

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: VIGÊNCIA DE SUA DOCTRINA*

(**)

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: VIGENCIA DE SU DOCTRINA

*Roberto Ruiz Díaz Labrano****

Resumo: De certo, o Direito Internacional Privado posterior a Savigny poderá encontrar ou desenvolver novas correntes, mas será impossível furtar-se dos princípios fundamentais que ele deixou. Grande parte da estrutura de pensamento doutrinária e dos fundamentos gerais da disciplina na atualidade encontram raiz em seus escritos e formulações. O presente estudo busca, inicialmente, resgatar o contexto sócio-cultural do autor, analisando sua vida e obra, e, também, o ambiente jurídico de sua época. Em um segundo momento, faz-se uma análise da escola histórica de direito e da contribuição de Savigny ao direito internacional privado através das novas perspectivas que desenvolveu como, por

* Artigo publicado originalmente em língua espanhola, conforme segue: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. Friedrich Karl von Savigny y el derecho internacional privado. Vigencia de su doctrina. In: FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., MORENO RODRÍGUEZ José Antonio (dirs). *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo: Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Assunção: CEDEP/ASADIP – Biblioteca de derecho de la globalización, 2010. p. 145-167. Traduzido para a língua portuguesa por Maria Laula Arnt, acadêmica da Faculdade de Direito da UFRGS e integrante do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS “Mercosul e Direito do Consumidor”. Revisada a tradução por Augusto Jaeger Junior, professor de direito internacional privado da Faculdade de Direito da UFRGS, líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS “Direito Internacional da Concorrência” e bolsista de produtividade do CNPq.

** Homenagem a Tatiana B. de Maekelt. Conheci Tatiana B. de Maekelt no ano de mil novecentos e oitenta, quando dava meus primeiros passos no Direito Internacional Privado; naquele momento, estando presentes ilustres representantes do mundo jurídico internacional, foi ela quem produziu em mim uma forte impressão; sua personalidade deslumbrante e seu profundo conhecimento de direito tinham me fascinado. Essa impressão nunca mudou, pelo contrário, com os anos a admiração foi crescendo. Sua presença em Assunção, Paraguai, no relançamento da Associação Americana de Direito Internacional Privado, reproduziu exatamente a mesma impressão, os anos não diminuíram nem no mínimo essa presença imponente. Convidado a escrever uma monografia em sua homenagem, não duvidei em instante algum, a única e verdadeira homenagem que se pode fazer a uma grande jurista é recordar e referir a outro grande jurista, como Friedrich Karl von Savigny.

*** Professor titular de Direito Internacional Privado da Universidade Nacional de Assunção. Professor do Curso de Mestrado em Direito Internacional Privado da Universidade de Buenos Aires. Presidente da Associação Paraguaia de Direito Internacional e do Instituto Paraguaio de Direito Internacional Privado. Membro da Academia Paraguaia de Direito e da Associação Americana de Direito Internacional Privado.

exemplo, aquelas que justificam teoricamente a aplicação do direito estrangeiro. Conclui-se a pesquisa, finalmente, com breve tentativa de determinar o legado deixado por esse grande doutrinador ao Direito Internacional Privado.

Resumen: *Por cierto, el Derecho Internacional Privado posterior a Savigny podrá encontrar o desarrollar nuevas corrientes, sin embargo será imposible abandonar los principios fundamentales que el dejó. Gran parte de la estructura de pensamiento doctrinario y de los fundamentos generales de la disciplina en la actualidad encuentran raíz en sus escritos y formulaciones. El presente estudio busca, inicialmente, rescatar el contexto sociocultural del autor, analizando su vida y obra, y, también, el ambiente jurídico de su época. En un segundo momento, se hace un análisis de la escuela histórica de derecho y de la contribución de Savigny al derecho internacional privado a través de las nuevas perspectivas que desarrolló como, por ejemplo, aquellas que justifican teóricamente la aplicación del derecho extranjero. Concluye la investigación, finalmente, con un breve intento de determinar el legado dejado por ese gran doutrinador al Derecho Internacional Privado.*

Palavras-chave: *Savigny, Direito Internacional Privado, Vida e Obra, Legado*

Palabras clave: *Savigny, Derecho Internacional Privado, Vida y Obra, Legado*

1. Vida e obra de Savigny

Friedrich Karl Von Savigny, filho de Cristian Carlos Savigny e Enriqueta Felipa Gross, nasceu em 21 de fevereiro de 1779 em Frankfurt am Main. Sua família de origem francesa da região da Lorena imigrou para a Alemanha por razões religiosas¹. O nome de Savigny deriva do castelo de igual denominação que se situa próximo de Charmes, no vale do rio Mosela.

Toda a vida de Savigny transcorreu em um ambiente de alto nível cultural e intelectual². Rudolf von Ihering³, outro jurista excepcional,

1 A imigração de sua família havia acontecido aproximadamente cento e cinquenta anos antes do nascimento de Friedrich Karl von Savigny ou Carlos Federico de Savigny.

2 Casou-se com Cunegunda Brentano, seu concunhado Clemente foi um reconhecido poeta e novelista, amigo de Luis Achim von Arnim, lembrado como compilador e editor de canções populares, assim como escritor de contos curtos e casado com Bettina Brentano, que teve uma amizade próxima com Goethe.

3 R. VON IHERING. "Savigny", *Três vidas ilustres. Hugo, Savigny, Ihering. Resurgimiento*

ao fazer referência à extraordinária vida jurídica do grande romanista, descreve uma vida totalmente dedicada ao direito, aponta que estudou as leis em Marburg⁴ e na Universidade de Göttingen. Fez seu doutorado em 1800 em Marburg, com a defesa de uma tese sobre direito penal, “O concurso formal dos delitos” (*De concursum delictorum formali*).

Iniciou na docência aos 21 anos de idade dando aulas como professor das Universidades de Marburg (1803-1808), sobre o código penal, e de Landshut (1808-1810). Uma de suas obras destacadas referida sobre “O direito de propriedade”, ou “Das Recht des Besitzes”⁵, data de 1803. Sua versatilidade e conhecimento do direito romano o permitiam abarcar tanto o direito civil, quanto o penal.

A partir do ano de 1810 começou a dar cursos de direito romano e prussiano na Universidade de Berlin, a qual havia sido fundada em 1809, à qual permaneceu vinculado até o ano de 1842, sendo que dedicou 32 anos de sua vida à citada universidade, da qual chegou a ser Reitor.

Em 1815 lançou o primeiro volume de seu “Geschichte des römischen Rechts im Mttelatter”, cuja última publicação foi feita em 1831⁶. No ano de 1817, foi designado membro da comissão para organizar os Estados prussianos provinciais, e também foi membro do Ministério de Justiça no Staatsrath. Em 1819, se tornou membro do Tribunal de Cassação para as Províncias do Reno e em 1820, é nomeado membro da comissão para a revisão do Código Prussiano.

Seu trabalho sobre o direito romano atual ou contemporâneo, “System des heutigen römischen Rechts”, começou em 1835; para Savigny “...o direito romano atual considerado em sua aplicação particular na Alemanha, isto é, com as modificações que tem experimentado, todas elas contidas em leis do império, são de pouca importância, pois as grandes exceções do direito romano, por exemplo, a autoridade reconhecida a todos os contratos independentemente da *stipulatio*, os efeitos atribuídos à *bona fides*, etc., nada têm de especial no império da Alemanha e têm sido geralmente adotadas na medida que o direito romano se tem propagado na Europa. Assim, pois, essa obra, que trata

del derecho alemán, introducción y traducción de Norberto Gorostiaga, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 85.

