

**DIREITO DE/AO ACESSO NUMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL-
PRIVATISTA**

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO
Professor Titular nell'Università di San Paolo

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Aspectos de Direito Internacional Privado e sua função. – 3. Conflitos de Jurisdição. – 4. Conflitos de leis no espaço. – 5. Considerações finais.

1. – Não poderia haver melhor encaixe que abordar o direito de acesso entre público e privado que por meio do direito internacional privado, uma disciplina que é dicotômica por natureza, já que não pertence ao direito privado, mas sim ao direito público, que não é internacional, mas interna e, para alguns, não é sequer direito, mas um simples método.

Além disso, por se tratar de uma disciplina que se debruça sobre os problemas vinculados ao estabelecimento de limites para o exercício de uma jurisdição nacional e sobre a determinação da lei a ser aplicada para o deslinde de mérito da demanda, o Direito Internacional Privado se presta à abordagem do acesso como algo instrumental e, também, como algo substancial. Daí a leve provocação colocada pelo título de minha fala: “Direito de/ao acesso”

2. – Minha concepção a respeito da internacionalidade da disciplina pode ser assim sumariada: o Direito Internacional Privado é a disciplina que contempla um sofisticado método para se lidar com as diferenças entre os ordenamentos jurídicos nacionais e que interessa àquelas relações jurídicas que se internacionalizam, no sentido de serem situações nas quais estão presentes elementos nacionais, isto é, elementos da estrutura da relação jurídica que se vinculam ao ordenamento jurídico do foro, e, também, elementos estrangeiros, ou seja, elementos estruturais da mesma relação jurídica que se vinculam a ordenamentos jurídicos estranhos ao foro em que a relação é analisada – por isso, estrangeiros.

Insta, não obstante, firmar posição a respeito do conjunto de relações jurídicas que, quando se internacionalizam, acabam sob a alçada do método de determinação da lei aplicável. E neste particular, creio que o Direito Internacional Privado tem de se ocupar tanto das relações regidas por normas de direito privado como daquelas que se subsumem a normas de direito público, ainda que quanto a estas últimas, as circunstâncias acabem muitas vezes determinando a incidência da lei material do foro.

Adiro, assim, a uma visão objetiva do Direito Internacional Privado, que se caracteriza pela persecução de objetivos bastante diferenciados, por meio de normas com funções específicas e que são estatuídas para regular estes objetos. Dessa forma, a disciplina é, assim como o direito intertemporal, um direito de atuação prévia e que poderia ser aplicado essencialmente a todos os casos juridicamente relevantes, mas que não o é por uma razão de economia.

Com efeito, casos em que os elementos da relação jurídica estejam vinculados exclusivamente a um Estado, estarão, obrigatória e logicamente, vinculados a este ordenamento, sendo desnecessária a submissão do caso a este direito de atuação prévia, posto que a remissão possível seria única, ou seja, uma remissão ao direito material do foro. Por outro lado, em situações de Direito Público, se a remissão será essencialmente uma remissão *lexforista*, dados os interesses predominantes, isto não infirma a circunstância de se estar diante de uma relação plurilocalizada, não se devendo, assim, afastar de modo apriorístico a submissão ao direito dos conflitos¹. Haverá circunstâncias em que, eventualmente, a norma de conflitos poderá levar à incidência de uma norma estrangeira, cujo conteúdo será interpretado e aplicado à luz da ordem pública do foro.

Nesse sentido, estou em posição alinhada com aquela que é adotada por Klaus Vogel, Paolo Picone e Rui Moura Ramos quando este último afirma que o Direito Internacional Privado “poderia ser considerado um meta-direito, uma meta-linguagem jurídica, uma vez que as suas normas, ao definirem a aplicação das normas materiais, apareceriam necessariamente como estruturalmente superiores às regras cujo âmbito de actuação determinam”².

E isto vale tanto para relações privadas como para relações públicas que não recaiam, pelo viés de sua internacionalidade, no âmbito de atuação do Direito Internacional Público, que regula as relações entre sujeitos das Relações Públicas Internacionais, como são os Estados e as Organizações Internacionais. Quanto aos primeiros, todavia, apenas quando agem como entidade soberana, praticando atos de império. Seus atos de gestão, ainda

¹ Tais aspectos são criticados por CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, v. I. 15.ed. Granada: Comares, 2014, 7. Para estes autores, o Direito Internacional Privado só deveria se ocupar das relações privadas internacionais (2).

