



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

VICTOR HUGO ALCALDE DO NASCIMENTO

**A UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
SEGUNDO O DIREITO COMPARADO FUNCIONAL**

Londrina
2012

VICTOR HUGO ALCALDE DO NASCIMENTO

**A UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
SEGUNDO O DIREITO COMPARADO FUNCIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa Dra. Tânia Lobo Muniz

Londrina
2012

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

N244u Nascimento, Victor Hugo Alcalde do.

A unificação do direito internacional privado segundo o direito comparado funcional. / Victor Hugo Alcaledo Nascimento. – Londrina, 2012.

140 f.

Orientador: Tânia Lobo Muniz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito internacional privado – Teses. 2. Direito comparado – Teses. 3. Relações internacionais – Tratados – Teses. I. Muniz, Tânia Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 341.9

VICTOR HUGO ALCALDE DO NASCIMENTO

**A UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
SEGUNDO O DIREITO COMPARADO FUNCIONAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz
UEL – Londrina - PR

Martha Asuncion Eriquez Prado
UEL – Londrina - PR

Odete Maria de Oliveira
UFSC – Florianópolis - SC

Londrina, 14 de agosto de 2012.

Lenta e determinada é a trajetória de elaboração de uma dissertação de mestrado. A atenção, persistência e conhecimento do autor não são os únicos bens que constituem a fortaleza desta pesquisa. Muito se deve aos professores, cujos ensinamentos são imprescindíveis no desenvolver desta obra monográfica, e a eles sou grato.

O título concedido em virtude da conclusão do curso e desta pesquisa, o título de mestre traduz-se na aptidão de ensinar o que fora aprendido, em transmitir tais ensinamentos às gerações vindouras. Ao significado do vocábulo acrescenta-se o contido no *Pirkei Avot*: “selecione para si um *rav* (professor) e adquira um *haver* (amigo, colega)” (capítulo 1 mishnah 6). No labor da docência as qualidades de um professor (*rav*) e de um amigo (*haver*) unem-se, e, em sede da matéria que versa esta dissertação, ou seja, os sinuosos labirintos que compõem o Direito Internacional Privado, são imprescindíveis. Sou grato não somente aos professores, assim compreendidos pelo exercício de suas atividades típicas, mas aos reais atos de amizade e solidariedade ofertados.

Sou grato à professora Tânia Lobo Muniz pela orientação à elaboração da presente dissertação, à Professora Martha Asunción Enriquez Prado pelos conselhos oportunos e indicações bibliográficas e jurisprudenciais e à Professora Marlene Kempfer cuja completude moral e de conhecimento são parâmetros para a pesquisa e o exercício da docência.

NASCIMENTO. Victor Hugo Alcalde. **A unificação do direito Internacional privado segundo o direito comparado funcional**. 2012. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2012.

RESUMO

Determinadas disparidades em matéria de normas de Direito Internacional Privado agravam o eficiente desempenho da condução política, econômica e jurídica de blocos de integração regional. Ademais das liberdades garantidas pelas disposições normativas dos blocos de integração, no Mercosul, a livre circulação de bens, serviços e indivíduos, faz-se necessário o livre movimento de decisões judiciais ou laudos arbitrais e de negócios jurídicos. A livre circulação desses institutos jurídicos, entretanto, somente torna-se possível mediante unificação de normas do Direito Internacional Privado através de tratados internacionais no escopo mercosulino e pelo emprego do Direito Comparado. A pluralidade, característica da pós-modernidade, fornece ao ramo uma diversidade de mecanismos à disposição para levar a cabo esta tarefa. É necessário concebê-lo como um ramo jurídico destinado a reger e solver, por completo, relações jurídicas heterogêneas ou espacialmente dispersas, não apenas como mero mecanismo de eleição de Direito aplicável. O Direito Comparado, portanto, fornece os paradigmas nos quais justifica-se a unificação de setores jus privatistas internacionais e da interpretação dos acordos internacionais elaborados. A presente dissertação advoga o emprego do Direito Comparado funcional como mecanismo para a elaboração de convenções internacionais no âmbito mercosulino vez que permite, desconsiderando-se a dimensão doutrinária e puramente regional, analisar o papel que determinado instituto jurídico desempenha e encontrar equivalentes em outros sistemas jurídicos. Advoga-se, também, o emprego do Direito Comparado funcional na aplicação destas convenções e para realizar a qualificação das relações jus privatistas. Além da elaboração de convenções internacionais no escopo mercosulino que unifiquem o Direito Internacional Privado, postula-se o aproveitamento de outros acordos internacionais, previamente celebrados, como parte integrante do Direito mercosulino, no intuito de evitar paralelismo de disposições normativas.

Palavras-chave: Direito internacional privado. Tratados internacionais. Direito comparado funcional. Unificação. Qualificação.

NASCIMENTO. Victor Hugo Alcalde. **The unification of private international law under the functional comparative law.** 2012. 140 p. Dissertation (Master's degree in Law Negotiation) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

ABSTRACT

Certain dissimilarities in issues about Private International Law deprive an efficient performance of political, economical and juridical conduction within regional common markets. Despite of the freedoms guaranteed by those regional normative prescriptions, in Mercosul, the free movement of goods, services and individuals, it is necessary the free movement of judicial decisions and arbitral awards, and acts in the law. The free movement of those legal institutes, however, can only become possible through the unification of rules of Private International Law by international treaties in the scope of Mercosul, and through the employment of Comparative Law. Plurality as a characteristics of post-modernity gives this branch of the Law a diversity of mechanisms available to make the unification. It is necessary to understand this branch of the Law as a mean designed to rule and solve, completely, legal relations which are heterogenic or spatially dispersed, and not as a mere mechanism for the selection of the applicable Law. Comparative Law, therefore, provides the paradigms according to which the unification of sectors of Private International Law and the interpretation of international agreements justifies. The present dissertation advocates the employment of Functional Comparative Law as a mechanism for the elaboration of international conventions in the scope of Mercosul since it enables, without mention to doctrines and regional specificities, analyzes the role which certain legal institution perform and to find its equivalent in other legal systems. In spite of the elaboration of international conventions in the scope of Mercosul which unify Private International Law, it is postulated the use of other international agreements, previously approved, as part of the common Law of Mercosul, therefore, avoiding parallelism of legal rules.

Keywords: Private international law. International treaties. Functional comparative law. Unification. Classification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA ATUALIDADE	11
1.1 AS CONCEPÇÕES NORMATIVISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....	11
1.2 A UNICIDADE METODOLÓGICA NAS CONCEPÇÕES NORMATIVISTAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....	15
1.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FONTE DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DAS GENTES.....	26
1.4 UMA VISÃO ATUALIZADA DAS FONTES DE DIREITO Internacional Privado	36
1.4.1 A Dimensão Convencional do Direito Internacional Privado.....	39
1.4.2 A Dimensão Convencional do Direito Internacional Privado no âmbito do Mercosul	49
2 CONCEPÇÕES PÓS-MODERNAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	52
2.1 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DAS CONCEPÇÕES NORMATIVISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....	55
2.2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A CULTURA JURÍDICA PÓS-MODERNA	59
2.3 A CONCEPÇÃO MATERIALISTA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	63
2.4 O MÉTODO DIREITO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	65
3 O DIREITO COMPARADO: O ESTUDO DE SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	68
3.1 O DIREITO COMPARADO E SUA METODOLOGIA	70
3.2 PROCURA POR SEMELHANÇAS E O DIREITO COMPARADO FUNCIONAL	73
3.3 O DIREITO COMPARADO NA PÓS-MODERNIDADE E O CRITÉRIO FUNCIONAL	82
4 A UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS	87
4.1 UNIFICAÇÃO E HARMONIZAÇÃO: CONCEITOS DISTINTOS	88
4.2 A UNIFICAÇÃO JURÍDICA NO ÂMBITO DO MERCOSUL.....	94

4.3	A UNIFICAÇÃO E HARMONIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O ESTUDO DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS	98
4.4	DA CONCILIAÇÃO ENTRE DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS E A IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO FUNCIONAL AO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	104
5	A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL.....	105
5.1	A ESTRUTURA DA NORMA INDIRETA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	112
5.2	FORMAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO	114
5.3	A DIMENSÃO BRASILEIRA E CONVENCIONAL DO DIREITO APLICÁVEL.....	120
	CONCLUSÃO.....	133
	REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado sempre foi conhecido como um *corpus iuris* de normas que contemplam o método indireto, é dizer, que, face a uma *questio iuris* oriunda de uma relação jurídica privada, espacialmente dispersa ou heterogênea, apenas, mediante pontos de conexão, apontaria o Direito material que solveria tal questão. O ramo jurídico é, nesta concepção, incapaz de solver a celeuma apreciada, pois, tão somente, indica o Direito aplicável à relação. Não obstante, o método, ademais do citado indireto, contemplado é o multilateralista, em que se dispõem matérias organizadamente, como se em caixas estivessem e, cada qual é corresponde a um ou vários pontos de conexão que remeterá a matéria a determinado Direito material. Trata-se do método de atribuição, que, ocasionalmente, podem levar a um Direito desconexo à relação privada, vez que, não raro, o direito do local de celebração, em matéria contratual, ou o local do acontecimento do ato ilícito na responsabilidade civil extracontratual, são racionais ou razoáveis à relação jurídica com elementos estrangeiros.

As concepções tradicionais do Direito Internacional Privado, por vezes, ignoram sua esfera além daquela destinada a solver o conflito espacial internacional de normas jurídicas. Ademais, advogam que a nomenclatura, em realidade, é equivocada, vez que este ramo jurídico não é, na verdade, internacional e tampouco privado. Refutar sua característica internacional importa em reconhecer, portanto, que se trata de Direito doméstico, assim como desconhecer ou desprezar os tratados internacionais como fonte informadora.

A complexidade da vida contemporânea e os valores e características inerentes à cultura jurídica pós-moderna, entretanto, forçam o Direito Internacional Privado a adotar metodologias díspares à indireta, assim como a buscar melhor definição ao seu objeto e conteúdo. Naquele, importa a relação jurídica privada, espacialmente dispersa ou heterogênea, vez que é ele privado e internacional. Em seu conteúdo residem o setor direito aplicável e o setor Direito Processual Civil Internacional, ocupado do conflito de jurisdições e do reconhecimento de decisões estrangeiras. Das fontes informadoras, os tratados internacionais são as principais, dada a incapacidade dos Estados resolverem problemas fáticos isoladamente, e na vantagem de se estatuir preceitos normativos equânimes. Daí a fundamentação do estudo da unificação e harmonização do Direito Internacional Privado.

A unificação do Direito Internacional Privado, a que este estudo volta-se, por vezes adota um método distinto do multilateralista, no ramo jurídico em apreço. Trata-se

do método unilateralista, sobre o qual se estabelecem normas que regem, isoladamente, questões litigiosas oriundas das relações jurídicas com elementos estrangeiros. Não raro, tais convenções contemplam normas materiais de Direito Internacional Privado, distintas das, antes isoladas, normas indiretas. Estas estão orientadas à persecução da justiça material, se solver, por completo e definitivo, o litígio posto. Estas metodologias integram as novas formas de conceber o Direito Internacional Privado, ao corolário de postular-se um Direito internacional Privado material.

Aliado a pluralidade de métodos que vigem no Direito Internacional Privado alia-se a interdisciplinaridade. Esta, dividida em externa, como aquela em cujo conteúdo residem áreas do conhecimento alheias à jurídica, como a filosofia, a linguística a história, a economia, ou a interdisciplinaridade interna, na qual se assentam áreas do conhecimento jurídico como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, ou, o Direito Comparado, são postas à disposição da melhor compreensão do Direito Internacional Privado. Esta última disciplina, notadamente, é de muito valor ao estudo e aplicação do Direito Internacional Privado, no qual há sempre o contato com o Direito estrangeiro.

O Direito Comparado permite a construção de pontes entre o nacional e o estrangeiro, visa à promoção do conhecimento e a criação de normas, uniformes ou harmonizadas. Neste, inquirir-se-á sobre a aplicabilidade de estudos comparados segundo *tertia comparationis* funcional, ou seja, o que, historicamente, denominou-se Direito Comparado Funcional. Muitos dos alvitres unificadores ou harmonizadores do Direito, seja material ou o Direito Internacional Privado, recorrem a esta corrente acadêmica no intuito de superar diferenças ou elaborar preceitos normativos comuns que clamam aplicação equânime entre os Estados envolvidos.

A dificuldade, todavia, do emprego do Direito Comparado Funcional decorre da existência e sustentação da *praesumptio similitudinis*, que advoga a semelhança fática e normativa nos Estados, em detrimento das culturas, aspectos econômicos ou políticos envolvidos. Este aspecto do Direito Comparado Funcional, no entanto, torna-se exequível quando aplicado distintamente aos projetos jurídicos destinados à harmonização ou a unificação. O emprego deste Direito Comparado Funcional não se restringe a aqueles projetos normativos, mas, também, à aplicação no caso concreto do Direito material elegido como legítimo pelos elementos de conexão.

Nos blocos de integração, notadamente, no Mercosul, o estudo do Direito Internacional Privado, imbuído dos valores da cultura jurídica pós-moderna, notadamente, a pluralidade de métodos é a justificativa deste estudo. O bloco econômico exige contemplar,

además de suas liberdades típicas como a livre circulação de produtos, serviços e indivíduos, o livre movimento de decisões proferidas pelos Estados que o compõe e de negócios jurídicos. Importa dizer que faz mister a elaboração de um Direito Internacional Privado mercosulino, com normas materiais deste ramo, e, unificadas por intermédio do Direito Comparado. O bloco encontra-se na posse de algumas destas normas, ainda que com aplicabilidade restrita e dificultada pelas legislações internas dos Estados. Não obstante, pertencem ao âmbito mercosulino convenções internacionais que não foram firmadas exclusivamente para seu fim, mas que, como pelos Estados-Partes as pactuaram, podem ser invocadas em prol do bloco. A influência das Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado, elaboradas no seio da Organização dos Estados Americanos é a exemplo claro.

A formação do Direito Internacional Privado mercosulino, entretanto, não se resume na criação de uma esfera normativa paralela às demais convenções que disciplinam uma mesma matéria. O contrário importaria na existência, desarmônica, de uma pluralidade de convenções e, certamente, com pouca ou inexistente aplicabilidade, dada a dificuldade de identificar em qual convenção internacional enquadrar-se-ia determinada relação jurídica com elementos estrangeiros. Necessita-se, no Mercosul, aproveitar convenções internacionais em matéria de Direito Internacional Privado já celebradas pelos Estados-Partes e que por eles foram, devidamente, ratificadas. Há, pois, neste bloco, normas do Direito Internacional Privado mercosulinas *lato* ou *stricto sensu*.

Das normas do Direito Internacional Privado mercosulinas, *stricto* ou *lato sensu*, estudar-se-á aquelas destinadas ao setor que compreende o Direito Internacional Privado do Direito material aplicável, unificadas pelos tratados internacionais firmados no escopo mercosulino, segundo uma perspectiva do Direito Comparado Funcional. Primeiramente discorrer-se-á sobre as novas concepções do Direito Internacional Privado, após, como ocorrem os transplantes jurídicos dos tratados e, o papel desempenhado pelo retorno do Direito Comparado Funcional. Este é o responsável por diminuir as diferenças entre os Estados, estabelecendo verdadeiras pontes que possibilitem o discurso jurídicos entre os distintos povos, para a consecução destes acordos internacionais e, após, para sua concreta e equânime aplicação.

No intuito de atingir os objetivos assinalados, utilizar-se-á da consulta de obras da literatura jurídica estrangeira, conseqüentemente, nos idiomas originais. O autor do presente estudo assume a responsabilidade das traduções, e em nota de rodapé disponibiliza os fragmentos textuais no idioma original das obras.

1 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA ATUALIDADE

O Direito Internacional Privado encontra-se intimamente relacionado aos processos de integração regional porque o ser humano, desde tempos remotos, empreende atividades que ultrapassam as fronteiras do Estado em que está sediado e necessita, portanto, a cognição de quais leis deverão reger seu negócio. A busca pelo direito aplicável, entretanto, não é inédito, típico da contemporaneidade. Deve-se aos glosadores, notadamente, à Acursio o deflagrar do questionamento das formas em que a decisão sobre o ordenamento jurídico e os institutos inerentes seriam eleitos em uma relação jurídica na qual elementos estrangeiros estivessem presentes.

No processo de integração regional, por facilitar o intercâmbio de mercadorias, serviços e indivíduos, no interior de seu espaço geográfico previamente delimitado, o Direito Internacional Privado mostra-se de primordial relevância. Será seus preceitos os utilizados para solver eventuais conflitos, uma vez que pela integração, os ordenamentos jurídicos estatais são postos em contato.

1.1 AS CONCEPÇÕES NORMATIVISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Internacional Privado, tradicionalmente, como enunciam Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor, “tinha sido concebido como um sistema de distribuição de competências legislativas onde era indissociável o âmbito da lei e a esfera da soberania da autoridade que a ditava”¹ (2003, p. 11). Neste sentido, nota-se o caráter doméstico do Direito Internacional Privado, que embora carregue na nomenclatura o adjetivo internacional, seu conteúdo é, segundo aquela concepção, provido pelos órgãos legiferantes domésticos. O objeto deste braço jurídico, perante aquela concepção resta prejudicado, diminuído, vez que somente admite a solução de conflitos de normas no âmbito espacial. Esta espécie de concepção do objeto do Direito Internacional Privado fundamenta-se na identificação da norma que o anima, ou seja, encontra-se, dentre rol indefinido de preceitos normativos, aquele que se destaca, que se destina a solver conflitos espaciais normativos. Salienta-se que, não se tratam de teses arcaicas ou avançadas na seara jurídica, mas de concepções, idealizações, construções cognitivas do objeto e conteúdo deste Direito.

¹ [...] ha sido concebido como un sistema de distribución de competencias legislativas, en donde era indisociable el ámbito de la ley y la esfera de la soberanía de la autoridad que la dictaba (CORNET, DE KLOR, 2003, p. 11).

Em idêntico sentido ao acima mencionado, Jacob Dolinger advoga que o Direito Internacional Privado, “por excelência, é constituído de regras de sobredireito colisionais que visam solucionar conflitos entre normas atemporais, interespaciais, internacionais” (2008, p. 24). Dos vocábulos “constituído por regras” extrai-se o caráter normativista, outrora explanado, utilizado pelo autor. Embora o empregue, no excerto citado, sua obra abrange outras matérias que tão só o conflito espacial de leis como requer ou defende a posição normativista no Direito Internacional Privado. Sua obra, *Direito Internacional Privado*, notadamente conforme seu tomo I, que versa sobre a parte geral do ramo jurídico em apreço, explora o conflito espacial de normas, a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, a aplicação e a prova e interpretação do direito estrangeiro.

Em capítulo inaugural da obra, o autor aduz que “há várias concepções sobre o objeto do Direito Internacional Privado”, em seguida enuncia que a “mais ampla é a francesa, que entende abranger a disciplina quatro matérias distintas: a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro; o conflito das leis e a conflito de jurisdições” (2008, p.1). Na depuração deste conteúdo quádruplo do objeto do Direito Internacional Privado, o autor expõe que “a nacionalidade cuida da caracterização do nacional de cada Estado, as formas originárias e derivadas de aquisição da nacionalidade, a perda da nacionalidade e sua reaquisição, os conflitos positivos e negativos de nacionalidade” (2008, p. 1); a condição jurídica do estrangeiro, segundo suas palavras, “versa os direitos do estrangeiro de entrar e permanecer no país; uma vez domiciliado ou residente no território nacional, trata de seus direitos no plano econômico [...], social [...]; público [...]; político” (2008, p. 1); do conflito de jurisdições alega versar sobre “as relações humanas ligadas a dois ou mais sistemas jurídicos cujas normas materiais não coincidem, cabendo determinar qual dos sistemas será aplicado” (2008, p. 2); e, do conflito de jurisdições expõe versar sobre a “competência do Judiciário na solução de situações que envolvem pessoas, coisas ou interesses que extravasam os limites de uma soberania” (2008, p. 2).

Embora o campo de atuação do Direito Internacional Privado seja amplo, na concepção de Jacob Dolinger, sua tese assenta-se na identificação de normas que lidam com conflitos espaciais, seja entre normas estatuídas por distintos Estados, quanto à nacionalidade, quanto ao estado do estrangeiro em concorrência ou não com o nacional ou, quanto à competência no processo de adjudicação. Embora os objetos do Direito Internacional Privado encontrem-se qualificados no plural, o seu caráter normativista reduzem-no às normas conflituais.

Na posição normativista, menciona-se, ainda, Kurt Lipstein que assim como Jacob Dolinger, fundamenta sua concepção na identificação da norma conflitual. Segundo aquele autor o “Direito Internacional Privado ou *Conflict of Laws* compreende aquele corpo de regras que determina se o direito local ou estrangeiro deve ser aplicado e, se deve qual o sistema do direito estrangeiro” (1981, p. 1)². Neste excerto há termos que merecem maior explicação.

Primeiro, Kurt Lipstein emprega o vocábulo Direito Internacional Privado como sinônimo de *Conflicts of Laws* e isto se deve porque, nos países de tradição jurídica anglo-saxã, o objeto deste ramo restringe-se ao conflito normativo e de jurisdições, então o porquê denominá-lo “Conflito de Leis”. Em segundo lugar, o autor enuncia, quanto à função desempenhada por este ramo jurídico, em identificar qual o sistema jurídico que se aplica, e, este traduz-se na identificação do corpo normativo destinado a solver e disciplinar determinadas matérias como contratos, responsabilidade civil extracontratual, divórcio e separação judicial, dentre outros. O autor, em seguida, reconhece que “conforme alguns escritores, principalmente oriundos do continente³, também inclui o direito da nacionalidade”⁴ (LIPSTEIN, 1981, p. 1), mas que, “conforme noções anglo-americanas ele compreende as regras que delimitam a jurisdição de cortes locais e determina o reconhecimento e execução de julgamentos estrangeiros”⁵ (LIPSTEIN, 1981, p. 1). Destas ilações inquire-se quais os fundamentos de considerar como objeto somente o conflito normativo ou o conflito entre distintas jurisdições.

No intuito de responder tal inquirição Kurt Lipstein assevera que “a razão é que antigamente jurisdição e eleição da lei eram coexistentes no *common law*”⁶ (1981, p. 1). O fundamento de considerar como objeto do *Conflict of Laws* o conflito normativo espacial entre atos normativos dos estados membros que compõem a federação mostra-se aquiescência na Constituição norte-americana, e, na forma federativa de governo, na qual é concedida aos estados-membros independência e autonomia, no caso, legislativa. Neste sentido, a

² Private International Law or the Conflict of Laws comprises that body of rules which determines whether local or foreign law is to be applied and, if so which system of foreign law (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

³ Kurt Lipstein emigrou da Alemanha e radicou-se no Reino Unido. Lecionava na Universidade de Cambridge. Logo, a razão de referir-se aos “autores do continente”.

⁴ According to some, mainly continental, writers it also includes the law of nationality (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

⁵ According to Anglo-American notions it comprises the rules which delimit the jurisdiction of local courts and determine the recognition and enforcement of foreign judgments (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

⁶ The reason is that formerly jurisdiction and choice of law were coextensive at common law (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

nomenclatura conferida pela doutrina norte-americana ao Direito Internacional Privado – *Conflict of Laws* – compreende o “corpo do direito que pretende prover soluções a disputas jurídicas internacionais e interestatais entre pessoas ou entidades diferentes de países ou estados como tais”⁷ (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 1). Esta asserção exclui do objeto de apreciação do ramo jurídico em apreço os litígios oriundos de atos pelos quais os Estados valem-se de seu *ius imperium*, na execução de competência ou prerrogativa previamente estabelecidas nos ordenamentos jurídicos respectivos. Entretanto, ao se estipularem os atos nos quais se excluem os Estados, naturalmente, em caráter negativo, exaurem-se atos pelos quais os Estados são passíveis de responder em litígio. Tais atos referem-se àqueles pelos quais os Estados atuam como se entes privados fossem, em paridade às pessoas, naturais ou jurídicas, de Direito Privado.

As concepções acima expostas, entretanto, merecem maior depuração, vez que tanto no emprego das nomenclaturas Direito Internacional Privado ou *Conflict of Laws*, algumas características necessárias são esperadas. A primeira desta é a qualificação internacional. À esta qualificação, Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides demonstram referir à espécie de disputas, de litígios abarcados neste ramo do Direito. Tais autores asseveram que “uma disputa é considerada internacional ou interestatal se um ou mais de seus elementos constitutivos está conectado com mais de um país ou estado”⁸ (2010, p. 1).

O qualificativo internacional, neste sentido, reside na vinculação dos elementos que conformam o litígio em análise, sejam pessoais (a nacionalidade, o domicílio, a residência habitual de uma ou de mais partes litigantes), reais (como o local da situação de coisa real), ou ainda, provenientes de circunstâncias fáticas (como o local de ocorrência de ato ilícito). Ao fazê-lo – considerar como o qualificador deste ramo jurídico disputas – conferem ao objeto caráter concreto. É dizer que este ramo do Direito somente atuará perante circunstâncias fáticas, concretas, pertencentes ao mundo dos fatos ocorrentes. Entretanto, o conflito pode surgir, em verdade, na esfera imaterial, quando se cogita a escolha de um Direito possível de aplicação a determinado contrato, por exemplo. Ademais do conflito normativo espacial entre Estados e estados-membros, este ramo, segundo a doutrina norte-americana, “compreende as regras que delimitam a jurisdição de cortes locais e que

⁷ [...] body of law that aspires to provide solutions to international or interstate legal disputes between persons or entities other than countries or states as such (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 1).

⁸ A dispute is considered international or interstate if one or more of its constituent elements is connected with more than one country or state (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 1).

determinam o reconhecimento e execução de julgamentos estrangeiros”⁹ (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

Embora o Direito Internacional Privado empunhe consigo o adjetivo “internacional”, perante a posição normativista e concepções demasiado restritivas, tem-se que sua denominação é um equívoco, vez que não se trata de um Direito Internacional, mas Direito doméstico, estatuído por órgãos legislativos de cada Estado. Kurt Lipstein enuncia que “este ramo do direito não é nem internacional, tampouco privado em caráter e, qualquer conflito é nacional somente”¹⁰ (1981, p. 1). Nesta asserção se tem que, apesar de receber o adjetivo “internacional”, as normas que designam qual o Direito aplicável em determinada relação jurídica de Direito Privado são produzidas por órgão do Direito interno e, portanto, Direito nacional. Esta concepção, embora demonstre paridade cognitiva com a mencionada no parágrafo anterior, referente a Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides, exclui normas provenientes de organismos internacionais ou fruto da negociação e aquiescência entre os Estados, notadamente os tratados internacionais, as normas oriundas de entes privados que atuam no setor, principalmente na promoção de unificação e harmonização do Direito Internacional Privado, assim como a crescente proliferação da *Lex mercatoria*. Kurt Lipstein, todavia, enuncia que todos os conflitos são internos, na realidade, logo não internacionais. Sua tese não está em contradição aos autores previamente citados, porém sua intenção é demonstrar que a especulação da busca pelo Direito aplicável em um litígio proveniente de uma relação jus privatista internacional dá-se em determinado território, em algum Estado. Portanto, considera-se um conflito “interno”, que envolve apenas um magistrado com a inquirição da aplicação ou não da *lex fori*.