⁴ Em 1795, com 16 anos, entra na Universidade de Marburg, onde assistiria às aulas dos professores Anton Bauer e Philipp Freidrich Weiss, principais pioneiros das reformas do código penal alemão. Depois disso, Savigny visitaria diversas universidades, destacando as de Jena, Leipzig e Halle.

⁵ O livro sobre o direito de propriedade mereceu elogios do grande jurista da época, Thibaut, que o qualificou como uma obra prima.

⁶ Esse trabalho foi induzido por Weiss como professor e teve inicialmente como finalidade fazer uma história literária do Direito Romano, partindo de Irnerius.

do direito romano atual, poderia com algumas adições, oferecer-se como o direito comum da Alemanha”⁷.

No último tomo⁸ expressa: “O primeiro livro do presente trabalho tinha por objeto as fontes do direito, isto é, a base das regras jurídicas; o segundo se referia à natureza geral das relações de direito que essas regras estão convocadas a regular. Pois bem, para concluir a parte geral do Tratado só me resta determinar o vínculo que existe entre as relações do direito e as regras jurídicas. Esse vínculo nos aparece, de um lado, como o império das regras sobre as relações; de outro, como a submissão das relações às regras”⁹.

Foi também ministro para a reforma legislativa do Estado prussiano (1842-1848), depois do que se dedicou quase com exclusividade ao trabalho científico, que o apaixonava. No ano de 1850, por ocasião do jubileu da obtenção do grau de doutor, foi editado em cinco volumes o seu *Vermischte Schriften*, coleção de suas obras menores publicadas entre 1800 e 1844.

Em 1853, publicou seu tratado sobre contratos (Das Obligationenrecht)¹⁰, um complemento ao seu trabalho sobre o direito romano moderno, no que trata novamente sobre a necessidade do tratamento histórico da lei. Savigny faleceu em 25 de outubro de 1861, aos oitenta e dois anos¹¹. Por ocasião de seu falecimento, Rudolf von Ihering disse que constituía “O desaparecimento da estrela mais brilhante que a jurisprudência alemã pode ostentar”¹².

2. O ambiente jurídico e a época em que viveu

Nenhuma pessoa pode escapar da influência da época em que lhe coube viver; não é diferente com Savigny, pelo que é importante verificar o ambiente jurídico imperante, sob o qual se desenvolvem

7 M. F. C. DE SAVIGNY. *Sistema do direito romano atual*, 2ª. ed., tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1839, t. II, pp. 62 e 63.

8 Nota da tradutora: a referida obra de Savigny foi traduzida para a língua portuguesa. A referência da mesma é a seguinte: SAVIGNY Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* – Vol. VIII. Tradução de Giro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. 416 p., em sede da Coleção clássicos do direito internacional, com prefácio do professor alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg.

9 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 7), t. VI, p. 121.

10 Sua obra de direito das obrigações trata, no Capítulo 1. Da natureza das obrigações; no Capítulo 2. Do nascimento das obrigações; no Capítulo 3. Da extinção das obrigações e no Capítulo 4; Das sanções legais contra a violação das obrigações.

11 Seu filho, Karl Friedrich von Savigny (1814-1875), foi ministro de relações exteriores da Prússia em 1849.

12 R. VON IHERING (nota 3), p. 85.

seu pensamento e teorias jurídicas, uma de cujas manifestações mais evidente é a diversidade de ordenamentos jurídicos vigentes e aplicáveis naquele momento¹³.

De fato, dentro do território dos Habsburgo, Áustria e Boêmia, era aplicado o Código Civil geral (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) da Áustria, de 1811. Em grande parte das regiões da Prússia¹⁴, exceto na Renânia, o direito vigente e aplicável era o *Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten* de 1794. Na Renânia vigia o Código Civil Napoleônico. Na parte central da Alemanha, Baviera, Württemberg, Hessen, Hanover e Holstein, se aplicava o Direito Romano¹⁵.

A influência do direito romano no autor se explica pela preponderância e repercussão que teve em uma grande parte das legislações vigentes na época, nas quais o direito romano se adota ou convive. O indiscutível é a importância do direito romano na época em que Savigny vivia; tal diversidade conduz à necessidade de efetuar uma análise de interpretação e aplicação do direito ou da lei no espaço, e também explica o método de interpretação histórica do direito.

Esse método que atribui importância à evolução e desenvolvimento, dá lugar à escola histórica do direito, da qual Savigny foi o maior representante, surge como consequência ou reação ante à escola dogmática do direito, representada por Hugo Doneau¹⁶, que havia perdido força com a morte desse último.

13 No século XVIII, a Alemanha não tinha chegado nem à uma unidade política, nem à uma jurídica, ainda que esforços tenham sido feitos em ambos os sentidos. Assim, pelo empenho de Frederico, O Grande, se formou a Liga dos Príncipes Alemães, da qual faziam parte Brandemburgo-Prússia, Hanover e Saxônia, a qual, depois de um Tratado de Associação, ingressaram outros príncipes alemães em 1785. Devido às guerras napoleônicas, essa união não teve uma vida muito longa e foi substituída, em 1806, pela Liga do Reno, fomentada pelo imperador francês e depois de sua queda, se formou a Confederação Alemã em 1815. M. MORINEAU, "Un acercamiento a Savigny", Biblioteca Jurídica Virtual Anuario Mexicano de Historia del Derecho.

14 A Prússia era um dos reinos mais poderosos da Europa no momento do nascimento de Savigny em 1779, governado, todavia por Frederico II, O Grande, que ocupou o trono (1740-1786). Foi sucedido por seu sobrinho Frederico Guilherme II (1786-1797), e depois de seu reinado ascendeu ao trono o filho desse último, Frederico Guilherme III (1797-1840), que lutou contra e foi vencido por Napoleão nas batalhas de Jena e de Auerstädt. Depois de um armistício, o rei cedeu porções importantes de seu território, além de pagar uma indenização monetária. Sob seu reinado se fundou a Universidade de Berlim em 1809, considerada uma das melhores de sua época e iniciou suas atividades no ano seguinte, em 1810. Como resultado do Congresso de Viena (1814 e 1815), a Prússia recuperou alguns de territórios perdidos; além disso, passou a fazer parte da Confederação Alemã⁹. M. MORINEAU (nota 13).

15 A respeito, segundo citação de M. MORINEAU (nota 13). Veja-se F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, tradução de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 292-321.

16 Hugo Doneau (1527-1591), nascido na França, teve que abandonar esse país por ter se convertido ao protestantismo, foi primeiro para a Itália, e finalmente para a Alemanha.

Posteriormente a Doneau, surgiram juristas como Pütter, Weiss e Gustavo Hugo; esse último influenciado pelos juristas franceses, estuda o direito romano sobre a base de seu desenvolvimento histórico e não somente desde a ótica da interpretação dos textos¹⁷. Tanto Weiss quanto Hugo foram professores de Savigny; o último e com justa razão é precursor da chamada Escola Histórica Alemã.

