de conceder a imunidade absoluta, por razões relevantes, assim consideradas pelo país - como é o caso das reclamações trabalhistas, em que o reclamante sofria denegação de justiça, até mesmo pela impossibilidade de apresentar sua pretensão perante o país estrangeiro - mas porque outros países o fizeram antes!"³⁰

É oportuno ressaltar, por outro lado, que nas instâncias inferiores – sobretudo nos tribunais do trabalho – inúmeros julgados já sustentavam a distinção, *inovando* o direito internacional.³¹

4. O juiz nacional e o Direito Internacional Privado

O moderno direito internacional privado também conferiu aos juízes nacionais novas atribuições, que, em última análise, decorrem naturalmente da evolução das normas para solucionar conflito de leis.

A essência do direito internacional privado é indicar a lei aplicável a determinada relação jurídica internacional. Trata-se de normas de *sobredireito*, na medida em que se prestam a apontar o *direito substancial* aplicável, e não regular diretamente as relações³².

Há, assim, uma clara distinção entre direito substancial e sobredireito. O direito substancial regula *relações sociais* e as transforma em *relações jurídicas*, criando direitos e obrigações para as partes envolvidas. O sobredireito, por sua vez, não tem como objeto quaisquer relações, e sim as normas que as regem quando em conflito no tempo ou no espaço. Em suma, o conteúdo do sobredireito é o próprio direito substancial³³.

Feitas estas considerações, cumpre desvelar os fatores que dão a uma relação jurídica o caráter internacional. Esses pressupostos são os chamados *elementos de estraneidade* e seu reconhecimento dependerá da legislação, doutrina e jurisprudência de cada país. Nesse sentido, perquirir o caráter internacional de uma relação jurídica equivale a identificar os laços concretos que a vinculam a mais de um Estado.

Constatados esses laços, usualmente recorre-se, para definir a lei de regência, aos *elementos de conexão*. Assiste-se, contudo, à superação dos elementos de conexão tradicionais, pautados na escolha *a priori* de um *elemento* que por si só deveria indicar a lei de regência.

³⁰ *Op. cit.*, p. 143.

³¹ Veja-se, a propósito, este antigo acórdão do E. TRT da 4ª Região (RS):

"Imunidade de jurisdição. Em se tratando de relação jurídica de direito privado, em que o Consulado exerce ato negocial despido da condição de representante de nação estrangeira, não se tratando de ato de império, não se beneficia da imunidade de jurisdição. É competente a Justiça do Trabalho para as ações em que cidadão brasileiro pretende o reconhecimento de direitos advindos da relação de emprego" (TRT 4ª Reg., 1ª T., Proc. TRT-5.303/82, julgado em 21.03/83; Rel. Juiz Plácido Lopes da Fonte, In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de jurisprudência trabalhista* (1983). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 217, ementa 1077).

³² PERES, Antonio Galvão. *Contrato internacional de trabalho: novas perspectivas*. S. Paulo: LTr, 2004. p. 41.

³³ RUSSOMANO, Gilda Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 8-9.

Esse modelo tradicional foi adotado, por exemplo, nos artigos 9º, *caput*, da LICC e 198 do *Código de Bustamante*:

“Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

“Art. 198. Também é territorial a legislação sobre acidente do trabalho e proteção social do trabalhador.”

Essas normas revelam um mecanismo de solução de conflitos de leis no espaço dito *bilateral típico*, ou método clássico europeu. Apontam, de maneira objetiva, o direito aplicável – nacional ou estrangeiro – a determinada relação jurídica, sem se preocupar com o resultado concreto da operação.

O conflito é, assim, segmentado em duas etapas: uma consistente na escolha do direito substancial aplicável e outra relacionada à sua aplicação ao caso concreto. A única interação entre os dois lados ocorre quando da escolha do elemento de conexão.

A um *objeto de conexão* corresponde um *elemento de conexão* (*punto de collegamento*, *point* ou *régle de rattachement*, *circunstancia de conexión*, *localizer* etc.) rígido, que indica a lei aplicável³⁴. Nas hipóteses acima apresentadas os *objetos* de conexão são os contratos (artigo 9º, *caput*, da LICC), os acidentes de trabalho e a proteção social do trabalhador (artigo 198 do *Código de Bustamante*). Os *elementos* de conexão, respectivamente, são a lei do local da contratação e a lei do local do acidente ou da prestação de serviços.