² R.M.G. DE MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato internacional de trabalho*. Coimbra, 1990, 275.

que regidos pelo Direito Público material, encontram-se sob a influência do Direito Internacional Privado³.

Neste sentido, e em suma, o Privado, no âmbito do Direito Internacional Privado está presente por razões tradicionais e estatísticas. Trata-se de uma referência afeta à denominação da disciplina, que cuida de casos plurilocalizados. Estes, tornam-se mais relevantes e numerosos quando atingem interesses privados. Mas isto não ilide a incidência da disciplina, de seu método e de seus institutos também em situações que envolvam interesses públicos.

Além disso, as normas da disciplina, de fontes internas ou internacionais, guardam a natureza jurídica de normas de Direito Público. Esta afirmação não impede, não obstante, que se reconheça um espaço para a autonomia privada de natureza tipicamente conflitual seja na escolha da jurisdição que será acessada instrumentalmente, seja na escolha da lei aplicável, enquanto mecanismo substancial de acesso à justiça.

3. – Se a situação jurídica de que se ocupa o Direito Internacional Privado é consensualmente aceita como sendo a relação jurídica plurilocalizada, isto é, aquela situação que apresenta elementos vinculados a mais do que uma ordem normativa estatal e se, por outro lado, problemas decorrentes destas relações precisam da intervenção do Estado (seja o Estado-juiz, o Estado-administração ou algum particular por delegação de funções como é o caso das serventias extrajudiciais – que tem as funções delegadas por ato direto do Estado – e, em certa medida, também dos árbitros – cujas funções defluem da escolha das partes, mas que são essencialmente jurisdicionais⁴), torna-se inegável haver uma projeção das relações jurídicas plurilocalizadas sobre a atividade jurisdicional em sentido amplo.

Lembram Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, que o Estado desempenha uma função jurídica que se manifesta por duas formas distintas: a legislação, ou seja, o ato de normatizar as relações sociais e a jurisdição, por meio da qual “cuida o Estado de buscar a realização prática

³ Veja-se, em certo sentido, J.A. PIMENTA BUENO, *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863, 12-13.

⁴ Com o que se procura derrubar uma das críticas de W. Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, I, Barcelona, 1948, 82, à teoria bipartite anglo-saxônica. Por outro lado, D. BUREAU – H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, I, 3^a ed., Paris, 2014, 31, fazem menção a conflito de jurisdições e de autoridades. Creio que a distinção que faço no texto entre jurisdição em sentido amplo e atividade judicial (jurisdição em sentido estrito) é suficiente para justificar minha posição.

daquelas normas em caso de conflito entre pessoas (...). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país”⁵. Mas se as situações sobre as quais incide a jurisdição (nesse sentido amplo) apresentam ao menos um elemento de estraneidade, cabe ressaltar que a aplicação quer do direito positivo nacional, do foro, quer a incidência do direito estrangeiro decorrerão de uma determinação do legislador dos conflitos de leis no espaço que é o legislador nacional⁶.

Assim, quando o Direito Internacional Privado menciona sua eventual preocupação com os conflitos de jurisdição, enquanto seu potencial objeto, a disciplina está a se referir à possibilidade de que os Estados vinculados ao caso concreto possam, além da intenção de ver aplicada sua legislação material, desejar também que se verifique o exercício de sua própria jurisdição⁷. Este último desejo poderá ser construído de maneira excludente ou concorrente.

Ao definir as circunstâncias que justificam o exercício obrigatório ou facultativo de sua jurisdição, os legisladores internos dos Estados lançam mão de normas que não deixam de se qualificar como regras de conflito⁸.

Além disso, a expressão conflito de jurisdições é capaz de abarcar, segundo me parece, as circunstâncias relacionadas com o reconhecimento e a execução de decisões que, tomadas em jurisdições estrangeiras, guardam pertinência com a jurisdição do foro e que devam produzir parte ou a totalidade de seus efeitos⁹ naquele foro para o qual forem trasladadas.