A deliberada intervenção de Savigny em 1814¹⁸ contra a idéia de um código para a Alemanha que fosse alheio a toda influência de sistemas estrangeiros – segundo era propugnado pelo professor de Heidelberg, Anton Thibaut –, não é casual, nem motivado só pela intenção de confrontar idéias com o reputado jurista; sem dúvida compreendia a riqueza do direito romano e ao mesmo tempo percebia que a partir do mesmo os costumes e culturas diferentes podiam conviver e desenvolver suas regras de direito, pelo que a construção de um código que prescindisse desses antecedentes, não resultava a ele correto.

É provável que nessa análise nasceu sua inquietude sobre os problemas de aplicação das regras no espaço para as relações em contato com direitos diversos; se pode, assim, compreender a idéia de um direito comum que se apresentasse a partir de um tipo de comunidade jurídica.

Preocupava ao grande jurista uma codificação que se desprendesse da evolução histórica do direito ou que se efetivasse de modo apressado sob a influência do direito natural, elaborado com base em abstrações jurídicas¹⁹. Afirmava a necessidade do estudo histórico do direito para a compreensão das ciências jurídicas e para o desenvolvimento e evolução do direito.

Sua influência foi tal que a codificação em seu país não se realizou como na França, nem seguiu o modelo de sua redação; foi produto do estudo e aplicação do corpus *jurisromano*, pelo que, diferentemente do Código Civil Napoleônico de 1803, adotado na França, a codificação de

17 “1. O direito alemão anterior à escola histórica. Na Alemanha, Hugo Doneau fundou, no século XVI, a escola dogmática, cujo propósito foi sistematizar o estudo do direito romano, mas sem conceder muita importância a sua evolução histórica; com a morte de seu fundador, a escola caiu em decadência. As gerações seguintes de estudiosos do direito estão representadas por juristas como Pütter e Weiss e por Gustavo Hugo, os dois últimos mestres de Savigny. Hugo radicou-se por algum tempo na França, daí resulta que seu pensamento revele a influência dos juristas franceses e aborde uma nova maneira de estudar o direito romano, não somente através da interpretação de seus textos, senão também levando em conta seu desenvolvimento histórico e as mudanças que experimentou ao decorrer do tempo; Gustavo Hugo pode ser visto como o precursor direito de Savigny”. M. MORINEAU (nota 13).

18 Em 1814 publicou seu folheto *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung in Rechtswissenschaft*.

19 Como nas Instituições *juris naturae et gentium* de Christian Wolff.

direito civil na Alemanha²⁰ se produziu recém com o Código Civil de 1899, que entrou em vigor no ano seguinte²¹.

3. A escola histórica de direito

Uma compreensão acabada de Savigny e da transcendência de sua enorme obra, assim como o aporte extraordinário ao Direito Internacional Privado, requer descrever, ainda que brevemente, o que constituiu como corrente romanista a Escola Histórica alemã.

A escola recorre às fontes jurídicas originais; não somente efetua uma análise para a interpretação do *corpus juris*, senão que elabora regras a partir da observância histórica das fontes, mas sobre a base de um sistema geral de direito civil, do qual surgem regras de caráter geral e regras de caráter particular para as diversas instituições do direito. O método histórico, ao recuperar a origem histórica de cada instituição, permitia colmatar as lacunas ou vazios da lei.

O ordenamento jurídico, por conseguinte, devia estar estruturado sobre o conjunto das instituições que permitia a compreensão do direito²², facilitava sua interpretação e, por consequência, sua aplicação, método que abre as portas a uma verdadeira ciência jurídica, ao ser produto de uma análise racional.

A Escola Histórica alemã se distancia dos textos elaborados pelos glosadores e pelos comentaristas, retornando às antigas fontes do *corpus juris* e do direito romano. Para esse efeito, o descobrimento das Institutas de Gaio²³ foi definitivamente transcendente²⁴. O método é o que dá o seu nome à Escola Histórica, seus representantes privilegiam a investigação das fontes jurídicas do direito, gerando, assim, uma disciplina científica que facilita a sistematização dos conceitos e instituições jurídicas.

20 O BGB, pela abreviatura de seu nome em alemão, Bürgerliches Gesetzbuch.

21 Savigny sobre a compilação prussiana (Landrecht) expressa que o trabalho dos alemães, diferentemente dos franceses, foi cuidadoso e com o fim de produzir “uma obra perfeita, sem que nenhuma necessidade exterior a reclamasse”, sendo que o Código de Napoleão foi realizado de forma apressada e inspirado fundamentalmente com fins políticos.

22 Afirmavam que o direito privado é a reunião das regras que governam a existência entre pessoas livres, considerando, também, que o direito subjetivo é um espaço de liberdade regido pela vontade de uma pessoa livre.

23 O descobrimento das Institutas de Gaio, em 1816. Em 1815, Savigny fundou, com Karl Friedrich Eichhorn e Johann Friedrich Ludwig Göschen, a publicação *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, que se converteu no órgão da nova escola histórica; nessa publicação, Savigny deu a conhecer o descobrimento, em Verona, por Niebuhr, do texto perdido de Gaio, demonstrando que as Institutas eram de Gaio e não de Ulpiano, como sugeria Niebuhr.

24 Veja-se M. MORINEAU (nota 13).

Koschaker²⁵ aponta que “era uma personalidade penetrada intimamente pela dignidade da investigação científica, e quis dar o caráter de ciência a todo estudo que tivesse por objeto o direito, tanto que a mesma criação prática deste foi subsumida no conceito superior de ‘direito científico.’ No que se refere aos estudos do direito romano²⁶ feitos por Savigny, resta pouca dúvida de que influenciaram e contribuíram à compreensão dos efeitos da convivência de diversos ordenamentos jurídicos sobre uma base comum. Ordenamentos que, inclusive, se desenvolviam a partir da mesma.

4. A contribuição de Savigny ao direito internacional privado através de novas regras

Sempre é emocionante verificar as razões pelas quais se afirma a influência que Friedrich Karl von Savigny teve no desenvolvimento do Direito Internacional Privado. Admiramos seu profundo conhecimento do direito, assentado sobre sua condição intelectual e sua capacidade evidente de observador dos efeitos do direito sobre as relações ou o efeito dessas sobre o direito.

Dada tal condição, não é estranho que se ocupou no oitavo volume de seu Sistema de Direito Romano Atual do império das regras de direito sobre as relações jurídicas no espaço e seus limites locais. Mais além da disputa sobre a necessidade de unificar ou não o direito civil, revela uma grande compreensão do fenômeno jurídico e que devia existir uma distinção entre aquela relação local e aquela que se manifesta a partir de um direito que se projeta, porque nasce ou se vincula a um sistema ou a uma norma não local.

Não apenas elaborou uma teoria sobre as razões pelas quais o territorialismo estrito vigente naquela época não podia satisfazer como resposta jurídica as questões que surgiam como consequência de relações ligadas a sistemas jurídicos diversos. Savigny distingue finamente o que na dinâmica do direito e em seu desenvolvimento geralmente passa despercebido, em especial quando não nos detemos, como ele fez, a indagar como deveria fazer todo aquele que pretende dar respostas a situações complexas.

Questiona-se sobre se é a norma a que influencia, condiciona ou repercute na relação jurídica e, portanto, é ela a que se deve observar

25 P. KOSCHAKER. *Europa y el derecho romano*, tradução de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.376. Em citação de MORINEAU.

