

HERMENÊUTICA E COSMOPOLITISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ LOCAL

**Gabriel Valente
dos Reis**

Gabriel Valente dos Reis
Doutor em Direito pela
Faculdade de Direito do
Largo São Francisco (USP).
Mestre em Direito pela
Faculdade de Direito do
Largo São Francisco (USP).
Graduado em Direito pela
UERJ. Professor de Direito
da UFRRJ (licenciado) e Juiz
Federal. Rio de Janeiro, RJ.
gabriel@valentedosreis.com

Recebido: dezembro 7, 2017

Aceito: abril 11, 2017

Hermeneutics and cosmopolitanism in the application of foreign law by the local judge

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o desenvolvimento de uma hermenêutica cosmopolita possível diante do fenômeno da aplicação do direito estrangeiro, designado pela norma de Direito Internacional Privado, pelo juiz local. A partir da premissa do surgimento de uma rede jurídica cosmopolita e apoiado na virada linguística ocorrida na filosofia do séc. XX, conclui-se que as teorias tradicionais sobre o status do direito estrangeiro no foro são insuficientes, erigindo-se a partir dessa constatação uma nova concepção fundada em dois parâmetros hermenêuticos: a auto-contenção cosmopolita e a expansão de horizontes cosmopolita. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Estrangeiro; Cosmopolitismo; Hermenêutica; Direito Internacional Privado.

Abstract

This paper develops cosmopolitan hermeneutics within the context of application of foreign Law, appointed by Private International Law rules, by local judges. Based upon the emergence of a cosmopolitan legal network and upon the linguistic turn which took place in philosophy during the 20th century, one concludes that traditional theories about the status of foreign law in the forum are insufficient,

developing thus from such acknowledgement an argument based upon two hermeneutic standards: cosmopolitan self-restraint and expansion of cosmopolitan horizons. The adopted methodology was bibliographic revision.

Keywords: Foreign Law; Cosmopolitanism; Hermeneutics; Private International Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca delinear uma hermenêutica cosmopolita no contexto da aplicação de direito estrangeiro pelo juiz do foro. As reflexões desenvolvidas possuem como justificativa o fato de que as ordens jurídicas, cada vez mais, encontram-se permeáveis a fatos, normas e valores externos à cultural local, sendo essencial a discussão acerca da abordagem, pelos julgadores, das culturas jurídicas ditas estrangeiras, bem como da postura adequada em tais casos. É isso que o presente estudo buscará, a partir de uma reflexão crítica.

O cosmopolitismo, como noção de pertencimento a uma comunidade universal, teve origem remota nas filosofias cínica e estoica, na Antiguidade, atravessando o pensamento de inúmeros pensadores ao longo dos séculos. Destaca-se Kant, que, no fim do séc. XVIII, retomou o cosmopolitismo estoico e o transpôs para o plano jurídico, integrando-o em seu sistema filosófico. O filósofo pontuou, a partir de sua visão teleológica da história, a necessidade de um direito cosmopolita, fundado no dever de hospitalidade.

Nas últimas décadas, vários teóricos retomaram as discussões sobre o cosmopolitismo nas humanidades (Appiah, Beck, Brown, Habermas, Held, Pogge, Santos, Sen, Tan, Waldron etc). Não existe, porém, um cosmopolitismo contemporâneo único, mas diferentes visões. Depreende-se, porém, de tais debates, que não se busca um consenso de valores universais, mas sim o estabelecimento de normas básicas para o diálogo e para a resolução de disputas, reconhecendo-se o valor intrínseco da diversidade cultural.

O cosmopolitismo conduz, em linhas gerais, a uma transcendência de fronteiras (nacionais, culturais, psicológicas). Busca-se promover um diálogo transcultural a partir do reconhecimento da interdependência e da apreensão de um senso de destino compartilhado, valorizando-se a diversidade em um processo de mediação entre tradições variadas.

Tanto a dimensão do fenômeno jurídico como investigação racional como sua dimensão estética conduzem à importância da perspectiva cosmopolita. Com efeito, a ciência e a arte são domínios cosmopolitas por excelência.

No âmbito jurídico, o cosmopolitismo busca exatamente a observância de princípios que permitam a coexistência de culturas distintas. Assim, pode servir para garantir a possibilidade de diferentes *experimentos de vida* individuais e coletivos no plano transnacional, contribuindo para o forjar, entre erros e acertos, de diferentes formas de ser feliz, bem como para o aperfeiçoamento contínuo da humanidade, ao impulsionar o intercâmbio recíproco de experiências normativas.