1.2 A UNICIDADE METODOLÓGICA NAS CONCEPÇÕES NORMATIVISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As concepções do Direito Internacional Privado e de seu objeto ora apresentadas apontam para a realização de uma função primordial: solver conflitos de normas em âmbito espacial que envolvam relações jus privatistas com elementos transfronteiriços, seja perante elementos estrangeiros ou entre estados, como na idealização norte-americana. É como se expressa Nádia de Araújo: “o Direito Internacional Privado tem por objeto encontrar

⁹ [...] comprises the rules which delimit the jurisdiction of local courts and determine the recognition and enforcement of foreign judgments (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

¹⁰ This branch of law is neither international nor private in character and any conflict is national only (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

soluções para as hipóteses em que as relações privadas estejam conectadas a mais de um ordenamento jurídico através de regras conflituais” (2004, p. 21). A maior evidência da função que fora outorgada ao objeto deste ramo é o emprego do termo “regras ou normas conflituais” para designar as prescrições normativas próprias. Nestes termos, tem-se como corolário que “um problema de DIPr¹¹ não é, portanto, um problema de justiça material, já que o papel da norma de conflito não é escolher a que melhor convenha, mas aquela que se aplique em razão do caminho indicado pela norma de conflito” (ARAÚJO, 2004, p. 26). Há reticências quanto à eleição de determinada norma que melhor atenda a solver a relação jurídica questionada, vez que são crescentes a elaboração e emprego de doutrinas que aproximem o Direito da economia ou da política que atuam para este fim, ou seja, vislumbrar os efeitos de possíveis soluções. Entretanto, a concepção de que as normas conflituais, objeto do Direito Internacional Privado, apenas indicam qual o Direito que proverá normas materiais para a solução do litígio é própria desta espécie normativa e amplamente reconhecida e estudada neste ramo.

Kurt Lipstein enuncia que o “Direito Internacional Privado, qualquer que seja seu propósito principal, não tem conteúdo material. Ele não oferece qualquer solução imediata para uma particular disputa, mas opera indiretamente”¹² (1981, p. 2). Trata-se, assim como o citado de Nádia de Araújo no parágrafo precedente, do corolário lógico da posição normativista do Direito Internacional Privado. Toma-se como objeto de apreciação acadêmica uma espécie normativa, com características próprias, sem equiparação nos outros ramos jurídicos. Esta espécie normativa apenas indica, mediante especificidades estruturais que a compõem, qual o ordenamento jurídico, em um caso jus privatista internacional, responsável por prover normas materiais para solvê-lo. Nota-se que se empregam, tão somente, normas materiais de determinado ordenamento jurídico, pátrio ou estrangeiro, não normas procedimentais ou processuais. As normas processuais possuem caráter de Direito Público, inerentes à concepção de ordem pública de cada Estado, e, portanto, escapam naturalmente da competência das normas conflituais do Direito Internacional Privado.

Werner Goldschmidt, em sua concepção do Direito Internacional Privado, alinha todas as características e especificidades ora apresentadas, embora de maneira fragmentada. Segundo o autor, este ramo compreende:

¹¹ Abreviação empregada para Direito Internacional Privado.

¹² Private international Law, whatever its underlying purpose, has no material content. It does not offer any immediate solution for a particular dispute but operates indirectly (LIPSTEIN, 1981, p. 2).

o conjunto de casos jusprivatistas com elementos estrangeiros e de suas soluções, descritos casos e soluções por normas inspiradas nos métodos indireto, analítico e sintético judicial, e embasadas as soluções e suas descrições no respeito ao elemento estrangeiro¹³ (2009, p. 3).

O autor, neste excerto, agrega todas as estruturas elencadas nas citações precedentes, em uma única concepção. Nota-se a relevante importância conferida às normas conflituais como objeto deste braço do mundo jurídico. Seu estudo é alçado, conforme Werner Goldschmidt, na admissão do Direito Internacional Privado como conformação de ciência. Segundo o autor, a sua concepção normativa “consiste em fazer da análise da estrutura da norma jus privatista internacional o ponto de partida da ciência do DIPr”¹⁴ (2009, p. 17). Os demais elementos que compõem o excerto referem-se aos métodos, as formas doutrinárias pelas quais os Estados estatuem as normas indiretas ou conflituais de Direito Internacional Privado.

O respeito ao estrangeiro, posto na qualidade devida por determinado instituto ou no próprio indivíduo, característica elencada na concepção jus privatista de Werner Goldschmidt, merece atenção. Uma vez que o problema desta disciplina consiste em resolver conflitos entre potenciais Direitos materiais, a resolução clama a imparcialidade, o afastamento do interprete das convicções subjetivas para solver a *questio iuris*. Este valor perquirido pelo direito Internacional Privado é também enunciado por Tobias M. C. Asser, que assevera que “a tarefa do direito internacional privado consiste em encontrar a solução dos conflitos de leis, em respeito e na manutenção da diversidade de leis nacionais”¹⁵ (1880, p. 7). Acresce o autor que “se pode mesmo considerar essa diversidade a razão de ser do direito internacional privado”¹⁶ (1880, p. 7).

Dos métodos no Direito Internacional Privado, Jacob Dolinger aduz haverem dois: um unilateralista e o outro multilateralista. O primeiro vislumbra “decidir sobre a extensão da aplicação da norma legal de acordo com os interesses governamentais no sentido que a mesma seja aplicada em hipóteses de conflito” (2008, p. 14). O autor confere ao

¹³ [...] el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 3).

¹⁴ [...] consiste en hacer del análisis de la estructura de la norma jusprivatista internacional el punto de partida de la ciencia del DIPr (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 17).

¹⁵ La tâche du droit international privé consiste à trouver la solution des conflits des lois, tout en respectant et en maintenant la diversité des lois nationales (ASSER, 1880, p. 7).

¹⁶ On peut même considérer cette diversité comme la raison d’être du droit international privé (ASSER, 1880, p. 7).

método dimensão contemporânea, focada em uma doutrina denominada *governmental interest analysis*, ou, em tradução livre, doutrina da análise de interesses, elaborada por Breinard Currie, que advoga considerar interesses políticos e jurídicos estatais na solução de um conflito jus privatista internacional. O método unilateralista, entretanto, é anterior à doutrina formulada por Currie. O método em análise fora introduzido pelos estatutistas italianos, e “foca nas leis domesticas e estrangeiras conflitantes e tenta determinar se o caso em mãos insere-se no escopo de uma ou outra lei”¹⁷ (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 12). A inquirição fundamental deste método é o conhecimento de qual o alcance das leis em análise. Neste sentido, Nádia de Araújo enuncia que, perante este método, a “norma que soluciona o problema de uma relação multiconectada propõe-se apenas a delimitar o domínio de aplicação das leis” (2004, p. 29). A doutrina de Currie retira seu fundamento de validade deste método, mas não se confundem.

A doutrina da análise de interesses, em voga principalmente nos Estados Unidos, consiste em “um método de resolução de questões que envolvam escolha da lei pela análise das leis e dos interesses estatais em executar estas leis para determinar se as leis estatais ou aqueles de outro estado devam aplicar”¹⁸ (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 887). Assim como no método unilateral há a necessidade do exame do alcance de aplicação do Direito da *lex fori* ou Direito estrangeiro em conflitos, a doutrina da análise de interesses advoga que a análise desses Direitos, ademais dos respectivos alcances, deve-se dar perante as políticas e interesses que os animam. Em conformidade com esta ilação, Nádia de Araújo enuncia que, conforme esta doutrina, “os limites de aplicação espacial das leis materiais eram determinados a partir da análise das políticas legislativas das quais resultam” (2008, p. 30). A manifesta desvantagem da doutrina é que leva à aplicação, por vezes exacerbada, da *lex fori*.

O método opositor ao unilateralismo, o multilateralismo, também denominado bilateralismo, “procura saber qual a lei aplicável para as diferentes relações jurídicas” (DOLINGER, 2008, p. 15). Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides expõem que o método, desenvolvido posteriormente ao unilateralismo, “postula um sistema de regras *a priori* de escolha de leis que designam os casos que se encaixam

¹⁷ [...] focuses on the conflicting domestic and foreign laws themselves and tries to determine whether the case at hand falls within the intended scope of the one or the other law (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 12).

¹⁸ A method for resolving choice-of-law questions by reviewing a state’s laws and the state’s interests in enforcing those laws to determine whether that state’s laws or those of another state should apply (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 887).

dentro do escopo do direito doméstico ou estrangeiro, respectivamente”¹⁹ (2010, p. 12). Trata-se da criação de padrões organizados segundo determinadas matérias jurídicas e, diante de cada caso ocorrente, seriam aplicados. Nestes termos, para questões jus privatistas internacionais cujo ânimo é contratual, aplicar-se-iam normas conflituais especificamente promulgadas para esta matéria. Kurt Lipstein os denomina de *operative facts*, e conforme suas lições, embora existam formas modernas e mais promissoras para a determinação da lei aplicável, são, em realidade, poucos em número. Segundo enumera o autor, eles envolvem: “estado, capacidade, matrimônio, divórcio e separação judicial, nulidade do matrimônio, alimentos, guarda e adoção, sociedades, contratos, quase contratos, ilícitos civis, interesses em móveis e imóveis, formalidades e procedimento”²⁰ (1981, p. 93). Salienta-se que, atualmente, este rol estendeu-se e tende a ganhar maior conteúdo ao passo que as relações intersubjetivas disciplinadas pelo Direito evoluem.

Kurt Lipstein, em sua obra *Principles of the Conflict of Laws National and International*, aduz que o Direito Internacional Privado lida, impreterivelmente, com a eleição cujo objetivo é a aplicação de determinado direito a uma relação jurídica jus privatista. Na consecução deste alvo, o autor ensina que “duas técnicas são empregadas, uma geral, outra particular”²¹ (1981, p. 93). A primeira técnica, conforme ensina o autor, é composta pelas “regras ordinárias do Direito Internacional Privado que podem ser unilaterais ao indicar diretamente somente quando a *lex fori* se aplica, ou bilaterais ao usar o critério que leva às vezes à aplicação da *lex fori* e em outras vezes àquela de outro sistema jurídico”²² (1981, p. 93). Trata-se, em comparação, das normas conflituais ou indiretas versadas anteriormente, que, não provêm soluções, propriamente ditas, aos casos *sub judice* jus privatistas internacionais, tampouco, indicam qual o direito se aplica, se o do foro ou algum outro estrangeiro. Entretanto, segundo Kurt Lipstein, o Direito Internacional Privado não é composto apenas destas regras ou técnicas. A outra técnica, “é excepcional e é representado pelas chamadas “regras internas espacialmente condicionadas” ou “direitos legislativos

¹⁹ [...] postulates a system of *a priori* choice-of-law rules that designate the cases that fall within the scope of domestic and foreign law, respectively (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 12).

²⁰ [...] status, capacity, marriage, divorce and judicial separation, nullity of marriage, maintenance, guardianship and adoption, corporations, contracts, quasi-contracts, torts, interests in movables and in immovables, formalities and procedure (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

²¹ [...] two techniques are employed, one general, one particular (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

²² [...] ordinary rules of Private International Law which may be unilateral by indicating directly only when the *Lex fori* applies, or bilateral by using criteria which lead at times to the application of the *lex fori* and at times to that of other legal systems (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

localizados”, “regras particulares de escolha da lei” ou “regras funcionalmente restritivas”²³ (LIPSTEIN, 1981, p. 93). Estas espécies normativas, ademais, revelam-se na nova forma de regular o Direito Internacional Privado, como adiante se verá, e cujas raízes remontam aos glosadores e pandecistas.

O Direito Internacional Privado, ante o exposto, tem como premissa relacionar-se com o estrangeiro, vez que, dados os conceitos deste ramo de forma normativista, há, resolutamente, em análise um caso jus privatista internacional e neste as regras conflituais ou indiretas apontarão qual direito aplicar-se-á. Esta síntese estrutural fora, satisfatoriamente, exposta por Werner Goldschmidt, que conjuga os outros conceitos formulados pelos autores citados. Ressaltando, segundo Werner Goldschmidt, o Direito Internacional Privado, ademais de ser composto por regras dirigidas aos casos jus privatistas internacionais e de suas soluções, “inspiradas nos métodos indireto, analítico e sintético judicial, e embasadas as soluções e suas descrições no respeito ao elemento estrangeiro”²⁴ (2009, p. 3). O primeiro método elencado equivale às regras propriamente pertencentes ao Direito Internacional Privado como expressada por Kurt Lipstein. Este se justifica pela essência do Direito Internacional Privado em versar sobre o ordenamento jurídico, ora pátrio, ora estrangeiro. É dizer que seu fundamento reside na futura solução possível ao caso jus privatista com conexão internacional.

As soluções possíveis aos casos jus privatistas internacionais podem ser, conforme lição de Werner Goldschmidt, de dois tipos: “ou se inspiram no Direito próprio do país no qual a controvérsia surge (solução territorialista) ou eleger entre os diversos direitos em âmbito do juízo aquele no qual o caso tenha sua sede, seu centro de gravidade”²⁵ (2009, p. 5). Estas soluções são pertinentes porque o Direito Privado, seja nacional ou estrangeiro, por princípio, aceita e respeita, perante alguns limites previamente estabelecidos, a aplicação de Direito Privado estrangeiro. Este respeito, todavia, representa-se melhor como tolerância ao instituto jurídico estrangeiro. A primeira espécie de soluções – a territorialista - subdivide-se conforme sua aplicação, em territorialismo extremo ou mitigado. Naquele, dá-se preferência a *lex fori* em detrimento de qualquer direito estrangeiro, contudo este é considerado. Difere,

²³ [...] is exceptional and is represented by the so-called “spatially conditioned internal rules” or “legislatively localized laws”, “particular choice of law rules” or “functionally restricting rules” (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

²⁴ [...] inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 3).

²⁵ [...] o inspirarse en el Derecho propio del país en el que la controversia surge (solución territorialista) o elegir entre los diversos derechos en tela de juicio aquel en que el caso tenga su sede, su centro de gravedad (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 5).

portanto, de um territorialismo total, quando “se aplicam o único Direito Privado do país a quaisquer casos que se apresentem, tenham ou não elementos estrangeiros”²⁶ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 5).

As soluções fundadas no territorialismo mitigado, por sua vez, fazem emprego “de um Direito Privado especial de fonte nacional (Direito Privado de do estrangeiro) ou empregar um Direito Privado de fonte internacional (Direito Privado Internacional), seja consuetudinário (o *ius gentium romano*) seja convencional”²⁷ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 5). Nestas dispõem-se o rol de convenções internacionais elaboradas com o intuito de unificação ou harmonização de normas do Direito Internacional Privado ou do Direito Privado. Naquelas, entretanto, as normas do Direito Privado do estrangeiro ou, na grafia original do espanhol, de “*extrangería*”, merecem maior esclarecimento. Tratam-se das normas que se encontram “centradas nos requisitos que fixa um Estado para o ingresso, permanência, acesso ao mercado laboral, expulsão, etc. dos não nacionais”²⁸ (ARROYO, 2003, p. 51). Na doutrina nacional é conhecido como condição jurídica do estrangeiro.

Das espécies de soluções possíveis aos casos jus privatistas internacionais comportar-se-á o método indireto. Às soluções territorialistas, entretanto, não se faz uso do método indireto, mas do direto, vez que, ao surgir determinado conflito, o Direito do local onde se instalou prescreve a aplicação da *lex fori*. Jacob Dolinger explora esta matéria, todavia, com denominação distinta daquela empregada por Werner Goldschmidt: aquele versa sobre a norma direta de Direito Internacional Privado, este versa sobre método direito. Jacob Dolinger aduz, sobre as normas diretas, serem de caráter excepcional, denominam-se, também, “normas diretas, substanciais, que dão solução à *questio iuris*; destacam-se as regras sobre nacionalidade e sobre a condição jurídica do estrangeiro” (2008, p. 49-50). Recordar-se que, na concepção do Direito Internacional Privado deste autor, inclui-se, ademais do conflito de normas em âmbito espacial e conflito de jurisdições, o Direito da nacionalidade e regras sobre a condição jurídica do estrangeiro, daí o porquê da inclusão e consideração das normas diretas. Ao versar sobre esta matéria, Werner Goldschmidt menciona como exemplo o Direito do estrangeiro, de “*extrengería*”, segundo o qual, “em um litígio comparece um estrangeiro,

²⁶ [...] se aplican el único Derecho Privado de país a cualesquiera casos que se presenten, tengan o no elementos extranjeros (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 5).

²⁷ [...] de un Derecho Privado especial de fuente nacional (Derecho Privado de extranjería) o emplear un Derecho Privado de fuente internacional.

²⁸ [...] centrada en los requisitos que fija un Estado para el ingreso, permanencia, acceso al mercado laboral, expulsión, etc., de los no-nacionales (ARROYO, 2003, p. 51).

aplica-se sem mais o Art. 100 da Constituição nacional, que dispõe a competência do foro federal”²⁹ (2009, p. 7).

Considerar como objeto do Direito Internacional Privado o Direito da Nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro, os exemplos de normas direitas, que, portanto, preveem soluções territorialistas, os exemplos fáticos parecem brotar prosperamente. Àqueles que refutam a tese da inclusão daquelas matérias como objeto do ramo jurídico em apreço a constatação de normas diretas ou normas de Direito Internacional Privado que vislumbram o método direto são menores e tendem a diminuir, vez que tais matérias evidenciam maior pertinência ao Direito Público, e, dada sua essência que é a soberania, portanto, sempre aplicar-se-á a *lex fori*, sob pena de contrariar a ordem pública e o Direito Constitucional, que assim o requer. Estas normas tendem a diminuir a quantidade em face da progressiva aproximação dos Estados em suas relações externas e da ploriferação de acordos internacionais que visam unificar ou harmonizar o Direito Internacional Privado e, logo, prever, constantemente, a aplicação de determinado direito estrangeiro em território dispare.

O método indireto ou a norma indireta tem como premissa a indeterminação da materialidade. Não se postula a solução material, concreta do caso jus privatista detentor de conexão internacional, apenas se aponta, mediante indicações da norma, qual o ordenamento jurídico, se nacional ou estrangeiro, que solverá o caso *sub judice*. As soluções possíveis são extraterritoriais. Werner Goldschmidt aduz que:

uma vez que se adote uma solução extraterritorialista, sempre estão em tela de julgamento perante um caso jus privatista com elementos estrangeiros vários Direitos como possivelmente aplicáveis: sendo isto assim, a norma deve eleger qual destes Direitos deve ser aplicado, e esta eleição é a que leva em efeito o método indireto³⁰ (2009, p. 7).

Há casos jus privatistas internacionais, porém, que dada a complexidade, necessitam de maiores elucidações quanto à aplicação da norma ou método indireto. É frequente nas relações intersubjetivas do mundo dos fatos ocorrentes a constatação de inúmeras conexões com ordenamentos estrangeiros. O fluxo de indivíduos entre Estados

²⁹ [...] en un litigio comparece un extranjero sin más el art. 100 de la Constitución nacional, que dispone la competencia del fuero federal (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 7).

³⁰ Una vez que se adopte una solución extraterritorialista, siempre están en tela de juicio ante un caso jusprivatista con elementos extranjeros varios Derechos como posiblemente aplicables: siendo ello así, la norma debe elegir cuál de estos Derechos ha de ser aplicado, y esta elección es la que lleva a efecto el método indirecto (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 7).

detentores de um sistema jurídico, ora pela facilidade no controle migratório, pelas concessões de vantagens mútuas, notadamente em sede de negócios jurídicos, ou, pela vinculação de indivíduos, por relações contratuais ou pela existência de nacionalidades, acarreta dificuldades várias na determinação de um direito aplicável nas relações que praticam. Trata-se, em sua maioria, de caso jus privatista totalmente internacional, “aquele que já em sua gênese mostra diversos elementos nacionais”³¹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p.8) e, portanto, torna o método indireto multívoco. Werner Goldschmidt, ademais, advoga esta ilação, que, em suas palavras: “o método indireto é unívoco em relação a casos relativamente internacionais, enquanto que resulta multívoco com respeito a casos absolutamente internacionais”³² (2009, p. 8).

A *questio iuris* relativamente internacional, assim compreendida aquela “que nasce como caso absolutamente nacional, mas por uma circunstância superveniente recebe o caráter internacional”³³ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 8) requer univocidade porque há uniformidade em sua aplicação e interpretação. Em manifesta oposição, a multivocidade dos casos jus privatistas completamente internacionais, por dotarem maior complexidade, fundada na variedade de elementos internacionais encontrados, requerem emprego de um método auxiliar, que, conforme Werner Goldschmidt, denomina-se analítico. Nesta matéria, a lição do autor é singular. Os demais autores fazem uso e advogam apenas o método ou norma conflitual, indireta. Werner Goldschmidt cria uma metodologia própria ao estudo do Direito Internacional Privado. Conforme o autor, “a fim de dirimir as pretensões de vários Direitos sobre uma só controvérsia, a despedaça mediante sua análise submetendo a cada um dos Direitos cuja intervenção estima-se legítima”³⁴ (2009, p. 8). Este método demonstra sua aplicabilidade quando explorado conjuntamente com a ilação de Kurt Lipstein, anteriormente citada, que, embora relativamente salutar, é possível elencar o rol de casos versados pelo Direito Internacional Privado em conjuntos delimitados, como contratos, casamento, capacidade e ilícitos civis, por exemplo. Este método favorece a apreciação do que se denomina questão prévia.

³¹ [...] aquel que ya en su génesis muestra diversos elementos nacionales (GOLOSCHMIDT, 2009, p. 8).

³² El método indirecto ES unívoco con miras a casos relativamente internacionales, mientras que resuelta multívoco con respeto a casos absolutamente internacionales (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 8).

³³ [...] aquel que nace como caso absolutamente nacional, pero que por una circunstancia sobrevenida recibe el tinte internacional (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 8).

³⁴ [...] a fin de dirimir las pretensiones de varios Derechos sobre una sola controversia, la despedaza mediante su análisis sometiendo a cada uno de los Derechos cuya intervención se estima legítima (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 8).

O método analítico que deve empregar-se conjuntamente ao método indireto, todavia, requer o exercício de analogias. Ademais, o Direito Internacional Privado, antes de internacional, é Direito Privado, logo as analogias devem ser elaboradas visando instituições do Direito Privado. Werner Goldschmidt aduz que “a análise da controvérsia leve-se a cabo utilizando analogicamente as categorias analíticas do Direito Civil; por esta razão, o método analítico em DIPr é um método analítico-analógico”³⁵ (2009, p. 8). Reitera-se a aplicação do *operative fact* versados na literatura anglo-saxã. Este método, ainda, segundo o autor, visa à solução do caso, contudo, não se trata da solução material do caso jus privatista internacional, mas da descoberta do Direito aplicável. Uma vez que este método vise uma solução, ainda que parcial, é, portanto, “um método constitutivo [...] como tal, dirige-se, em primeiro lugar, ao legislador, e somente posteriormente ao juiz”³⁶ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 9). Compete ao legislador a elaboração e eleição de matérias que merecem a conexão com o Direito estrangeiro, é dizer, a ele incumbe a adoção dos elementos de conexão que vinculam determinada matéria de Direito Privado a determinado Direito estrangeiro. Posteriormente, o método, face a casos concretos, é empregado pela magistratura, a quem incumbe, em última análise, solver os casos jus privatistas com elemento estrangeiro.

Ante o exposto, o método indireto preceitua a indicação de um Direito aplicável à determinada matéria ou caso jus privatista detentor de elemento estrangeiro, que, por sua vez, é determinado com o auxílio do método analítico que reparte as matérias envolvidas neste caso. O método analógico apenas auxilia a compreensão e identificação das matérias repartidas pelo método precedente. Neste sentido, depara-se ao final com institutos jurídicos repartidos, dispersos, que requerem a busca por uma síntese, uma solução, ainda que parcial, por se tratar do Direito Internacional Privado, eficaz. Werner Goldschmidt, no intuito de solver tal celeuma, preceitua o método sintético-judicial, cujo alvo principal – a síntese -, “não a pode brindar o legislador *a priori*, senão que nos deve proporcioná-la o juiz *a posteriori* [...] por isso, fala-se do método sintético judicial”³⁷ (2009, p. 10). Este método, por visar uma solução, ainda que parcial, é “um método constitutivo, e como a solução que busca

³⁵ El análisis de la controversia se lleva a cabo utilizando analógicamente las categorías analíticas del Derecho Civil; por esta razón, el método analítico en DIPr. Es un método analítico-analógico (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 8).

³⁶ [...] un método constitutivo [...] como tal, se dirige, en primer término, al legislador, y sólo derivadamente al juez (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 9).

³⁷ [...] no la puede brindar el legislador *a priori*, sino que nos la debe proporcionar el juez *a posteriori* [...] por ello, se habla del método “sintético-judicial” (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 10).

é material, trata-se de um método constitutivo material”³⁸ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 10). Esta ilação, todavia, refuta a tese advogada por Nádia de Araújo, previamente citada, em que “um problema de DIPr não é, portanto, um problema de justiça material, já que o papel da norma de conflito não é escolher a que melhor convenha, mas aquela que se aplique em razão do caminho indicado pela norma de conflito” (2004, p. 26). Depara-se aqui com aparente contradição conceitual.

Anteriormente, equiparou-se o método conflitual de Werner Goldschmidt à concepção de norma indireta de Jacob Dolinger. Entre ambas as concepções presentes estão a indeterminação de qual Direito aplicar ao caso ocorrente e a conflituosidade entre dois ou mais Direitos. É dizer a norma indireta de Jacob Dolinger emprega o método indireto de Werner Goldschmidt, que, ademais, versa, em sua obra, também, sobre a norma indireta conflitual, em sua concepção objeto último da ciência do Direito Internacional Privado. Entre ambos, portanto, inexistente contradição.

A discrepância havida entre a aptidão do método sintético-judicial prover soluções matérias esbarra, todavia, na tese de Nádia de Araújo. Werner Goldschmidt, por ter raízes no estudo filosófico, concebe o Direito Internacional Privado de forma distinta daquela advogada por Nádia de Araújo, embora, ambos conservem características normativistas. O autor preocupa-se com a dimensão valorativa que, segundo sua concepção, detém o Direito Internacional Privado, ou o Direito num todo: a dimensão dikelógica. Esta dimensão do estudo jurídico³⁹ é assim denominada, em razão “de uma deusa grega menor, Diké, não precisamente porque a justiça fosse o valor menor no direito, mas porque requer para sua realização do concurso dos valores naturais e relativos o qual obsta levá-la a cabo”⁴⁰ (ZANNETTI, 2009, p. xxvii). A concepção de Direito Internacional Privado de Werner Goldschmidt está condicionada à persecução da justiça, daí o porquê da elaboração de métodos que auxiliam alcançar resultados, soluções efetivas. A concepção de Nádia de Araújo, por prescindir da persecução de resultados concretos e valer-se apenas do paradigma da norma conflitual, permite afirmar que este ramo não almeja a justiça material.

³⁸ [...] un método constitutivo, y como la solución que busca es material, se trata de un método constitutivo-material (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 10).

³⁹ O autor advoga um concepção tridimensional do mundo jurídico, dentro da teoria tridimensional. Nesta concepção do autor estão compreendidas as dimensões normativas (referentes à análise das normas), a dimensão sociológica (preocupada com os fatos inseridos no meio social) e, a dimensão dikelógica (orientada ao valor que anima o Direito: a justiça).

⁴⁰ [...] de una diosa griega menor, Diké, no precisamente porque la justicia fuera el valor menor en el derecho sino porque requiere para su realización del concurso de los valores naturales y relativos lo cual obstaculiza llevarla a cabo (ZANNETTI in GOLDSCHMIDT, 2009, p. xxvii).

O Direito Internacional Privado requer maior entrosamento com diferentes disciplinas ou áreas do conhecimento humano, dada a complexidade das relações subjetivas, o grande fluxo internacional, seja de indivíduos, serviços, ou mercadorias, e, os efeitos irrefutáveis e incomensuráveis advindos da globalização. A grande mudança de paradigmas funda-se no câmbio de uma concepção, puramente ou mitigada, do normativismo para concepções abertas a outras áreas do conhecimento.