26 Em 1804 viajou pela França e pelo sul da Alemanha a fim de localizar novas fontes sobre o direito romano, e o consegue em Paris. Na nova Universidade de Berlim, em 1810, ocupou a cátedra de Direito Romano.

quando analisamos as situações que ultrapassam os limites espaciais do direito local; ou do contrato, é a particularidade do vínculo ou relação jurídica que deve ser observada. Dessas observações assim como do momento em que ele vive nutre-se o pensamento jurídico do jurista e as suas referências são transferidas para as relações que interessam ao Direito Internacional Privado.

Savigny expressou que o aumento das relações entre os diversos povos impõe a renúncia do princípio de exclusividade – territorialista – pela adoção de um sistema que tenda à reciprocidade, a fim de estabelecer uma igualdade reclamada pelos interesses dos povos e dos indivíduos.

Um aspecto relevante é que sustentou a existência da “comunidade de direito entre os Estados independentes que buscam regular de uma maneira uniforme as colisões dos diferentes direitos positivos, estranho aos romanos”. Sob essa perspectiva expôs magistralmente uma fórmula vigente até os nossos dias: se deve “*determinar para cada relação jurídica o direito mais adequado a sua própria e essencial natureza como objetivo primordial*”, discorrendo também sobre as razões de ordem pública e moral ou de interesse geral que impediriam a aplicação da lei estrangeira, em cujo caso se aplica a lei local.

A doutrina que surge a partir da fórmula do mestre é especial para verificar a projeção que teve o seu pensamento e pela orientação do Direito Internacional Privado a partir de seus axiomas com que expôs seu pensamento doutrinário²⁷, a solução I. Deve proporcionar à relação jurídica um direito adequado às suas necessidades. II. Deve assegurar que esse direito reja sempre e em todas as partes a relação.

O primeiro foi bastante aceito e de fato aparece inquestionável, o segundo, que também resulta indiscutível, ainda que para a doutrina apresente dificuldades práticas. O fato é que seus axiomas produziram uma verdadeira revolução conceitual, por que os sistemas então vigentes não se preocupavam em absoluto em saber se o direito aplicável era ou não adequado à relação jurídica, mas apenas em determinar se a lei tinha ou não eficácia territorial ou extraterritorial.

Savigny inova parte da premissa da extraterritorialidade de todas as leis sem outras limitações que a ordem pública internacional de cada Estado, despreocupando-se, dessa forma, da indagação tradicional

27 M. F. C. DE SAVIGNY. *Sistema del Derecho Romano actual*, Edición Castellana, 1ra. Traducción del alemán: Charles Guenoux, traduzido do francês: Jacinto Mesía e Manuel Poley, prólogo: Manuel Durán y Bas. Madrid, F. Goncora y Compañía. Editores, 1878-1879, p. 140.

que estabelecia como regra verificar se a lei tinha ou não efeitos extraterritoriais.

Do segundo axioma se extrai o fundamento e objetivo para a aplicação da lei em questões de Direito Internacional Privado; para que uma relação específica seja regida sempre e em todas as partes por um único e mesmo direito é preciso que as normas de direito privado internacional sejam ou tenham caráter de supranacionais, sejam de aplicação universal e obrigatórias para todos os Estados.

Adverte-se que tal formulação contradiz frontalmente o princípio essencialmente territorialista, produto do conceito de soberania absoluta dos Estados da época e das regras até então estabelecidas e admitidas, como que: a) cada Estado pode exigir que em toda a extensão de seu território não se reconheçam outras leis que não as suas; e b) nenhum Estado pode estender além de seus limites a aplicação de suas leis. Savigny afirma que “Longe de desconhecer a verdade desses princípios, quero levá-los aos seus últimos limites”²⁸.

Sustenta que o soberano pode certamente exercer seu direito de soberania e ordenar que seus juízes apliquem exclusivamente a própria lei nacional, mas na medida em que as relações entre os povos são mais numerosas e frequentes, mais devemos convencer-nos de que tal princípio deve ceder e ser substituída pelo princípio oposto²⁹.

Nas próprias palavras de Savigny: “Em virtude do direito rigoroso de soberania poderia ordenar-se evidentemente aos juízes de um país que aplicasse exclusivamente seu direito nacional, sem consideração às disposições contrárias de um direito estrangeiro, com o domínio do qual poderia encontrar-se em contato a relação de direito litigiosa. Porém semelhante prescrição não se encontra em nenhuma legislação conhecida, e deveria ser rejeitada, também pelas considerações seguintes. Enquanto mais numerosas e ativas são as relações entre os diferentes povos, mais devemos convencer-nos de que é preciso renunciar a este princípio de exclusão para adotar o contrário. Por causa disso se tende à reciprocidade na apreciação das relações de direito, estabelecendo entre nacionais e estrangeiros uma igualdade ante a justiça que reclama o interesse dos povos e dos indivíduos. Se essa igualdade tivesse se realizado completamente, não só seriam acessíveis os tribunais de cada Estado de igual maneira aos nacionais e aos estrangeiros (o que constitui a igualdade de tratamento para as pessoas), senão que, nos casos de colisão de leis, a decisão ditada sobre a relação de direito seria sempre

28 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 138.

29 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 139.

a mesma, qualquer que fosse o país em que a sentença tivesse sido pronunciada. O ponto de vista ao qual nos levam essas considerações é o de uma comunidade de direito entre os diferentes povos”³⁰.

A idéia de uma comunidade de direito entre os diferentes povos, nos pareceu, em uma primeira leitura, uma simples exortação ou formulação do que se deveria fazer; com o tempo percebemos mais nitidamente que o ponto central é que evidenciava uma realidade que surgiria como um imperativo próprio do desenvolvimento e evolução das relações, que obriga e obrigaria os Estados a deixar de lado uma aplicação e interpretação encerradas na soberania. Savigny percebeu que a “força das relações” entre os povos inverteria as coisas e como justificação para tal consequência apela para “A comunidade jurídica dos Estados”; ainda neste sentido, não deixa de chamar a atenção para o fato de que essa expressão era uma concepção revolucionária naquela época.

Não só permanece com a expressão; explica que a comunidade jurídica dos povos é “como um acordo amigável entre os Estados soberanos” que evolui como desenvolvimento próprio do direito, pelo que a justificativa da aplicação extraterritorial da lei se sustenta na vigência e necessidade de relações harmônicas entre os Estados.

No que guarda relação com a colisão de leis na comunidade de direito entre os diversos povos, expressa: “O problema que se deve resolver a respeito das duas espécies de colisão pode ser formulado, portanto, do seguinte modo: *determinar para cada relação jurídica o domínio do direito mais conforme com a natureza própria e essencial dessa relação.*”

Comparada com o direito rigoroso, do qual tratei anteriormente, esta assimilação pode ser considerada como um acordo amigável entre os Estados soberanos que admitem leis originariamente estranhas às fontes nas quais seus tribunais devem buscar o fundamento da decisão de numerosas relações de direito.

No entanto, não se deve considerar esse acordo como efeito de uma pura benevolência -o ato revogável de uma vontade arbitrária-, mas sim como um desenvolvimento próprio do direito, que segue em seu caminho a mesma marcha que a regra sobre a colisão entre os direitos particulares do mesmo Estado.

Porém não podem ser completamente assimiladas uma a outra,

30 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 348, p. 139.

essas duas espécies de colisão. Foi visto que a colisão entre direitos particulares contraditórios podia ser resolvida por uma lei geral superior a esses direitos. Semelhante solução é inaplicável às leis contraditórias de diferentes Estados independentes.