Nesse sentido, os diversos ordenamentos jurídicos parciais devem ser enxergados como *laboratórios normativos transnacionais*, tendo sua capacidade de experimentar e testar caminhos alternativos um valor intrínseco, por mais que os resultados possam parecer, à primeira vista, pouco animadores ou equivocados aos olhos de um observador externo.

Tanto a dimensão do fenômeno jurídico como investigação racional como sua dimensão estética conduzem à importância da perspectiva cosmopolita. Com efeito, a ciência e a arte são domínios cosmopolitas por excelência. A primeira, por sua pretensão de buscar modelos válidos universalmente, até que sobrevenha refutação científica e substituição por modelos mais adequados, o que pode vir de qualquer parte do globo. A segunda, por permitir a experiência da intersubjetividade que rompe fronteiras de vários matizes. Nesse contexto, ao se enxergar o direito como fenômeno linguístico, surge o desafio de uma *hermenêutica cosmopolita*.

2. O JUIZ LOCAL COMO INTEGRANTE DA REDE JURÍDICA COSMOPOLITA

Henri Batiffol já notava que, apesar de estarmos habituados com a ideia de limitação no espaço (territorialidade) e no tempo (vigência) das leis, a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional mostra que o limite espacial é relativo, assim como a aplicação de uma lei ab-rogada a fatos ocorridos antes de sua ab-rogação evidencia a relatividade da limitação temporal¹.

Nesse contexto, a noção de espaço-tempo vem sofrendo grandes modificações nas últimas décadas, o que dialoga com a observação

¹ BATIFFOL, 2002, pp. 116-117.

de Erik Jayme no sentido de que a *velocidade* e a *ubiquidade*, características marcantes do mundo contemporâneo, desafiam o pensamento jurídico².

A própria ideia de ordens jurídicas bem delimitadas no espaço, obedientes a fronteiras territoriais definidas e mutuamente excludentes, cede à constatação de que os territórios do viver são outros. Crescem em número e intensidade as relações híbridas, que transcendem as fronteiras políticas e psíquicas do imaginário anterior – como consequência, a noção de autossuficiência da ordem jurídica nacional – que sempre foi questionável, diga-se –, hoje se revela uma completa quimera, não possuindo mais o direito do foro aptidão para regular todas as questões postas. Cada vez mais, os ordenamentos jurídicos parciais necessitam uns dos outros.

Como contrapartida, emerge no horizonte uma nova realidade jurídica transnacional, caracterizada por uma *rede jurídica cosmopolita*, descentralizada, cuja característica é a interação horizontal entre as diversas ordens jurídicas parciais que a compõem, em decorrência da própria interpenetração transnacional das relações humanas contemporâneas.

Note-se que a ideia de rede é suficientemente apta a traduzir a dualidade inclusiva do cosmopolitismo filosófico, abarcando a um só tempo o sentimento de pertencimento a um todo universal interconectado (*cosmos*) e, de outro, a importância das esferas locais de atuação (*polis*), uma vez que é caracterizada precisamente por sua horizontalidade, sem que haja uma autoridade superior, soberana, a impor sua vontade sobre os vários elementos interconectados.

O juiz contemporâneo, assim, situa-se no interior dessa rede, devendo se enxergar não apenas como um aplicador do direito do foro, mas sim como mediador da complexidade cosmopolita em prol da justiça. Em outras palavras, o magistrado passa a ser um representante não apenas do ordenamento jurídico estatal no qual se encontra inserido, mas, de modo mais abrangente, um agente do ideal cosmopolita de justiça, que transita entre vários direitos parciais.

A ideia de *rede*, porém, não é uma solução para todos os males. Trata-se, antes, de uma forma pela qual as relações humanas se

² JAYME, 2000, p. 21.

realizam na contemporaneidade, mas ela mesma marcada por patente ambiguidade. No poema “*La red*”³, o poeta uruguaio Mario Benedetti nos confronta com uma mosca inocente (ou talvez alucinada) que, por haver profanado o hermetismo da simplicidade, paga com sua própria vida, ao se enroscar na teia da aranha (a “rede” à qual se refere Benedetti). Observe-se, também, que a palavra *web*, em língua inglesa, é utilizada tanto para se referir à teia de aranha como à rede mundial de dispositivos interconectados.