Opõe-se ao sistema tradicional europeu o método americano, dito *unilateral*. As regras de Direito Internacional Privado nos Estados Unidos não pretendem indicar de maneira objetiva a lei aplicável, mas os mecanismos para encontrar a melhor norma material para solucionar o litígio. Nesse sistema, como esclarece NADIA DE ARAUJO, “a solução deve ser vista a partir de seu resultado, sendo a seleção feita de acordo com o conteúdo do problema em questão”³⁵. Há, dessa forma, uma inversão de valores: abandona-se o método em que o formalismo prevalece em fórmulas quase que matemáticas e privilegia-se o resultado da escolha da lei.

O *Restatement Second on the Conflicts of Law* (1971), obra doutrinária do INSTITUTO DE DIREITO AMERICANO que reúne os pontos de convergência da doutrina e jurisprudência

³⁴ “Elemento de conexão (*punto de conexión*). No Direito Internacional Privado existe uma técnica tradicional para solucionar os conflitos de leis, consistente em selecionar algum dos elementos do contrato (...).

A partir deste elemento, chamado “*punto de conexión*”, porque conecta o contrato com um determinado país, se estabelece qual é a lei nacional que se aplicará ao contrato.

Para a categoria “contratos”, as opções mais comuns na hora de escolher um elemento de conexão são o lugar de celebração, do acordo de vontades ou o lugar do cumprimento das obrigações emergentes do contrato.” (HARGAIN, Daniel. Desafios jurídicos de la contratación internacional. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza (coord.). Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 174).

³⁵ ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44-45.

dência sobre Direito Internacional Privado, consagrou o *princípio da proximidade* – também chamado *dos vínculos mais estreitos* ou *da relação mais significativa*.

Segundo esse sistema, compete ao juiz³⁶, em caso de conflito, não mais buscar um elemento de conexão escolhido previamente pelo ordenamento, mas *identificar a lei mais adequada* para reger o caso concreto. A norma de conflito de leis encontra-se, portanto, imbricada com o direito substancial.

Os critérios que acabaram consagrados no *Restatement 2nd* foram utilizados pela primeira vez no caso *Babcock*, em que o Tribunal de Nova York deixou de aplicar a regra clássica da *lex loci delictii* para aplicar a lei nova-iorquina a um acidente de trânsito ocorrido em Ontário, Canadá. Para o tribunal seria injusto e anômalo aplicar a lei de Ontário somente porque o acidente lá ocorreu, pois todos os outros pontos de contato levavam a Nova York. O território era canadense, mas o registro do carro, o seguro, a residência do motorista e da passageira eram nova-iorquinos. Mas não é só. Fosse aplicada a lei de Ontário, local do acidente, a passageira carona não teria direito à indenização postulada, enquanto a lei nova-iorquina a previa³⁷.

Esse *funcionalismo* americano, como atesta HEE MOON JO, influenciou as legislações de vários países e também a Convenção Européia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980)³⁸.

Discorre este autor sobre uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão em que o método tradicional do Direito Internacional Privado foi severamente questionado; trata-se do caso *Spanier* (1971)³⁹. O acórdão “entendeu que a lei substancial estrangeira indicada pelo DIPr do *forum* não pode conflitar com a Constituição, sendo que os direitos fundamentais garantidos por esta aplicam-se tanto aos litígios nacionais quanto aos internacionais. Assim, além das normas de ordem pública, limitadoras da aplicação do direito estrangeiro no DIPr tradicional, a jurisprudência entendeu também pela possibilidade da limitação da aplicação da lei estrangeira com base na justiça substancial, ou seja, a justiça individual do caso concreto *sub judice*”⁴⁰. Essa decisão abriu as portas para a reforma da Lei de Introdução ao Código Civil da Alemanha em 1985.

NADIA DE ARAUJO relata que a Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais (19.06.1980) “é um exemplo da influência da metodologia americana no DIPr Europeu, pois determina como regra de conexão para os contratos internacionais o princípio da proximidade ou ‘dos vínculos mais estreitos’”⁴¹.

³⁶ Destacamos a figura do juiz, tema central deste trabalho, mas a interpretação, evidentemente, não é tarefa exclusiva dos magistrados.