Esse ponto de vista de uma comunidade de direito entre Estados independentes que tende a regular de uma maneira uniforme a colisão de diferentes direitos positivos era estranho aos romanos. Foi necessária a extraordinária impulsão dada às relações dos povos nos tempos modernos para que tenham sido tomados em consideração e reconhecidos esses princípios gerais³¹.

Fiel a sua concepção histórica, considera a admissão do direito estrangeiro como resultado próprio do direito, e distingue, entre as relações privadas frente às quais aparecem normas com vocação que colidem, como também ocorre nas relações que se produzem em relações privadas dentro de um mesmo Estado.

Savigny reconhece como parte de uma construção as dificuldades apresentadas por questões do tipo e as incertezas e divergências de opinião geradas pela interpretação de situações dessa sorte. Indica que seria benéfico regular de comum acordo a colisão de direitos e que esse trabalho se encontra desenvolvido pelos Tratados nos quais se dão com maior frequência os casos de colisão³².

A nova perspectiva imposta pelas cada vez mais frequentes relações privadas sobre o conceito tradicional, sem dúvida, admite certas exceções que restringem a aplicação do direito estrangeiro em princípio indicado como o adequado; a respeito disso, expõe: “Até agora temos reconhecido que para decidir sobre uma relação de direito no caso de colisão entre diferentes Estados independentes, devia aplicar o juiz o direito do local a que pertencesse a relação de direito litigiosa, sem distinguir se esse direito é o de seu país ou o de um Estado estrangeiro.

Devemos agora tratar de uma restrição desse princípio, pois há várias classes de leis cuja natureza especial não admite essa independência da comunidade de direito entre diferentes Estados. Na presença dessas leis, deve o juiz aplicar exclusivamente o direito nacional, embora o nosso princípio exigisse a aplicação do direito estrangeiro³³.

As exceções contempladas eram as seguintes: a) Leis de uma

31 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 348, p. 140.

32 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 140.

33 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 349, p. 142.

natureza positiva rigorosamente obrigatórias, pelo que não admitem essa liberdade de apreciação que não leva em conta os limites dos verdadeiros Estados; e b) Instituições de um Estado estrangeiro cuja existência não está reconhecida no nosso, e que, por conseguinte, não podem pretender ter a proteção dos tribunais³⁴. Para saber se uma lei pertence aos casos assinalados é preciso investigar, antes de tudo, a intenção do legislador.

Outra dentre as questões que dividem a doutrina e as legislações é o relacionado à lei pessoal, e se deveriam prevalecer as leis pessoais de origem ou as do domicílio, ponto sobre o qual Savigny se refere³⁵: “O resultado de nossa indagação tem sido até agora reconhecer que a colisão de diferentes direitos positivos no juízo de uma relação de direito, se regulava direta e principalmente segundo o estado jurídico da pessoa obrigada nessa relação, e que as numerosas e importantes exceções a esse princípio deviam relacionar-se, para serem bem compreendidas, com o princípio mesmo que modificam. Temos reconhecido, além disso, que segundo uma regra há muito tempo admitida, o estado jurídico da pessoa se determina pelo território e não pela origem. Porém até aqui não temos obtido mais que um resultado de pura forma; pois nos resta sempre por saber de que maneira a pessoa e o estado de seu direito se referem ao território, como também onde se situa a relação entre determinada pessoa e o direito territorial. Essa é a questão que devemos resolver primeiramente”.

Encontramos aqui duas relações de fato que constituem o vínculo que buscamos: *origo y domicilium*, a origem e o domicílio³⁶. Sobre a lei pessoal do domicílio, indica que oferece poucos riscos, pois a regra sobre o domicílio não foi essencialmente modificada, em diferença à origem e nacionalidade da pessoa, que é uma questão não jurídica, mas puramente accidental.

O domicílio do indivíduo é para Savigny o lugar em que reside constantemente e que eleger livremente como centro de seus negócios e de suas relações jurídicas (parág. 359): “No direito atual o domicílio determina regularmente o direito territorial especial a que cada indivíduo se encontra submetido”.

O autor se expande sobre o modo em que devem ser resolvidos os problemas das diversas relações de direito, não sem antes recapitular a ordem de sua exposição, dizendo: “Investigamos o princípio do direito

34 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 349, pp. 142, 143.

35 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 350, p. 146.

36 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 350, p. 146.

que submete um indivíduo a um determinado direito local (parág. 545)³⁷. Vimos que no direito romano esse princípio era constituído pelo direito de cidade (origo), e subsidiariamente o domicílio no território de uma cidade determinada (parág. 350, 357). Por último, no direito atual encontramos que o domicílio é o princípio que submete um indivíduo ao império de um determinado direito (parág. 358, 359). Porém ao mesmo tempo reconhecemos que, por mais que esse princípio nos proporcionava um elemento para a solução do problema, não era suficiente para resolvê-lo. De fato, não se trata, como feito até aqui, de considerar a pessoa em sua existência abstrata; mas sob ponto de vista inteiramente novo, como centro de um vasto círculo de direitos adquiridos, como titular desses direitos e como podendo, em sua consequência, pertencer ao domínio dos direitos mais diversos (parág. 345). Desse modo, *até agora temos buscado o vínculo que une a pessoa a um lugar determinado, ao domínio do um direito especial: agora vamos empreender um trabalho semelhante sobre as relações de direito, mostrando o vínculo que as une a tal determinado lugar e ao domínio de tal especial direito*. Porém com o fim de reunir pela semelhança dos termos as duas partes dessa indagação, podemos dizer que vamos atribuir a cada classe de relações de direito um lugar ou sede determinados. Com o mesmo propósito vou reproduzir aqui uma fórmula exposta antes (parág. 348) sob um ponto de vista diferente e que resume o problema que há de resolver-se. *Buscar para cada relação de direito o domínio jurídico a que essa relação pertença por sua natureza (onde tem a sua sede)*. Essa fórmula se aplica no que tem de essencial a todas as colisões que podem suscitar-se entre os direitos locais, que pertençam ao mesmo Estado ou a Estados diferentes. A solução desse problema nos permitirá unicamente fazer na vida real uma aplicação segura e completa dos princípios; sob esse sentido pode dizer-se que até aqui temos tratado da parte teórica de nosso assunto e que vamos passar agora a sua parte prática. Nessa investigação terei a ocasião frequentemente de reproduzir certos pontos de vista gerais. Vou indicar-los aqui sumariamente com o fim de colocá-los melhor em evidência e tornar a minha tarefa mais fácil³⁸. Esses pontos são:

1. Existe normalmente uma relação ou unidade entre a jurisdição competente e o direito local aplicável. Quanto à pessoa, a relação resulta da obediência que esta deve aos magistrados e ao direito local. Em relação às relações de direito existe também uma dupla sujeição, porém sem chegar a analogia até à identidade. Para convencer-se basta observar que há muitos casos em que existem duas jurisdições competentes, enquanto que não pode haver

37 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 186.

38 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, pp. 186/187.

nunca mais que um único direito local aplicável³⁹.

2. O direito local aplicável a cada relação de direito se encontra sob a influência da vontade livre das pessoas interessadas que se submetem voluntariamente ao domínio de um direito determinado, por mais que essa influência não seja ilimitada. Essa submissão voluntária estende também sua eficácia à jurisdição competente para conhecer às diversas relações de direito.