Com essa ambivalência em mente, pode-se apreender que a mesma rede que emancipa também pode oprimir, tornando-se verdadeira teia, passando assim a servir de armadilha para seres humanos que, como moscas inocentes ou alucinadas, sucumbam ante o feitiço de uma aranha oculta por trás de uma rede sedosa e imperceptível.

No campo jurídico, em especial, há o risco de essa grande rede tornar-se algo meramente burocrático, impessoal, automático, sem que haja reflexão sobre o papel de cada um dos elementos envolvidos nessa complexidade (no que toca ao objeto do presente estudo: o juiz local, o direito do foro, o estrangeiro, o direito estrangeiro, as limitações no campo da linguagem etc).

Não basta que sejamos meros canais de fluxo de informação sem reflexão, abdicando inconscientemente da nossa própria subjetividade. Precisamos, ao contrário, aprender como nos posicionarmos adequadamente diante de uma rede que, antes de se apresentar como uma opção, mostra-se como realidade social inexorável do nosso tempo, fluido e interconectado (ao menos, até que outra realidade dita “inexorável” venha a substituí-la). O modo como nos inserimos e reagimos à nossa própria presença nessa rede, porém, isto sim, cabe a nós escolhermos.

No que concerne à aplicação do direito estrangeiro pelo juiz local, trata-se de refletir sobre o papel do magistrado nesse cenário, bem como sobre os potenciais de materialização do cosmopolitismo jurídico que o paradigma da rede horizontal de ordenamentos jurídicos fornece àquele que deseje, sinceramente e sem falsos atalhos, cumprir seu papel de agente de justiça em um mundo cosmopolitizado.

³ “Igual que la de Bécquer / el arpa de la araña / en un ángulo oscuro / espera o desespera / el aire de la siesta / mueve sin destruirla / la seda de cordaje / hay una breve escala / de silêncios / una mosca inocente / o quizá alucinada / sucumbe ante el hechizo / y paga con su vida / el haber profanado / el hermetismo / de la sencillez”.

3. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS TEORIAS POSITIVISTAS SOBRE O STATUS DO DIREITO ESTRANGEIRO E VIRADA LINGUÍSTICA

Algumas teorias, historicamente, buscaram explicar o status do direito estrangeiro, aplicável por força das normas de Direito Internacional Privado, no ordenamento local, a saber: (i) teoria dos *vested rights*; (ii) teoria da recepção material; e (iii) teoria da recepção formal.

A teoria dos *vested rights* (ou dos direitos adquiridos), de Albert Dicey⁴ (Inglaterra) e Joseph Beale⁵ (EUA), propunha que o juiz, ao aplicar o direito estrangeiro, não estaria atuando como agente da soberania estrangeira (até mesmo porque estaria impedido de fazê-lo), mas sim daria cumprimento a direitos subjetivos já incorporados ao patrimônio jurídico das partes, conforme outro ordenamento.

Muitas críticas foram feitas a tal teoria, sobressaindo a da circularidade (é preciso definir qual é o direito aplicável antes que se possa afirmar a existência de direitos subjetivos, não havendo que se falar em direitos adquiridos em momento anterior, do ponto de vista lógico, à definição da lei aplicável). A doutrina dos *vested rights* prevalecia nos EUA no início do séc. XX, mas foi abandonada, há tempos, inclusive naquele país.

Já a *teoria da recepção material*, inscrita na tradição europeia continental, entende que o direito estrangeiro não possuiria qualquer normatividade *per se*, adquirindo esta apenas em razão de a ordem jurídica local incorporar as normas estrangeiras em seu próprio seio, as recepcionando. Em especial, sendo a recepção *material*, a norma estrangeira sofreria uma nacionalização, de forma que a ordem jurídica do foro passaria a conter uma regra material idêntica àquela regra estrangeira apontada pela regra de conexão local – essa ideia de nacionalização conduziria à interpretação conforme os parâmetros do próprio foro, acarretando a desnaturação completa do direito estrangeiro⁶.

No que toca à *teoria da recepção formal*, esta afirma que a regra estrangeira é incorporada ao ordenamento local, mas conserva o sentido e o valor que o direito estrangeiro lhe atribui, sendo recepcionada

⁴ DICEY, 1908.