Em verdade, muitas são as circunstâncias em que o manejo de uma iniciativa perante a jurisdição de um Estado ‘X’ acabe dependendo do reconhecimento e da execução no foro brasileiro ou italiano ou vice-versa. De fato, quando os Estados desenham a competência de sua jurisdição, eles levam em consideração uma série de fatores variados e que nem sempre

⁵ A.C. DE ARAÚJO CINTRA – A. PELLEGRINI GRINOVER – C.R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 25ª ed., São Paulo, 2009, 44.

⁶ Certamente que os processualistas citados na nota anterior estavam preocupados com a realidade do processo eminentemente nacional ao mencionarem a “prevalência do direito positivo do país”. Mas ainda que assim seja, o texto demonstra que o raciocínio vale também para a jurisdição que toma em consideração os casos plurilocalizados e que os decide com recurso ao direito estrangeiro, por determinação do direito positivo do país.

⁷ Para uma análise da jurisdição em sentido estrito, veja-se o conceito apresentado por C. TIBURCIO, *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, 21-24.

⁸ Assim, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, I, Coimbra, 2000, 70.

⁹ No mesmo sentido, D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, cit., 31.

dizem respeito direto com a executoriedade da decisão naquele foro ou alhures. E mesmo quando a parte autora toma esse aspecto em consideração e decide – ante hipótese de competências concorrentes – propor a medida no Estado em que a parte demandada tem seu patrimônio, nada obsta que, posteriormente e por razões as mais variadas, o patrimônio da parte demandada se esvazie naquela jurisdição, mas permaneça hígida em outra.

Em tais casos, o traslado das decisões é uma medida que se impõe e que “está ao serviço dos mesmos valores – tal como o DIP, entendido como direito de conflitos, ele visa fundamentalmente garantir a estabilidade e a continuidade das situações da vida jurídica dos indivíduos”¹⁰, mesmo quando estas se mobilizam, se movimentam no espaço, alterando sua posição geográfica.

Os legisladores nacionais sabem que exercem um dos Poderes inerentes à soberania e que o Estado se comporta, nas relações que mantém com entidades internacionais, com pleno atendimento ao princípio da igualdade soberana dos Estados (*par in parem non habet imperium* ou *judicium*).

Daí a afirmação que os legisladores não se dirigem à autoridade estrangeira impedindo-a, proibindo-a de decidir. A atribuição de competência às autoridades estrangeiras cabe ao legislador estrangeiro, que a avocará se entender que seus magistrados e demais autoridades se encontram em condições de bem desempenhar tal competência, ampliando, assim, as possibilidades de acesso aos sistemas jurisdicionais de tomada de decisão pelas partes nas relações plurilocalizadas.

Por outro lado, ao avocar as competências que o legislador nacional considera que suas autoridades são capazes de desempenhar, a verdade é que os legisladores deixam de avocar outras competências e, nesse sentido, estabelecem limites ao exercício da jurisdição daquele Estado, limitando, conseqüentemente, o acesso àquele sistema de justiça. É, claramente, o caso das relações eminentemente estrangeiras, sem vínculo algum com a jurisdição do foro.

O que se enquadra nestes limites poderá ser levado, ali, à decisão, com recurso àquela jurisdição, que fará aplicar o direito material designado por suas próprias regras de conflito.

Usualmente os legisladores estabelecem competências para suas próprias autoridades, nada dizendo sobre o exercício eventual da mesma competência por julgadores estrangeiros, considerados por seus legisladores como competentes para conhecer da mesma causa. Assim agindo, tais

¹⁰ FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra: Almedina, 2000, 70.

legisladores criam hipóteses de competência concorrente entre diversos julgadores e o fazem, no mais das vezes, de modo não intencional.

Os magistrados, por serem parcelas do Poder do Estado (Poder Judiciário), e por não disporem de competência para representar o Estado externamente (prerrogativa do Chefe de Estado), exercem suas funções sem levar em conta a eventual competência concorrente de homólogos estrangeiros, o que fatalmente leva à possibilidade de que a mesma ação seja proposta, concomitantemente, em mais de um Estado (foro) ou que a parte escolha o melhor foro dentre todos os competentes (*forum shopping*) a partir de uma série de fatores (lei aplicável, tempo processual, custas etc.) que serão analisados em breve.