Essa submissão apresenta, por sua vez, duas questões a resolver: sob que condições deve admitir-se, posto que frequentemente não é objeto de uma declaração expressa? Em que casos essa submissão é facultativa ou se proíbe por leis absolutas? A grande influência dessa submissão voluntária sobre o direito local aplicável tem sido, em todo o tempo, geralmente reconhecida⁴⁰.

A submissão voluntária de que tratamos nos aparece algumas vezes como unilateral (quando se trata da aquisição da propriedade ou de outros direitos reais), e outras vezes como resultado do concurso de várias vontades (quando se trata de obrigações contratuais). No último caso se poderia pretender considerá-la como um contrato tácito; porém esse ponto de vista não seria inteiramente exato. Todo contrato implica uma vontade positiva da qual as partes têm clara consciência; e no caso de que se trata não pode existir semelhante vontade. Muito pelo contrário, essas se supõem em virtude de uma regra geral de direito fundada sobre uma necessidade real, e se supõem enquanto não expressa formalmente uma vontade contrária. Tal distinção entre a submissão voluntária e o contrato é evidentemente um pouco sutil⁴¹.

Posteriormente, distinguir a expressão “autonomia” do critério de submissão exemplifica com o fato de que a eleição de domicílio é voluntária e, sem embargo, a ninguém ocorreu assimilá-la como parte da autonomia da vontade.

3. Nesse ponto se refere ao trabalho que a jurisprudência e a doutrina têm desenvolvido, assim como a legislação que tem se aproximado como tendência quase natural, borrando essas linhas rigorosas que separavam os povos, anteriormente.

Quanto às diversas classes de relação, se refere às mesmas no

39 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 188.

40 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 188.

41 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 189.

parágrafo 361 de seu Sistema (pp. 192 e seguintes⁴²), menciona as diversas relações de direito, não sem antes apontar que: “Toda relação jurídica tem como centro a pessoa que é titular dela”, portanto se refere em primeiro lugar ao estado da pessoa em si mesmo referido à capacidade de direito e de fato. Junto ao redor do ponto central, a pessoa, se agrupam direitos de diversas manifestações: I. Estado das pessoas por si mesmas (capacidade jurídica, capacidade de agir); II. Direito das coisas; III. Direito das obrigações; IV. Direito de sucessão; V. Direito de família (matrimônio, pátrio poder e tutela).

Ocupa-se, logo depois de determinar a regra aplicável à colisão dos diferentes direitos locais, sobre o princípio regulador para a solução dos diversos problemas (ver parág. 360): “o direito local aplicável aos casos de colisão é o lugar em que é reconhecida a sede da relação jurídica”⁴³, porém adverte que não se deve confundir o princípio “a sede da relação” com o “domicílio da pessoa”.

Para determinar a sede da relação jurídica e o que poderá ser objeto de eleição em cada caso, se pode considerar o domicílio da pessoa a quem concerne a relação: o lugar onde está situada a coisa que constitui o objeto da relação; o lugar do ato jurídico realizado ou por realizar e o lugar do tribunal chamado a conhecer a relação jurídica.

Esses elementos que permitem determinar a sede da relação jurídica não são os únicos, tal como o adverte dado que “as relações de direito cuja sede se busca determinar, têm uma natureza tão variada que parece muito difícil referi-las a uma regra geral e absoluta”⁴⁴; sem embargo, indica algumas regras:

1. No que se refere à distinção entre estatutos pessoais, reais e mistos: os estatutos pessoais se aplicam a todas as pessoas que têm seu domicílio nos Estados do legislador, mesmo que essas pessoas compareçam perante um juiz estrangeiro; os estatutos reais se aplicam a todos os imóveis situados nos Estados do legislador, qualquer que seja o juiz chamado a decidir, tanto nacional ou estrangeiro; e por último os estatutos mistos se aplicam a todos os atos verificados no Estado do legislador, qualquer que seja o país

42 Nota da tradutora: a referida obra de Savigny foi traduzida para a língua portuguesa. A referência da mesma é a seguinte: SAVIGNY Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* – Vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. 416 p., em sede da Coleção clássicos do direito internacional, com prefácio do professor alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg. De sorte que as páginas citadas pelo autor podem não corresponder com essa versão em língua portuguesa.

43 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 194.

44 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 194.

onde a decisão deva ser ditada.

2. Por regra geral, quando existe dúvida, se julga a relação jurídica segundo a lei local do domicílio da pessoa a quem afeta a relação.

3. “Toda relação de direito, deve ser julgada segundo o lugar onde esteja o tribunal; vale dizer, conforme a lei do país a que pertence o juiz chamado a decidir. Esse princípio se aplica somente à colisão entre direitos de diferentes Estados, e não à de direitos particulares de um mesmo Estado. Porém caso se demonstra-se a verdade desse princípio, poderia também ser aplicado a essa última classe de colisões.

Da a esse princípio uma aparência de verdade a afirmação de que o legislador exerce um domínio exclusivo em seu Estado, dentro de cujos limites não está obrigado a admitir a interferência de nenhum direito estrangeiro, ou bem, expressando o mesmo pensamento de uma outra forma, que o juiz não tem outra incumbência que a de aplicar as leis de seu país.

O argumento seria decisivo se o ponto de vista dominante dos legisladores modernos fosse a manutenção zelosa de sua própria autoridade. Entretanto, semelhante sentido não se implica por si mesmo; por isso se suscita a questão de saber se a legislação de nosso país exclui absolutamente seu espírito e, por sua tendência, a aplicação de uma lei estrangeira às relações jurídicas que se encontram em contato como diferentes direitos. Veja-se o que com razão expressa sobre esse ponto um autor moderno (Wachther).

Admitimos, diz-se, que a missão do juiz é aplicar as leis de seu país; porém não deve aplicá-las para além das pessoas e dos casos para os quais foram ditadas. Logo, toda dificuldade consiste em saber se o legislador desejou que suas leis fossem aplicadas a relações de direito equívocas em si mesmas, e que dêem lugar a uma colisão de direitos locais.

Caso examine-se agora sem precauções a questão proposta, haveremos de nos convencer que o ponto de vista dominante da legislação e da prática moderna, não é de modo algum a zelosa manutenção de sua autoridade exclusiva, senão que, pelo contrário, existe uma tendência a uma comunidade verdadeira de direito; isto é, a julgar os casos de colisão segundo a natureza íntima e as necessidades de cada relação de direito, sem levar em conta os limites dos diferentes Estados e suas leis.

Se, pois, reconhecemos que a legislação e a prática moderna tendem em seu desenvolvimento a uma mútua aproximação, não podemos admitir que um juiz deva sentenciar segundo as leis de seu país sempre que se apresente a ele um caso de colisão. Semelhante regra seria um obstáculo para o acordo sobre a decisão dos casos de colisão dos diferentes Estados, tão desejável e que pode em parte realizar-se. A esse respeito, na hipótese de uma lei comum a todos os Estados sobre a colisão dos direitos locais, tal regra não poderia ser admitida.

Há aqui outra objeção grave à aplicação dessa regra. Em muitos casos de colisão os tribunais de diferentes lugares são igualmente competentes e o demandante pode eleger o que mais lhe convenha. Disso resultaria que o direito local aplicável a cada negócio dependeria não somente de circunstancias puramente acidentais, mas também da vontade arbitrária de uma das partes.

Agora bem, um princípio que produz semelhantes consequências, não pode ser aceito como verdadeiro. Para avaliar o rigor e a arbitrariedade que poderiam resultar dele, basta levar em conta o que ocorre nos países em que o *landsassiat* impera em toda a sua extensão.