⁵ BEALE, 1907.

⁶ BUREAU, WATT, 2014, p. 525.

apenas formalmente, o que conduz à interpretação conforme os parâmetros estrangeiros⁷.

Dominique Bureau e Horatia Watt resumem bem as principais críticas contra ambas as teorias da recepção: (i) baseiam-se no dogma do exclusivismo da ordem jurídica – negação *tout court* do valor jurídico de outros ordenamentos; (ii) são evidentemente fictícias, na medida em que uma ordem jurídica local não poderia incorporar todos os sistemas jurídicos do mundo; e (iii) são contrárias ao sentido profundo do Direito Internacional Privado, fundado no reconhecimento recíproco das ordens jurídicas estatais⁸.

Outra explicação teórica propõe que o direito estrangeiro seria determinado de acordo com uma operação diferente da determinação do direito local: em relação ao direito estrangeiro o juiz procuraria por aquilo que é, e não pelo *dever-ser*⁹. Tal explicação, porém, assim como as teorias dos *vested rights* e da recepção material ou formal, é inadequada, na medida em que a aplicação do direito estrangeiro, no caso concreto, necessariamente envolve a aplicação de um *dever-ser* a um conjunto de fatos *sub judice*.

Em verdade, a inadequação dessas teorias deriva do fato de que elas se inscrevem no marco teórico do positivismo jurídico nacionalista, sendo anteriores às implicações para o pensamento jurídico da virada linguística ocorrida no séc. XX na filosofia.

Nesse contexto, são fundamentais os aportes da hermenêutica para lançar novas luzes sobre a matéria. Com efeito, o segundo Ludwig Wittgenstein lançou sementes inovadoras, com sua concepção de comunicação humana baseada em *jogos de linguagem* que só são possíveis em virtude de *formas de vida* compartilhadas¹⁰.

Já Martin Heidegger¹¹ e, posteriormente, Hans-Georg Gadamer¹² alcançaram, no campo da hermenêutica filosófica, a ideia de que o

⁷ A teoria remonta a Roberto Ago e, no Brasil, foi adotada por Wilson de Souza Campos Batalha: “A recepção é formal, envolvendo o reconhecimento das fontes de produção jurídica estrangeira e incorporando-as às fontes de produção jurídica nacionais, nos termos e com as ressalvas estabelecidas pela lei do fórum” (BATALHA, 1977, p. 229).

⁸ BUREAU, WATT, 2014, pp. 525-526.

⁹ Cf. autores franceses (Pigeonnière, Loussoarn e Bourel) citados em DOLINGER, 2014, p. 290.

¹⁰ WITTGENSTEIN, 2009, 4ª ed, pp. 241-242.

¹¹ Cf., sobretudo: HEIDEGGER, 2005.

¹² Cf. GADAMER, 1999.

Como subproduto dessa virada linguística no campo filosófico, no âmbito jurídico a ideia de simples subsunção dos fatos às normas, sem que haja mediação pela subjetividade do intérprete, passou a ser vista, há algum tempo, como de todo ingênua.

processo interpretativo é marcado pela circularidade, sendo a linguagem a forma pela qual tudo se dá no ser-no-mundo¹³.

Karl Larenz explica com precisão, em sua já clássica *Metodologia da Ciência do Direito*, essa nova forma de compreender a interpretação, quando aplicada ao direito:

O processo do compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em uma direção, «linearmente», como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objectivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objectivo de uma ampla segurança). Este modo de pensamento, que é estranho às ciências «exactas» e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência [i.e., na ciência do direito] de um grande alcance¹⁴.

Nesse contexto, como observa Lenio Streck, a hermenêutica filosófica vem contribuindo para a construção de uma hermenêutica jurídica que problematize as recíprocas implicações entre discurso e realidade, ressaltando, como contraponto ao pensamento jurídico mais tradicional,

que existe, no devir da inserção do ser-no-mundo, um processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico em que, somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto – é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da vida)¹⁵.

Como subproduto dessa virada linguística no campo filosófico, no âmbito jurídico a ideia de simples subsunção dos fatos às normas, sem que haja mediação pela subjetividade do intérprete, passou a ser vista, há algum tempo, como de todo ingênua.

Especificamente no que toca ao direito estrangeiro, portanto, que é o que interessa ao presente estudo, não se trata de “recepção-lo” passivamente, ou de dar aplicação, no foro, a direitos já adquiridos, estaticamente, no exterior.