Notadamente no que se refere ao tema desta dissertação que versa sobre processos de unificação do Direito Internacional Privado em sede dos Estados-membros do Mercosul, as concepções puramente normativistas sequer contemplavam, às vezes por razões temporais (quando foram formuladas não se cogitava a possibilidade de integração regional) a ignoram. Requer contemplar no âmbito do Direito Internacional Privado a ilação de que tratados internacionais figuram no rol das fontes deste ramo jurídico, e alinhar a concepção deste com outras áreas do conhecimento.

1.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DAS GENTES

A fonte jurídica primordial que alimenta o Direito Internacional Privado é, perante as concepções apresentadas acima, a legislação interna. Diante destas concepções, advoga-se que, como restou demonstrado, “a principal fonte do Direito Internacional Privado é a legislação interna de cada sistema, razão por que não cabe falar em direito internacional, uma vez que a autoria de suas regras é interna e não internacional” (DOLINGER, 2008, p. 6). Esta ilação refuta, além disso, a própria nomenclatura do ramo jurídico. Há a asserção de que nomear um ramo jurídico com o adjetivo internacional no que, segundo os autores que advogam tal tese, é estritamente proveniente do Direito doméstico é errôneo. Esta tese, todavia, demonstra-se equivocada, vez que, crescentemente, empregam-se tratados internacionais para solver casos jus privatistas com conexão internacional.

Impera, contemporaneamente, um esvaziamento da competência parlamentar, ainda que não expressa nas Constituições dos Estados. Esta competência inerente aos órgãos legiferantes tem sido tacitamente transferida a organismos internacionais, reuniões de cúpula e negociações ministeriais entre Estados que, ao final, produzem um corpo normativo expressivo, que são os acordos internacionais. Michele Graziadei aduz, neste sentido, que “alguns dos mais ambiciosos programas de reforma jurídica nas últimas décadas tem sido alçados por organizações internacionais financeiras (no primeiro lugar o Banco

Mundial), ou dentro da moldura de acordos do direito comercial internacional”⁴¹ (2008, p. 459). O autor aduz, ainda, que “desde 1990, o Banco Mundial sozinho tem arcado 330 projetos baseados no Estado de Direito e gasto aproximadamente \$3 bilhões para sustentá-los”⁴² (2008, p. 459).

A ilação de Michle Graziadei, entretanto, deflagra uma série de análises pertinentes e imprescindíveis à apreciação da matéria em análise. A primeira conclusão é a comprovação do esvaziamento dos órgãos parlamentares estatais quanto à produção de grandes e relevantes reformas nos ordenamentos jurídicos internos. Não significa, entretanto, a extinção destes órgãos por inexistir a competência fática da produção normativa. O seu âmbito de atuação, perante tais mudanças, diminuiu, restando-lhe apenas reformas e produção normativa menor, destinada a específicas áreas das relações jurídicas internas. As grandes reformas, no entanto, ocorrem no escopo internacional, das reuniões ministeriais ou de cúpula e das organizações internacionais. A segunda leitura possível é que os principais organismos internacionais destinados a operar importantes reformas legislativas não são eminentemente jurídicos, fundados na tradição e operadores de linguagem jurídica, mas econômicos. Há a aproximação, irrefutável, entre Direito e Economia, como restou demonstrado no estudo da escola denominada Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), fundada e advogada, notadamente nos Estados Unidos, por Ronald Coase e Richard Posner, na qual vige a asserção, segundo a análise econômica normativa do Direito, que todos os Estados visam à eficiência econômica.

O crescente papel desempenhado pelos tratados internacionais deflagra outro questionamento pertinente: por ser um instituto de Direito Internacional Público, principalmente, pertence o Direito Internacional Privado ao seu âmbito? Inexiste, todavia, respostas definitivas ou conclusivas, e, tal questionamento está, resolutamente, imbuído na possibilidade de coordenação e coexistência de ambos os ramos jurídicos. Perante a doutrina monista no Direito das Gentes, que advoga que “há apenas uma ordem jurídica universal – a internacional – da qual os sistemas jurídicos nacionais são ramos subordinados e delegados”⁴³ (LAUTERPACHT, 2009, p. 152). Tem-se que o Direito das Gentes engloba o Direito Internacional Privado, assim como, é daquele que retira seu pressuposto último de validade,

⁴¹ Some of the most ambitious programs of legal reform in the last decades have been launched by international financial institutions (in the first place the World Bank), or within the framework of international trade law agreements (GRAZIADEI, 2008, p. 459).

⁴² Since 1990, the World Bank alone has supported 330 rule-of-law projects and spent almost \$3 billion to fund them.

⁴³ [...] there is only one universal legal order – the international – of which the national systems of law are subordinated and delegated branches (LAUTERPACHT, 2009, p. 152).

vez que “é o direito internacional que determina as esferas territorial e pessoal de validade dos sistemas de direito nacionais e então faz sua coexistência juridicamente compreensível”⁴⁴ (LAUTERPACHT, 2009, p. 152). A coexistência traduz-se em univocidade, vez que, perante esta doutrina monista, o Direito é explorado como singular, único, não autorizando a concepção, portanto, de inúmeras ordens jurídicas.

Há teses contrárias à exposta, entretanto, que refutam, neste sentido, a unidade de ordens jurídicas. Neste grupo doutrinário, Direito Internacional Privado, que, conforme as concepções normativistas traduz-se em Direito doméstico, e, o Direito Internacional Público inexistente unidade: são duas ordens jurídicas distintas. Este grupo doutrinário compõe a teoria dualista, também denominada pluralista, do Direito das Gentes, segundo a qual o “direito internacional e interno estão separados, independentes, e ordens jurídicas completamente diferentes que regulamentam distintas matérias, que têm diferentes fontes, que operam em relação a diferentes sujeitos”⁴⁵ (LAUTERPACHT, 2009, p. 152-153). A doutrina dualista, ademais de explorar o Direito das Gentes e o Direito Internacional Privado (Direito interno) diferentemente, pois residem ordens jurídicas diversas, distingue o âmbito de atuação de ambos.

As fontes jurídicas e os sujeitos aos quais as normas são destinadas são díspares perante a relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. No entanto, como restou demonstrado, é crescente e notório o emprego de tratados internacionais na promoção de significativas reformas jurídicas e, que tais instrumentos acarretam, em determinado grau, o esvaziamento de atuação dos órgãos parlamentares domésticos. Tratar-se-ia, portanto, da completa refutação da doutrina dualista? A resposta, todavia, mostra-se negativa perante os advogados da doutrina. Impera, neste âmbito, a ilação de que as “regras do direito internacional não podem operar diretamente na esfera do direito interno seja no todo ou em parte”⁴⁶ (LAUTERPACHT, 2009, p. 153). Por residirem em espaços doutrinários distintos – o Direito das Gentes no âmbito internacional e o Direito Internacional Privado no âmbito interno – inexistente usurpação espacial entre ambos. No entanto, “para que seja aplicável pelas cortes internas, o direito internacional deve ter sido

⁴⁴ [...] it is international law which determines the territorial and personal spheres of validity of the national systems of law and thus makes their coexistence legally comprehensible (LAUTERPACHT, 2009, p. 152).

⁴⁵ [...] international law and municipal law are separate, independent, and wholly different legal orders which regulate different matters, which have different sources, which operate in relation to different subjects (LAUTERPACHT, 2009, p. 152-153).

⁴⁶ [...] rules of international law cannot operate directly in the sphere of municipal law either in whole or in part (LAUTERPACHT, 2009, p. 153).

incorporado pelo costume ou legislação como parte do direito interno”⁴⁷ (LAUTERPACHT, 2009, p. 153).

Os tratados internacionais, neste sentido, que tanta relevância detêm no processo contínuo de reforma jurídica na atualidade, são vertidos, perante a doutrina dualista, em legislação interna, para que possam ser empregados neste âmbito. É dizer que o papel relevante desempenhado pelos acordos internacionais não refuta a doutrina dualista. Assim como na doutrina monista, a dualista faz uso dos acordos internacionais, porém com metodologia diversa: naquele valem tal como qualquer ato normativo doméstico; nesta são igualmente utilizados, porém, desde que vertidos em legislação interna.

A presença constante de tratados internacionais no âmbito do Direito Internacional Privado, seja na adoção da doutrina monista ou dualista pelo Estado em análise, enseja o questionamento se existe perante estas normas e princípios vinculantes àquele. Esta inquirição mostra-se maior pertinência quando se adota a doutrina monista, em que vige apenas uma ordem jurídica e, portanto, neste sentido, o Direito Internacional Privado estaria vinculado ao Direito das Gentes. Kurt Lipstein aduz, nesta matéria, que “durante os últimos 100 anos a questão tem sido levantada frequentemente se o Direito Internacional Privado é regulado por certos princípios revogadores do Direito Internacional Público”⁴⁸ (1981, p. 63). Segundo o autor, esta inquirição desdobra-se em duas: “a primeira é se existem regras do direito internacional que lidam sobre conflito de leis; a segunda é se tais regras, se existem, podem exercer qualquer influência sobre os sistemas domésticos de conflito de leis”⁴⁹ (1981, p. 63 – tradução livre). Trata-se de explorar que, uma vez concebido na doutrina monista a unidade de ordens jurídicas, se, realmente, o Direito das Gentes encampa o Direito Internacional Privado, por compreender normas, convencionais ou consuetudinárias destinada ao conflito espacial de leis, e, se tais regras influenciam o Direito interno.

Kurt Lipstein responde a primeira inquirição, pela qual se questiona a existência de regras de conflito espacial de leis, matéria notável do Direito Internacional Privado, no Direito das Gentes asseverando que “sendo o direito internacional um sistema de leis que disciplinam a relação entre Estados, não contém qualquer regra específica de direito

⁴⁷ In order to be applicable by municipal courts, international law must have been incorporated by custom or statute as part of municipal law (LAUTERPACHT, 2009, p. 153).

⁴⁸ During the last 100 years the question has been raised frequently whether Private International Law is regulated by certain overriding principles of Public International Law (LIPSTEIN, 1981, p. 63).

⁴⁹ The first is whether there exist rules of international law bearing upon the conflict of laws; the second is whether such rules, if existing, can exercise any direct influence upon domestic systems of conflict of laws (LIPSTEIN, 1981, p. 63).

privado”⁵⁰ (1981, p. 63). O autor adota uma concepção também normativista e restritiva do Direito Internacional Público, segundo a qual este ramo jurídico lida apenas com as relações havidas entre Estados, entre pessoas jurídicas de Direito Público detentoras de soberania. O Direito das Gentes, todavia, não deve ser explorado apenas como ente disciplinador das relações estritamente havidas entre Estados.

Hersh Lauterpacht assevera que o “direito internacional é o corpo de regras de conduta, executadas por sanção externa, que conferem direitos e impõe obrigações, embora não exclusivamente, sobre Estados soberanos”⁵¹ (2009, p. 9). Sua concepção do ramo jurídico em apreço, embora inserida nos paradigmas normativistas, não excluem outros possíveis sujeitos do Direito Internacional Público. Ademais, o autor aduz que este corpo de regras deve sua “validade ao consenso dos Estados como expressado no costume e tratados, assim como, ao fato da existência de uma comunidade de Estados e indivíduos”⁵² (2009, p. 9). São os indivíduos os últimos destinatários dos preceitos normativos elaborados no Direito Internacional Público, é dizer que conformam a célula da sociedade, a unidade funcional indivisível. A evidência probatória maior reside na proliferação de tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos: se indivíduos não são sujeitos de Direito Internacional Público não se poderia cogitar a existência destes instrumentos.

Em Kurt Lipstein, entretanto, assevera que há princípios observados, indistintamente, por todas as nações, e que, portanto, poderiam integrar o Direito Internacional Público, por deter maior abrangência. Conforme o autor, são eles: “*audi alteram partem*”⁵³, *nemo iudex in propria causa, ut res magis valet quam pereat*⁵⁴, restituição em reparação igual e a proibição da reparação por própria iniciativa^{55,56} (1981, P. 63 – tradução

⁵⁰ International Law, being a system of laws governing the relation between States, does not contain any specific rules of private law (LIPSTEIN, 1981, p. 63).

⁵¹ International law is the body of rules of conduct, enforceable by extern sanction, which confer rights and impose obligations primarily, though not exclusively, upon sovereign States (LAUTERPACHT, 2009, p. 9).

⁵² [...] validity both to the consent of States as expressed in custom and treaties and to the fact of the existence of an international community of States and individuals (LAUTERPACHT, 2009, p. 9).

⁵³ O primeiro princípio reza em “ouvir o outro lado; [que] ninguém deve ser condenado sem prévia oitiva. Conforme o Black’s Law Dictionary: “hear the other side”. No one should be condemned unheard” (2009, p. 1819).

⁵⁴ O princípio prega interpretar a lei ou outro instrumento jurídico que se tenha em mãos. Segundo o Black’s Law Dictionary: “(interpret the law, contract, etc.) so that the transaction is upheld rather than lost (or so that a matter may avail rather than perish). The phrase can be literally translated as “that the matter may have effect rather than fail”” (2009, p. 1877).

⁵⁵ Esta tradução advém do vocábulo empregado na literatura anglo-saxã *self-help* que deve ser compreendida como “uma tentativa de retificar conhecidos equívocos cometidos pela própria ação em detrimento de um processo legal comum” (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1482 – tradução livre). No texto original lê-se: “an attempt to redress a perceived wrong by one’s own

livre). Estes princípios são de caráter geral, reconhecidos pelos povos, porém não expressam matérias de Direito Privado. Pertencem à ambas esferas: Direito Público e Privado. Kurt Lipstein assevera que “eles podem muito bem constituir critérios nos quais o Direito Internacional Público equipa no intuito de avaliar se o sistema de direito privado de um determinado país cumpre com certos padrões internacionais”⁵⁷ (1981, p. 63). O autor reitera que o “Direito Internacional Público não dispõe regras de direito privado propriamente”⁵⁸ (1981, p. 63). Os princípios dispostos representam apenas normas gerais e abstratas comuns a ambos ramos jurídicos, e, segundo o autor em apreço, sem que um deles invada o campo semântico do outro.

Da relação entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, tem-se que não se tratam de objetos ou “Direitos” completamente distintos, desassociados completamente. Kurt Lipstein identificou princípios comuns a ambos os ramos, sem que um, contudo, usurpe o espaço alheio. O autor é secundado por Hersch Lauterpacht, que enuncia que “desde que o direito internacional privado é parte do interno – doméstico – direito dos Estados, sustenta-se, neste sentido, a mesma relação com o direito internacional público como direito interno geral”⁵⁹ (2009, p. 38). A tese de Kurt Lipstein é que, salvo aqueles princípios identificados, no Direito Internacional Público inexitem normas de Direito Privado, e, portanto, de Direito Internacional Privado que se complementa com a tese de Hersch Lauterpacht, na qual, mesmo constatando-se tal inexistência de normas privadas, este ramo jurídico deve estar conforme aquele. É dizer que o Direito Internacional Privado deve a conformidade com aqueles princípios, de amplo escopo, residentes da esfera internacional, do Direito das Gentes. Hersch Lauterpacht ratifica este corolário lógico, no qual “significa que ele [Direito Internacional Privado] deve estar em acordo com quaisquer regras relevantes do direito internacional público”⁶⁰ (2009, p. 38).

action rather than through the normal legal process” (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1482). O instituto é também conhecido como *self-redress* ou *extrajudicial enforcement*.

⁵⁶ [...] *Audi alteram partem, Nemo iudex in propria causa, ut res magis valet quam pereat*, restitution equals reparation, and the prohibition of self-help (LIPSTEIN, 1981, p. 63).

⁵⁷ They may well constitute criteria which Public International Law furnishes in order to assess whether a system of private law of a particular country complies with certain international standards (LIPSTEIN, 1981, p. 63).

⁵⁸ [...] Public International Law does not lay down rules of private law properly (LIPSTEIN, 1981, p. 63).

⁵⁹ [...] inasmuch as private international law is part of the internal – the municipal – law of States, it stands to that extent in the same relation to public international law as municipal law generally (LAUTERPACHT, 2009, p. 38).

⁶⁰ [...] means that it ought to be in accordance with any relevant rules of public international law (LAUTERPACHT, 2009, p. 38).

Há, todavia, autores que buscam localizar no âmbito do Direito Internacional Público normas pertencentes ao Direito privado. Sustentam a denominada escola internacionalista do Direito Internacional Privado. Nesta tarefa, Kurt Lipstein aduz terem encontrado apenas oito regras que “sobre exame, elas não são nem princípios do Direito Internacional Público nem princípios do Direito Internacional Privado”⁶¹ (1981, p. 64). São eles:

- (1) todos os Estados devem ter um sistema de Direito Internacional Privado;
- (2) os Estados não devem excluir a aplicação do direito estrangeiro;
- (3) os Estados podem excluir direito estrangeiro sob os auspícios da ordem pública;
- (4) Nenhum Estado pode impor suas próprias regras em relação ao status sobre pessoas que são meramente residentes temporários;
- (5) Imóveis são governados pela *lex situs*, e direitos sobre móveis adquiridos em virtude de uma prévia *lex situs* devem ser respeitados;
- (6) a forma é disciplinada pela *lex loci actus*;
- (7) o procedimento é regido pela *lex fori*;
- (8) a autonomia da vontade é permitida aos contratos⁶² (LIPSTEIN, 1981, p. 64).

As quatro primeiras regras demonstram pertinência ao Direito Internacional Público. Compartilham a essência dos atributos típicos da soberania estatal, pela qual cada Estado responsabiliza-se pela instituição de seu próprio sistema jurídico, notadamente, as normas pertencentes ao Direito Privado. Sobre a segunda regra, Werner Goldschmidt aduz tratar-se da extraterritorialidade passiva, pertinente ao Direito Privado, que importa em que para “um caso aplicamos Direito estrangeiro; extraterritorialidade ativa alude, em oposição, à suposição de que aplicamos a um caso misto excepcionalmente Direito próprio, conforme ocorre na ordem pública internacional”⁶³ (2009, p. 4). É dizer que o Direito Privado estatal, por princípio, tolera que se apliquem normas de outro Direito Privado, estrangeiro. Opõem-se a tese no Direito Público, no qual não se cogita a extraterritorialidade passiva, vez que, por

⁶¹ Upon examination, they are either not principles of public International Law or they are not principles of Private International Law (LIPSTEIN, 1981, p. 64).

⁶² (1) Every State must have a system of Private International Law; (2) States must not exclude the application of foreign law altogether; (3) States may exclude foreign law on the grounds of public policy; (4) No state may impose its own rules relating to status upon persons Who are merely temporary residents; (5) Immovables are governed by the *lex situs*, and rights in movables acquired in virtue of a previous *lex situs* must be respected; (6) Form is governed by the *lex loci actus*; (7) procedure is governed by the *lex fori*; (8) Free choice is allowed to contracts (LIPSTEIN, 1981, p. 64).

⁶³ [...] un caso aplicamos Derecho extranjero; extraterritorialidad activa alude, en cambio, al supuesto de que aplicamos a un caso mixto excepcionalmente Derecho propio, conforme ocurre en el orden público internacional (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 4).

exemplo, é de impossível constatação prática a aplicação da Constituição de um Estado no território de outro. Werner Goldschmidt enuncia que “a extraterritorialidade passiva do Direito Privado significa que um país ajuda os particulares vinculados a ele de algum modo, ainda com intuito a casos relacionados com outros países”⁶⁴ (2009, p. 4). Esta ilação demonstra que, face a casos jus privatistas com elemento estrangeiro, haverá sempre, por residirem no âmbito privado, a possibilidade da aplicação do Direito Privado da parte a ele vinculada, o que não ocorre quando se versa sobre Direito Público.

A ilação na qual não se aplica Direito estrangeiro algum, seja privado ou público, no território de um Estado fundamenta-se na atávica soberania, que insiste em clamar ao Estado ares de absoluto, de supremacia. Teses fundamentadas neste atributo, ora político, ora jurídico, e, portanto, contrárias às ilações do parágrafo precedente, são facilmente refutadas. Basta observar a prática jurídica nos estados e os efeitos irreversíveis, em determinada gradação, ocasionados pelo aprimoramento das relações externas dos Estados e pelo crescente processo de integração regional. A soberania havida até o pós-guerra não mais existe. Ela encontra-se, atualmente, mitigada ou reformada. Antonio Cassese enuncia que a “soberania inclui implementar poderes e direitos”⁶⁵ (2005, p. 49). Para a consecução destes poderes e direitos encontra-se a jurisdição, dentre as suas espécies, a jurisdição para adjudicar que, segundo o autor:

normalmente esta jurisdição judicial está baseada no princípio da territorialidade, no princípio da nacionalidade ativa (ou, em menos frequência, a passiva), ou seja, respectivamente na nacionalidade do réu ou da vítima, ou no princípio protetivo (as cortes afirmam suas jurisdições sobre ofensas que, apesar de cometidas em outro território infringem ou afetam seriamente o interesse nacional. Recentemente, o princípio da universalidade (jurisdição sobre ofensas cometidas em outro território por estrangeiros a estrangeiros) tem tomado forma em relação aos crimes internacionais⁶⁶ (2005, p. 50).

⁶⁴ La extraterritorialidad pasiva del Derecho Privado significa que un país ayuda a los particulares vinculados a él de algún modo, aun con miras a casos relacionados con otros países (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 4).

⁶⁵ Sovereignty includes sweeping powers and rights (CASSESE, 2005, p. 49).

⁶⁶ Normally this judicial jurisdiction is based on the principles of territoriality, the active (or, less frequently, passive) nationality principle, that is, respectively on the nationality of the offender or that of the victim, or the protective principle (courts assert jurisdiction over offences that, although committed abroad, infringe upon or seriously affect national interests). Recently the principle of universality (jurisdiction over offences committed abroad by foreigners against foreigners) has been taking shape with regard to international crimes (CASSESE, 2005, p. 50).

O excerto do autor evidencia a reforma sofrida pela soberania. Não se conceberia no passado uma jurisdição para adjudicar que relevasse a importância da determinação prévia, através de preceitos normativos claros que autorizam ou não a atuação do Estado. O interesse supremo no Estado em adjudicar todos os casos que lhe interessassem vigia. Como se vê, atualmente fala-se em princípio da universalidade na jurisdição, um exemplo de progresso e mitigação do conceito de soberania pré-guerra. Outro claro exemplo é o tratado de Roma.

Das quatro regras iniciais, no rol acima exposto, Kurt Lipstein assevera serem “regras preliminares ou diretas do Direito Internacional Público. Elas indicam uma determinada tendência a ser seguida pelos Estados. Elas não prescrevem a aplicação de qualquer norma determinada de Direito Internacional Privado”⁶⁷ (1981, p. 64). Esta asserção demonstra a incerteza, enunciada por Kurt Lipstein, de que estas regras não são normas ou princípios do Direito Internacional Privado ou do Direito das Gentes. O emprego do vocábulo “regras” que tem sido utilizado para referir a estes institutos, também, é equivocado. Na ilação do autor, há menção do vocábulo “tendência” que parece melhor atender as expectativas e concepções das “regras” enumeradas. Tratadas como “tendências”, suas compreensões iluminam-se, vez que evidencia a esfera pragmática jurídica dos Estados. A existência de casos jus privatistas com elementos estrangeiros são inevitáveis, excetuando-se algum Estado de governo totalitário que vede a celebração de negócios jurídicos de seus cidadãos com outros de um Estado distinto. Neste sentido, vige o fundamento das regras ou tendências elencadas: todo Estado interessa-se em possuir um sistema de Direito Internacional Privado para esclarecer e elucidar os casos jus privatistas com elementos estrangeiros que lhe são submetidos à apreciação em sua jurisdição, e nesta, há de se optar pela aplicação da *lex fori* ou de determinado Direito Privado estrangeiro, sob pena de deixar seus nacionais ou indivíduos a ele relacionados sem respostas, desprotegidos juridicamente, dada a denegação de justiça.

As últimas quatro regras ou tendências, segundo Kurt Lipstein, são “verdadeiros princípios do Direito Internacional Privado, mas eles não são regras do Direito Internacional Público”⁶⁸ (1981, p. 65). Esta ilação decorre da impossibilidade, já mencionada do autor, de se encontrar normas de Direito Privado imbuídas no Direito Internacional Público. Kurt Lipstein assevera, ainda, que “em primeiro lugar, elas não são universalmente

⁶⁷ [...] preliminary or directory rules of Public International Law. They indicate a certain tendency to be followed by States. They do not prescribe the application of any one particular rule of Private International Law (LIPSTEIN, 1981, p. 64).

⁶⁸ [...] true principles of Private International Law, but they are not rules of Public International Law (LIPSTEIN, 1981, p. 65).

aplicadas”⁶⁹ (1981, p. 65). Encontra-se aqui mais um fundamento de denominá-las tendências, pois agem como verdadeiras pretensões em dispor daquela forma. As tendências enumeradas de cinco a sete comportam-se como aqueles grupos previamente definidos segundo a matéria, outrora explanados, que se denominam *operative facts* que se ligam a um elemento de conexão e, deste ao Direito privado correspondente. Esta construção deve-se a Freidrich Carl von Savigny, na qual determina uma qualificação (método de eleição do Direito aplicável aos casos jus privatistas com elementos estrangeiros) segundo a matéria que apresentam. É dizer que, pelo método analítico de Werner Goldschmidt, cada parte da *questio iuris*, cada matéria que lhe corresponde em analogia ao Direito Privado (método analógico) corresponderá determinado Direito, pátrio ou estrangeiro.

A tendência ou regra final exposta por Kurt Lipstein, na qual é assegurada aos contratos a autonomia privada, ou seja, a autonomia conflitual, que segundo Werner Goldschmidt, “o direito das partes eleger por declaração de vontade o Direito aplicável ao contrato”⁷⁰ (2009, p. 273), não decorre das teses elaboradas por Friedrich Carl von Savigny, mas de um movimento ou propensão emancipatória inerente ao ser humano. Henry Summer Maine advogava que “o movimento das sociedades progressistas tem sido um movimento do status ao contrato”⁷¹ (*apud* BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 735). A máxima elaborada e defendida pelo autor demonstra o caráter emancipatório que o contrato lhe permite. Autoriza-o a livrar-se das amarras que prendiam o indivíduo a uma sociedade organizada segundo classes sociais, na qual os direitos e deveres eram estabelecidos em conformidade com tais classes, para o progresso, constatado perante o Direito, equânime a todos a ele submetidos e em que os indivíduos podem, dentro de limites previamente fixados pelo Direito, transacioná-los na consecução de seus ideais. Konrad Zweigert e Hein Kötz aduzem que “a liberdade contratual nem sempre foi aceita como um princípio legal – longe disto. Por séculos os direitos e deveres de um indivíduo foram determinados pelo seu nascimento, sua família, sua pele, sua tribo, seu status”⁷² (1995, p. 325). O excerto do autor comprova o movimento emancipatório evidenciado por Henri S. Maine, o movimento de

⁶⁹ In the first place, they are not universally applied (LIPSTEIN, 1981, p. 65).

⁷⁰ [...] el derecho de las partes a elegir por declaración de voluntad el Derecho aplicable al contrato (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 273).

⁷¹ The movement of the progressive societies has been a movement from status to contract (MAINE *apud* BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 735).

⁷² Freedom of contract has not always been accepted as a legal principle – far from it. For centuries an individual’s rights and duties were determined by his birth, his family, his skin, his tribe, his status (ZWEIGERT, KÖTZ, 1995, p. 325).

direitos e deveres determinados segundo o status que alguém detinha para direitos e deveres determinados segundo o Direito e, portanto, pelos contratos.

O princípio da autonomia privada, no caso em apreço a autonomia conflitual, encontram-se relacionadas mutuamente. A liberdade contratual importa em que estes negócios jurídicos são estabelecidos por meio de transações recíprocas, ambas as partes envolvidas negociam as cláusulas que desejam fazer constar no instrumento jurídico, indicando o objeto, obrigações, direitos e efeitos almejados.