Outras vezes – em situações muito limitadas – o legislador desenha a competência jurisdicional e estabelece que serão desempenhadas com exclusão de quaisquer outras competências de jurisdições estrangeiras. Nesses casos, o legislador constrói as chamadas competências exclusivas de sua jurisdição.

No entanto, seria exagerada e contrária à igualdade dos Estados uma eventual posição do legislador de uma nação que tendesse a distribuir competências judiciárias entre os cerca de 200 Estados soberanos existentes no mundo. Não havendo autoridade capaz de distribuir competências, o que ocorre é a avocação das competências por parte dos legisladores nacionais para que os judiciários locais as desempenhem.

Ao determinar que a competência é de uma jurisdição, com exclusão de qualquer outra, é preciso esclarecer que o legislador se dirige não ao julgador estrangeiro, para o proibir de atuar, mas, sim, ao órgão local que funciona como autoridade competente para homologar decisões estrangeiras, determinando a esta autoridade que se abstenha de reconhecer decisões proferidas alhures em situações consideradas como exclusivas das autoridades daquele Estado. Quer dizer: o acesso à jurisdição estrangeira, possível à luz das regras locais, será ineficaz naquele Estado onde se pretende alcançar efeitos, se este último tiver alguma exclusividade na questão. Nestes casos, o exercício de acesso acaba sendo forçado, pelas circunstâncias, para ocorrer naquele local.

Por outro lado, no cenário das competências concorrentes se estabelece a possibilidade de as partes construírem uma estratégia processual eficiente que tome em consideração o espaço para se decidir onde propor a ação (*forum shopping*), ponderando múltiplos fatores e consequências, inclusive na tentativa de antever a eventual estratégia contraposta a ser adotada (se eficiente) pelo *ex adverso*.

Uma estratégia processual eficiente¹¹ para a defesa dos interesses da parte em uma situação plurilocalizada exigiria do advogado que avaliasse pelo menos sete fatores que serão aqui discutidos. Trata-se de uma apreciação bastante complexa e permeada por infinitas variáveis que podem influenciar, decisivamente, na opção pela propositura da ação em uma ou outra das jurisdições concorrentemente competentes, como também na possibilidade de se apor em contrato uma cláusula de eleição de foro competente.

A primeira análise requerida nos casos de situações jurídicas plurilocalizadas é o de averiguar se a situação, tal qual constituída e geograficamente posicionada, autoriza propositura de eventual ação judicial perante quais jurisdições. Por outras palavras, quais as jurisdições acessíveis àquele caso.

Regras clássicas de avocação de competência costumam indicar elementos como o domicílio do réu (enquanto parte na relação jurídica), o local de constituição da relação jurídica (enquanto liame), o local da situação do objeto da relação (se bem que, muitas vezes, essa competência possa vir construída prevendo a exclusão de quaisquer outras), o local previsto para o cumprimento do pactuado pelas partes e o local em que ocorre certo fato que fundamente o pedido formulado em juízo (princípio da causalidade), bem como o local em que praticado certo ato que sirva também ou alternativamente de fundamento para o pedido. Tais elementos, vinculados à relação jurídica enquanto realidade juridicamente decomposta, costumam aparecer como causas alternativas para a possibilidade de se mover uma demanda naquela jurisdição.

Ocorre que, muitas vezes, não são utilizados todos esses elementos como fatores de atração da competência numa mesma e única jurisdição. Torna-se, assim, necessário esquadrihar, a partir da constituição geográfica do caso concreto, quais as jurisdições competentes e a que título ou títulos se estabelecem essas competências.

A análise sugerida exigiria do intérprete que verificasse as regras de atribuição de competência internacional de ao menos dois Estados. Todavia, tal número poderia aumentar a depender de tantos quantos fossem os Estados interessados na questão, vale dizer, do número de Estados presentes na relação concreta sob análise. Tudo para verificar se o acesso àquele sistema de justiça estaria resguardado pelo legislador local.