Isto porque toda interpretação é, também, uma construção, em uma incessante espiral hermenêutica entre sujeito e objeto do

13 Cf. STEIN, 1996, pp. 24-25.

14 LARENZ, 1997, 3ª ed., p. 287.

15 STRECK, 1999, p. 154.

compreender. Não há como ignorar que a subjetividade do intérprete é algo inerente a tal espiral – a questão fundamental passa a ser, portanto, a de como a própria subjetividade deve lidar consigo mesma e com a alteridade, e não imaginar que seja possível livrar-se completamente de subjetividades.

Por conseguinte, tomando como premissa que os juízes ao redor do mundo estão inseridos em uma *rede jurídica cosmopolita* de ordens jurídicas parciais, e que tal rede é também uma rede de linguagem, não se trata de recepcionar o direito estrangeiro, mas sim de mediar o permanente fluxo de interação entre informações e cortes interpretativos subjetivos da espiral hermenêutica, de modo adequado conforme parâmetros cosmopolitas. Nesse ponto, serão fundamentais duas aproximações adiante desenvolvidas: (i) a ideia de *autocontenção cosmopolita*; e (ii) a noção de um *permanente expandir de horizontes cosmopolita*.

4. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO, TOMADA DE CONSCIÊNCIA HERMENÊUTICA E COSMOPOLITISMO

É conhecida a imagem proposta pelo jusfilósofo e jusprivatista internacional Werner Goldschmidt, segundo a qual os juízes seriam arquitetos de seu próprio sistema jurídico; desempenhando, porém, o papel de simples fotógrafos no que concerne a sistemas jurídicos estrangeiros:

“Não é Direito para nós aquilo que o é para outras comunidades. Está aqui o ponto nevrálgico para a concepção do Direito estrangeiro. Nem a conduta diretiva em outra comunidade o é para nós; nem nossa conduta, inclusive ao copiar a conduta alheia, possui valor exemplar para os outros. Frente ao próprio Direito somos arquitetos; em relação ao Direito estrangeiro não somos senão fotógrafos.”¹⁶

Como já afirmado pela doutrina, a imagem é exagerada¹⁷. Com efeito, é impossível reduzir juízes, porquanto seres humanos, a simples autômatos imitadores da experiência jurídica alheia – como propunha a Escola da Exegese em outros tempos, em relação não ao direito estrangeiro, mas aos códigos nacionais escritos. A tomada de

¹⁶ GOLDSCHMIDT, 1952, p. 22. Tradução livre por este autor da versão original em língua espanhola.

¹⁷ MONACO, 2013, p. 118; PINHEIRO, 2009, p. 575.

consciência hermenêutica, ocorrida ao longo do séc. XX, aponta em direção menos ingênua.

Cyrille David tece interessante argumentação no sentido de que o litígio regido por um direito estrangeiro não é puramente estrangeiro, tratando-se em verdade de um litígio internacional que também possui vínculos com o foro, o que se manifesta pelo próprio fato de ser ali julgado¹⁸. Por força disso, o autor defende que seja atribuída certa margem de apreciação ao juiz do foro¹⁹.

Semelhante é a observação de Maarit Jänterä-Jareborg, no sentido de que *“a corte permanece responsável por decidir o caso e de modo algum é reduzida a um observador impessoal que aplica mecanicamente, à disputa em questão, normas estranhas”*²⁰.

Não obstante tais premissas, se, de um lado, não existe possibilidade de imitação perfeita, como nos demonstra a hermenêutica, de outro se revela necessária, do ponto de vista cosmopolita, certa autocontenção dos juízes em relação a ordenamentos jurídicos estrangeiros, sob pena de seus próprios valores e pré-juízos ilegítimos contaminarem o processo interpretativo, conduzindo à aplicação de valores do próprio foro como se direito estrangeiro fossem, maculando o ideal do método conflitual.

Nas palavras de Luiz Antônio Severo da Costa:

Não deve o juiz nacional aplicar livremente o direito estrangeiro, com a própria sistemática de seu fôro, mas sim adotar a interpretação aceita no país de origem do direito em causa. Tal problema se assemelha a uma questão de linguística, onde, para se interpretar uma expressão estrangeira, deve o intérprete transportar-se para o país onde a empregam, verificando ali seu uso e aplicação comum²¹.