Terminarei reconhecendo a parte de verdade contida na doutrina que estou combatendo, mais ainda, para que talvez possa contribuir para fazer cessar a divergência de opiniões:

a) Quando um juiz encontra resolvida por uma lei de seu país a questão de colisão, deve submeter-se a ela absolutamente, ainda que esteja em contradição com suas idéias teóricas individuais (parág. 347, 348). No entanto, a aplicação dessa regra não nos traz quase nenhum resultado, pois as regras ditadas nos casos de colisão não são, em sua maior parte, mais que a expressão de uma teoria incompleta e insuficiente.

b) O juiz não deve nunca aplicar um direito local estrangeiro quando essa aplicação excede os limites expostos acima (parág. 349) sobre a comunidade de direito entre Estados independentes.

As consequências mais importantes dessas regras serão enumeradas mais adiante (parág. 365), e então se verá que a diferença prática entre a doutrina que sustento e a que combato é uma realidade menor do que parece à primeira vista.

c) O juiz deve aplicar sempre o direito de seu país quando,

mais que da essência do direito, se trata de sua persecução ante os tribunais, compreendendo nela não somente as formas e regras de procedimento propriamente dito, mas também uma parte das regras de direito sobre as ações. Contudo, como aqui a linha de separação é frequentemente muito difícil de ser fixada, devem ser utilizadas as maiores precauções; e não perder nunca de vista a natureza verdadeira e o destino das diversas instituições de direito. Para além de uma regra que parecem pertencer ao procedimento, concernem realmente à relação mesma de direito”⁴⁵.

4. “Toda relação jurídica deve ser julgada segundo o direito local do lugar em que surgiu. Desde o início essa regra é arbitrária, posto que o lugar em que surge uma relação jurídica não pode, por si só e independentemente de qualquer outra consideração, determinar o direito local aplicável; além disso, ainda que pareça referir-se à essência das coisas, é puramente formal. De fato, o lugar em que surge uma relação de direito, juridicamente falando, não nos é revelado senão através de um profundo estudo da natureza individual da relação em questão; e posta desse modo a questão sobre o lugar, longe de ajudar-nos nessa indagação, a nada mais serve que a obstáculo”⁴⁶.

5. “Deve-se sempre aplicar o direito local que mantém os direitos justamente adquiridos. Essa não é uma petição de princípios; pois para reconhecer se tais direitos estão bem adquiridos, é preciso antes saber segundo que direito local devemos julgar sobre a sua aquisição”⁴⁷.

5. O desenvolvimento teórico e justificativa da aplicação do direito estrangeiro por Savigny e sua contribuição ao direito internacional privado

Como pudemos advertir mais acima, o ponto do qual parte Savigny é que os conflitos de leis não são em realidade conflitos entre Estados, são conflitos entre pessoas privadas, razão pela qual foca sua análise a partir do local ou “localização” objetiva das relações de direito que são estabelecidas para cada instituição e que resultem melhor adaptadas ou apropriadas para reger tal relação; dali parte para indicar que as coisas ou bens devem ser submetidos à lei de situação e que o relacionado ao estado das pessoas deve ser submetido à lei de domicílio

45 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 361, pp. 198/200.

46 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 361, pp. 200/201.

47 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 361, pp. 200/201.

e, por exemplo, as consequências derivadas da responsabilidade pelos atos ilícitos, devem ser julgadas conforme a lei do local da prática do delito e a natureza dos atos jurídicos deve reger-se pela lei de conclusão do respectivo contrato.

A fina observação de Savigny o leva e excluir as questões de soberania porque se afasta do conceito de conflito entre Estados e busca com base a relação jurídica entre as pessoas, as fórmulas ou regras de conflito que permitam encontrar uma solução de validade ou aceitação universal; admite a aplicabilidade da lei estrangeira como um efeito natural da relação e dissocia, portanto, o que corresponde à competência jurisdicional do que implica a competência legislativa para resolver a questão ou situação jurídica; sua teoria sobre a qual se assenta a solução através de normas de conflito, não obstante o desenvolvimento ou idéia de uma solução com vocação universal, assim como a solução mais adequada ao tipo de relação, perfeitamente se pode admitir que também se constitui em antecedente das novas correntes do Direito Internacional Privado.

Tal como refere Corina Andrea Iuale: “O fundamento do Direito Internacional Privado na doutrina de Savigny, é que todos os Estados estão em igualdade de condições. As relações jurídicas não podem ser ‘apropriadas’ pelos Estados. Os Estados não podem ‘fazer-se donos’ das relações jurídicas; por isso é que é necessário estudar essas relações a fim de conhecer sua natureza e determinar qual é a lei que deve ser aplicada a elas. Por fim, diz que deve-se buscar para cada relação jurídica o domínio do direito mais conforme à natureza própria e essencial dessa relação”.

A mesma também aponta que Niboyet efetuou um resumo da escola de Savigny, segundo o qual se estabeleceram certas noções básicas: “A primeira delas é que a classificação bipartite dos estatutos em pessoais e reais deve ser abandonada, e a segunda, que quando as leis de outro país são competentes, se aplicam mas não por uma razão de cortesia, senão por uma idéia de direito. Isso é assim porque a comunidade jurídica que vincula, como uma essência comum a todos os países da Terra, proclama como postulado que as leis não têm nacionalidade; não há leis nacionais e leis estrangeiras, a lei está na relação jurídica e se impõe pela natureza da relação”⁴⁸.

48 C. A. Iuale, em “Savigny: Fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho”. O trabalho realizado em âmbito do Mestrado em Direito Internacional Privado – UBA – para a disciplina: La cultura jusprivatista internacional: Derecho Comparado; Historia del Derecho Internacional Privado, 2007, ministrada pelo Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, tendo obtido a qualificação dez. Iuale é advogada UNLP – Professora adjunta de Direito Internacional Privado, UNS –, Mestranda no Mestrado de Direito Internacional Privado, UBA – Mestranda

6. O legado de Savigny

Apontamos já em algum momento que a partir de Savigny o Direito Internacional Privado poderá encontrar ou desenvolver novas correntes, porém será impossível furtar-se dos princípios ou axiomas fundamentais que deixou, em especial o de buscar aquela solução mais justa e adequada, que permita que a solução adquira reconhecimento e respeitabilidade em todo lugar em que a resolução ou sentença for invocada⁴⁹.

É difícil, se não impossível, deixar de aceitar que esse é o grande objetivo do Direito Internacional Privado: alcançar que nas relações privadas com elementos de internacionalidade, sejam aplicadas aquelas normas que por serem as próprias da relação jurídica façam com que a decisão seja aceita, com igual força, fora do lugar em que se resolva a questão.

Não é de se estranhar que todas as teorias que buscam justificar o objetivo do Direito Internacional Privado se ocupem dos axiomas de Savigny, do mesmo modo é difícil encontrar referências doutrinárias que não se refiram aos mesmos. Atreveríamos-nos a dizer que ninguém poderá no âmbito dessa disciplina prescindir de ao menos analisar o expressado por tão insigne jurista. É mais, se pode perceber em várias doutrinas o desenvolvimento de suas idéias, como entendemos que se produz em outro grande jurista como é Werner Goldschmidt⁵⁰.