¹¹ A respeito, veja-se, com maiores detalhes, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência das Jurisdições Nacionais e Inteligência Artificial: entre *Forum shopping* e *lawfare*. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (Organizadores). *Direito Internacional e Comparado: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos*, v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2021, 265-281.

Outro fator de extrema relevância (o segundo) para ser averiguado é o da determinação da lei aplicável segundo as regras de conflito de todas as jurisdições que se deem por competentes para o conhecimento e julgamento de ações judiciais atinentes à relação jurídica plurilocalizada em tela. Mais ao final deste estudo vou apresentar algumas considerações a esse respeito à luz do direito ao acesso a uma justiça qualificada nas situações plurilocalizadas.

Considerando o resultado material potencial de uma demanda proposta em dado foro (terceiro fator) à luz da lei aplicável, pode-se estabelecer uma escala que vai da procedência, representada pela satisfação de 100% dos interesses do autor, à improcedência, quando 0% de seus interesses encontrariam guarida no direito aplicável, passando por arranjos jurídico-materiais outros em que a procedência parcial pode encontrar enorme variação consoante os ditames do direito material aplicável, inclusive no que concerne à concessão ou não de eventuais pedidos cumulados ou alternativos.

Em um cenário como esse, é preciso ponderar se vale a pena perseguir um resultado material mais satisfatório, apostando naquela jurisdição que, consoante sua regra de conflitos, aplicaria o direito material cujas normas atenderiam de forma integral a pretensão formulada pelo autor. E isso porque, considerando outros fatores aqui cogitados, uma estratégia como essa pode levar o réu na ação proposta em primeiro lugar a interpor ação em jurisdição diversa e na qual obtenha uma decisão que, considerada a possibilidade de ser integralmente condenado no primeiro foro, se mostre minimamente favorável a seus interesses. Seria, por exemplo, o caso de, não havendo jurisdição onde fosse provável obter um provimento de natureza declaratória negativa da existência do direito alegado pelo autor na primeira jurisdição, decidir o réu movimentar aquela outra em que não seria condenado a pagar 100% do crédito alegado, mas tão só 50% desse montante, consignando o pagamento de tal valor.

O fator tempo (quarto critério) é, nessa engrenagem, algo essencial. Com efeito, só faz sentido para o réu mover outra demanda em outra jurisdição se houver probabilidade de obter o provimento jurisdicional a tempo de impedir a continuidade da demanda proposta pelo autor no primeiro foro provocado.

E caso o autor pudesse prever tais reações potenciais do réu, talvez tivesse preferido propor sua demanda em uma jurisdição outra que não aquela que garantia 100% de sua pretensão, mas cujo resultado só seria possível alcançar depois de longo tempo. Assim, uma outra jurisdição mais célere poderia ter sido a escolhida desde logo pelo autor, mormente se esta

garantisse a satisfação, ainda que parcial de sua pretensão, mas em montante superior a 50%, para continuar no mesmo exemplo.

A efetividade da prestação jurisdicional depende da conjugação de certos e relevantes fatores. De nada adianta uma jurisdição essencialmente célere, por exemplo, se não se resguardar a ampla defesa e o contraditório como mecanismos que permitam ao magistrado aceder à convicção necessária para a tomada da decisão que lhe fora requerida. O mesmo se pode dizer relativamente à garantia do duplo grau de jurisdição como mecanismo organizado de revisão decisória para se evitar decisões arbitrárias ou desarrazoadas.

Não obstante, a busca da celeridade não pode prescindir nem do contraditório e da ampla defesa nem do duplo grau de jurisdição, porquanto se uma decisão estrangeira for tomada sem a observância desses valores, a decisão poderá não ser reconhecida naquelas jurisdições onde a ausência de tais garantias enseja ofensa à ordem pública processual do foro onde se busca a homologação.

Nesse sentido, o tempo médio para se obter uma decisão de mérito em processo que garanta a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição deve ser tomado em consideração na verificação de quais as jurisdições potenciais para a discussão de casos plurilocalizados.