Sendo o norte geral a aplicação do direito estrangeiro tal como fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável (conforme dispõe o art. 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, de 1979), tal proceder pressupõe uma interpretação mais cuidadosa em termos relativos, adotando o juiz, de forma consciente, uma atitude de *autocontenção cosmopolita*,

¹⁸ DAVID, 1965, p. 244.

¹⁹ DAVID, 1965.

²⁰ JÄNTERÄ-JAREBORG, 2003. Tradução livre por este autor, do original em língua inglesa.

²¹ COSTA, 1968, p. 35.

Quanto menor a proximidade cultural, recomenda-se uma dose maior de autocontenção do juiz, na tentativa de evitar interferências indevidas de suas pré-compreensões ilegítimas sobre a apreensão e aplicação de normas oriundas de outro contexto.

buscando reproduzir a experiência jurídica praticada alhures da forma mais fidedigna possível, ainda que contra determinadas inclinações suas (embora aqui se reconheça que uma fidelidade absoluta é impossível, pois não existe interpretação meramente reprodutiva e o direito não é estático, mas dinâmico).

Assim sendo, embora a margem de interpretação autorizada internamente aos juízes de cujo ordenamento se trate possa ser ampla, a criatividade do juiz externo deve ser menor em termos relativos (por óbvio, não se cuida aqui do papel criativo em face do texto legal escrito, mas sim da possibilidade de inovar, de modificar, o que vem sendo efetivamente *praticado* pelo Judiciário estrangeiro – o direito como experiência²²).

Nesse sentido, Benoit Vouilloz reconhece um papel menos ativo do juiz em relação a direitos estrangeiros que em relação ao direito nacional, cabendo-lhe um poder de interpretação menos extenso, mas de forma alguma totalmente esvaziado – o autor nota que a diferença é de graus, e não de natureza²³.

Em nossa visão, a adequação de um grau maior ou menor de liberdade na apreciação do direito estrangeiro parece ser função da maior ou menor proximidade cultural entre o sistema jurídico do foro e o sistema jurídico estrangeiro. Quanto menor a proximidade cultural, recomenda-se uma dose maior de autocontenção do juiz, na tentativa de evitar interferências indevidas de suas pré-compreensões ilegítimas sobre a apreensão e aplicação de normas oriundas de outro contexto. Já em sistemas culturalmente mais próximos, existem mais pré-compreensões legítimas compartilhadas, possibilitando um melhor manuseio das normas por parte do juiz externo, sem *tanto* risco de equívocos²⁴.

Ressalte-se que o direito está em constante mutação, necessitando de interpretação, não sendo jamais possível vencer o fosso existente entre o signo e a realidade, de forma que qualquer descrição é, também, uma inscrição²⁵. Nenhuma enunciação simplesmente repete aquilo que existe (isto não significa, porém, que não haja uma

²² A expressão é de REALE, 1968.

²³ VOUILLOZ, 1964, pp. 76-77.

²⁴ Mesmo em sistemas muito próximos pode haver diferenças de interpretação de dispositivos legais idênticos dos dois países, de modo que a cautela é sempre necessária.

²⁵ LEGRAND, 2011, p. 106.

Não devemos confundir a constatação de que é impossível apagar por completo a subjetividade na interpretação com uma anarquia metodológica em que qualquer conclusão serve.

realidade independente de qualquer sujeito, mas tão somente que tal realidade não nos é acessível senão pelo fenômeno linguístico).

No entanto, se é certo que não há interpretação completamente neutra, por outro lado a “*interpretação não pode fugir ou renunciar ao conteúdo do texto e certamente não deve ver o texto como um mero pretexto a permitir sua transgressão deliberada*”, como aponta Pierre Legrand²⁶.

É preciso se esforçar ao máximo para respeitar a alteridade e não trair o direito do outro. Não devemos confundir a constatação de que é impossível apagar por completo a subjetividade na interpretação com uma anarquia metodológica em que qualquer conclusão serve. É preciso adotar uma postura de *deixar o outro falar* por meio de nós, ainda que não possamos eliminar por completo a nossa própria voz nessa tarefa.

Deve-se evitar, a todo custo, o etnocentrismo que considera a alteridade do direito estrangeiro algo inferior em relação à própria cultura jurídica²⁷, perfazendo uma violência simbólica de imposição do próprio eu sobre o outro, em perspectiva anti-cosmopolita, a qual é nociva mesmo quando automática ou inconsciente.