Ante a inquirição da possibilidade do Direito Internacional Privado integrar o Direito Internacional Público, vez que ambos utilizam-se de uma fonte comum – os tratados internacionais – não enseja, como restou demonstrado uma única resposta afirmativa ou negativa. Respondê-la dependerá dos parâmetros adotados. Perante uma concepção monista do Direito das Gentes, ter-se-ia uma resposta afirmativa, vez que o Direito Internacional Privado comporia aquele Direito, porém, ciente de que, como evidenciado nas citações de Kurt Lipstein e Hersch Lauterpacht, aquele é desprovido de normas conflituais, normas de Direito Internacional Privado. Os dois ramos jurídicos não se confundem, embora destinados a disciplinar, em última análise, os indivíduos, a célula final de todo o Direito. Aos adeptos da doutrina dualista do Direito das Gentes, entretanto, a resposta seria negativa, vez que por preceitos inerentes a esta doutrina, a possibilidade do Direito Internacional Privado pertencer ao Direito Internacional Público demonstra-se, no todo, incompatível. É requisito dessa doutrina a distinção das ordens jurídicas internacional e interna.

1.4 UMA VISÃO ATUALIZADA DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Os tratados internacionais, como já afirmado, são fontes jurídicas tanto do Direito Internacional Público como do Direito Internacional Privado. Entretanto, de longe, são as únicas fontes dos ramos jurídicos, notadamente, do Direito Internacional Privado. Não se pode olvidar que para as concepções normativistas deste ramo jurídico, trata-se de um *corpus iuris* de normas internas conflituais destinado a solver *questio iuris* jus privatistas com elementos estrangeiros. Neste sentido, a fonte primária, ao menos assim denominada para fins propedêuticos, é o Direito Interno. Jacob Dolinger aduz que “no Direito Internacional Privado é nítida a preponderância das fontes internas: a Lei, a Doutrina e a Jurisprudência” (2008, p. 61), entretanto não excluem do rol informativo os tratados internacionais que versam sobre matérias pertinentes a este ramo jurídico. O autor assevera, ainda, que “é conhecida a divergência em torno da classificação da Doutrina e da Jurisprudência como fontes formais do

direito”, e que “no D.I.P.⁷³, contudo, há unanimidade na aceitação destas duas manifestações intelectuais como fontes de solução dos conflitos” (2008, p. 61). Nota-se a desconsideração do papel a que os tratados internacionais são chamados a desempenhar, dado o mencionado esvaziamento dos órgãos parlamentares e de sua relevante importância em apaziguar as relações jus privatistas com elementos estrangeiros, quando aduz serem a lei e a doutrina e a jurisprudência as principais fontes do Direito Internacional Privado.

Há, todavia, autores que empregam metodologias diversas à exposta para versar o tema das fontes jurídicas do Direito Internacional Privado. Nádía de Araújo assevera que “a fonte pode ser de origem legislativa, doutrinária ou jurisprudencial” (2004, p. 25). A autora expõe, ainda, que “uma norma de origem doutrinária pode ser considerada como sendo o *Restatement* americano, uma compilação feita pelo Instituto de Direito Americano, que contém as regras de direito vigentes em uma determinada área jurídica” (2004, p. 25). Constata-se a classificação das fontes das quais se valem o Direito Internacional Privado segundo a sua produção. O *Restatement* ao qual a autora aborda traduz-se em um tratado elaborado por aquele instituto que visa descrever o direito em determinadas matérias e propor reformas em prol do desenvolvimento jurídico naquela matéria. Estes institutos “usam um formato distinto de regras fundamentais e bem estabelecidas, comentários oficiais, ilustrações, e notas de relatórios”⁷⁴ (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1428). Nestes instrumentos jurídicos doutrinários, entretanto, “uma previsão do *Restatement* não é vinculante em uma corte, a menos que ela tenha sido oficialmente adotada como direito pela corte maior de uma jurisdição”⁷⁵ (BLACK’S LAW DICTIONARY, p. 1428). Sua não vinculação imperativa evidencia seu caráter de fonte de caráter doutrinário. Será vinculante, todavia, quando verter-se como precedente, fonte jurídica primordial dos sistemas jurídicos do *common law*. Os *Restatements* foram editados segundo as seguintes matérias: agência, conflito de leis, agência, contratos, Direito do Trabalho, Relações Exteriores dos Estados Unidos, decisões judiciais, ética dos Advogados, propriedade, restituição, seguro, fiança, formas de garantia, ilícitos civis, depósito, e concorrência.

Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor apresentam uma classificação das fontes jurídicas do Direito Internacional Privado por meio de metodologia equivalente àquela versada por Nádía de Araújo. Ambos organizam as fontes segundo a

⁷³ Sigla utilizada pelo autor para referir-se ao Direito Internacional Privado.

⁷⁴ [...] use a distinctive format of Black-letter rules, official comments, illustrations, and reporter’s notes (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1428).

⁷⁵ [...] a Restatement provision is not binding on a court unless it has been officially adopted as the law by that jurisdiction’s highest court (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1428).

origem produtora. Na classificação daqueles autores há: “a) Direito Internacional Privado Interno; b) Direito internacional Privado convencional; c) Direito Internacional Privado institucional; d) Direito Internacional Privado transnacional”⁷⁶ (2003, p. 38). Com exceção da primeira classificação, as demais são de âmbito internacional e buscam incluir normas de fontes desconhecidas pelas concepções normativistas clássicas. As autoras asseveram, quanto a estas concepções, que “as vertentes desenhadas precedentemente respondem a uma concepção das fontes do DIPr do ponto de vista positivo e como tal de vinculação direta para os Estados e particulares”⁷⁷ (2003, p. 39). A classificação proposta por Nádia de Araújo, também fundada segundo a origem normativa, não exclui, assim como as autoras, as novas espécies normativas. Na classificação de Nádia de Araújo, entretanto, tais normas, como se verá, pertencerão à esfera doutrinária. Essas novas espécies normativas advêm de novos foros de codificação internacional e adotam “uma técnica de regulamentação diferente e alternativa, que de alguma maneira, flexibiliza o mecanismo rígido do esquema normativo e coativo: referimos-nos ao que se denomina *soft law*”⁷⁸ (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 39).

As normas componentes do que se denomina *soft law* compreendem “regras que não são nem estritamente vinculantes, tampouco completamente desprovidas de significância jurídica”⁷⁹ (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1519). Compreendem descrições instrutivas, declarações ou códigos elaborados em esfera internacional, ora por organismos internacionais especializados, que são desprovidos da força imperativa, vinculante presente em qualquer lei doméstica. A sua aproximação com o Direito reside na intenção de prescrever determinadas condutas, logo denominá-las *soft law*, em tradução livre, Direito leve, desprezioso, não imperativo. Na literatura espanhola e latino-americana o chama de *derecho blando*, em tradução livre, Direito brando.

Outro exemplo de novas fontes, às vezes olvidado ou apenas desconhecido quando da concepção do Direito Internacional Privado por autores partidários do normativismo clássico, são as leis modelos. O intuito destes institutos reside em “deixar

⁷⁶ [...] a) Derecho Internacional Privado interno; b) Derecho Internacional Privado convencional; c) Derecho Internacional Privado institucional; d) Derecho Internacional Privado transnacional (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 38).

⁷⁷ Las vertientes esbozadas precedentemente responden a una concepción de las fuentes del DIPr desde el punto de vista positivo y como tal, de vinculación directa para los Estados y particulares (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 39).

⁷⁸ [...] una técnica de reglamentación diferente y alternativa, que de alguna manera flexibiliza el mecanismo rígido del esquema normativo y coactivo; nos referimos a lo que se ha denominado el *soft law* (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 39).

⁷⁹ [...] rules that are neither strictly binding nor completely lacking in legal significance (BLACK’S LAW DICTIONARY, 2009, p. 1519).

“aberta” a implementação prática nos ordenamentos nacionais possibilita que maior quantidade de Estados - com culturas jurídicas diferentes ou sistemas legais distintos – comprometam-se com a legislação que se auspicia”⁸⁰ (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 39). O comprometimento é meramente voluntário, e aí se encontra o êxito desta espécie normativa, vez que não requer para sua implementação prática a subsunção a procedimentos típicos dos tratados internacionais como a aquiescência e ratificação. Perante a classificação proposta por Nádia de Araújo, esta espécie normativa reside o âmbito de normas doutrinárias.

O Direito Internacional Privado interno, na acepção citada acima, tem origem interna. Segundo enunciam as autoras em apreço, “ao ter origem no direito nacional, esta fonte também é conhecida como dimensão autônoma”⁸¹ (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 40). Este Direito é inerente à ordem jurídica interna dos Estados. É o Direito Internacional Privado descrito nas concepções normativistas clássicas, as quais aduzem ser um equívoco nominar este ramo com o adjetivo internacional, porque, segundo estas, não passava de Direito doméstico, elaborado pelos Estados. Nádia de Araújo classifica tais normas de forma equânime, quando assevera que a norma de Direito Internacional Privado “também pode ser interna, quando criada pelo Legislativo de determinado país” (2004, p. 26).

Estas normas de origem interna, ou provenientes do Direito Internacional Privado interno, são em sua maioria normas indiretas e valem-se do método conflitual ou indireto, versado em parágrafos anteriores.

1.4.1 A Dimensão Convencional do Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado convencional – assim denominado pelas autoras mencionadas acima - ,“é fruto do acordo de dois ou mais Estados o melhor, gera-se no marco de organizações internacionais”⁸² (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 46). Trata-se, indubitavelmente, dos tratados internacionais celebrados entre Estados e elaborados ou impulsionados pelas organizações internacionais intergovernamentais destinadas à promoção de determinada matéria do Direito Privado ou do Direito Internacional Privado. Como todo acordo internacional, estes são submetidos, após a assinatura dos instrumentos apresentados

⁸⁰ [...] dejar “abierta” la implementación práctica en los ordenamientos nacionales, posibilita que mayor cantidad de Estados – con culturas jurídicas diferentes o sistemas legales distintos – se comprometan con la legislación que se auspicia (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 39).

⁸¹ Al tener origen en el derecho nacional, a esta fuente se la conoce como dimensión autónoma (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 40).

⁸² [...] ES fruto del acuerdo de dos o más Estados o bien se genera en el marco de organizaciones internacionales (CORNET; DE KLOR, 2003.p. 46).

em reunião em que se encontram presentes os plenipotenciários, a procedimentos de ratificação e aprovação parlamentar. A submissão dos acordos internacionais a este procedimento, entretanto, não deprimem sua importância como fonte do Direito Internacional Privado, tampouco sua credibilidade ou eficácia.

A inquirição primordial, na qual é o momento azado para sua explanação, é saber quando e como um tratado internacional deve ser submetido a tais procedimentos. A resposta encontra-se clara na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 expressa que “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordados” (VIENA, 1969). A Convenção, que opera como norma declaratória de Direito Internacional Público geral, portanto, não prescreve uma forma definida do Estado obrigar-se a um acordo internacional.

A Convenção de Viena de 1969, embora não prescreva uma forma definida de obrigar-se a um acordo internacional, esbarra nas exigências previstas nas Constituições em fazê-lo. A solução desta celeuma reside no plano de negociação destes acordos internacionais: é dizer, se uma das partes contraentes está vinculada às exigências constitucionais que exigem a submissão do texto internacional à apreciação do órgão parlamentar, deve, por boa-fé, cientificar as demais partes e propor que estas a acompanhem nesta exigência. O contrário pode frustrar o objetivo pactuado no acordo.

A regra geral, no entanto, é a inexistência de forma prescrita e imperativa quanto à maneira de vincular-se a determinado acordo internacional. Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner enunciam, sobre a necessidade de submissão do acordo internacional à apreciação parlamentar, três pressupostos: “o Executivo escolhe a forma legal como um jeito de envolver o Legislativo. Segundo, o Executivo elege a forma legal como um meio de invocar certas convenções internacionais”, e, “terceiro, o Executivo elege a forma legal como um meio de comunicar a seriedade do compromisso”⁸³ (2004, p. 122). A tese dos autores permite concluir, em primeira análise, que a necessidade de submissão do acordo internacional à apreciação parlamentar demonstra a seriedade do acordo firmado e a maior probabilidade de seu cumprimento. Segundo os autores, a opção para a não necessidade de apreciação parlamentar reside em firmar os denominados acordos do Executivo. Os autores

⁸³ [...] executives choose the legal form as a way of involving the legislature. Second, executives choose the legal form as a way of invoking certain international conventions. Third, executives choose the legal form as a way of conveying the seriousness of a commitment (GOLDSMITH; POSNER, 2004, p. 122).

em apreço asseveram, em continuidade, no intuito de resumir a resposta da questão proposta que:

Executivos tenderão a optar por acordos legais, e, então pela participação legislativa, quando (1) a outra nação demanda um forte e duradouro comprometimento; (2) os objetivos da política externa do presidente convergem suficientemente com os objetivos da legislatura cujo consentimento pode ser obtido; e (3) ação imediata não é requerida⁸⁴ (2004, p. 127).

Uma vez que o acordo, segundo os autores, não requeira tal comprometimento, pode ser celebrado como um acordo do Executivo⁸⁵, denominado na literatura anglo-saxã como *executive agreement* ou, ainda, outras formas de acordos que não dependem de comprometimento interno estatal. A opção por este meio, entretanto, não importa no descomprometimento do Estado contraente em adimplir a obrigação por ele contraída. É dizer que um acordo do Executivo não é menos que um tratado internacional celebrado em devida forma. Estes, por necessitarem maior formalidade, demonstram, aparentemente, maior credibilidade perante a comunidade internacional, em geral, ou perante as concepções jurídico-internacionais dos Estados. A regra geral, reitera-se, é que os Estados obrigam-se em um acordo internacional pelos meios que desejam.

Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner asseveram, quanto às razões que fundamentam as decisões de um Estado firmar um tratado internacional, basear-se na relação entre coincidência de interesses e coerção. A primeira, segundo os autores, “descreve os comportamentos que resultam das nações seguindo-se seus imediatos interesses próprios independentes das ações ou interesses de outras nações”⁸⁶ (2004, p. 119-120). O segundo motivo “resulta quando um estado forte (ou coalizão de estados com interesses convergentes)

⁸⁴ [...] executives Will tend to opt for legalized agreements, and thus for legislative participation, when (1) the other nation demands a strong or lasting commitment; (2) the president's foreign policy goals converge sufficiently with the legislature's that consent can be obtained; and (3) immediate action is not required (GOLDSMITH; POSNER, 2004, p. 127).

⁸⁵ Francisco Rezek assevera que a “expressão [fora] criada nos Estados Unidos para designar aquele tratado que se conclui sob a autoridade do chefe do poder Executivo, independentemente do parecer e consentimento do Senado” (2008, p. 26).

⁸⁶ [...] describes the behaviors that result from nations following their immediate self-interest independent of the actions or interests of other nations (GOLDSMITH; POSNER, 2004, p. 119-120).

força ou ameaçam forçar estados fracos a engajarem em atos que são contrários aos seus interesses (definidos independentemente da coerção)”⁸⁷ (2004, p. 120).

A tese dos autores é deveras reducionista, vez que restringe a duas motivações do porquê Estados ingressam em acordos internacionais. Entretanto, mesmo reducionista, ela congloba outros fatores, por vezes externos à esfera do conhecimento jurídico que auxiliam a compreensão destas motivações. Um destes fatores é a política. Este conhecimento mescla-se com o jurídico, contudo, não se confundem. Rui Barbosa, em um discurso proferido na Segunda Conferência de Paz, sediada em Haia, Holanda, em 1907, quando foi privado pelo presidente da mesa debatedora em versar sobre política, refutou em tons de protesto ao prescrever distinções entre duas políticas:

a política militante, a política de ação e combate, a que revolve, agita e desune os povos nas suas relações internas ou nas suas relações internacionais: nunca a política encarada como ciência, a política estudada na história, a política explorada como regra moral. Porquanto, desde o momento em que se cogita de elaborar leis, domésticas, ou internacionais para as nações, o que antes de mais nada revela inquirir, no que respeita a cada projeto, é a possibilidade, a necessidade, a utilidade do alvitre, diante da tradição, do estado atual dos sentimentos, das ideias e dos interesses, que animam os povos, que senhoreiam os governos. Ora bem: que é senão política isso tudo?

A tese elaborada por Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner permite a compreensão dos aspectos pertinentes à política inseridos no âmbito jurídico. A coincidência de interesses e a coação que, conforme os autores, motivam os Estados a ingressarem em acordos internacionais pertencem, perante a ilação de Rui Barbosa, à política militante. Na coação, certamente, reside o aspecto mencionado por Rui Barbosa, no qual há embates, oscilações e agitações de interesses conflitantes que podem provocar efeitos nefastos na esfera jurídica. Um acordo internacional celebrado levando-se em consideração somente a coação provocado por um Estado com poderio ou influência política maiores, pode acarretar insatisfações no âmbito interno, a criação de um instituto inconstitucional ou ilegal (advindo deste acordo internacional) ou, ferir a tradição ou cultura jurídica de determinado Estado.

Os tratados internacionais, entretanto, podem ser utilizados como meio de implementar reformas jurídicas no Direito doméstico do Estado pactuante. Os Estados signatários podem adotar ou elaborar institutos jurídicos comuns que deverão ser adotados

⁸⁷ [...] results when a powerful state (or coalition of states with convergent interests) forces or threatens to force weaker states to engage in acts that are contrary to their interests (defined independently of the coercion) (GOLDSMITH; POSNER, 2004, p. 120).

pelo Direito interno de cada um deles. Na teoria de Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner, essa motivação estaria adstrita à coincidência de interesses, vez que os Estados, previamente às reuniões para a negociação do acordo, ou, no momento de firmarem-no, foram convencidos dos efeitos promissores, e, estariam imbuídos das intenções em propor tais reformas jurídicas em seus ordenamentos jurídicos internos. O Direito Comparado, todavia, denomina tal interesse e fenômeno como transplante jurídico, recepção, ou fertilização cruzada de institutos jurídicos. Michele Graziadei assevera que “nas últimas décadas, a produção de normas jurídicas uniformes ou harmonizadas no plano internacional tem se tornado uma força maior que estimula transplantes jurídicos através do mundo”⁸⁸ (GRAZIADEI, 2008, p. 455). Para esta finalidade, as razões, reiteradamente, mostram-se em paridade com a tese de Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner. Impera, aqui, a coincidência de interesses dos Estados.

Os tratados internacionais, neste corolário, são celebrados pelos Estados quando aquilatadas a coincidência de interesses recíprocos. O outro pressuposto da tese de Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner é a coerção. Esta manifestação repressiva pode-se dar pelo emprego da força, o que, no Direito Internacional Público é defeso. Vigea a proibição do uso ou ameaça ao uso da força. Na Carta das Nações Unidas, de 1945, há a menção dos Estados contraentes em fazê-lo, como reza o Art. 2º, § 4º: “todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado” (NAÇÕES UNIDAS, 1945). *A priori* a previsão na Carta das Nações Unidas parece incluir em suas intenções toda e qualquer manifestação do uso da força, indistintamente das motivações que levam o Estado ao seu recurso. Entretanto, na esfera pragmática, há divergências e dificuldades em implementar o princípio estabelecido pela Organização das Nações Unidas.

Antonio Cassese assevera que há três formas de interpretar aquele preceito normativo. A primeira forma, segundo o autor versa que “a vedação à força é uma “proibição inclusiva absoluta””⁸⁹ (2005, p. 56). O autor enuncia que a ameaça ou uso da força foi banida “em todas as circunstâncias exceto aquelas previstas no Capítulo VII (meios de execução coletivos); Artigo 51 (autodefesa); Artigo 53 (execução de medidas por agências regionais); e

⁸⁸ In the last decades, the production of uniform or harmonized legal norms at the international level has become a major force stimulating legal transplants across the world (GRAZIADEI, 2008, p. 455).

⁸⁹ [...] the ban on force is an ‘absolute all-inclusive prohibition’ (CASSESE, 2005, p. 56).

outras previsões (Art. 106 e 107)”⁹⁰ (CASSESE, 2005, p. 56). A outra possibilidade interpretativa, conforme enuncia o autor, prevê que “somente a força militar foi proscrita”⁹¹ (2005, p. 56). A terceira possibilidade reside em que “somente a ameaça ou uso da força em relações interestatais foi banida”⁹² (2005, p. 56). Nesta última possibilidade, tem-se como corolário que os “Estados membros foram, por implicação, autorizados a recorrer a medidas forçosas para suprimir insurgentes no seu próprio território, ou lutar contra movimentos em prol da independência em territórios sujeitos à dominação colonial”⁹³ (2005, p. 56).

Os meios pelos quais se manifestam a coerção na condução das relações internacionais, em muitas regiões do globo, evoluíram. Esta ilação, contudo, arrisca-se a incorrer em um eufemismo, vez que qualquer forma de coerção não pode ser mitigada, entendida como algo benéfico. Coerção significa imposição forçosa, por mais branda que se manifeste. Contudo, o aprimoramento da consciência universal, e também na esfera jurídica, buscam banir manifestações de ameaça ou uso da força. A forma de coerção que persiste, amplamente utilizada, na atualidade é o recurso a meios econômicos. Como explanado anteriormente, os órgãos parlamentares foram esvaziados de sua competência nata, e, transferida, ainda que tacitamente, à esfera internacional. Organizações internacionais têm sido os grandes responsáveis pelas reformas jurídicas ocorridas no plano interno dos Estados. Estas reformas, entretanto, ratifica-se, têm sido arquitetadas observando-se o desempenho econômico, perante órgãos e estudos econômicos. Neste sentido, a tese de Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner em que os acordos internacionais são celebrados em decorrência da coincidência de interesses ou manifestações de coerção, ambos tendem a considerar elementos econômicos. A coerção, portanto, dá-se, principalmente, por meios econômicos. A coincidência de interesses é geralmente constatada, quando estes são econômicos.

As motivações que fundamentam determinado Estado a celebrarem tratados internacionais foram acima expostas, assim como, os meios pelos quais se vinculam a estes instrumentos jurídicos internacionais. Resta a discorrer sobre como estes instrumentos podem ser implementados ou arguidos em favor dos indivíduos nos tribunais domésticos. É dizer em que momento o Estado obriga-se ao acordo internacional e quando este acordo pode ser

⁹⁰ [...] in all circumstances except for those provided for in: Chapter VII (collective enforcement measures); Article 51 (self-defense); Article 53 (enforcement action by regional agencies); and in other provisions (Articles 106 and 107) (CASSESE, 2005, p. 56).

⁹¹ [...] only military force was proscribed (CASSESE, 2005, p. 56).

⁹² [...] only threat or use of force in interstate relations was banned (CASSESE, 2005, p. 56).

⁹³ [...] member States were by implication allowed to resort to forcible measures to suppress insurgents on their own territory, or to fight against liberation movements struggling for independence in territories subject to colonial domination (CASSESE, 2005, p. 56).

versado em um caso concreto em uma corte doméstica. Estas inquirições levam à análise das matérias como a assinatura, ratificação, e promulgação. No entanto, salienta-se que esta inquirição só é válida para os acordos em devida forma, ou seja, aqueles nos quais se observam todas as fases da celebração ou formalidades mais rigorosas. Aos acordos em forma simplificada, representados pelos acordos do Executivo, sua validade no plano doméstico estará adstrita aos preceitos constitucionais que autorizam ou não o Estado a celebrá-los.

O ato primário que demonstra a vontade do Estado em ingressar na relação jurídica internacional consubstanciada no acordo internacional é a assinatura. Ian Brownlie assevera que o efeito primeiro desta ação é a “autenticação, mas o texto pode ser autenticado de outras formas, por exemplo, pela incorporação do texto no ato final da conferência ou pela disposição das iniciais”⁹⁴ (2008, p. 610). A asserção do autor está conforme o Art. 10, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que expressa que a autenticação dá-se “a) mediante o processo previsto no texto ou acordado pelos Estados que participam da sua celebração; ou b) na ausência de tal processo, pela assinatura, assinatura *ad referendum*⁹⁵ ou rubrica, pelos representantes desses Estados” (VIENA, 1969). Nota-se a filosofia liberal que a convenção é partidária em sede das formas como os Estados vinculam-se. Eles obrigam-se nos acordos internacionais pelos meios nos quais desejarem.

O outro efeito deflagrado pela assinatura, conforme Ian Brownlie, decorre que “onde a assinatura é sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação, a assinatura não estabelece consenso em se vincular”⁹⁶ (2008, p. 610). Embora quando se sujeita o acordo internacional à submissão deste ao procedimento de ratificação, o autor salienta que a assinatura “qualifica o estado signatário a proceder à ratificação, aceitação ou aprovação e estabelece uma obrigação de boa fé em evitar atos arquitetados para frustrar os objetos do tratado”⁹⁷ (2008, p.610). Do contrário, “onde o tratado não é sujeito à ratificação, aceitação ou aprovação, a assinatura cria a mesma obrigação de boa fé e estabelece consentimento em se

⁹⁴ [...] authentication, but a text may be authenticated in other ways, for example by incorporating the text in the final act of a conference or by initialing (BROWNLIE, 2008, p. 610).

⁹⁵ A Convenção de Viena expressa que se considera assinatura *ad referendum* “quando confirmada por esse Estado, vale como assinatura definitiva do tratado” (VIENA, 1969)

⁹⁶ Where the signature is subject to ratification, acceptance, or approval, signature does not establish consent to be bound (BROWNLIE, 2008, p. 610).

⁹⁷ [...] qualifies the signatory state to proceed to ratification, acceptance, or approval, and creates an obligation of good faith to refrain from acts calculated to frustrate the objects of the treaty (BROWNLIE, 2008, p. 610).

vincular”⁹⁸ (2008, p. 610). Entretanto, o autor salienta que, em momento algum, a “assinatura não cria uma obrigação a ratificar” (2008, p. 610).

A ratificação, quando expressa exigência assim conste no texto do acordo internacional, implica, como reza o Art. 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, “no ato internacional assim denominado, pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado” (VIENA, 1969). Deste preceito normativo nota-se determinada redundância em sua redação. O instituto trata-se de um “ato internacional” que se manifesta no “plano internacional”. O adjetivo “internacional” é utilizado na redação para elucidar que o instituto não se refere ao procedimento de submissão do acordo internacional, devidamente assinado, à apreciação pelo órgão parlamentar. É dizer que este procedimento não se confunde com aquele. A Convenção de Viena, ainda, no início do texto do artigo mencionado qualifica como sinônimos ao vocábulo ratificação os termos aceitação, aprovação e adesão. Destes termos, Ian Brownlie assevera que eles “ocorrem quando um Estado que não assinou o tratado, já assinado por outros Estados, formalmente aceita suas previsões”⁹⁹ (2008, p. 611). Salienta, ademais, o autor, que a “acessão pode ocorrer antes ou após o tratado entrar em vigor”¹⁰⁰ (2008, p. 611). Os vocábulos são geralmente empregados quando se trata da manifestação de vontade estatal em vincular-se a acordos internacionais multilaterais ou às convenções aprovadas na Assembleia Geral das Nações Unidas. Ian Brownlie adverte que a “terminologia não é fixa, contudo, e onde um tratado expressa que está aberto a assinaturas “sujeitas à aceitação”, este equivale a “sujeito a ratificação”¹⁰¹ (2008, p. 611).

A ratificação, todavia, está relacionada com a apreciação parlamentar do compromisso internacional firmado. O procedimento, conforme ensina Ian Brownlie, compreende dois atos díspares. Conforme o autor, “o primeiro, é o ato do órgão apropriado do estado, que é a Coroa no Reino Unido, e pode ser chamado ratificação no contexto constitucional”¹⁰² (2008, p. 610 – 611). A ratificação no contexto constitucional enunciada pelo autor, entretanto, não se confunde com a apreciação parlamentar do acordo internacional

⁹⁸ Where the treaty is not subject to ratification, acceptance, or approval, signature creates the same obligation of good faith and establishes consent to be bound (BROWNLIE, 2008, p. 610)

⁹⁹ [...] occurs when a state which did not sign a treaty, already signed by others, formally accepts its provisions (BROWNLIE, 2008, p. 611).