Tanto quanto o direito material aplicável e o resultado que ele produzirá na análise de mérito, o tempo para a obtenção dessa decisão mostra-se relevante, para não dizer que seja mesmo essencial.

Outro fator (o quinto) que deve ser levado em conta é a jurisdição mais bem posicionada para a produção dos *efeitos* da decisão visada. Vale dizer, é preciso considerar onde os efeitos práticos da decisão que vier a ser obtida deverão ser produzidos.

Por vezes, esse local será único, como é o caso de réu em ação condenatória que disponha de patrimônio apto a garantir o débito situado em uma única jurisdição. Nesse caso, não havendo o cumprimento espontâneo do *decisum*, será necessário buscar medidas constritivas de tal patrimônio para a satisfação integral ou parcial do débito (a depender do montante patrimonial e do valor da dívida), o que, normalmente, só é possível alcançar naquela jurisdição em que o patrimônio esteja localizado.

E sempre que viável, fazer coincidir o juízo para a ação de conhecimento e para a fase de execução, representa considerável economia de tempo e de recursos. A conjugação entre o foro de conhecimento e o de execução visa uma efetividade acrescida, pois evita a necessidade de homologação de uma decisão estrangeira proferida no processo de conhecimento no foro de execução, poupando tempo e recursos para a parte que teve seus direitos reconhecidos pelo órgão julgador.

Outro fator a considerar (o sexto), mormente nos casos em que não seja viável ou recomendável a coincidência entre o foro de conhecimento e o foro de execução é o da necessidade efetiva de se homologar as decisões estrangeiras.

Com efeito, há ordenamentos jurídicos nos quais certos tipos de decisões são desde logo dispensadas de homologação por ato unilateral do próprio Estado que admite executar a decisão estrangeira independentemente de uma decisão em juízo de deliberação. Outra possibilidade é a de que acordos bilaterais ou multilaterais aos quais aquele Estado esteja vinculado dispensem certas decisões tomadas em outro Estado contratante de homologação naquele juízo, garantindo-se o *exequatur* automático daquele conteúdo decisório.

Nesse sentido, mapear as redes de cooperação jurídica internacional ou os atos unilaterais de certos e determinados Estados em matéria de homologação de decisões estrangeiras mostra-se um fator relevante para contribuir na tomada de decisão relativa à estratégia processual a ser adotada.

Por fim, outro fator de grande relevância (o sétimo) diz respeito aos custos médios para a utilização do sistema de justiça (custas, honorários sucumbenciais, taxas, necessidade de formação de cartas rogatórias ou mecanismos de auxílio direto para citação ou obtenção de provas no estrangeiro) seja no que concerne à propositura de ação de conhecimento, de homologação da decisão estrangeira no foro de execução e com a execução propriamente dita.

Verificados tais fatores, a decisão de qual sistema de justiça a acessar demonstrará uma tendência de obtenção de justiça – por meio do acesso – naquele/àquele sistema de justiça.

4. – Vimos há pouco que um dos fatores relevantes para se decidir, diante de uma situação plurilocalizada, qual o sistema de justiça a aceder seja justamente o modo pelo qual ele resolve um conflito de leis no espaço.

Os diversos grupos populacionais, as diversas sociedades, forjam suas próprias culturas ao mesmo tempo em que se sentem a ela vinculadas. São, ainda, por elas influenciadas, sendo este o significado de tradição. Trata-se, como afirma Rodolfo Sacco, de uma diversidade que decorre dos diferentes percursos vividos pelos diferentes agregados humanos. É isto o que explica a diversidade cultural e, não, o *estágio de evolução* em que se encontram os povos, como se uns tivessem vencido certas etapas que outros ainda não

enfrentaram¹². A diversidade de culturas, ademais, dá espaço a variadas formas de reação ante a diferença¹³.

E se o Direito “não resulta da natureza; não provém dos fatos; [sendo forma de] manifestação cultural, da inteligência, do sentimento”¹⁴ não é preciso muito esforço hermenêutico para se compreender o espaço que o Direito Internacional Privado pode desempenhar na coordenação destas culturas em geral e das culturas jurídicas em particular.