Paulo Borba Casella aponta precisamente que a dificuldade que se observa nos embates pós-modernos decorre menos da existência de diferenças que da tentativa de impor ao outro a própria visão de mundo, colocando a submissão no lugar do respeito²⁸.

Note-se que, para *deixar o outro falar*, é preciso compreender o direito estrangeiro como situado em uma realidade social e linguística específica, enxergando-o como cultura²⁹. Ele existe como construção cultural, imerso em sua facticidade, situado no espaço e no tempo³⁰.

Para compreender as limitações às quais está sujeito o intérprete oriundo de contexto cultural e linguístico diverso, é fundamental o conceito de círculo hermenêutico de Hans-Georg Gadamer, como permanente interação entre tradição e intérprete:

²⁶ LEGRAND, 2011, p. 84.

²⁷ LEGRAND, 2011, p. 98.

²⁸ CASELLA, 2008, p. 485. O autor escreve especificamente em relação ao uso da força, de parte a parte, nos conflitos entre Ocidente e Islã, mas o mesmo pode ser dito no contexto desta tese, onde o risco é o da violência simbólica que representa a imposição dos próprios valores jurídicos em caso que deveria ser regido por outro direito.

²⁹ Ver, em especial: LEGRAND, 2011, pp. 110-119.

³⁰ LEGRAND, 2011, p. 129.

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão, está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios³¹.

Para Gadamer, além dos pré-juízos obstaculizadores, ilegítimos, que levam aos mal-entendidos, há os pré-juízos produtivos, que são aqueles responsáveis por tornar mesmo possível a compreensão, empreendendo-se um constante diferenciar entre os dois tipos, na tensão entre estranheza e familiaridade que constitui o *locus* hermenêutico³².

Cada um de nós encontra-se situado em um ponto de uma rede de experiências passadas e futuras. Podemos criar novas conexões e enfraquecer antigas, mas jamais nos livrar completamente do contexto – só existimos humanamente em algum lugar, em certo momento. Assim sendo, trata-se de buscar não uma interpretação do direito estrangeiro tida por objetivamente verdadeira, mas sim a melhor interpretação possível, a partir de uma mediação consciente entre o “eu” e o “outro”, buscando não reduzir este àquele, tendo como pressuposto uma abertura a modos diferentes de ser³³.

Nesse processo, deve-se buscar suspender o horizonte interpretativo habitual em prol do objeto singular que é o direito estrangeiro, praticando uma ética do engajamento em um esforço infinito, conscientemente interno à própria investigação, em oposição à rígida separação entre sujeito e objeto das leituras positivistas, nas palavras de Legrand³⁴. Assim, assume-se responsabilidade em relação à alteridade. Ou, conforme o autor:

³¹ GADAMER, 1999, pp. 298-299.

³² GADAMER, 1999, p. 301.

³³ Cf. LEGRAND, 2011, p. 144.

³⁴ LEGRAND, 2011, pp. 146-149.

Buscar dar um passo além do próprio direito (e, no processo, além de si mesmo), de modo a se engajar em uma negociação com outro direito e com o direito de outrem, é precisamente o que permite que alguém tome conhecimento da pluralidade jurídica e axiológica do mundo. Por meio de uma ruptura da zona de conforto, [...] mobiliza-se o direito e a si mesmo para a melhor causa possível, a do reconhecimento e respeito a uma alteridade que, na medida em que pode ser abordada enquanto interrupção, enriquece a percepção daquilo que existe no mundo como direito e a capacidade de agir em relação a isto em nome daquilo que ainda pode (talvez) ser chamado de justiça³⁵.

Isto porque a hermenêutica em geral encontra-se diante do desafio do incompreendido e do incompreensível, o desafio que sempre se renova de não se poder compreender algo que se mostra como espantosamente outro, alheio, obscuro, quiçá profundo, e que, no entanto, precisaríamos compreender – como afirma Gadamer³⁶.

A consciência dessa “nebulosidade”³⁷ pode nos auxiliar a superarmos nossas tomadas de posição prévias, a nos aproximarmos da coisa-em-si, bem como a colocarmos nós mesmos em questão, saindo da nossa zona de conforto – é essa a possibilidade que surge quando abrimos espaço para que o outro vigore em contraposição a nós³⁸.