¹⁰⁰ Accession may occur before or after the treaty has entered into force (BROWNLIE, 2008, p. 611).

¹⁰¹ Terminology is not fixed, however, and where a treaty is expressed to be open to signature ‘subject to acceptance’, this is equivalent to ‘subject to ratification’ (BROWNLIE, 2008, p. 611).

¹⁰² [...] the first is the act of the appropriate organ of the state, which is the Crown in the United Kingdom, and may be called ratification in the constitutional sense (BROWNLIE, 2008, p. 610 – 611).

celebrado. O Poder Legislativo, segundo a acepção do autor, não é parte no processo de ratificação do instrumento internacional. Sua face doméstica é o ato pelo qual a deflagra, é dizer, o processo inicia-se na esfera doméstica pelo chefe do Poder Executivo, o Presidente ou Sua Majestade, o Rei, nas monarquias. O segundo ato, assevera o autor, “é um procedimento internacional, que traz o tratado à vigência pela troca formal ou depósito dos instrumentos de ratificação”¹⁰³ (2008, p. 611). Esta fase procedimental é responsável por demonstrar a aquiescência estatal em vincular-se ao acordo internacional pactuado.

O acordo internacional em devida forma, devidamente celebrado, no qual todos os atos procedimentais foram observados, não importa, entretanto, na garantia concreta de seu adimplemento, tampouco, que poderá integrar o Direito interno do Estado. As doutrinas monista e internacionalista são aqui, utilizadas para a escusa, pelo Estado, da adoção ou não das suas disposições no ordenamento jurídico interno. Inquire-se, no intuito de incorporar uma disposição advinda de um acordo internacional, a necessidade de que se transforme tal disposição em uma espécie normativa do Direito doméstico. Importa em dizer, nesta hipótese que, um acordo só será válido no plano interno dos Estados se for transformado em lei, ou nas demais espécies normativas pertencentes ao Direito doméstico, vez que, nesta acepção, o Direito interno não contempla tratados internacionais como uma das suas espécies regulamentares. Outra justificativa decorre em dar maior participação do órgão parlamentar no processo de celebração do acordo internacional, vez que, por ser competência do Poder Executivo a celebração de tais instrumentos, cujo fundamento encontra-se em razões históricas e políticas, feriria, em determinada gradação, a função típica parlamentar: legislar. Para esta justificativa, dá-se ao Poder Legislativo maior influência na condução da política externa estatal.

O tratado internacional em devida forma, quando submetido à apreciação parlamentar, como enunciam Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner, “a participação ressalta sua influência na política externa”¹⁰⁴ (2003, p. 123). A participação do órgão parlamentar, no contexto político e jurídico, tem como corolário, publicizar o procedimento de celebração e do conteúdo do instrumento firmado, vez que, como asseveram os autores acima, o “consenso a um tratado envolve oitivas, testemunhos de especialistas, debates, discussões públicas,

¹⁰³ [...] the international procedure which bring a treaty into force by a formal Exchange or deposit of the instruments of ratification (BROWNLIE, 2008, p. 611).

¹⁰⁴ Participation enhances its influence over foreign policy (GOLDSMITH; POSNER, 2003, p. 123).

questionamentos do Congresso para o Executivo, e emendas (ambas as propostas e atuais)”¹⁰⁵ (2003, p. 124). Outra consequência da participação parlamentar é que, como aduzem os autores, “o ato de consentimento pode servir como um compromisso que é separado daquele que o executivo sozinho pode fazer”¹⁰⁶ (2003, p. 124). Nesta ilação reside o efeito principal da participação do órgão parlamentar. A opção pela celebração de um tratado em forma simplificada, como um tratado do Executivo, por exemplo, que independe de apreciação parlamentar, está propenso a uma maior probabilidade de inadimplemento pelos Estados pactuantes, notadamente, quando o mandato do chefe do Poder Executivo expira. O novo chefe do Poder Executivo pode não se interessar em manter o compromisso celebrado no governo passado.

A participação legislativa, portanto, tende a prolongar os laços estabelecidos no acordo internacional pactuado. Outra consequência que versam os autores reside no escopo político, vez que, como aduzem, “o processo de consentimento do legislativo pode enviar um sinal de credibilidade sobre o grau de comprometimento do presidente”¹⁰⁷ (2003, p. 124). A asserção dos autores, entretanto, não se restringe à apenas os governos presidencialistas. Aplica-se a quaisquer acordos firmados na condução da política externa.

Da ratificação afirma-se que o tratado internacional torna-se fonte jurídica vinculante do Direito Internacional Privado. Da sua transformação em uma das espécies normativas do Direito interno, torna-se, notadamente para as concepções dualistas do Direito das Gentes, parte do ordenamento jurídico doméstico. Eventuais conflitos entre o acordo internacional e normas do Direito interno, como a Constituição ou leis, resolvem-se perante as concepções, seja monista ou dualista, que determinado Estado adota. Perante a primeira, advogava-se a primazia dos acordos internacionais em detrimento de normas do ordenamento interno.

Os tratados internacionais e legislações pertencentes ao ordenamento interno, todavia, não esgotam o rol de fontes que informam o Direito Internacional Privado. Dos tratados internacionais, compreende-se, ao menos ante o exposto, os acordos multilaterais vinculantes às partes. Há outras manifestações de convenções internacionais em âmbito menos abrangente e normas estatuídas por órgãos criados com a aquiescência estatal que,

¹⁰⁵ [...]consent to a treaty involves hearings, expert testimony, floor debates, public discussions, questions from Congress to the executive, and amendments (both proposed and actual) (GOLDSMITH; POSNER, 2003, p. 124).

¹⁰⁶ [...] the act of consent can serve as a commitment that is separate from the commitment that the executive alone can make (GOLDSMITH; POSNER, 2003, p. 124).

¹⁰⁷ [...] the legislative consent process can send a credible signal about the president’s degree of commitment to the treaty (GOLDSMITH; POSNER, 2003, p. 124).

igualmente, informam o Direito Internacional Privado. Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor denominam tais fontes como o Direito Internacional Privado Institucional, o “resultado do trabalho desenvolvido pelas organizações internacionais que se geram a partir da formação de blocos de integração regional; está destinado a regular as relações de negócio externo que se realizam em dito âmbito”¹⁰⁸ (2003, p. 56).

O processo de integração, iniciado no pós-guerra, é a crescente e notória evidência da elaboração de novas fontes informadoras do Direito Internacional Privado. Uma vez que perseguem, como no exemplo do Mercosul, a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção “entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente” (MERCOSUL, 1991), a produção legislativa é requerida. Conseqüentemente, ademais de normas elaboradas no intuito de facilitar o livre acesso e trânsito de bens, serviços e fatores de produção, normas de Direito Internacional Privado são necessárias porque os negócios jurídicos com elementos estrangeiros são os instrumentos nos quais se assenta tal trânsito entre os Estados que compõem o bloco. Ademais, necessita-se, também, de normas que facilitem a circulação e reconhecimento de decisões judiciais, emanadas pelos Estados contraentes, outra área de atuação do Direito Internacional Privado.

1.4.2 A Dimensão Convencional do Direito Internacional Privado no Âmbito do Mercosul

No escopo do Mercosul, normas provenientes do denominado Direito Internacional Privado Convencional são emanadas de órgãos como o Conselho Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio. O primeiro órgão, estabelecido pelo Tratado de Assunção, de 1991, e implementado pelo Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, celebrado em Ouro Preto, em 1994, trata-se do “órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum” (MERCOSUL, 1994). A norma emanada do órgão, que é fonte jurídica, portanto, são decisões como expressa no Art. 9º do Protocolo do Ouro Preto: “o Conselho Mercado Comum manifestar-se-á mediante Decisões, as quais serão obrigatórias para os Estados-Partes”

¹⁰⁸ [...] labor desarrollada por las organizaciones internacionales que se generan a partir de la conformación de bloques de integración regional; está destinado a regular las relaciones de tráfico externo que se pergeñan en dicho ámbito (CORNET, DE KLOR, 2003, p. 56).

(MERCOSUL, 1994). Do Grupo Mercado Comum, o órgão executivo do bloco sul americano, conforma, como fonte jurídica, as resoluções, como reza o Art. 15, do Protocolo de Ouro Preto, segundo o qual “o Grupo Mercado Comum manifestar-se-á mediante Resoluções, as quais serão obrigatórias para os Estados-Partes” (MERCOSUL, 1994). A Comissão de Comércio do bloco, como expresso no Art. 20, do citado Protocolo, manifesta-se “mediante Diretrizes ou Propostas. As Diretrizes serão obrigatórias para os Estados-Partes” (MERCOSUL, 1994). Nota-se que os dispositivos do Protocolo de Ouro Preto mencionados – Arts. 9º, 15 e 20 – reitera o caráter obrigatório das disposições normativas por eles estatuídas. As disposições enunciam, claramente, que decisões, resoluções e diretrizes são obrigatórias.

A obrigatoriedade, embora, claramente exigida pelas disposições que compõem o Protocolo de Ouro Preto, estão sujeitas à aquiescência dos Estados que são integrantes do bloco. O fundamento da ilação reside, como asseveram Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor, “ao não ter delegado competência legiferante em um órgão supranacional, requer ser incorporada conforme o mecanismo previsto nas constituições dos Estados-Partes”¹⁰⁹ (2003, p. 56). As autoras asseveram, em consequência daquela ilação, que, “o direito originário (Tratado de Assunção, Protocolo de Ouro Preto e Protocolo de Brasília) e o direito derivado (Decisões, Resoluções e diretivas) não constituem direito comunitário, entendido como o ordenamento vigente no modelo europeu”¹¹⁰ (2003, p. 56).

Embora as intenções políticas da instituição dos blocos sejam semelhantes, no modelo europeu o desenvolvimento jurídico na integração é maior. Não significa, entretanto, estabelecer uma relação linear evolutiva, na qual o modelo sul americano encontra-se atrasado em relação ao europeu. São regiões distintas, com culturas, política e Direitos dispares que requerem, quando comparadas, a consideração destes elementos. Em paridade com as autoras, Eduardo Biacchi Gomes assevera que “a diferença primordial entre o modelo integracionista da União Europeia e o do Mercosul está no instituto da supranacionalidade, que é condição para a existência da EU” (2005, p. 132). A supranacionalidade, ou seja, a outorga de competências dos Estados a órgão criados para a consecução do bloco regional é, segundo o autor, o elemento principal que distingue as ordens

¹⁰⁹ [...] Al no haberse delegado competencia legiferante en un órgano supranacional, requiere ser incorporada conforme el mecanismo previsto en las constituciones de los Estados Parte (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 56).

¹¹⁰ [...] el derecho originario (Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto y Protocolo de Brasilia) y el derecho derivado (Decisiones, Resoluciones y Directivas) no constituyen derecho comunitario entendido como el ordenamiento vigente en el modelo europeo (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 56).

jurídicas da União Europeia e do Mercosul. Entretanto, sua ausência não importa em desobrigar as decisões, resoluções e diretivas emanadas pelos órgãos mercosulinos.

O Direito Internacional Privado institucional utiliza-se, em determinada medida, do mesmo instituto jurídico do qual se vale o Direito Internacional Privado convencional: os tratados internacionais. Neste sentido, concepções do ramo jus privatista internacional, notadamente as normativistas, nas quais o consideram apenas como um *corpus iuris* de normas provenientes do ordenamento jurídico doméstico não se sustentam. Observam-se duas esferas das quais as fontes informam o Direito Internacional Privado: o âmbito internacional, consubstanciado pela comunidade dos Estados, e, o escopo regional, proveniente dos blocos de integração. As normas domésticas, todavia, observam-se em apenas um âmbito, o que, em comparação com a pluralidade dos outros, reafirma a importância dos tratados internacionais a constarem no rol de fontes do Direito Internacional Privado. Ademais dos tratados, há outras fontes, também, de origem internacional, que merecem ser melhor consideradas. Tratam-se das normas, como acima evidenciado, provenientes dos órgãos que integram os blocos regionais. No escopo do Mercosul, entretanto, não se pode afirmar a existência de um Direito Internacional Privado supranacional, pela inexistência da outorga de supranacionalidade pelos Estados-membros aos órgãos que o integram. No entanto, na União Europeia, esta é uma realidade possível.

Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor enunciam a conformação de um Direito Internacional Privado transnacional, “o que se gera no âmbito do comércio internacional – *ius mercantum* – pela ação dos particulares ou de organizações privadas”¹¹¹ (2003, p. 58).

A compreensão das distintas esferas em se produzem as normas do Direito Internacional Privado revela sua importância ao presente estudo no tocante ao diálogo que se pode obter entre eles. O Direito Internacional Privado interno, convencional, institucional ou transnacional não são áreas cerradas, contraditórias ou hierarquicamente superiores ou inferiores entre si. O diálogo entre as normas contidas em cada um permite maior aproveitamento das normas jus privatistas internacionais. No escopo mercosulino, há normas jus privatistas provenientes do Direito Internacional Privado institucional que não anulam aquelas oriundas do Direito internacional Privado convencional. As esferas complementam-se em prol do uso eficiente de tais normas.

¹¹¹ [...] el que se genera en el ámbito del comercio internacional – *ius mercantum* – por la acción de los particulares o de organizaciones privadas (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 58).

2 CONCEPÇÕES PÓS-MODERNAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

No acima exposto, tem-se que concepções normativistas do Direito Internacional Privado, por vezes devido a fundamentos históricos, restringem o objeto e conteúdo a uma unidade, ao considerá-los sinônimos. Perante tais concepções, o Direito Internacional Privado traduz-se um *corpus iuris* que, face a um caso jus privatista com elemento estrangeiro, elege qual o Direito interno material, de alguns dos Estados envolvidos, proverá as normas que resolverão a *questio iuris*. Esta forma de conceber o ramo jurídico estava presente nas obras de Kurt Lipstein, Jacob Dolinger e Werner Goldschmidt, acima citados. Sobre a concepção do Direito Internacional Privado deste autor, Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor enunciam que “o normativismo da concepção goldschmidtiana não pode se identificar com as características que revestem os desenvolvimentos atuais da matéria”¹¹² (2003, p. 12).

Observa-se, por exemplo, o advento ou constatação de novas fontes jurídicas que informam o Direito Internacional Privado que, como explanado anteriormente, não se restringem, mais às legislações domésticas, ou, tampouco aos acordos internacionais. Há forte influência de normas advindas dos órgãos regionais (Direito Internacional Privado institucional) e a transcendente abrangência da *lex mercatoria*. As autoras asseveram, ainda, que as concepções normativistas, por exemplo, a de Werner Goldschmidt, “tampouco se encontra totalmente separado do atual pluralismo metodológico que preserva aspectos processuais e materiais da disciplina”¹¹³ (2003, p. 12). O emprego de normas materiais ou de polícia são empregas conjuntamente com as normas conflituais ou indiretas.

Diego P. Arroyo Fernandez assevera que as concepções normativistas do Direito Internacional Privado “definem o objeto do DIPr tomando-se como *prius* o que em realidade é claramente um *posterior*”¹¹⁴ (2003, p. 42). Isto se deve ao fato de que, nestas concepções, por exemplo, a elaborada por Kurt Lipstein na qual o Direito Internacional Privado “compreende aquele corpo de regras que determina se o direito local ou estrangeiro

¹¹² El normativismo de la concepción goldschmidtiana no puede identificarse con las características que revisten los desenvolvimientos actuales de la materia (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 12).

¹¹³ [...] tampoco se encuentra totalmente separado del actual pluralismo metodológico que encierra aspectos procesales y sustanciales de la disciplina (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 12).

¹¹⁴ [...] definen el objeto del DIPr tomando como *unprius* lo que en puridad es claramente un *posterior* (FERNANDEZ, 2003, p. 42).

deve ser aplicado e, se deve, qual o sistema do direito estrangeiro” (1981, p. 1)¹¹⁵, confunde o objeto deste Direito com o seu conteúdo. Diego Arroyo, neste sentido, aduz que, no normativismo, “o objeto se configura mediante uma constatação empírica, segundo a qual ao existir um tipo de normas diferenciadas do resto, [...] pode se falar de uma disciplina jurídica particular composta por elas”¹¹⁶ (2003, p. 42). As normas as quais o autor se refere são as normas conflituais ou indiretas, aquelas que se destinam a resolver conflitos normativos espaciais de casos jus privatistas internacionais para indicação de um Direito material, nacional ou estrangeiro, o qual proverá a resposta definitiva da *questio iuris*. Segundo o autor em apreço, “o campo de trabalho dos estudiosos (o objeto) fica limitado a uma porção da produção legislativa”¹¹⁷ (2003, p. 42-43), ou seja, as normas indiretas.

O corolário de se unir objeto e conteúdo, como o fazem as concepções normativistas o estudo do Direito Internacional Privado às normas indiretas ou conflituais, é restringir, também, os problemas da disciplina. Na concepção de Werner Goldschmidt, outrora citada, há o emprego deste Direito para resolver “o conjunto de casos jus privatistas com elemento estrangeiro”¹¹⁸ (2009, p. 4), ou seja, os problemas são restritos às questões jus privatistas com elemento estrangeiro, a solver conflitos de normas em âmbito espacial, entre potenciais Direitos de Estados envolvidos na questão. Kurt Lipstein enuncia em quais matérias estes conflitos podem advir: “estado, capacidade, matrimônio, divórcio e separação judicial, nulidade do matrimônio, alimentos, guarda e adoção, sociedades, contratos, quase contratos, ilícitos civis, interesses em móveis e imóveis, formalidades e procedimento”¹¹⁹ (LIPSTEIN, 1981, p. 93). Neste sentido, Diego Pedro Fernandez Arroyo assevera que esta concepção normativista consiste “definir o problema do DIPr como uma suposta contradição entre ordenamentos jurídicos, sem advertir que, em todo caso, esta não se produz senão a

¹¹⁵ Private International Law or the Conflict of Laws comprises that body of rules which determines whether local or foreign law is to be applied and, if SP which system of foreign law (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

¹¹⁶ [...] el objeto se configura mediante la constatación empírica según la cual al existir un tipo de normas diferenciadas del resto[...] puede hablarse de una disciplina jurídica particular compuesta por ellas (ARROYO, 2003, p. 42).

¹¹⁷ El campo de trabajo de los estudiosos (el objeto) queda limitado a una porción de la producción legislativa (ARROYO, 2003, p. 42-43).

¹¹⁸ [...] el conjunto de los casos jusprivatistas con elemento extranjero (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 3).

¹¹⁹ [...] status, capacity, marriage, divorce and judicial separation, nullity of marriage, maintenance, guardianship and adoption, corporations, contracts, quasi-contracts, torts, interests in movables and in immovable, formalities and procedure (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

respeito de relações concretas”¹²⁰ (2003, p. 43). Os conflitos havidos nas relações jus privatistas com elemento estrangeiro se dão no plano dos fatos ocorrentes.

A conflituosidade havida nas concepções normativistas, e, tanto reiterada, não é constante entre os ordenamentos jurídicos dos Estados envolvidos no litígio naquela relação instalado. O conflito só existe porque há o questionamento concreto. É dizer que o ordenamento jurídico brasileiro não está em conflito com o ordenamento argentino ou paraguaio. Todos coexistem e devem respeito, segundo o princípio do respeito entre soberanias. Somente haverá conflito entre ordenamentos, como advogam as concepções normativistas, quando for discutido perante um caso concreto, que envolva tais estados.

Dos modelos normativistas, ainda, assevera-se que, ao restringirem o Direito Internacional Privado a um *corpus iuris* de normas conflituais ou indiretas, não deixam espaço para sua dimensão jurisdicional. Diego Pedro Fernandez Arroyo enuncia que desta matéria “se tem recorrido ao expediente artificial de englobá-las em uma disciplina “vizinha” ou “afim”, desenvolvida em um “anexo”, a que se chama direito processual civil internacional”¹²¹ (2003, p. 44). Há concepções normativistas, entretanto, que apenas de conceber o Direito Internacional Privado como o conjunto de normas indiretas ou conflituais, consideram, também, em seu conteúdo o escopo jurisdicional da disciplina. Entretanto, nestas, observa-se uma incongruência: concebem este Direito como um corpo de normas indiretas, porém, cujo conteúdo considera, também, aspectos jurisdicionais, que pouco se utilizam do método indireto. Nestas concepções, não raro, incluem o estudo da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro, também.

A literatura jurídica anglo-saxã, notadamente a norte-americana, utiliza a nomenclatura *Conflict of Laws*, para designar o Direito Internacional Privado. Pela tradução literal dos vocábulos tem-se “conflito de leis” que, como nas concepções normativistas vige a restrição do objeto e conteúdo. Entretanto, notadamente no Direito norte-americano, a concepção do ramo jurídico em apreço, acresce ao seu conteúdo, como já explanado, conflitos de leis interestatais, entre Estados federados. Embora nominado de forma distinta, não perde o caráter normativista e restrito da disciplina.

¹²⁰ [...] definir el problema del DIPr como una supuesta contradicción entre ordenamientos jurídicos, sin advertir que, en todo caso, ésta no se produce sino respeto de relaciones concretas (ARROYO, 2003, p. 43).

¹²¹ [...] se ha recurrido al expediente artificial de englobarlas en una disciplina “vecina” o “afín”, desarrollable en un “anexo”, a la que se llama derecho procesal civil internacional (ARROYO, 2003, p. 44).

2.1 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DAS CONCEPÇÕES NORMATIVISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Internacional Privado, como exposto acima, não se restringe ao método de eleição do direito material aplicável. Deve-se, ademais, atenção à nomenclatura que lhe foi atribuída.

A nomenclatura utilizada, ademais, seja a norte-americana *Conflict of Laws* ou Direito Internacional Privado, devem estar em conformidade com o objeto e conteúdo que detêm. Da nomenclatura *Conflict of Laws* já se concebe qual o objeto e conteúdo, o qual, neste momento é questionado pelo seu caráter diminuído e normativista. Pela denominação Direito Internacional Privado, o objeto e conteúdo, devem conformidade aos vocábulos: dois adjetivos e um substantivo.

Do vocábulo “privado” requer que este ramo jurídico contempla características pertinentes a ele, sob pena de eventual conteúdo, não pertencer ao seu escopo. O emprego do adjetivo internacional faz inquirir se sua ralação vinculada o conteúdo do ramo jurídico, ou seja, “se a relação jurídica com conexão internacional se restringe, necessariamente, ao direito privado, ou se as regras do direito internacional privado são aplicáveis, também, a conflitos de leis no espaço, quando decorrentes do direito público” (RECHSTEINER, 2007, p. 8). Há concepções normativistas que, como explanado outrora, acrescem ao conteúdo do Direito Internacional Privado matérias como a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro. Estas matérias, *a priori*, pertencem ao escopo do Direito Público. Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides que enunciam que “a palavra privado ecoa a divisão do *civil-law* entre direito público e privado e significa que somente disputas do direito privado caem no escopo desta matéria”¹²² (2010, p. 2).

O emprego do adjetivo internacional suscita, ainda, outra inquirição referente à possibilidade de, uma vez indicado pela norma conflitual, se o magistrado poderia aplicar ao caso concreto Direito Público estrangeiro. Beat Walter Rechsteiner assevera que “no campo do direito público, o juiz não tem de escolher qual o direito aplicável, como faz ao julgar uma causa com conexão internacional de direito privado” (2007, p. 8). O autor reitera que “o direito internacional privado refere-se somente às relações jurídicas com conexão internacional de direito privado e não àquelas do direito público” (2007, p. 8).

¹²² The word “private” echoes the civil-law division between private and public law and signifies that only private-law disputes fall within the scope of this subject (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 2).

O adjetivo privado, entretanto, constante na nomenclatura do ramo jurídico em apreço não importa em que inexistam conexões entre ambos. Há princípios oriundos do Direito Público cuja observância é imperativa, ou seja, “o fato do direito internacional privado resolver conflitos de leis no espaço de direito privado [...] não significa, porém, que o direito público não possa exercer qualquer influência” (RECHSTEINER, 2007, p. 9). O Direito, ademais, deve ser encarado como uma estrutura coesa, vez que Direito Privado ou Público não deixa de ser Direito. A divisão entre os campos público e privado deu-se nas Pandectas romanas, notadamente, para fins propedêuticos. Consta nestas que “são duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estudo da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais”¹²³ (D.1.1.1.2). Embora haja conexão entre o Direito Internacional Privado e o Direito Público, aquele somente traz em seu conteúdo matérias de Direito Privado.

As matérias como Direito Tributário Internacional, Direito Penal Internacional, ou, Direito Administrativo Internacional, ante o exposto, embora possam conter normas de conflitos entre leis, no âmbito espacial, estão fora do catálogo do Direito Internacional Privado. Diego P. Fernandez Arroyo, neste sentido, assevera que, “tais matérias somente podem encaixar bem no conteúdo do DIPr se se parte de uma aproximação normativista do objeto (também denominada, justamente, publicista)”¹²⁴ (2003, p. 50). As concepções normativistas facilitam incorrer em tal equívoco. Ao restringir objeto e conteúdo à apenas normas conflituais, quaisquer destas, não bastando a área em que se encontrarem, seja pública ou privada, conformará o Direito Internacional Privado. Apesar de que em todos os ramos jurídicos normas jurídicas entrarem em conflito, o Direito Internacional Privado, como a própria nomenclatura demonstra, contempla apenas *questio iuris* havidas na esfera do Direito Privado. Entretanto, como afirma Diego P. Fernandez Arroyo, “se o Estado ou outros entes de direito público participam no âmbito próprio dos particulares, as relações jurídicas que protagonizam entram em princípio no DIPr”¹²⁵ (2003, p. 50). O elo definidor está em identificar atos praticados pelo Estado no exercício de seu *ius imperium* e atos nos quais manifesta-se como se um particular fosse.

¹²³ No texto latino, lê-se: *huius studii duae sunt positionis, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (D.1.1.1.2).

¹²⁴ Tales materias sólo pueden encajar bien en el contenido del DIPr si se parte de una aproximación normativista del objeto (también denominada, justamente, publicista) (ARROYO, 2003, p. 50).

¹²⁵ [...] si el Estado u otros entes de derecho público participan en el ámbito propio de los particulares, las relaciones jurídicas que protagonizan entran en principio en el DIPr (ARROYO, 2003, p. 50).

Do denominado Direito Internacional Privado *lato sensu*, assim chamado por contemplar em seu conteúdo o estudo da nacionalidade, da condição jurídica do estrangeiro, somados ao conflito espacial de leis e ao conflito de jurisdições, ou Direito Processual Civil internacional, os primeiros devem ser excluídos do catálogo do Direito Internacional Privado. A nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro são matérias jurídicas nas quais os Estados atuam segundo seu *ius imperium* perante os indivíduos. Diego P. Fernandez Arroyo enuncia que “también se excluyen o derecho da nacionalidade e o direito do estrangeiro [de *extranjería*], ainda que aqui a questão receba certas matizações baseadas em que a fronteira entre o público e o privado está mais tênue”¹²⁶ (2003, p. 50). O Direito do Estrangeiro, do espanhol *Derecho de Extranjería*, trata-se de um Direito “voltad[o] nos requisitos que fixa o Estado para o ingresso, permanência, acesso ao mercado laboral, expulsão, etc. dos não nacionais”¹²⁷ (ARROYO, 2003, p. 51). Trata-se do que a literatura jurídica de língua portuguesa denomina condição jurídica do estrangeiro. A consideração destas matérias no conteúdo do Direito Internacional Privado pode decorrer da sua importância como elemento de conexão, como a nacionalidade, ou, para fins didáticos, optou-se em agregá-las em uma única disciplina.