³⁷ ARAUJO, Nadia de. op. cit., p. 43.

³⁸ JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001. p. 100.

³⁹ JO, Hee Moon. op. cit., p. 101.

⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 101-102.

⁴¹ ARAUJO, Nadia de. op. cit., p. 45.

BERNARD AUDIT⁴² tratou da evolução do método bilateral europeu em estudo sobre o Direito Internacional Privado ao fim do século XX. Diz que o método, em sua origem, preocupava-se com a *justiça dos conflitos*, e não com a *justiça material*. Esclarece que esta concepção – muito embora jamais tenha existido de forma pura – evoluiu consideravelmente ao longo do século XX. Hoje a regra de conflito é considerada, segundo a doutrina, um instrumento de regência das relações privadas internacionais. A regra de conflito, conforme a concepção europeia, passou a apresentar um *caráter funcional* que vai além da simples designação tradicional (*répartition*) para permear as relações substanciais, papel de crescente importância e cada vez mais reconhecido.

Essa evolução é sensível em dois dos mais importantes tratados internacionais quanto ao tema. A Convenção de Roma de 1980 e a Convenção do México de 1994 adotaram, para a escolha da lei de regência dos contratos em geral⁴³, o critério da autonomia da vontade e, sucessivamente, na ausência de escolha, a aplicação da *lei com vínculos mais estreitos*.⁴⁴

Percebe-se, portanto, o surgimento de novos protagonistas na solução dos conflitos de lei em matéria contratual: as próprias partes e o judiciário. O juiz nacional, em caso de conflito, assume papel ativo na escolha da lei de regência. Caberá a ele decidir qual a lei substancial mais adequada, e não mais invocar algum critério rígido previamente fixado.

Lamentavelmente os juízes e o legislador brasileiro ainda não perceberam as vantagens deste sistema. Aqui ainda se discute, inclusive, se é admissível – ou não – a

⁴²AUDIT, Bernard. Le droit international privé a fin du XX^e siècle: progrès ou recul. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2. p. 423-424, avr./juin. 1998.

⁴³Na Convenção de Roma de 1980 há normas específicas para os contratos de trabalho e de consumo, mas que não descartam, completamente, o critério da *lei dos vínculos mais estreitos*, utilizado como “válvula de escape” para assegurar a justiça no caso concreto. Veja-se, a propósito, a ressalva final no artigo 6, que cuida dos contratos de trabalho.

⁴⁴Vejam-se os seguintes preceitos:

“Convenção de Roma de 1980. Artigo 4º. Lei aplicável na falta de escolha.

1. Quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.

2. Sem prejuízo do disposto no nº 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.

3. Quando o contrato tiver por objecto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no nº 2, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa.

4. A presunção do nº 2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresente uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente número, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objecto principal o transporte de mercadorias.

5. O disposto no nº 2 não se aplica se a prestação característica não puder ser determinada. As presunções dos nºs 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país”.

autonomia da vontade para escolha da lei de regência dos contratos internacionais⁴⁵. Os juízes tendem a se valer dos elementos de conexão clássicos, sem qualquer flexibilidade perante o caso concreto, o que, muitas vezes, enseja patente injustiça. É interessante destacar que em muitos países a reforma do modelo de direito internacional privado iniciou com a jurisprudência, para então repercutir no direito positivado (normas internas e internacionais).

5. Denegação de justiça

O juiz nacional, como *voz* do Estado na criação e aplicação do direito internacional, pode, evidentemente, incorrer em ilícitos internacionais. Este tópico destaca o ilícito por *denegação de justiça*, tendo em conta a atualidade da matéria.

Diversas normas internacionais, especialmente as que versam direitos humanos, obrigam os Estados a prover recursos internos eficazes para assegurar a defesa dos direitos nelas assegurados (vg. Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigo 2 (3)(a); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, artigo 14; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo VI; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 13). Os tribunais naturalmente assumem o papel central, coordenando os recursos internos.

Os mesmos diplomas freqüentemente prevêm um contraponto à garantia de recursos internos eficazes à tutela de direitos: a necessidade do *esgotamento dos remédios internos* antes que se possa recorrer aos tribunais internacionais (vg. Protocolo Facultativo relativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigo 5(2)(b); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, artigo 22(5)(b); Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 46(1)(a)).