Desse modo, interpretar o direito estrangeiro tal como faria o juiz estrangeiro é um ideal que, apesar de em verdade inalcançável (uma vez que toda interpretação é única e irrepetível), revela-se um parâmetro a ser incessantemente buscado, a partir de uma *hermenêutica cosmopolita* que, de um lado, conscientize o agente a respeito de seus próprios pré-juízos culturais, frequentemente ilegítimos em relação à cultura estrangeira (com a conseqüente necessidade de *autocontenção cosmopolita*) e, de outro, possibilite a aquisição progressiva de pré-juízos legítimos sobre outras culturas jurídicas (*expansão de horizontes cosmopolita*). Esses são os parâmetros iniciais que se propõe no presente artigo.

³⁵ LEGRAND, 2011, p. 152, tradução livre.

³⁶ GADAMER, In: GADAMER, 2007, pp. 96-97.

³⁷ A afirmação de que a vida é “nevoenta” é originalmente de Heidegger.

³⁸ GADAMER, In: GADAMER, 2007, p. 107.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tinha como escopo refletir como uma análise hermenêutica, guiada por parâmetros cosmopolitas, poderia lançar luzes sobre a temática da aplicação do direito estrangeiro pelos juízes locais.

Nesse contexto, a concepção hermenêutica aqui desenvolvida oferece uma alternativa às teorias positivistas prevalentes. Por meio dela, o juiz pode exercer sua autocontenção cosmopolita, não porque o direito estrangeiro seja algo objetivável a ser reproduzido mecanicamente, tal como faria um fotógrafo, mas sim porque passa a entender que seus pré-juízos, externos à cultura estrangeira, frequentemente conduzem a interpretações equivocadas, constituindo, portanto, pré-juízos ilegítimos.

Da mesma forma, promove-se uma progressiva aquisição de pré-juízos legítimos em relação aos diversos ordenamentos jurídicos do mundo, em um processo individual e coletivo de longo prazo no sentido de um maior conhecimento recíproco, denominado por nós de *expansão de horizontes cosmopolita*.

Inspirando-nos no cosmopolitismo de Kwame Anthony Appiah³⁹, encerramos este trabalho notando que não há qualquer necessidade de que os sistemas jurídicos do mundo concordem em um amplo espectro de temas, mas sim que *se acostumem uns com os outros*, desfazendo o desconhecimento recíproco que é origem de tantos mal-entendidos. E a aplicação do direito estrangeiro pelos diversos Judiciários pode, nesse aspecto, representar importante ferramenta em um processo de progressiva *aculturação cosmopolita*.

[...] não há qualquer necessidade de que os sistemas jurídicos do mundo concordem em um amplo espectro de temas, mas sim que se acostumem uns com os outros, desfazendo o desconhecimento recíproco que é origem de tantos mal-entendidos.

³⁹ APPIAH, 2007.

REFERÊNCIAS

APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitanism – Ethics in a world of strangers*. Norton: Nova York, 2007.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*, v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BATIFFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. (1968) Paris: Dalloz, 2002.

BEALE, Joseph Henry. *A Selection of Cases on the Conflict of Laws*. Cambridge, MA: The Harvard Law Review Publishing Association, 1907.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. *Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1979.htm>.

BUREAU, Dominique; WATT, Horatia Muir. *Droit international privé, Tome I, Partie générale*. 3. ed., Paris: PUF, 2014.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COSTA, Luiz Antonio Severo da. *Da Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Nacional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968.

DAVID, Cyrille. *La loi étrangère devant le juge du fond*. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

DICEY, Albert Venn. *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*. Londres: Stevens & Sons, 2. ed., 1908.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica e diferença ontológica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva – v. I – Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Editora Vozes, 2. ed., 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*. 2. ed., tomo I. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1952.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. Foreign Law in National Courts – A Comparative Perspective, *Recueil des Cours*, v. 304, 2003.

JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation, *Recueil des Cours*, v. 282, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. por José Lamego), 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGRAND, Pierre. Foreign Law: Understanding Understanding, *Journal of Comparative Law*, n. 6, 2011.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDICPURS, 1996.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VOUILLOZ, Benoit. *Le Role du Juge Civil a L’Egard du Droit Étranger*. Fribourg, Suíça: Éditions Universitaires, 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. 4. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.