Da nomenclatura Direito Internacional Privado, resta a análise do adjetivo internacional. Kurt Lipstein assevera que “este ramo do direito não é nem internacional, nem privado em seu caráter”¹²⁸ (1981, p. 1). As consequências oriundas do vocábulo “privado” já foram expostas. Do vocábulo “internacional”, segundo a ilação do autor, seu emprego trata-se de um equívoco, vez que os conflitos ocorrem em determinado território, em algum Estado. Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides asseveram que o qualificativo internacional “descreve as disputas que caem dentro do escopo desta matéria, que são internacionais (ou interestaduais) vez que eles têm contatos com mais de um país ou estado”¹²⁹ (2010, p. 2). Estas disputas, todavia, referem-se a casos *jus privatistas*, à *questio iuris* envolvendo matérias de Direito Privado. Os autores reafirmam que, em contraste, “disputas no direito público de um caráter internacional, como aquelas entre estados

¹²⁶ También de excluyen el derecho de la nacionalidad y el derecho de la extranjería, aunque aquí la cuestión recibe ciertas matizaciones basadas en que la frontera entre lo público y lo privado está más difuminada (ARROYO, 2003, p. 50).

¹²⁷ [...] centrada en los requisitos que fija un estado para el ingreso, permanencia, acceso al mercado laboral, expulsión, etc., de los no-nacionales (ARROYO, 2003, p. 51).

¹²⁸ This branch of law is neither international nor private in character (LIPSTEIN, 1981, p. 1).

¹²⁹ [...] describes the disputes that fall within the scope of this subject, which are international (or interstate) in that they have contacts with more than one country or state (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 2).

soberanos ou outras pessoas de direito internacional, caem dentro do escopo do “direito das gentes” ou “Direito Internacional Público”¹³⁰ (2010, p. 2). O conteúdo do Direito Internacional Privado, cuja reforma postula-se, deve estar em conformidade com os termos que o determinam.

As novas fontes jurídicas que informam o Direito Internacional Privado, assim como a conformação com os vocábulos que o qualificam são bastante para determinar concepções atualizadas do ramo jurídico. Inquire-se no que tais reformas levarão na conformação do Direito Internacional Privado. Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor asseveram que o Direito Internacional Privado atualizado configura-se por ser o “conjunto sistemático de normas e princípios que regulam relações privadas nas quais aparecem um ou mais elementos alienígenas, tendentes a determinar competências e direito aplicável, devendo presidir este sistema os princípios de efetividade e eficácia”¹³¹ (2003, p. 13). As autoras concebem a disciplina jurídica em apreço como o conjunto, portanto, do escopo da busca pelo direito aplicável, assim como, pela sua dimensão processual internacional. O conteúdo é ampliado das concepções normativistas para versam sobre aquelas duas áreas. Ademais, as autoras consagram a observância aos princípios da efetividade e da eficácia. Deste, beira a impossibilidade versá-lo sem deixar de assentar seu caráter econômico, pois lhe é próprio.

A economia lida com o objetivo da eficiência, ou seja, imputa-se como eficiente “a propriedade que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos” (MANKIWI, 2007, p. 5). Deve-se, portanto, obter o máximo possível, dentro dos limites da razoabilidade e equidade, das ferramentas disponíveis no Direito Internacional Privado no intuito de alcançar o máximo possível, ou seja, resultados efetivos. Na concepção normativista, as normas do Direito Internacional Privado eram utilizadas apenas para eleger, dentre um catálogo, o direito aplicável. Reiterava-se que este Direito não resolvia, propriamente, a *questio iuris*. Na reforma postulada, questiona-se se o Direito Internacional Privado não é capaz de resolvê-lo definitivamente, por completo.

¹³⁰ [...] public-law disputes of an international character, such as those between sovereign countries or other international-law persons, fall within the scope of the “law of nations” or “Public International Law” (HAY; BORCHER; SYMEONIDES, 2010, p. 2).

¹³¹ [...] conjunto sistemático de normas y principios que regulan las relaciones privadas en las cuales aparecen uno o más elementos foráneos, tendientes a determinar competencias y derecho aplicable, debiendo presidir este sistema los principios de efectividad y eficacia (CORNET; DE KLOR, 2003, p. 13).

2.2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A CULTURA JURÍDICA PÓS-MODERNA

Os anos posteriores à Segunda Guerra Mundial têm demonstrado mudanças drásticas no Direito, muitas oriundas do processo de globalização, que desconstrói as fronteiras nacionais e, por conseguinte, o próprio Estado. O corolário é novas respostas aos problemas contemporâneos, encontradas como a promoção da democracia em alusão aos governos ditatoriais, à proteção dos direitos humanos como unidade entre a tutela dos direitos individuais e sociais, o mercado regulamentado em oposição ao livre mercado do liberalismo, a criação de organismos internacionais voltados à promoção daqueles direitos assim como dotados de capacidade regulamentar, e, a descentralização da interpretação do Direito por profissionais à abertura da pluralidade de interpretes. Estas respostas demandam a cooperação jurídica pelos Estados, vez que, sós, são incapazes de empreendê-las.

No âmbito jurídico, o ramo em que melhor observam-se tais transformações é o Direito Internacional Privado, vez que, por versar sobre casos com conexões estrangeiras, lidam com a complexidade e descontinuidade territorial. Este é desconstruído pela globalização, e, a complexidade é evidenciada pela pluralidade cultural e a necessidade, tutelada pelos Direitos Humanos, de preservar a identidade cultural dos indivíduos. Neste sentido, como deve o Direito Internacional Privado responder a esta complexidade fática? Pode continuar apenas com a função clássica de eleger qual o Direito aplicável a uma relação jurídica privada espacialmente dispersa ou heterogênea? Como determinar o Direito aplicável se os limites territoriais desconstroem-se e os Direitos nacionais agregam elementos de vários outros Estados? A resposta a estas inquirições reside no abandono do império do método multilateralista e na adoção da pluralidade metodológica.

Erik Jayme assevera serem características da contemporaneidade a velocidade, a ubiquidade e a liberdade. Da primeira característica, o autor enuncia a constatação de “se tornar um valor jurídico, com impacto visível no direito internacional privado, qual seja o interesse do legislador e do juiz concentrado nas medidas provisórias rápidas” (2005, p. 5). No Direito brasileiro este valor já se encontra tutelado, inclusive, a nível constitucional, notadamente, no Art. 5º, LXXVIII, introduzido por Emenda à Constituição, em 2004, que assegura a todos a razoável duração do processo. No escopo jurisdicional, verificam-se os princípios de economia processual e celeridade¹³². A ubiquidade é o corolário

¹³² O acórdão a seguir evidencia a observação de celeridade e economia processual: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO ANOTADA NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. A Turma

lógico da própria globalização que rompe a esfera territorial, tornando o local algo comum, ocorrente na diversidade de territórios. Notam-se os negócios jurídicos celebrados por intermédio da internet, e as típicas inquições que dele resultam: qual o direito aplicável a tais relações, quando uma das partes encontra-se em um Estado distinto da outra parte? Nos delitos civis, onde é o local da produção do ilícito quando cometido com auxílio da internet? Estas questões são pertinentes e frequentes a contemporaneidade. A outra característica elencada pelo autor refere-se à liberdade, constatada no ramo jurídico em análise, pela autonomia privada, pela faculdade dos indivíduos elegerem o Direito que regulamenta suas relações¹³³.

Ademais das características elencadas acima, Erik Jayme enuncia quatro valores advogados na cultura jurídica pós-moderna. Dentre eles reside o pluralismo, “não apenas pluralismo de forma, ma também de estilos” (2005, p. 106), vez que se observa a diversidade linguística, cultural, étnica em perfeita simbiose. Em um Estado convivem diferentes culturas, extinguindo-se, pois, a tese da criação daquele conforme cada religião ou cultura. Samuel Huntington assevera que “o futuro da paz e o futuro da Civilização dependem da compreensão entre os líderes políticos, espirituais e intelectuais das principais civilizações do mundo” (1997, p. 410). Além disso, “na era que está emergindo, os choques das civilizações são a maior ameaça à paz mundial, e uma ordem internacional baseada nas civilizações é a melhor salvaguarda contra a guerra mundial” (1997, p. 410). Tem-se que o reconhecimento da pluralidade, tal como uma constatação empírica, não é o suficiente para a

reiterou o entendimento do enunciado da Súm. n. 92/STJ, segundo o qual “a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor”. No caso, a recorrida, terceira adquirente de boa-fé, opôs embargos de terceiro à ação de busca e apreensão promovida pela instituição financeira, ao argumento de que, ao adquirir o automóvel, não havia registro de reserva de domínio no documento do veículo e de que foi surpreendida pelo pedido de registro do gravame quando o carro já estava em seu nome. O Min. Relator entendeu que, nesse contexto, a recorrida não pode ser atingida pela ação de busca e apreensão promovida pela recorrente. Outro ponto questionado pela instituição financeira foi a impossibilidade de extinção da ação de busca e apreensão em face da necessidade de denunciação da lide ao antigo proprietário do carro, que, de fato, tomou empréstimo do banco. O Min. Relator, acompanhando a jurisprudência dominante do STJ, consignou que a denunciação pauta-se nos princípios da celeridade e da economia processual. Na hipótese em apreço, caso a denunciação fosse deferida, isso atrasaria a tramitação do feito, o que é contrário ao espírito da denunciação à lide. Para não haver maior prejuízo às partes, o Min. Relator ressaltou, também, a possibilidade de conversão da busca e apreensão em depósito. Precedentes citados: REsp 687.087/SP, DJe 13/05/2011; REsp 100.667/SC, DJ 10/10/2005; REsp 933.857/GO, DJe 11/05/2009, e REsp 170681/RJ, DJe 15/04/2008. REsp 916.107-SC, **Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/3/2012.**

¹³³ Há a tendência atual de se tutelar e promover a autonomia privada. Nota-se a proteção da autonomia da vontade como fundamento do sistema de Direito Internacional Privado. Os exemplos normativos recentes são os diplomas unificadores de matérias do Direito Internacional Privado, como o Regulamento n.º 593/2008 (Roma I) e n.º 864/2007 (Roma II), no âmbito da União Europeia.

compreensão da cultura jurídica pós-moderna. Necessita-se da promoção da pluralidade, do efetivo reconhecimento de sua aptidão a ser alçada ao patamar de valor jurídico. É dizer que o Direito perante a cultura jurídica pós-moderna prima pelo direito à diferença.

Outro valor elencado por Erik Jayme reside na ilação: “o mundo pós-moderno é caracterizado pela comunicação” (2005, p. 107). Por desconhecerem-se fronteiras reais que oponham limites ao cambio de informações facilita a comunicação entre sujeitos localizados em distintos territórios. O acirramento desse acesso ao câmbio de informações alça a comunicação ao grau axiológico, fazendo deste valor tutelado pelo Direito¹³⁴. Este valor é acompanhado pela narração, vez que “comunicar é também descrever” (2005, p. 106). É reiterado o emprego deste valor no mundo jurídico, por exemplo, na edição de Regulamento e Diretivas, no âmbito comunitário europeu, que expressam como o Direito deve ser aplicado. Outro exemplo é o papel desempenhado pela doutrina como fonte jurídica e o tratado internacional não ratificado. O quarto valor advogado por Erik Jayme na cultura jurídica pós-moderna é “o retorno dos sentimentos (*Le retour des sentiments, Rückkehr der gefühle*), algumas vezes descrito em um sentido pejorativo, como emergência de um novo irracionalismo” (2005, p. 107). O sentimento de nacionalismo exacerbado e a promoção de xenofobia são crescentes na sociedade pós-moderna. Entretanto, há também o grande sentimento contrário a estes nefastos sentimentos, por vezes, sem precedentes históricos¹³⁵.

Às características elencadas pelo autor acima, acrescem-se as expostas por Sixto Sánchez Lorenzo, “o fim do mito universalista e a emancipação frente ao Estado”¹³⁶ (2010, p. 1). A primeira alia-se a característica da ubiquidade, porém, com atenção à diversidade. Na ubiquidade observa-se a ocorrência de fatos, de negócios jurídicos com elementos estrangeiros em todas as dimensões territoriais, entretanto, deve-se respeitar a

¹³⁴ O art. 27, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, no tocante ao valor comunicação, estatui que: “1. O Estado acreditado permitirá e protegerá a livre comunicação da Missão para todos os fins oficiais. Para comunicar-se com o Governo e demais Missões e Consulados dos Estados acreditante, onde quer que se encontrem, a Missão poderá empregar todos os meios de comunicação adequados, inclusive correios diplomáticos e mensagens em código ou cifra. Não obstante, a Missão só poderá instalar e usar uma emissora de rádio com o consentimento do Estado acreditado” (ONU, 1961).

¹³⁵ Um forte sentimento de coexistência e promoção da paz está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que na exposição de motivos, reza que “a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição” (ONU, 1948).

¹³⁶ [...] en fin del mito universalista y la emancipación frente al Estados (LORENZO, 2010, p. 1).

identidade de cada povo, ou seja, as peculiaridades culturais que compõem cada parte em um negócio jurídico. Segundo assevera o autor, “o Direito Internacional Privado rebela-se em seu próprio objeto perante a domesticação de qualquer paradigma positivista, firmado na filosofia moderna, nos pleitos universalistas kantianos”¹³⁷ (2010, p. 3). Inexistem soluções universais no mundo jurídico, ademais da obrigação, ora jurídica, de se aplicar Direito estrangeiro como se em seu país de origem fosse aplicado¹³⁸. Mesmo diante dessa obrigação, as soluções arquitetadas são locais, ou seja, reclamam a tolerância ao diferente, o respeito à diversidade. Esta característica pós-moderna elencada pelo autor equipara-se, em sentido, à pluralidade explanada por Erik Jayme.

Sixto Sánchez Lorenzo enuncia como postulado essencial do pensamento jurídico pós-moderno a emancipação perante o Estado. Tem-se como premissa que o “Estado representa a negação dos interesses individuais, a universalização do social em uma forma apolínea”¹³⁹ (2010, p. 5). O modelo de Estado que se apresenta atualmente não se livrou das amarras do denominado “social”, das atribuições a ele impostas que se referem às prestações dos direitos sociais. Não significa, entretanto, que tais prestações são prejudiciais ou que merecem protesto. Tais direitos são de relevante importância à subsistência do ser humano, uma das razões da existência da própria instituição do Estado. Ocorre que por ater-se em demasia a esses direitos sociais, por, inclusive, instituir reiteradamente, novas postulações nesta seara, o Estado não mais se sustenta, economicamente ou politicamente, e, inúmeras vezes, esbarra nas pretensões individuais.

Duncan Kennedy assevera que no período compreendido entre 1900 e 1968 foi marcado pela “preocupação em repensar o direito como uma atividade proposital, como um mecanismo regulatório que poderia e deve facilitar a evolução da vida social na direção de ainda mais interdependência a cada nível, da família ao mundo das nações”¹⁴⁰ (2003, p. 633). A afirmação dos direitos sociais prepondera sobre os direitos individuais e de propriedade. A sociedade é vista como um organismo cujos órgãos são grupos ou coletividades de indivíduos.

¹³⁷ [...] el Derecho internacional privado se rebela en su propio objeto frente a la domesticación de cualquier paradigma positivista, anclado en la filosofía moderna, en los planteamientos universalistas kantianos (LORENZO, 2010, p. 3).

¹³⁸ O art. 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado reza que “os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada” (OEA, 1979).

¹³⁹ El Estado representa la negación de los intereses individuales, la universalización de lo social en una forma apolínea (LORENZO, 2010, p. 5).

¹⁴⁰ [...] preoccupation with rethinking law as a purposive activity, as a regulatory mechanism that could and should facilitate the evolution of social life in the direction of ever greater interdependence at every level, from family to the world of nations (KENNEDY, 2003, p. 633).

Embora o autor delimite um período histórico, a instituição de novos direitos sociais ainda persiste em muitos Estados.

O Direito Internacional Privado, perante as ilações expostas, inserido na cultura jurídica pós-moderna é, necessariamente, plurívoco. Necessita-se do emprego de várias técnicas, não se restringindo, portanto, ao método indireto, e, por vezes a aplicação desta pluralidade concomitantemente, em um mesmo caso. Os valores por ele arquitetados são distintos da arcaica promoção da justiça formal, conflitual. Inquire-se qual a restrição do Direito Internacional Privado, formado pela pluralidade de fontes, imbuído de valores de outros ramos do Direito, como os Direitos Humanos, e, que se volta à emancipação do ser humano e o fim de soluções universais, possa promover a justiça material nos casos que lhe apresentem.

2.3 A CONCEPÇÃO MATERIALISTA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A postulação de um Direito Internacional Privado que atenda as exigências contemporâneas representa uma mudança de paradigmas. Do normativismo, no qual se fundava em que “ordenamentos de dois ou Estados entram em conflito em respeito a determinadas relações jurídicas”¹⁴¹ (ARROYO, 2003, p. 44), para a compreensão de que “elementos “pertencentes” a distintos sistemas jurídicos e isto requer uma regulamentação especial”¹⁴² (ARROYO, 2003, p. 44). No paradigma normativista utiliza-se, tão somente, o método conflitual, vez que reduz o seu objeto a meros conflitos. No segundo paradigma, requer atenção às situações jus privatistas com elementos estrangeiros em si, e que delas decorrem normas especiais, que não devem, pois, restringirem-se a solver conflitos. Nestas situações deve-se ater, também, à sua esfera processual. Denomina-se, este câmbio de paradigmas, a concepção materialista do Direito Internacional Privado, e, busca, *a priori*, separar o aspecto científico da ontologia da sua dimensão normativa. Esta separação importa em que, “entretanto, não há normas e do que se trata é vislumbrar qual a porção da realidade social que compete ao DIPr”¹⁴³ (ARROYO, 2003, p. 44-45). A porção da realidade social pertinente é a relação jurídica dispersa ou heterogênea. O câmbio de concepções normativistas

¹⁴¹ [...] ordenamientos de dos o más Estados entren en conflicto respecto de determinadas relaciones jurídicas (ARROYO, 2003, p. 44).

¹⁴² [...] elementos “pertencientes” a distintos sistemas jurídicos y esto requiere una reglamentación especial (ARROYO, 2003, p. 44).

¹⁴³ [...] todavía no hay normas y de lo que se trata es de vislumbrar cuál es la porción de la realidad social que compete al DIPr (ARROYO, 2003, p. 44-45).

para concepção materialista implica em verdadeira revolução copernicana, vez que se retira do centro gravitacional as normas indiretas e dispõem-se uma série de matérias, identificadas em um segmento social fático.

O objeto da concepção materialista do Direito Internacional Privado é a situação privada internacional, a “relação jurídica de caráter privado cujos elementos estão vinculados com dois ou mais ordenamentos jurídicos ou organizações jurisdicionais”¹⁴⁴ (ARROYO, 2003, p. 45). Contempla-se, pois, não somente a descontinuidade da relação jurídica presente na pluralidade de ordenamentos jurídicos relacionados à *questio iuris* jus privatista, mas a diversidade de organizações jurisdicionais. Agrega ao âmbito do Direito Internacional Privado, também, os litígios advindos de relações nas quais se elege, como meio de solver conflitos, a arbitragem, e, como direito disciplinador da relação, prescrições normativas advindas por alguma “lei modelo”, elaborada por uma organização internacional. O objeto é matéria de estudo do Direito Internacional Privado, entendido em sua natureza, normativa, positivista, assim como em seu caráter científico, vez que a concepção materialista, divide ambas as esferas.

Do aspecto científico deste ramo jurídico, valem as lições de Werner Goldschmidt, pelas quais “a ciência capta a realidade de maneira lógica e neutra”¹⁴⁵ (2009, p. 15). Neste sentido, “logra-se manter claramente o limite entre a perspectiva científica e a positiva (esta última entendida como um sentido muito amplo que não se esgota com a referência a um sistema estatal, típica da aproximação normativista)”¹⁴⁶ (ARROYO, 2003. P. 46).

Mathias Reimann, na concepção materialista, assevera que o “Direito Internacional Privado deve lidar com o direito estrangeiro em todas as suas três esferas”¹⁴⁷, ou seja, “isto é óbvio em relação à escolha da lei como centro, isto é, o conjunto de princípios e regras que dizem os tomadores de decisões em casos transfronteiriços qual o direito das diversas jurisdições deverá aplicar”¹⁴⁸ (2008, p. 1365). A este ramo acrescentam-se questões

¹⁴⁴ [...] relación jurídica de carácter privado cuyos elementos están vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos u organizaciones jurisdiccionales (ARROYO, 2003, p. 45).

¹⁴⁵ [...] la ciencia capta la realidad de manera lógica y neutral (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 15).

¹⁴⁶ [...] se logra mantener claramente el deslinde entre la perspectiva científica y la positivista (esta última, entendida en un sentido muy amplio que no se agota con la referencia a un sistema estatal, típica de la aproximación normativista) (ARROYO, 2003, p. 46).

¹⁴⁷ Private International Law has to deal with foreign law in all its three main branches (REIMANN, 2008, p. 1365).

¹⁴⁸ This is most obvious with regard to choice of law as its core, that is, the set of principles and rules telling decision-maker in transboundary cases which of the several involved jurisdictions' law they should apply (REIMANN, 2008, p. 1365).

pertinentes à jurisdição e o “reconhecimento de julgamentos estrangeiros pode facilmente levantar questões sobre o direito do país da decisão”¹⁴⁹ (REIMANN, 2008, p. 1365). Em equânime sentido, Katharina Boele-Woelki assevera que o “direito internacional privado pode somente ser aplicado para as regras que versem sobre jurisdição, direito aplicável e reconhecimento e execução”¹⁵⁰ (2010, p. 31).

Nesta concepção materialista identificam-se setores do Direito Internacional Privado, retirando-se, portanto, o império antes absoluto que detinham as normas conflituais nos modelos normativistas.

2.4 O MÉTODO DIRETO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO

O Direito Internacional Privado, perante a concepção materialista, postula a solução definitiva das *questio iuris* oriundas de relações jurídicas privadas espacialmente dispersas ou heterogêneas. Aliam-se, quanto ao seu conteúdo, os setores do direito aplicável e do Direito Processual Civil Internacional, incumbido das matérias de conflitos de jurisdições e reconhecimento de decisões estrangeiras. O *leitmotiv* desta concepção contemporânea é a justiça material, ou seja, “agora o Direito Internacional Privado em si estaria interessado em solucionar, com justiça e equidade concretas, o conflito e si é possível, solucioná-lo diretamente”¹⁵¹ (AGUIRRE, 2003, p. 301). O ramo é informado por um rol extenso, por vezes inéditos de fontes jurídicas, como a nova *lex mercatoria*, oriunda de órgãos com capacidade normativa distintos dos Estados, dada a insuficiência destes em atender aos anseios e necessidades da vida contemporânea, evidenciando o enunciado por Erik Jayme: “quando o Estado falta, são as organizações não governamentais, seguidamente, que, em muitos campos, tomam a si os interesses de proteção, sobretudo, dos interesses globais” (2005, p. 4). Os tratados internacionais, nas matérias que compõem o conteúdo do Direito Internacional Privado, são dotadas de maior familiaridade, aceitação e aplicabilidade pelos operadores.

O pluralismo de métodos empregados à solução da questão jurídica privada com elementos estrangeiros funda a concepção contemporânea de Direito Internacional Privado. O método indireto, no qual a norma do ramo jurídico em apreço apenas remetia, uma

¹⁴⁹ [...] recognition of foreign judgments can easily raise questions about the law of the judgments' country of origin (REIMANN, 2008, p. 1365).

¹⁵⁰ [...] private international law can be applied only to the rules which address jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement (BOELE-WOELKI, 2010, p. 31).

¹⁵¹ Ahora el derecho internacional privado en sí estaría interesado en solucionar, con justicia y equidad concretas, el conflicto y si es posible, solucionarlo directamente (AGUIRRE, 2003, p. 301).

vez qualificada, ao Direito aplicável, perdeu seu império. Aliado a este método, ressurgiu o método direto, “uma lei sim direta, lei interna material, lei nacional de algum país que, com contato ou com suficiente conexão com o caso concreto, trará a solução “direta” para a questão ou questões jurídicas propostas neste caso privado internacional”¹⁵² (AGUIRRE, 2003, p. 301). Ressuscita-se o método direto no Direito Internacional Privado.

A solução de conflitos envolvendo relações jurídicas conectadas a vários ordenamentos jurídicos já era conhecida no Império Romano, e se incumbiu o denominado *praetor peregrinus* para o desempenho de tal atividade. Este oficial do Império Romano “concebía a ideia de criar uma regra substantiva *ad hoc* desenvolvida dos Direitos dos Estados envolvidos em detrimento a aplicar o Direito de um destes Estados”¹⁵³ (HAY; BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 9). Este é o marco original da confecção de um *coprus iuris* material destinado a reger tais relações privadas, normas fundadas no método direto. Solvia-se, portanto, o caso vinculado a ordenamentos jurídicos de vários Estados, completamente. Entretanto, o método utilizado pelo *praetor perigrinusi* não se pode qualificá-lo completamente como método direito. O oficial romano, por intermédio do método comparado, criava determinado Direito que regeria o litígio. O método direto importa em normas previamente delimitadas capazes de solver o conflito, é dizer, “consiste em que a norma, em sua consequência jurídica, resolva o problema descrito no seu tipo legal”¹⁵⁴ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 6).

A justificativa para o emprego da concepção material do Direito Internacional Privado funda-se na complexidade da vida atual, notadamente, nos casos absolutamente internacionais, oriundo da classificação tríplice em casos absolutamente nacionais¹⁵⁵, relativamente internacionais e absolutamente internacionais¹⁵⁶. Os casos

¹⁵² [...] la ley si directa, ley interna material, ley nacional de algún país que, con contacto o con suficiente conexión con el caso concreto, traerá la solución “directa” para la cuestión o cuestiones jurídicas propuestas en este caso privado internacional (AGUIRRE, 2003, p. 301).

¹⁵³ [...] came up with the idea of crafting an *ad hoc* substantive rule drawn from the laws of the involved states rather than applying the law of one of those states (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 9).

¹⁵⁴ [...] consiste em que la norma, en su consecuencia jurídica, resuelve el problema planteado en su tipo legal (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 6).

¹⁵⁵ Os casos absolutamente nacionais, como os descrevem Werner Goldschmidt, consta-se “se todos os elementos no momento crítico se vinculam a um só país; exemplo: controvérsia sobre a validade ou nulidade de um matrimônio celebrado em Argentina entre argentinos com domicílio argentino” (2009, p. 8 – tradução livre). No texto original lê-se: “si todos sus elementos en el momento crítico se vinculan a un solo país; ejemplo: controversia sobre la validez o nulidad de un matrimonio celebrado en la Argentina entre argentinos con domicilio argentino” (2009, p. 8).

¹⁵⁶ O caso classificado como relativamente internacional “é aquele que nasce como absolutamente nacional, mas por uma circunstância sobrevinda recebe a matiz internacional” (GOLDSCHMIDT,

absolutamente internacionais referem-se, como os descreve Werner Goldschmidt, “aquele que já em sua gênese mostra diversos elementos nacionais”¹⁵⁷ (2009, p. 8). Nestas questões jurídicas, Cecilia Fresnedo de Aguirre assevera que “o método tradicional do DIPr é colocado à prova, pois o que necessita é um direito “decisivo”, face à complexidade das conexões e do caso que se necessita uma resposta material, direta, não somente indicativa do DIPr”¹⁵⁸ (2003, p. 301-302).

Como meio para concretizar o método direto no Direito Internacional Privado, cita-se a elaboração de normas unificadas, “a técnica de elaboração de normas materiais uniformes para uso no comércio e nas situações da vida privada internacional, isto é, a elaboração de um direito uniforme para casos especial para casos internacionais”¹⁵⁹ (AGUIRRE, 2003, p. 303).