A idéia de que o recurso às cortes internacionais depende do esgotamento dos recursos internos, na medida em que são presumivelmente eficazes por conta da obser-

⁴⁵Convenção do México de 1994. Artigo 9º.

Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado”.

⁴⁵ Em nossa obra já citada apresentamos algumas vozes dissidentes na doutrina (PERES, *op. cit.* p. 96-98). O professor JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, em obra mais recente, também apresenta o confronto doutrinário, mas sustenta que “a polêmica (...) parece não mais ter razão de ser diante da norma precisa do art. 2º da Lei 9.307/96, que regula a arbitragem no Brasil, cujo § 1º faculta às partes ‘escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública’. Não obstante essa disposição refira-se à arbitragem e, assim, ao processo - e não à lei material sobre a qual versa o litígio - corrobora a interpretação de que as partes gozam de autonomia para selecionar a lei aplicável às relações entre elas acordadas” (MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 280).

vância de outras normas internacionais, encontra, entretanto, algumas ressalvas. O artigo 46(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, por exemplo, as seguintes exceções: a) não existir o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao suposto prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Em última análise, a existência de recursos internos eficazes é também uma das obrigações dos Estados, conforme previsto nas normas acima destacadas. Nessa esteira, a ineficácia desses recursos poderá também ser objeto das ações ajuizadas perante as Cortes Internacionais. Em conseqüência, afigura-se contraditório exigir o esgotamento dos recursos internos quando sua ausência ou ineficácia possam integrar as questões *de fundo* da ação⁴⁶.

6. Conclusões

Os tópicos deste estudo revelam quatro perspectivas de contato do juiz nacional com o direito internacional: como criador do direito, como voz independente dentro do próprio Estado, como protagonista na indicação da lei de regência segundo os novos modelos de DIP e como possível violador do dever de prover justiça.

Em muitas dessas áreas percebe-se sensível evolução do direito internacional, mas que não tem sido acompanhada por nossa jurisprudência.

Os juízes brasileiros por vezes recusam papel ativo perante o direito internacional. Este ramo do direito parece lhes ser entregue pronto e acabado, insuscetível de questionamentos e adequação ao caso concreto. Trata-se de postura equivocada. Como visto, o direito internacional pode ser criado e desenvolvido pelos juízes, como uma das *vôzes* do Estado.

7. Bibliografia

ARAÚJO, Nádya de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé a fin du XX^e siècle: progrès ou recul. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 2. p. 423-424, avr./juin. 1998.

⁴⁶ Veja-se, a propósito, a Sentença de 26.06.87 da Corte Interamericana ao apreciar as Preliminares suscitadas em três casos contra Honduras. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del agotamiento de los recursos de derecho interno (1981-1991). In: XIX Curso de Derecho Internacional. Washington: OEA, 1996. p. 47.

CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Os juízes do Mercosul e a extraterritorialidade dos atos jurisdicionais. *Revista de direito constitucional e internacional*. n. 44. S. Paulo: RT, julho-setembro de 2003, p. 46-47.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. S. Paulo: Max Limonad, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

COLLINS, Lawrence. Foreign relations and the judiciary. *International and comparative law quarterly*. v. 51, part. 3. London: British Institute of International and Comparative Law, July 2002.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HARGAIN, Daniel. Desafios jurídicos de la contratación internacional. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza (coord.). *Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JENNINGS, Robert Y. The judiciary, international and national, and the development of international law. *International and comparative law quarterly*. v. 45, part. 1. London: British Institute of International and Comparative Law, January 1996.

JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.

MALANCZUKC, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. London and New York: Routledge, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOLLKAEMPER, André. *Decisions of national courts as sources of international law: an analysis of the practice of ICTY*. [http://saraswati.ic.uva.nl:8020/upload/uvapub/127055/decisions_of_national_courts.pdf].

PERES, Antonio Galvão. *Contrato internacional de trabalho: novas perspectivas*. S. Paulo: LTr, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 5ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. S. Paulo: Saraiva, 2000.

RUSSOMANO, Gilda Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. S. Paulo: Landy, 2001.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. *Direito internacional costumeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del agotamiento de los recursos de derecho interno (1981-1991). *XIX Curso de Derecho Internacional*. Washington: OEA, 1996.