Mas o contexto só se completa quando se considera, também, o papel que as Constituições das diversas nações têm na formação da ordem jurídica respectiva. Livre, o constituinte inaugura, funda, estabelece, concebe o Direito daquele povo, mas não o faz de modo completamente desapegado da cultura daquela comunidade; antes, tem por hábito seguir os costumes daquela nação, com o que pretende a adesão voluntária da maioria aos ditames normativos. Sem a identificação com a cultura e os costumes, a lei tende a se degenerar num ato de tirania, como afirmara já Montesquieu¹⁵.

As múltiplas culturas são, assim, as responsáveis por gerar diferentes direitos materiais, mas também, múltiplos direitos de conflitos.

Existe entre as leis potencialmente aplicáveis uma “vocação concorrente” para apreender as situa es plurilocalizadas, já que excluem da lei do foro uma certa “voca o natural para fornecer a soluço do litígio”¹⁶, embora a lei selecionada possa vir a ser justamente a lei material do foro.

A d vida a respeito do direito a aplicar nasce,   certo, da percep o de que todos eles sejam potencialmente aplicáveis. Mas   inegável que a d vida nasce também da consciência de que se torna inviável a aplica o concomitante de todos estes direitos para regularem os mesmos aspectos que demandam interven o. Nesta concep o, basta a concorrência abstrata entre as leis para se justificar a incidência das regras de conflito.

Uma outra concep o, todavia, toma em considera o a circunstância de que, entre si, os direitos de voca o concorrente apresentam certas particularidades materiais, ou seja, vinculadas ao conteúdo do direito material, que podem ser mais ou menos profundas ou que podem se

¹² SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribui o para uma macro-história do Direito* [Antropologia giuridica]. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 43.

¹³ SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribui o para uma macro-história do Direito* [Antropologia giuridica]. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 63.

¹⁴ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 15.

¹⁵ Como lembra SABADELL, Ana L cia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdu o a uma leitura externa do direito*. 7.ed., 3. tir. São Paulo: RT, 2017, 35-36.

¹⁶ D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit International Privé, I*, cit., 28 s.

apresentar com maior ou menor amplitude. Nesta concepção, a relevância de se proceder à determinação de um dentre os direitos interessados em regular a questão encontra seu fundamento ora na soberania dos Estados interessados em regular a relação jurídica concreta¹⁷, ora na intenção de se evitar uma situação contraditória para os jurisdicionados envolvidos no caso considerado. Seja em uma ou noutra destas concepções antagônicas quanto ao objetivo subjacente (o que se liga ao interesse dos Estados ou o que se apegam aos interesses dos particulares), o que se busca é dar certo protagonismo a um dos direitos presentes e considerados também a partir de suas diferenças substantivas para que este regule materialmente as questões subjacentes e as que sejam delas decorrentes¹⁸.

Não é muito difícil perceber que três atitudes distintas podem ser elaboradas pelas autoridades de cada uma das nações para a resolução dos conflitos de leis no espaço: pode-se, com efeito, fazer prevalecer um ambiente de desconfiança, de neutralidade ou de confiança recíproca entre as nações, gerando, respectivamente, ambientes de dúvida, liberdade e segurança para as partes numa situação internacional.

Quando se constrói um espaço de desconfiança, com o manejo de estratégias de predomínio de um grupamento nacional e de seu direito sobre os demais, sobressaem naturalmente os interesses do Estado em fazer valer a sua própria regulamentação normativa. Pode-se alcançar este objetivo tanto com o manejo de estratégias territorialistas desarrazoadas quanto com estratégias de indicação de elementos de conexão que fazem identificar a sede da relação jurídica no foro daquela autoridade nacional (com predomínio da indicação *lexforista* da lei aplicável). É, certamente, a estratégia presente no pensamento de D'Argentrè, dos estatutários holandeses, de Story e de Mancini, como é a estratégia dos Estados que, em suas legislações nacionais de resolução de conflitos normativos no espaço fizeram recair a aplicabilidade sobre a lei nacional, do foro. Em tal contexto, os sujeitos da relação privada internacional podem sofrer, por vezes, reveses na constância normativa de sua relação, pois a vocação *lexforista* daquele sistema acarreta – com maior intensidade que as demais possibilidades a seguir analisadas – a mudança potencial da lei aplicável à situação entre eles vivenciada.