A criação de normas uniformes voltadas a casos específicos na seara jus privatista internacional, auxilia a busca por maior certeza quanto à decisão de eventuais litígios perante as relações jurídicas heterogêneas ou espacialmente dispersas, assim como promover maior previsibilidade de decisão nestes casos. Ademais destas vantagens, ter-se-ia uma solução unânime às *questio iuris* jus privatistas com elementos dispersos entre distintos Estados, o que produz harmonia internacional, *leit motiv* dessa disciplina.

2009, p. 8 – tradução livre). No texto original: “es aquel que nasce como caso absolutamente nacional, pero que por una circunstancia sobrevenida recibe el tinte internacional” (GLODSCHMIDT, 2009, p. 8).

¹⁵⁷ [...] aquel que ya en su génesis muestra diversos elementos nacionales (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 8).

¹⁵⁸ [...] el método tradicional del DIP res colocado a prueba, pues lo que necesita es un derecho “decisivo”, hace a la complejidad de las conexiones y del caso el que se necesite una respuesta material, directa, no sólo indicativa del DIPr (AGUIRRE, 2003, p. 301-302).

¹⁵⁹ [...] elaboración de normas materiales uniformes para uso en el comercio y en las situaciones de la vida privada internacional, esto es la elaboración de un derecho uniforme especial para casos internacionales (AGUIRRE, 2003, p. 303).

3 O DIREITO COMPARADO: O ESTUDO DE SEMELHANÇAS E DIFERANÇAS

Roscoe Pound assevera que “de fato, todos os métodos da ciência jurídica devem ser comparativos”¹⁶⁰ (2009, p. xvii). A ciência jurídica é, antes de qualquer análise mais substancial, ciência. Versa sobre conceitos de aplicabilidade universal, e, esta direcionada a proporcionar conhecimento sobre diversas matérias. Outros ramos científicos também empregam o método comparativo, como os estudos em religião, história ou linguística. O método comparado não é de emprego privado ao Direito. A justificativa para o contínuo uso do método comparativo deve-se, em grande medida, à sua pertinência cognitiva para desenvolver o aprendizado e resolver problemas quotidianos. No âmbito da nova ciência da mente, Eric Kandel enuncia que:

A memória nos permite solucionar problemas que nós confrontamos no dia-a-dia através da organização de diversos fatos de uma só vez, uma habilidade que é vital para a resolução de problemas. De forma ampla, a memória provê continuidade a nossas vidas. Nos dá a imagem coerente do passado que coloca experiências atuais em perspectiva. A imagem pode não ser racional ou exata, mas ela persiste. Sem a força vinculante da memória, a experiência seria estilhaçada em tantos fragmentos quanto o número de momentos da vida. [...] Somos o que somos devido ao que aprendemos e lembramos¹⁶¹ (2007, p. 10).

A memória permite, portanto, depreender comparações das lições aprendidas no passado para solver problemas presentes. Comparam-se as experiências passadas em prol de soluções mais adequadas no tempo presente. Neste sentido, o método comparativo é, antes de tudo, o corolário lógico da memória, ao menos, desta finalidade da memória, que ademais de operar como ferramenta básica para a solução de problemas, serve, também, para dar ao ser humano sua característica de unidade, de personalidade. Em sentido equânime, a economia, nos estudos direcionados às tomadas de decisões, também, advogam o exercício do método comparativo.

Nestes estudos, determinam-se vários princípios que regem e explicam, na linguagem econômica, como as decisões são tomadas, por pessoas, naturais ou privadas,

¹⁶⁰ In fact, all methods of jurisprudence must be comparative (in: GORDLEY, VON MEHREN, 2009, p. xvii).

¹⁶¹ Memory enables us to solve the problems we confront in everyday life by marshaling several facts at once, an ability that is vital to problem solving. In a larger sense, memory provides our lives with continuity. It gives us a coherent picture of the past that puts current experience in perspective. The picture may be not rational or accurate, but it persists. Without the binding force of memory, experience would be splintered into as many fragments as there are moments in life. [...] We are who we are because of what we learn and what we remember (KANDEL, 2007, p. 10).

perante a economia. Um destes princípios reza que as pessoas e empresas enfrentam *tradeoffs*, ou seja, trata-se de uma “expressão que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema, acarreta, inevitavelmente, outros” (MANKIWI, 2005, p. 4). Exemplifica-se com o tradicional *tradeoff* “armas e manteiga”, segundo o qual, “quanto mais gastamos em defesa nacional (armas) para proteger nossas fronteiras de agressores estrangeiros, menos podemos gastar com bens de consumo (manteiga) para elevar nosso padrão de vida interno (MANKIWI, 2005, p. 5). A tomada de decisões, portanto, requer o método comparativo, vez que, “como as pessoas enfrentam *tradeoffs*, a tomada de decisões exige comparar os custos e benefícios de possibilidades alternativas de ação” (MANKIWI, 2005, p. 6). O emprego do método em análise é constante, por vezes despercebido e mecânico, contudo, está sempre presente na cognição humana e engloba inúmeras áreas do conhecimento, não somente a jurídica.

Da ilação de Roscoe Pound no início deste capítulo, o autor fundamenta na constatação de que “o que chamou pelo método comparado através do mundo é a unificação da economia geral e novos meios e métodos de transporte e comunicação que tem feito todo o mundo uma vizinhança”¹⁶² (2009, p. xviii). As ilações de Roscoe Pound foram apresentadas no prefácio da primeira edição da obra intitulada *The Civil Law System Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, de autoria de Arthur Taylor von Mehren, no ano de 1957. Embora, *a priori*, pareça defasada, considerando-se o decurso do tempo, suas ilações são pertinentes e aplicam-se ao contexto atual. Naquela dimensão temporal, dentre o meados de 1900 até o início da Segunda Guerra Mundial, observa-se, segundo Duncan Kennedy, a segunda globalização no pensamento jurídico. Nesta globalização jurídica difundiu-se “uma crítica à primeira globalização e um projeto de reconstrução. A crítica era que no final do século XIX a corrente europeia abusou da dedução no método jurídico e era “individualista” na matéria jurídica”¹⁶³ (2003, p. 648). O que se globalizava, portanto, em decorrência desta crítica, era o “social” e todas as considerações pautadas nos valores a ela inerentes como a solidariedade e valores necessários à convivência em sociedade. As mudanças fáticas na época assinalada resumiam-se na transformação social, “consistente da

¹⁶² What has called for comparative method throughout the world is general economic unification and new means and methods of transportation and communication which have been making the whole world one neighborhood (POUND, 2009, p. xviii).

¹⁶³ [...] a critique of the first globalization and a reconstruction Project. The critique was that the late nineteenth century European mainstream abused deduction in legal method and was “individualist” in legal substance (KENNEDY, 2003, p. 648).

urbanização, industrialização, organização social, globalização dos mercados, todos resumidos na ideia de interdependência”¹⁶⁴ (KENNEDY, 2003, p. 649).

As transformações citadas deflagraram o crescente e contínuo contato entre os Estados, e, com isso, inevitavelmente, a aproximação de ordenamentos jurídicos.

A unificação da economia, ou, a necessidade de relações recíprocas entre a comunidade de Estados, demonstra a necessidade imperativa de cooperação jurídica. É dizer, “hoje, a unificação mundial econômica desafia a autossuficiência dos sistemas jurídicos”¹⁶⁵ (POUND, 2009, p. xviii). Necessita-se de disposições jurídicas que ultrapassem os limites soberanos conhecidos pelo Estado para disciplinar matérias pertinentes a esta conjuntura global. Necessita-se, pois, de estudos comparados que busquem traçar diferenças e semelhanças entre os diversos ordenamentos jurídicos, em prol de, em caráter positivo, construir normativas internacionais para o melhor desempenho econômico, assim como facilitar as transações internacionais, e, em caráter negativo, diminuir ou afastar por completo, eventuais conflitos entre tais ordenamentos. Neste corolário, Roscoe Pound assevera que a “experiência, não é mais meramente local, deve ser sujeitada ao exame cuidadoso da razão e desenvolvida pela razão, e, esta, em sua natureza, transcende a localidade, e deve ser testada pela experiência”¹⁶⁶ (2009, p. xviii). O autor além disso atesta o fato no qual, ao pretender um “direito global, ou pensamos no próximo desenvolvimento do nosso próprio direito, para adaptá-lo ao problema global da segurança geral no presente e futuro imediato, os métodos do jurista deve ter uma base na comparação”¹⁶⁷ (2009, p. xviii).

3.1 O DIREITO COMPARADO E A SUA METODOLOGIA

O método comparado aplicado ao Direito denomina-se Direito Comparado. Em oposição às concepções normativistas do Direito, que o resumem a um *corpus iuris*, o “Direito Comparado denota um método de estudo e pesquisa e não um distinto ramo ou

¹⁶⁴ [...] consisting of urbanization, industrialization, organizational society, globalization of markets, all summarized in the Idea of interdependence (KENNEDY, 2003, p. 649).

¹⁶⁵ Today worldwide economic unification is challenging the self-sufficiency of systems of law (POUND, 2009, p. xviii).

¹⁶⁶ Experience, which is no longer merely local, must be subjected to the scrutiny of reason and developed by reason, and reason, which in its very nature transcends locality, must be tested by experience (POUND, 2009, p. xviii).

¹⁶⁷ [...] world law or thinking of the further development of our own law, to suit it to the worldwide problem of the general security in the present and immediate future, the methods of the jurist must have a basis in comparison (POUND, 2009, p. xviii).

departamento do direito”¹⁶⁸ (GUTTERIDGE, 1949, p. 1), evidentemente, quando se considera o Direito como um mero aglomerado de normas. Perante outras concepções, entretanto, tal distinção pode não se aplicar. O equívoco ocorre nos idiomas, como o inglês e o português, que acrescem ao adjetivo comparado o substantivo Direito. A conclusão, considerando-se idealizações normativistas do Direito, leva à errônea constatação de que o Direito Comparado é um *corpus iuris*. Salienta-se, todavia que o vocábulo na língua alemã “*Rechtsvergleichung*, [que] conta um processo de comparação livre da implicação da existência de um corpo de regras formando um ramo separado ou departamento do direito”¹⁶⁹ (GUTTERIDGE, 1949, p. 1). Desta concepção que o Direito Comparado equivale a um método, Jacob Dolinger enuncia sê-lo “a ciência (ou o método) que estuda, por meio de contraste, dois ou mais sistemas jurídicos, analisando suas normas positivas, suas fontes, sua história e os variados fatores sociais e políticos que as influenciam” (2008, p. 41). A concepção do autor decorre da consideração do Direito como um *corpus iuris*.

Konrad Zweigert e Hein Kötz asseveram que “as palavras sugerem uma atividade intelectual com o direito como objeto e a comparação como seu processo”¹⁷⁰ (1998, p. 2). A ilação dos autores acompanha a de Jacob Dolinger no parágrafo precedente e a distinção entre o Direito compreendido como um *corpus iuris*, e o Direito Comparado como um método. Nils Jansen esclarece que o “Direito Comparado deve ser visto como um tema jurídico especial, dentro do amplo campo de disciplinas comparadas que exploram semelhanças e diferenças de distintos fenômenos culturais ou sociais”¹⁷¹ (2008, p. 306). Esta disciplina é, indubitavelmente, “algo distinto do estudo de um sistema estrangeiro (com a perspectiva própria), um olhar global nos sistemas mundiais ou comparação de regras individuais ou ramos do direito entre dois ou mais sistemas”¹⁷² (WATSON, 1993, p. 6). Trata-se, nas palavras de Alan Watson no “estudo da relação entre um sistema jurídico e suas regras

¹⁶⁸ [...] Comparative Law denotes a method of study and research and not a distinct branch or department of the law (GUTTERIDGE, 1941, p. 1).

¹⁶⁹ [...] *Rechtsvergleichung*, which connotes a process of comparison and is free from any implication of the existence of a body of rules forming a separate branch or department of the law (GUTTERIDGE, 1949, p. 1).

¹⁷⁰ The words suggest an intellectual activity with law as its object and comparison as its process (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 2).

¹⁷¹ Comparative law may be seen as a special legal subject within the broader Field of the comparative disciplines which explore the similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena (JANSEN, 2008, p. 306).

¹⁷² [...] something other than the study of one foreignsystem (with glances at one’s own), an overall look at the world’s systems or comparison of individual rules or of branches of law as between two or more systems (WATSON, 1993, p. 6).

com outro”¹⁷³ (1993, p. 6). A relação na qual se funda o Direito Comparado: a busca de semelhanças e diferenças entre dois ou mais objetos determinados pelo pesquisador. A esta relação, inquire-se em que deve basear-se um estudo comparado: na procura somente de semelhanças ou unicamente de diferenças, ou, em ambas. Este questionamento, embora pareça, *a priori* banal, traz mudanças consideráveis nos efeitos produzidos pelo estudo comparado.

Na busca por semelhanças e diferenças tem-se, como premissa maior do empreendimento comparativo que “não há como comparar o que é idêntico, e muito pouco se ganha em comparar o que não possui nada em comum”¹⁷⁴ (DANNEMANN, 2008, p. 384). A ilação, entretanto, não revela em qual fundamento um estudo comparado deve valer-se, apenas demonstra aquele impossível de se realizar e outro cujos resultados e progresso são improváveis. Gerhard Dannemann enuncia que “o devido equilíbrio entre procurar por semelhanças e por diferenças depende do propósito do questionamento comparativo”¹⁷⁵ (2008, p. 384-385). É dependente da política que se empreende no estudo comparado. Alan Watson, em manifestação contrária àquela, enuncia que “a razão para semelhanças e diferenças é descoberta somente por um estudo da história dos sistemas ou das regras”¹⁷⁶ (1993, p. 6). O autor, nesta asserção, agrega ao âmbito do Direito Comparado o conhecimento histórico.

A História permite conhecer a exatidão de fatos, vez que em oposição à memória, autoriza a descobrir a certeza e veracidade de fatos pretéritos, a crítica cerca de acontecimentos passados. Agregá-la ao Direito Comparado é relevante, auxilia a melhor compreensão nas inquirições acerca do desenvolvimento de sistemas jurídicos, porém, omite, de seu âmbito de atuação, outras inquirições, também relevantes ao Direito Comparado, como processos de unificação e harmonização do Direito. Alan Watson adverte que o “Direito Comparado é História Jurídica envolvida com o relacionamento entre sistemas. Mas não se pode tratar o Direito Comparado simplesmente como um ramo da História Jurídica”¹⁷⁷ (1993, p. 6).

¹⁷³ [...] the study of the relationship of one legal system and its rules with another (WATSON, 1993, p. 6).

¹⁷⁴ There is no point in comparing what is identical, and little point in comparing what has nothing in common (DANNEMANN, 2008, p. 384).

¹⁷⁵ [...] the proper balance between looking for similarities and for differences depends on the purpose of the comparative enquiry (DANNEMANN, 2008, p. 384-385).

¹⁷⁶ [...] the reasons for the similarities and differences, is discoverable only by a study of the history of the systems or of the rules (WATSON, 1993, p. 6).

¹⁷⁷ [...] Comparative Law is Legal History concerned with the relationship between systems. But one cannot treat Comparative Law simply as a branch of Legal History (WATSON, 1993, p. 6).

Em Harold C. Gutteridge há a ilação de que, no estágio inicial do estudo comparado, na escolha do objeto da comparação, deve-se ater às semelhanças. Segundo o autor “semelhante deve ser comparado com semelhante; os conceitos, regras ou instituições sob comparação devem relacionar ao mesmo estágio de desenvolvimento jurídico, político e econômico”¹⁷⁸ (1949, p. 73). Esta comparação, orientada, em estágio inicial, auxilia a prevenção contra “comparações ilusórias” (*ilussory comparisons*), na linguagem do autor. Os propósitos que fundamentam o empreendimento do estudo comparado, segundo a obra de Harold C. Gutteridge, tomam formas e nomenclaturas distintas que merecem atenção. São duas as manifestações do Direito Comparado: o Direito Comparado descritivo e o Direito Comparado aplicado. O primeiro destina-se “a uma análise das variações entre leis de dois ou mais países, e não é direcionada à solução de qualquer problema abstrato ou de natureza prática”¹⁷⁹ (1949, p. 8). O propósito dessa análise comparativa é prover informações, conhecimento. Ademais, “o objetivo primário do direito comparado, como para todas as ciências, é o conhecimento”¹⁸⁰ (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 15).

Em sentido oposto, o Direito comparado aplicado “não consiste em uma mera descrição das diferenças que existem entre os conceitos, regras ou instituições das leis sob análise, mas investiga mais fundo nas matérias com um propósito definitivo em vista”¹⁸¹ (GUTTERIDGE, 1949, p. 9). A finalidade concretiza-se em um estudo concreto, direcionado não apenas à formação do conhecimento, à contemplação e construção de laços de tolerância entre o doméstico e o estrangeiro. O Direito Comparado Aplicado é empregado na elaboração de pesquisas acadêmicas, no auxílio da atividade legiferante ou na promoção de processos unificadores ou harmonizadores do Direito, para citar alguns. Entretanto, salienta-se que o direito Comparado não é passível de fragmentação, vez que “a característica fundamental do direito Comparado, visto como um método reside no fato de ser aplicável a qualquer forma de pesquisa jurídica”¹⁸² (GUTTERIDGE, 1949, p. 10).

¹⁷⁸ Like must be compared with like; the concepts, rules or institutions under comparison must relate to the same stage of legal, political and economic development (GUTTERIDGE, 1949, p. 73).

¹⁷⁹ [...] to an analysis of variations between the laws of two or more countries, and is not directed to the solution of any problem either of an abstract or a practical nature (GUTTERIDGE, 1949, p. 8).

¹⁸⁰ The primary aim of comparative law, as of all sciences, is knowledge (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 15).

¹⁸¹ [...] it does not consist of a mere description of the differences which exist between the concepts, rules or institutions of the laws under examination, but probes more deeply into the matter with a definite purpose in view (GUTTERIDGE, 1949, p. 9).

¹⁸² The fundamental characteristic of comparative law, viewed as a method, lies in the fact that it is applicable to any form of legal research (GUTTERIDGE, 1949, p. 10).

O Direito Comparado, descritivo ou aplicado *prima, a priori*, na eleição de semelhanças, quanto aos objetos da análise para a posterior comparação. Faz-se esta eleição como requisito para prevenir “comparações ilusórias”. No procedimento empregado para a análise comparativa, deve-se, “averiguar o quanto estas diferenças são fundamentais ou meramente acidentais; em segundo lugar, deve determinar as causas oriundas de tais diferenças e as suas relações com a estrutura geral do sistema que compõem”¹⁸³ (GUTTERIDGE, 1949, p.). Este funda-se na persecução de diferenças entre os ordenamentos, conceitos ou regras em análise comparativa. Em sequencia, o investigador “deve examinar a operação das regras em prática em relação ao ambiente jurídico e social que cada sistema é chamado a operar”¹⁸⁴ (GUTTERIDGE, 1949, p. 9). Neste sentido, após realizada a comparação, verifica-se se o objeto jurídico comparado funcionaria no sistema ao qual pertence o outro objeto. O intuito de fazê-lo serve para demonstrar o quão diferente os objetos em apreço são. Certamente, ao dispor determinado conceito, regra ou lei em um contexto jurídico do qual não é original, demonstraria sua difícil aplicabilidade naquele e evidenciaria suas diferenças.

Valendo-se do critério da diferença no emprego do Direito Comparado, Pierre Legrand aduz que:

como resultado, o foco na diferença identifica uma prática, uma maneira, um estilo de pensar que permite em ingressar no comportamento, para implantar a propensão para agir de certa forma e obter uma modificação de consciência do jeito no qual o comparatista vê o mundo, ele mesmo e suas relações com os outros¹⁸⁵ (2011, p. 287).

Da ilação do autor, um dos atributos do Direito Comparado é a promoção de conhecimento, a observação das diferenças permite aprimorar os laços de tolerância entre os povos. O autor assevera que “o argumento é que, em efeito, a identidade requer a diferença para assumir o seu ser”¹⁸⁶ (2011, p. 263).

¹⁸³ [...] ascertain how far these differences are fundamental or merely accidental; secondly, He must determine the causes underlying such differences and their relation to the general structure of the system in which they arise (GUTTERIDGE, 1949, p. 9).

¹⁸⁴ [...] He must examine the operation of the rules having regard to the legal and social environment in which each of the systems is called upon to function (GUTTERIDGE, 1949, p. 9).

¹⁸⁵ At the outset, the focus on difference identifies a practice, a manner, a style of thinking which purports to engage behavior, to inculcate the propensity to act in a certain fashion and to obtain a modification of consciousness in the way the comparatist sees the world, himself and his relationships with others (LEGARND, 2011, p. 287).

¹⁸⁶ The fundamental argument is that in effect identity requires difference in order to assume its being (LEGRAND, 2011, p. 263).

Richard M. Buxbaum confere ao Direito Comparado a função de coordenação. Segundo o autor, “coordenação implica uma função horizontal; especificamente, aquela da adaptação de um direito estatal àqueles de outro estado formalmente igual”¹⁸⁷ (2009, p. 68). Sugere-se “a cooperação entre iguais em um sistema que é tanto hierárquico no sentido de estruturas estatais federais ou ramificadas como uma rede de soberanias formalmente iguais em uma estrutura sem uma autoridade central”¹⁸⁸ (2009, p. 68). Esta função acresce-se as demais acima citadas, uma vez que suas características não são conflitantes. Ademais, não se pode impor ao Direito Comparado uma *causa finalis*, um *telos*, o qual o justifica mediante uma única atribuição que desempenha. É dizer que o Direito Comparado existe porque serve à comparação, ou a construção de pontes entre ordenamentos jurídicos, ou como forma de auferir conhecimento. Todas estas funções compõem o conteúdo do estudo comparado, sem que uma exclua a outra.

O questionamento sobre a opção entre a busca por diferenças ou semelhanças é de relevante importância para o Direito Comparado, vez que esta disciplina lida com o diferente constantemente. Ademais, os efeitos da análise comparativa empregada segundo o critério da diferença tende a produzir resultados singulares e distintos das comparações elaboradas em razão do critério da semelhança. A opção entre, por exemplo, empreender uma análise comparativa entre o algum instituto do Direito inglês, como a doutrina da consideração, e a promessa no Direito brasileiro demonstra que, por aquele ser inglês e este brasileiro, *a priori*, por serem distintos, o resultado da análise tende a demonstrar diferenças. Demonstrar semelhanças, neste sentido, importaria em refutar a identidade dos entes dispostos na análise comparativa.

3.2 A PROCURA POR SEMELHANÇAS E O DIREITO COMPARADO FUNCIONAL

O Direito Comparado tomou forma de verdadeiro estudo no escopo jurídico no Primeiro Congresso de Direito Comparado, realizado em Paris, entre 31 de julho e 4 de agosto, no ano de 1900. A importância do congresso é tamanha à história do Direito

¹⁸⁷ Coordination implies a horizontal function; specifically, that of the adaptation of a state's laws to those of another formally equal state (BUXBAUM, 2009, p. 68).

¹⁸⁸ It suggests a cooperation of equals within a system that is either hierarchical in the sense of federal-state structures or networked as a web of formally equal sovereigns in a structure without a more or less authoritative center (BUXBAUM, 2009, p. 68).

Comparado que autores “consideram o local de nascimento do direito comparado¹⁸⁹ como conhecemos”¹⁹⁰ (FAUVARQUE-COSSON, 2008, p. 42). A agenda do evento voltava-se para a formação de um Direito Privado comum entre as nações. Konrad Zweigert e Hein Kötz asseveram que o evento “selou seu caráter com seu otimista e progressista desejo de unidade mundial, embora limitasse seu escopo, pela asserção de que somente coisas similares podem ser comparadas”¹⁹¹ (1998, p. 59).

A motivação principal do congresso e a que deflagrou estudo comparados futuros à sua realização basearam-se na persecução da unificação ou harmonização do Direito. Um dos resultados foi a construção de famílias jurídicas nas quais, “sistemas jurídicos inteiros, ou ao menos, grandes partes deles (notadamente: direito privado), são dispostos em diferentes grupos que eram denominados famílias”¹⁹² (DANNEMANN, 2008, p. 387). Agrupam-se os membros segundo suas características comuns, ou seja, segundo o critério da semelhança na análise comparada. As famílias jurídicas servem como critério na escolha do sistema jurídico a comparar-se:

se famílias jurídicas são categorizadas conforme diferenças entre famílias e semelhanças entre seus membros, macrocomparações¹⁹³ de membros de distintas famílias jurídicas tende a revelar diferenças, e macrocomparação entre membros da mesma família tende a revelar semelhanças¹⁹⁴ (DANNEMANN, 2008, p. 387-388).

¹⁸⁹ Neste sentido, Harold C. Gutteridge também ressalta a importância do evento à disciplina; “considerada por muitos como a ocasião na qual o direito comparado moderno originalmente surgiu” (1949, p. 18 – tradução livre). No texto original: “regarded by many as the occasion on which modern comparative law first came into being” (GUTTERIDGE, 1949, p. 18).

¹⁹⁰ [...] considered the birthplace of comparative law as we know it (FAUVARQUE-COSSON, 2008, p. 42).

¹⁹¹ [...] it also stamped its character with its optimistic and progressive pursuit of world unity, yet limited its scope, for its assumption that only similar things could be compared (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 59).

¹⁹² Entire legal systems, or at least large parts of them (notably: private law), are placed into different groups which are called “families” (DANNEMANN, 2008, p. 387).

¹⁹³ Os termos marco e microcomparações são empregados por Konrad Zweigert e Hein Kötz. O primeiro digna-se a ser empregado “para comparar o espírito e o estilo de diferentes sistemas jurídicos, os métodos de pensamento e os procedimentos usados” (1998, p. 4 – tradução livre) (no texto original: “to compare the spirit and style of different legal systems, the methods of thought and procedures they use”). Trata-se da comparação de conceitos amplos do Direito, como justiça, normas processuais e estilo de legislações, como codificações ou precedentes. Em oposição a este, as microcomparações “estão relacionadas a instituições ou problemas jurídicos específicos, ou seja, com as regras usadas para resolver problemas atuais ou conflitos específicos de interesses” (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 5 – tradução livre) (no texto original: “[...] has to do with specific legal institutions or problems, that is, with the rules used to solve actual problems or particular conflicts of interests” (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 5).

¹⁹⁴ If individual legal families are categorized according to differences between families and similarities amongst their members, macrocomparison of members of different legal families is

O movimento do Direito Comparado, no momento histórico delineado, dirigia-se à busca pela semelhança. Os estudos comparados, por vezes voltados à unificação ou harmonização do Direito, notadamente do Direito Privado, não somente visavam encontrar semelhanças, mas evidenciá-las, ademais, “unificar regras jurídicas só faz sentido se os problemas experimentados pelos sistemas jurídicos envolvidos são, ao menos, similares”¹⁹⁵ (DANNEMANN, 2008, p. 402). O corolário é o desenvolvimento de toda uma temática, no Direito Comparado, voltada à semelhança, ao seu emprego em análises como sendo o *tertium comparationis*, o chamado Direito Comparado Funcional.

No Direito Comparado funcional, Konrad Zweigert e Hein Kötz, advogam será funcionalidade o único princípio do Direito Comparado, segundo a premissa de que “incomparáveis não podem adequadamente serem comparados, e, no direito as únicas coisas que são comparáveis são aqueles que preenchem a mesma função”¹⁹⁶ (1998, p. 34). Toma-se, portanto, o critério funcional como *tertium comparationis* a ponto de alçá-lo como princípio fundamental do Direito Comparado. Este princípio decorre da asserção de que “o sistema jurídico de toda sociedade encara, essencialmente, os mesmo problemas, e os resolve por meios muito diferentes embora frequentemente com resultados semelhantes”¹⁹⁷ (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 34). Estabelece-se um *praesumptio similitudinis*.