O autor faz uma referência extraordinária⁵¹ sobre o modo em que se apresenta o mundo jurídico e o modo em que deve ser apreciado, decantado e localizado o direito aplicável em presença de situações jurídicas com contatos objetivos com ordenamentos jurídicos nacionais diversos, para o que é preciso localizar o “centro de gravidade” em que se desenvolve a relação jurídica, e não esqueçamos que para Savigny a preocupação era situar a relação jurídica para localizar a norma.

No Direito Internacional Privado não se trata unicamente de

no Mestrado em Direito Privado, UNR –.

49 R. RUIZ DÍAZ LABRANO. *Derecho Internacional Privado. Parte General. Parte Especial. Derecho Procesal Internacional*, Assunção, Editorial La Ley Paraguaya, Thomson Reuters, 2010

50 W. GOLDSCHMIDT. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Décima edição, atualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Bs. As., Editorial Abeledo Perrot, 2009.

51 Extraída provavelmente de Gierke, segundo Siehr, que aponta semelhanças entre essa teoria e a teoria da sede da relação jurídica de Savigny, assim como com a teoria do centro de gravidade de Gierke; ver K. G. SIEHR. “Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions”, no 30 AJCL 37, 40-41, 1982.

localizar o ordenamento jurídico aplicável, mas sim de localizar o ponto ou confluência das forças de gravidade – ordenamentos jurídicos – a que nos conduz a relação ou situação jurídica internacionalizada, porque ela será a que responderá “adequadamente” e com justiça, para resolver o problema.

Essa percepção, ao nosso modo de ver, complementa a Savigny – teoria da sede da relação jurídica – e nos deixa um desafio, para o qual não basta encontrar uma solução; ela deve ser produto da análise rigorosa que nos conduza a esse centro de gravidade a que alude Goldschmidt, que cria toda uma escola baseada no *trialismo* do mundo jurídico.

Visto assim, não parece necessário esclarecer que a teoria da sede da relação jurídica, é na realidade o ponto em que se situam ou se localizam os elementos relevantes da situação jurídica, a qual nos permite inserir a questão no ordenamento jurídico que nos fornecerá a norma adequada.

A vigência de Savigny radica precisamente em que enquadra o objetivo central da disciplina, mas referi-lo ao centro de gravidade, ao lugar para o qual confluem os elementos objetivos da situação ou relação jurídica, gera uma obrigação prévia ao analista: comprovar os elementos de contato com os ordenamentos jurídicos, apreciá-los, valorá-los como método para indicar finalmente a lei aplicável, sempre sem perder de vista a relação jurídica.

Na apreciação da relação jurídica, não nos parece, como seguramente também entenderia Savigny, que a solução estaria na mera agrupação de elementos de contato, ou ainda na soma de todos eles. Esses métodos asseguram não perder de vista, frente à relação e sempre frente a ela, a sua vinculação com um direito ou lei determinada, mas sempre será preciso uma decantação que nos conduza à solução preconizada de encontrar algo mais que uma solução, aquela que represente um sentido de justiça.

Em definitivo, aquela solução mais adequada à relação jurídica e se essa nos conduz finalmente a aceitar que situemos a relação jurídica ou o centro de gravidade da questão já desde o ponto de vista normativo, a solução será adequada, correta e justa, o que, em definitivo, é o que outorgará o certificado de legitimidade que precisa toda sentença ou resolução judicial. Se assim for, seu cumprimento em lugar distinto terá aceitação e a força jurídica suficientes para ser aclamado como exitoso.

Tal como vimos mais acima, dito pelo autor comentado, em geral as exigências que devem cumprir e o resultado que devem refletir as sentenças e resoluções nas questões internas, devem refletir também as soluções dadas àquelas que têm elementos de internacionalidade. A complexidade própria das questões de Direito Internacional Privado exige talvez um maior rigorismo, mas as exigências, no fim, são as mesmas. Requerer-se-á, talvez, maior análise, mas a solução deve e deverá ser sempre adequada, pressuposto básico para que seja justa.

Quando refletimos pela primeira vez sobre a influência de Savigny em tantos autores, citamos deliberadamente Goldschmidt, porque percebemos que nele confluem as influências de várias correntes: a germânica, a anglo-saxônica e a romana, e porque a um jurista com ele não podia escapar que a existência e confrontação de sistemas, ou de fórmulas normativas diferentes, não deve ser obstáculo para localizar a norma adequada à relação jurídica, ou desde outra ótica, o centro de gravidade da relação que permita aplicar a norma adequada.

Consequentemente, é de se supor, como se verifica na doutrina atual, que uma das grandes preocupações é buscar a forma de convivência dos sistemas, ou a de harmonizar seus mecanismos, regras e formas e o modo de aplicação, o qual se explica ante um mundo que busca soluções urgentes para as novas preocupações que aborda o direito, sendo que a urgência pode induzir a práticas cujas consequências podem distanciar-nos de soluções justas e adequadas⁵².

Friedrich K. Juenger⁵³ na inevitável polêmica sobre sua vigência, ou sobre se a sua doutrina vai mais além do que o sistema clássico, afirma: “alguns escritores europeus tentam diferenciar suas idéias daquela do fundador do sistema clássico bilateral; devo confessar que nunca entendi a diferença essencial entre o ‘princípio de proximidade’ de Lagarde⁵⁴, a ‘justiça conflitual’ de Kegel⁵⁵ e as idéias de Federico Carlos de Savigny sobre a sede de relações jurídicas. Todas essas propostas se dirigem ao mesmo ponto: a geografia vale mais do que a justiça. Ou, em outras

52 R. RUIZ DÍAZ LABRANO. “Ubicar el ‘Centro de Gravedad’ como objetivo para la aplicación del Derecho Internacional Privado”, publicado pela *Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales* “20 años del Código Civil. Homenaje al Prof. Ramón Silva Alonso”, Assunção, Editora Litocolor, 2009.

53 F. F. Juenger, professor da Universidade da Califórnia e de Davis, realiza uma interessante análise em “Balances y Perspectivas de la Década en Estados Unidos” em Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado, publicação do Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993. Referente à citação, veja-se a p. 36.

54 P. LAGARDE. “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, R. Des C.t. 196, 1996, p. 9.

55 G. KEGEL. *Internationales Privatrecht*, 6a. Ed. Munich, 1987, pp. 80-82, segundo citação dos autores previamente citados.

palavras: ‘a harmonia das soluções’⁵⁶ é mais importante que as próprias soluções, ‘*Fiat concordia et pereat mundus*’.

Não obstante tão autorizada opinião, acompanhamos assim aqueles que consideram que “o farol de Berlim segue iluminando a rota”⁵⁷, e agregamos que a harmonia das soluções, necessariamente, terá que referir a elementos de conexão, que em abstrato ou em concreto, levarão a analisar e situar a relação jurídica específica e a solução adequada por meio de uma construção jurídica sobre os elementos relevantes, conectados ou de proximidade, ou por meio da lei com maior vocação para resolvê-la. Ao nosso modo de ver haverá sempre um antes e um depois de Savigny para o Direito Internacional Privado e que o passar dos anos não tem debilitado, em absoluto, essa chama que incendiou para o bem do Direito Internacional Privado.

⁵⁶ J. A. CARRILLO SALCEDO. *Derecho Internacional Privado*, 2ª. Ed. Madrid, 1976.

⁵⁷ A. BOGGIANO. *Derecho Internacional Privado*, Vol. 1, 2ª. Edición, Buenos Aires, 1983, p. 41.