Um espaço de neutralidade, por sua vez, parece privilegiar a convicção de que as culturas são abstratamente equivalentes e que sua expressão por meio do direito representa uma de muitas regulamentações materiais

¹⁷ Veja-se crítica que se aplica a esta concepção em D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, 63 ss.

¹⁸ D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, I, cit., 30 s.

possíveis, com o que a incidência desta ou daquela lei para a regência de uma situação plurilocalizada é, em princípio, indiferente, neutra. E se é neutra, não é o interesse material do Estado, nem seu interesse em regular os conflitos de leis no espaço que deve necessariamente prevalecer. Nestes termos, se qualquer das leis é, neutramente, uma lei potencialmente aplicável, a possibilidade de as partes optarem implícita ou explicitamente pela incidência desta ou daquela lei é, para um Direito Internacional Privado assim forjado, uma possibilidade a mais e uma possibilidade que privilegia a liberdade das partes. Quando se escrutina o raciocínio seguido por Dumoulin ou Savigny, parecem ser estes os valores que tais autores tomaram em consideração.

Por outro lado, um espaço de confiança recíproca parece estar presente na lógica operada pelos mecanismos de estabelecimento conjunto e coordenado de soluções supranacionais, sejam tais soluções dependentes da confirmação da vontade dos Estados (num certo voluntarismo típico do Direito Internacional Público e da construção coordenada de fontes normativas comuns), sejam as soluções que se impõem aos Estados de um espaço de integração por determinação das entidades resultantes do compartilhamento de soberania (de que o Direito Internacional Privado da União Europeia é um exemplo).

A diversidade de hábitos culturais, assim, tem como consequência relevante a diversidade normativa, e por essa razão pode-se afirmar existirem dificuldades bastante intensas na apropriação de um ordenamento estrangeiro com o intuito de o aplicar no foro. Isto porque é preciso reconhecer que normalmente o analista de um sistema jurídico é alguém vinculado à cultura jurídica estudada, impregnado por seus hábitos e acostumado àquele modo de se encarar as questões juridicamente relevantes¹⁹.

5. – Mas como tudo isso guarda relação com acesso à justiça? Substancialmente, estabelecendo-se mecanismos de tomada de decisão pelas autoridades com base na lei mais bem posicionada, ou seja, daquela lei que presumida (quando a regra de conflitos determina) ou explicitamente (quando as partes escolheram) as partes levaram em consideração para se relacionarem e como se relacionarem, tem-se um verdadeiro modo de acesso à justiça. Obviamente, a decisão jamais satisfará ambas as partes na demanda. Para tanto, o sistema decisório em duplo grau de jurisdição é suficiente para que o vencido, na medida de sua sucumbência, possa

¹⁹ Para uma diferenciação entre cultura e civilização em antropologia, veja-se P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*. [S.l.] 2005, 140 s.

continuar sua busca pela justiça subjetiva. Mas a circunstância de as partes terem uma decisão tomada com a subsunção do direito mais bem posicionado à regência de sua relação jurídica satisfaz um acesso objetivo e substancial à justiça, por meio do Direito Internacional Privado, sendo esse o objetivo da disciplina que aprendi a amar.

Abstract

**RIGHT OF/TO ACCESS IN THE INTERNATIONAL-PRIVATE
PERSPECTIVE**

Di fronte a situazioni plurilocalizzate, il diritto internazionale privato può svolgere un duplice ruolo per quanto riguarda l'accesso alla giustizia, stabilendo talvolta un diritto di accesso e talvolta un diritto di accesso alla giustizia. Discute anche cosa si intende per giustizia nell'ambito della disciplina e come tali diritti sono collegati agli oggetti tipici di questo ramo del diritto: conflitti di giurisdizione e conflitti di legge nello spazio.

Faced with plurilocalized situations, Private International Law can play a dual role with regard to access to justice, sometimes establishing a right of access and sometimes a right to access justice. It also discusses what is meant by justice within the scope of the discipline and how such rights are related to the typical objects of this branch of law: conflicts of jurisdiction and conflicts of law.