O princípio da funcionalidade exclui análises comparativas fundadas na busca de diferenças, vez que estas, à conclusão do estudo comparado, segundo o Direito Comparado funcional são marginais, ou mesmo inexistentes. Os Estados, neste sentido, como elaboradores de normas jurídicas enfrentam problemas idênticos, como com que meios protegerem-se os contratos de eventual inadimplemento das partes, ou como tutelarem responsabilidade das partes perante atos extracontratuais. As respostas das inquirições serão idênticas ou muito semelhantes.

O questionamento requerido pelo Direito Comparado funcional é distinto de outras análises comparativas, vez que se preocupa pela função dos entes jurídicos em apreço, assim como, possui a certeza do resultado do estudo: ambos os Estados na análise disciplinam

likely to reveal differences, and macrocomparison of members of the same family is likely to reveal similarities (DANNEMANN, 2008, p. 387-388).

¹⁹⁵ Unifying legal rules make sense only if the problems experienced by the legal systems involved are at least roughly similar (DANNEMANN, 2008, p. 402).

¹⁹⁶ Incomparables cannot usefully be compared, and in law the only things which are comparable are those which fulfill the same function (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 34).

¹⁹⁷ [...] the legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 34).

determinado problema, ainda que com termos distintos, com os mesmos efeitos. Críticas a esta teoria surgem, incessantemente, devido ao seu caráter generalizador, universalista. A tese da funcionalidade, por exemplo, parece olvidar-se da consideração de elementos culturais dos Estados na formação de seus sistemas jurídicos. O argumento cultural em si não é singular, é plural, vez que há inúmeras culturas influenciando a elaboração de preceitos normativos.

Da crítica em consideração às culturas em face ao critério da funcionalidade, Konrad Zweigert e Hein Kötz asseveram que, perante o princípio da funcionalidade, “diferentes sistemas jurídicos conferem as mesmas ou bastante similares soluções, mesmo em detalhes, para os mesmos problemas da vida, apesar de grandes diferenças nos seus desenvolvimentos históricos, estrutura conceitual e estilo de operação”¹⁹⁸ (1998, p. 39). No rol de aparentes motivações para fundamentar a diferença entre os Estados dos quais se comparam os sistemas jurídicos, critérios econômicos podem, também, não ser capazes de afastar a *praesumptio similitudinis*, vez que se poderia concluir que todos os Estados, ao final, resolvem identicamente os mesmos problemas ocorrentes porque todos perseguem a eficiência. Neste sentido, Florian Faust aduz que “podemos provavelmente presumir que o aumento de riqueza é considerado um objetivo louvável em muitas, senão todas, as sociedades modernas”¹⁹⁹ (2008, p. 846). A ilação do autor tem pressupostos na análise econômica do Direito (*economic analysis of Law*), notadamente na análise econômica normativa do Direito na qual há a prescrição de que normas jurídicas devem evitar o uso errôneo dos recursos escassos, e, portanto, visar à eficiência.

Entretanto, a busca pela eficiência econômica, como critério utilizado à elaboração normativa, não explica as razões pelas quais Estados adotam, como sistemas jurídicos, o *common law*, como inspirado pelo Direito inglês, ou as codificações em matéria civil do Direito alemão. Se um destes modelos jurídicos é passível de auferir maior eficiência, porque todos os Estados não o adotam? Na resposta a esta inquirição, Florian Faust enuncia que “para alcançar o resultado desejado, um sistema jurídico escolherá os meios que mais facilmente integrem para poupar custos de transação”²⁰⁰ (2008, p. 846). A análise entre custos de oportunidade e benefícios, neste sentido, varia de Estado para Estado, pois os custos são singulares, são de conhecimento específico de cada ente elaborador de preceitos normativos,

¹⁹⁸ [...] different legal systems give the same or very similar solutions, even as detail, to the same problems of life, despite the great differences in their historical development, conceptual structure, and style of operation (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 39).

¹⁹⁹ We can probably presume that the increase of wealth is considered a worthwhile goal in most, if not all, modern societies (FAUST, 2008, p. 846).

²⁰⁰ [...] in order to achieve the desired result, a legal system will choose the means it can most easily integrate to save the transaction costs (FAUST, 2008, p. 846).

contudo, o produto final desta análise será, conforme o critério da funcionalidade, unânime entre estes Estados.

Nas diferenças acerca de elementos culturais que pertencem aos Estados cujos sistemas jurídicos comparam-se, segundo o princípio da funcionalidade, Konrad Zweigert e Hein Kötz reconhecem que há áreas na sociedade que, por se fundamentarem, em abundância, em aspectos morais, éticos históricos e culturais, cuja comparação desaconselha-se. Segundo os autores:

se deixarmos de lado tópicos que são muito impregnados por visões morais, ou valores, principalmente encontrados no direito de família e no direito das sucessões, e, concentrarmos naquelas partes do direito privado que são relativamente “despolitizados”, encontramos que, como regra geral, nações desenvolvidas respondem às necessidades da transação jurídica da mesma ou muito similar forma²⁰¹ (1998, p. 40).

No exposto pelos autores, conclui-se que a *praesumptio similitudinis*, o princípio da funcionalidade no Direito Comparado, não exclui a consideração das culturas, na qual se compreendem as visões éticas, morais e religiosas dos povos como por eles enunciadas. Poder-se-ia afirmar que a consideração de critérios culturais encontra-se em um estágio *a priori* na elaboração de estudos comparados, vez que primeiramente, afastar-se-iam ramos jurídicos deveras impregnados destes elementos das inquirições comparadas. Os autores não excluem a possibilidade de empreender análises comparativas com estes ramos jurídicos, mas, apenas desaconselha o seu uso, vez que discordaria com a *praesumptio similitudinis*. Consideram-se aspectos culturais apenas quando sobressaem, detêm maior evidência, nos ramos jurídicos. Michele Graziadei, em entendimento contrário assevera que “é a cultura jurídica como um todo que deve importar para propósitos comparativos, porque as regras jurídicas são impregnadas nas dimensões locais do direito, e seus significados dependem muito do contexto, ou seja nos padrões culturais nos quais pertence”²⁰² (2011, p. 110).

A *praesumptio similitudinis*, neste sentido, desconsidera o contexto no qual os elementos objetos do estudo comparado assentam-se, e, tal desconsideração é cara à

²⁰¹ [...] if we leave aside the topics which are heavily impressed by moral views or values, mainly to be found in family Law and in the law of succession, and concentrate on those parts of private law which are relatively “unpolitical”, we find that as a general rule developed nations answer the needs of the legal business in the same or in a very similar way (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 40).

²⁰² It is the whole legal culture that should matter for comparative purposes, because legal rules are embedded in the local dimensions of the law and their meaning depends largely on that context, that is, on the cultural patterns to which they belong (GRAZIADEI, 2011, p. 110).

integridade do estudo, vez que não há como desconsiderar o contexto, o conjunto de aparatos nos quais decorrem os fatos, as interpretações, dos quais é possível determinar os significados dos signos, das palavras empregadas.

O *tertium comparationis* do Direito Comparado funcional é a função comum de dois ou mais elementos jurídicos situados em ordenamentos jurídicos distintos. Entretanto, inquire-se o que é função? Há um significado comum, aplicável a todas as situações fáticas do vocábulo? O conceito de função é variável, está sujeito à interpretação, que, naturalmente, é impregnada de subjetividade. A compreensão do vocábulo está sujeita à interpretação condizente a determinado contexto. Ralf Michaels assevera que há, ao menos, sete conceitos distintos de funcionalismo e que o Direito Comparado vale-se de todos:

(1) finalismo, um funcionalismo neoristotélico baseado na teleologia inerente, (2) adaptacionismo, um funcionalismo evolucionário na tradição darwiniana, (3) funcionalismo clássico (Durkheimiano), (4) instrumentalismo, uma teoria normativa que utiliza o direito para a engenharia da sociedade, (5) funcionalismo refinado, um método funcionalista que repõe certos postulados do funcionalismo clássico com hipóteses empiricamente testadas, (6) funcionalismo epistemológico, uma epistemologia que foca nas relações funcionais em detrimento da ontologia das coisas, e, (7) funcionalismo equivalente, que constrói nestes conceitos mas enfatiza os aspectos não-teleológicos, não causais da relação funcional²⁰³ (MICHAELS, 2008, p. 344-345).

O Direito Comparado funcional, como acima versado, vale-se de todos estes conceitos, porém, ao adotar-se um deles, deflagram-se mudanças no resultado da análise comparada. A pluralidade de concepções do funcionalismo evidencia que inexistente um único Direito Comparado. Ralf Michaels enuncia que a nomenclatura Direito Comparado Funcional é uma impropriedade, vez que, “primeiro, não há um (“o”) método funcional, mas vários. Segundo, nem todos os métodos que alegam serem funcionais o são. Terceiro, alguns projetos que clamam aderência a ele nem, ao menos, seguem qualquer método reconhecido”²⁰⁴ (2008,

²⁰³ [...] (1) finalism, a neo-Aristotelian functionalism based on inherent teleology, (2) adaptationism, an evolutionary functionalism in a Darwinian tradition, (3) classical (Durkheimian) functionalism, explaining institutions through their usefulness for society, (4) instrumentalism, a normative theory of using law for social engineering, (5) refined functionalism, a functionalism, a functionalist method that replaces certain postulates of classical functionalism with empirically testable hypotheses, (6) epistemological functionalism, an epistemology that focuses on functional relations rather than on the ontology of things, and (7) equivalence functionalism, building on these concepts but emphasizing the non-teleological, non-causal aspect of functional relations (MICHAELS, 2008, p. 344-345).

²⁰⁴ First, there is no tone (“the”) functional method, but many. Second, not all allegedly functional methods are “functional” at all. Third, some projects claiming adherence to it do not even follow any recognizable “method” (MICHAELS, 2008, p. 342).

p. 342). Impera na tradição funcionalista do Direito Comparado verdadeira aversão à metodologia. Na obra de Konrad Zweigert e Hein Kötz há a citação de Gustav Radbruch, na qual “ciências que tem de se preocupar com suas próprias metodologias são ciências doentes”²⁰⁵ (*apud* ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 33).

A aversão ao método postulada no Direito Comparado funcional traz como corolário a adoção de pensamentos profundamente dirigidos à esfera pragmática, ou seja, as “disciplinas jurídicas substituíram a noção de um “método jurídico” específico com a ideia mais pragmática que “pensar como um advogado” significa redigir uma gama de diferentes disciplinas e métodos em um esforço intuitivo para resolver problemas”²⁰⁶ (KENNEDY, 2011, p. 347). A ilação do autor serve para demonstrar o câmbio de objetos para a análise comparativa segundo o critério da funcionalidade: opta-se por decisões judiciais em detrimento de preceitos normativos, aliás, como requer o princípio da funcionalidade, na qual há expresso que Estados, por enfrentarem os mesmo problemas fáticos, os resolvem de forma semelhante ou idêntica. Os meios para almejar tais soluções variam, mas as soluções são universais.

O Direito Comparado funcional volta-se à pragmática. A despeito da pluralidade de “métodos funcionais”, Ralf Michaels enuncia os elos comuns entre as variáveis. Conforme o autor, o “direito comparado funcional é factual, foca-se não em regras, mas nos seus efeitos, não em estruturas doutrinárias ou argumentos, mas em eventos”²⁰⁷ (MICHAELS, 2008, p. 342). Esta metodologia comparada, ademais, autoriza a identificação “de elementos básicos em jogo; como eles operam dentro de um sistema nacional determinado; a extensão das suas incompatibilidades ou compatibilidades; e como, no todo, elas podem influenciar a “plataforma comum”²⁰⁸ (MANKIWA, 2009, p. 345). As respostas, as soluções dos problemas fáticos residem nas decisões judiciais, vez que é a competência adjudicativa a responsável em provê-las.

A praesumptio similitudinis, entretanto, não torna o critério funcional ao Direito Comparado inoperante, ou ultrapassado perante novas concepções que criticam sua

²⁰⁵ [...] sciences which have to busy themselves with their own methodology are sick sciences (RADBRUCH *apud* ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 33).

²⁰⁶ [...] legal disciplines replaced the notion of a specific “legal method” with the more pragmatic Idea that “thinking like a lawyer” means drawing on a range of different disciplines and methods in an intuitive effort to solve problems (KENNEDY, 2011, p. 347).

²⁰⁷ [...] functionalist comparative law is factual, it focuses not on rules but on their effects, not on doctrinal structures and arguments, but on events (MICHAELS, 2008, p. 342).

²⁰⁸ [...]of the basic elements at play; how they operate within the selected national systems; the extent of their compatibility or incompatibility; and how, if all, they are likely to influence the “common platform” (MANKIWA, 2009, p. 345).

existência. Ademais, a universalidade intrínseca nesta presunção fundada na postulação da existência de problemas idênticos não implica necessariamente em respostas idênticas, é dizer, “a existência de uma solução comum não necessariamente implica a identificação de uma norma universalmente aceita”²⁰⁹ (MANKIWA, 2009, p. 345). Perante a pluralidade como característica da cultura jurídica pós-moderna, e, uma vez defendida os efeitos dela decorrentes do emprego de várias metodologias ao Direito Internacional Privado, o mesmo aplica-se ao Direito Comparado. Aplica-se o critério funcional para empreender determinados estudos e outros paradigmas comparados, como aqueles calcados na diferença para outros. Obtêm-se respostas àqueles e outras por estes. Importa em considerar que o emprego de paradigmas distintos no Direito Comparado não resulta em concluir que um é melhor ou mais vantajoso que o outro. Nenhum dos critérios importa na produção de análises mais ou menos verdadeiras.

3.3 O DIREITO COMPARADO NA PÓS-MODERNIDADE E O CRITÉRIO FUNCIONAL

O pluralismo e o fim da crença em soluções universais, como acima expostos, caracterizam a cultura jurídica pós-moderna, a qual recai em todas as ramificações daquele. O Direito internacional Privado deixa o atávico império metodológico multilateralista para considerar outras manifestações técnicas, como a metodologia indireta e o emprego de normas de aplicação imediata. A produção legislativa estatal cede espaço às normas de fonte internacional, como as convenções internacionais, ou outras oriundas da produção regional, proveniente dos blocos de integração. Inexiste, portanto, a primazia de um método sobre o outro, no intuito da busca de um método verdadeiro, que forneça aos respectivos aplicadores a máxima justiça. Inexiste perfeição ou a busca incessante pela verdade. Conclui-se que há métodos que atendem melhor a determinadas matérias que outros. Neste sentido, o mesmo aplica-se ao Direito Comparado fundado no critério funcional. A funcionalidade não é o único princípio do Direito Comparado, tampouco, singular paradigma da análise comparativa.

A pluralidade metodológica no Direito Comparado importa em questionar “se, em um contexto global caracterizado pelo declínio do Estado nação, ou ao menos, pelo reestabelecimento do conceito de soberania estatal e produções novas e policêntricas formas

²⁰⁹ The existence of a common solution does not necessarily imply the identification of a universally acceptable rule (MANKIWA, 2009, p. 345)

de normas, a comparação jurídica é ainda um projeto sustentável”²¹⁰ (WATT, 2008, p. 583). A resposta é afirmativa, o Direito Comparado é, ainda, um meio viável de análise perante as transformações ocasionadas na pós-modernidade, em face ao acirramento das transformações oriundas do processo de globalização. As mudanças advogadas referem-se ao seu conteúdo, vez que não se pode restringir às matérias pertencentes ao Direito Privado, como antigamente defendido. Novas espécies normativas, oriundas de instituições exteriores ao Estado, podem ser também, objeto de estudos empreendidos pelo Direito Comparado.

Erik Jayme elenca algumas teses para a concepção de um Direito Comparado Pós-moderno. Segundo o autor, o Direito Comparado, inserido na modernidade, “perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsame*), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito do mundo” (2003, p. 116). Neste encontram-se os projetos de unificação do Direito produzidos notadamente no início do século XX, na Conferência sediada em Paris. O objetivo era, necessariamente, erradicar a diferença, por motivações diversas, como política, no intuito claro de evitar conflitos, ou econômicos, em prol da facilitação do comércio internacional. Face ao fim do mito universalista, o autor assevera que “o direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterscheide*)” (2003, p. 116). O autor, entretanto, incorre no mesmo paradigma defendido por concepções passadas, vez que ao optar pela diferença importa na exclusão da busca por semelhanças. A procura por semelhanças não resulta, todavia, no desprezo à tolerância.

Em sentido oposto àquele autor, Bernhard Grossfeld assevera que “não devemos no direito comparado primeiramente e, antes de mais nada, fixar-nos nas “diferenças”, e mesmo exagerá-las ao exótico”²¹¹ (2005, p. 12). Conforme o autor, “é mais importante perceber semelhanças. Elas formam “pontes” interculturais, permitindo acordos através das pontes”²¹² (2005, p. 12 – tradução livre). A construção cognitiva destas “pontes” entre sistemas jurídicos diversos, provenientes de Estados com culturas distintos, atende à característica na pluralidade na cultura jurídica pós-moderna. Ademais, “se seguirmos totalmente as diferenças, distorcemos a imagem. O direito comparado primeiramente e, antes

²¹⁰ [...] whether, in a global context characterized by the decline of the nation state, or at least the resettling of the concept of state sovereignty, and producing novel polycentric forms of normativity, legal comparison is still a sustainable project (WATT, 2008, p. 538).

²¹¹ We must not in comparative law first and foremost fix on “differences”, and even exaggerate them as “exotic”.

²¹² It is more important to perceive commonalities. They form intercultural “bridges”, enabling agreement across borders (GROSSFELD, 2005, p. 12).

de mais nada, deve primar pela “busca de pontes” e “construção de pontes”²¹³ (GROSSFELD, 2005, p. 12).

Erik Jayme, em prosseguimento às teses desenvolvidas, enuncia que “enquanto o direito comparado moderno queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas (*Rechtssätze*), o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro (*dem Flüchtigen*)” (2003, p. 116). Na ilação do autor tem-se demonstrado, por exemplo, o abandono do emprego de deduções e induções, tanto usado pelos pandecistas no século XIX, que por aqueles meios extraíam premissas que reclamavam cumprimento universal. Entretanto, o Direito não é universal, tampouco as espécies normativas idênticas nos diversos Estados. A asserção de que o Direito Comparado pós-moderno fundamenta-se no que é passageiro permite melhor análise dos transplantes jurídicos, pois estes podem identificar determinado período histórico, no qual, dada certa circunstância, diferentes Estados decidiram adotar normas semelhantes inspirados no modelo normativo de outro Estado.

O autor acima expõe uma terceira premissa na sua tese acerca do Direito Comparado, segundo a qual “o objeto de pesquisa de direito comparado atual deveria ser a diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura de pensamento pós-moderno (*postmoderne Werte und Denkstrukturen*)” (2003, p. 166). Do exposto, a *praesumptio similitudinis* serviria de resposta à busca teorizada pelo autor, vez que se poderia afirmar que os Estados respondem de maneira idêntica ou muito semelhante aos valores e à estrutura do pensamento pós-moderno, ou se afastaria a *praesumptio similitudinis* do Direito Comparado funcional, mas, se valeria do *tertium comparationis* funcional. Este é o dilema atual enfrentado pelo Direito Comparado funcional na pós-modernidade, ou seja, se inquire o abandono ou não da *praesumptio similitudinis*.

O Direito Comparado funcional tem sido muito empregado nos projetos de unificação e harmonização do Direito, em suas várias manifestações. Nos Princípios do Direito Contratual Europeu, projeto liderado pelo professor Ole Lando, tem-se que a comissão do alvitre “tem usado o enfoque funcional para decidir que tópicos incluir nos Princípios”²¹⁴ (2000. p. xxv – tradução livre). O resultado do emprego do enfoque funcional é que os “Princípios abraçam regras que em alguns sistemas jurídicos são consideradas como parte do direito da responsabilidade civil extracontratual ou do direito de restituição quando as regras

²¹³ If we total up the differences, we distort the picture. Comparative law first and foremost must be “bridge seeking” and “bridge building” (GROSSFELD, 2005, p. 12).

²¹⁴ [...] has taken a functional approach in deciding which topics to be included in the principles (LANDO; BEALE, 2000, p. xxv).

em questão são intimamente relacionadas a matérias contratuais coberta pelos Princípios”²¹⁵ (LANDO; BEALE, 2000, p. xxv). Responsabilidade civil extracontratual e contratos são institutos jurídicos distintos cujos conceitos variam entre diferentes Estados. Tal variação permite ao Direito Comparado funcional, através do emprego do *tertium comparationis* funcional determinar, com maior grau de aproximação o papel que determinado instituto jurídico possui em relação a outro. O que se considera responsabilidade civil extracontratual em determinado Estado é classificado como matéria contratual em outro, ou, o que é requisito formal em algum Estado, é elemento de validade de negócio jurídico em outro. Katharina Boele-Woelki, na Comissão sobre o Direito de Família Europeu, vale-se do Direito Comparado funcional, igualmente, para harmonizar o Direito de Família na União Europeia. Segundo a autora, no processo harmonizador, “o primeiro passo é seleccionar as áreas do direito de família que são mais suscetíveis de harmonização. O segundo passo é esboçar um questionário que atue sob o enfoque funcional”²¹⁶ (2010, p. 165). Nestes termos, conforme este enfoque, “questionamentos são feitos em termos puramente funcionais, sem qualquer referência aos conceitos de um sistema jurídico específico, então, pergunta-se qual é o problema que determinado instituto visa retificar”²¹⁷ (BOELE-WOELKI, 2010, p. 165).

Os projetos acima apresentados, que se valem do emprego do Direito Comparado Funcional, demonstram utilizar apenas o *tertium comparationis* funcional, ou seja, olvidam-se da *praesumptio similitudinis*. Neste sentido, cabe inquirir se é possível afastar a *praesumptio* e mesmo assim manter certa integridade do Direito Comparado funcional. É dizer, sem a *praesumptio similitudinis*, o Direito Comparado funcional conseguiria manter sua característica de funcionalidade?

Advogar o afastamento da *praesumptio* é uma possibilidade para reiterar o emprego do Direito Comparado funcional. Jaakko Husa assevera uma versão moderada do funcionalismo, ou seja, “uma posição que aceite as limitações inerentes do funcionalismo no

²¹⁵ [...] Principles embrace rules which in some legal systems are considered to form part of the law of torts or the law of restitution when the rules in question are closely linked to issues in contract covered by the Principles (LANDO; BEALE, 2000, p. xxv).

²¹⁶ The first step is to select the fields of family law that are most suitable for harmonization. The second step is to draft a questionnaire which proceeds from the functional approach (BOELE-WOELKI, 2010, p. 165).

²¹⁷ [...] questions are posed in purely functional terms without reference to the concepts of a special legal system, thus asking what is the underlying problem that a certain legal provision aims to redress (BOELE-WOELKI, 2010, p. 165).

direito comparado, mas, que o considere uma forma legítima de direito comparado”²¹⁸ (2010, p. 2).

Outros autores asseveram que não se pode afastar a *praesumptio similitudinis*, vez que esta compõe a história do próprio Direito Comparado funcional. A *praesumptio* foi desenvolvida após a Segunda-Guerra mundial na tentativa de diminuir a existência de diferenças profundas entre os ordenamentos jurídicos, cujas consequências no plano social levariam a repetir conflitos passados. Neste sentido, Ralf Michaels, na defesa do emprego da *praesumptio similitudinis*, assevera que:

o que é presumido ser similar não é as instituições jurídicas, nem os problemas a serem resolvidos por eles e a necessidade das sociedades para lhes responderem, mas a relação funcional entre problemas e soluções: se uma sociedade possui certo problema *a*, deve haver uma instituição jurídica *y*, e diferentes soluções para *a* são funcionalmente equivalentes (2008, p. 371).

O autor, assim como na tese de Jaakko Husa, faz uma releitura do Direito Comparado funcional, notadamente de sua *praesumptio similitudinis*, tornando sua aplicação possível. Ademais, seu emprego no Direito Internacional Privado, quando da aplicação de determinado Direito estrangeiro é de relevante auxílio. Propõe a tolerância do Direito estrangeiro, assim como, sua aceitação prática. No processo de qualificação, uma *questio iuris* pode ser considerada como matéria de forma segundo determina certo Direito estrangeiro, mas funcionalmente ser requisito de validade para a celebração de negócio jurídico. Os efeitos à relação jurídica são diversos.

Do exposto, tem-se que o valor e importância da pluralidade acarreta, inevitavelmente, manifestações atenuadas ou reformadas do Direito Comparado funcional e da *praesumptio similitudinis*. Não se trata, obviamente, do único princípio ou única forma de manifestação legítima do Direito Comparado. Trata-se apenas de uma ferramenta dentre outras a serviço do auxílio em estudos jurídicos comparados e ao Direito Internacional Privado.

²¹⁸ [...] a tolerant position accepting the inborn limitations of functionalism in comparative law but considering it as a legitimate form of comparative law (HUSA, 2010, p. 2).

4 A UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais, em matéria de Direito Internacional Privado, conformam a principal fonte informadora desta disciplina. A celebração destes institutos jurídicos é, paulatinamente, frequente e tendem a versar sobre os dois departamentos do Direito Internacional Privado: a determinação do direito aplicável em uma relação jurídica privada descontínua ou heterogênea e o denominado Direito Processual Civil Internacional, a dimensão processual deste ramo jurídico. Da classificação das fontes informadoras do ramo jurídico em apreço, em Direito Internacional Privado interno, convencional, institucional e transnacional, os acordos internacionais encontram-se presentes nos três últimos. O elo comum que une estes instrumentos jurídicos reside na sua intenção: unificar ou harmonizar o Direito Internacional Privado. Embora tal intenção seja comum, os efeitos entre se optar pela unificação e harmonização deflagram resultados distintos, concebendo-se que os vocábulos possuem acepções distintas. A intenção comum revela-se na construção de pontes entre sistemas jurídicos, em matéria de Direito Internacional Privado, díspares. Trata-se da elaboração de entendimentos ou disposições semelhantes ou idênticas sobre as matérias pertinentes ao Direito Internacional Privado.

A harmonização é, antes de qualquer análise, uma palavra, passível de inúmeras acepções e não restrita ao mundo jurídico. O vocábulo, talvez, seja o fim último do Direito, notadamente nos procedimentos de adjudicatura em que se busca conciliar, fazer retornar a harmonia que havia antes entre as partes litigantes. O termo é empregado e acrescido conteúdo técnico, por exemplo, na música. Arnold Schoenberg assevera sê-la “o ensino dos complexos sonoros (acordes) e de suas possibilidades de encadeamento, tendo em conta seus valores arquitetônicos, melódicos e rítmicos e suas relações de equilíbrio” (2001, p. 49). Trata-se da combinação vertical de sons que comporão uma obra musical, e, logo, se opõe ao estudo do contraponto, ou seja, “o ensino da condução artística das vozes tendo em conta a combinação motívica (e, eventualmente, o ensino das “formas contrapontísticas”)” (2001, p. 49). Em síntese, o primeiro ocupa-se do estudo vertical dos sons, e, o segundo, com a condução linear, horizontal, destes sons. É perceptível, na música, a preocupação de estruturas harmônicas obedecerem critérios de consonância²¹⁹ e dissonância²²⁰. Por vezes

²¹⁹ O Dicionário de Música Grove expressa que por consonância entende-se “acusticamente, a vibração concordante de ondas sonoras de diferentes frequências, relacionadas entre si pelas razões

opera-se em um movimento mecânico involuntário, no qual ao verificar a tensão de uma dissonância necessita-se, após, resolvê-la na tranquilidade da consonância. Entretanto, tais expressões, “usadas como antíteses, são falsas. Tudo depende, tão somente, da crescente capacidade do ouvido analisador em familiarizar-se com os harmônicos mais distantes, ampliando o conceito de “som eufônico, suscetível de fazer arte” (SCHOENBERG, 2001, p. 58-59).

Do exposto sobre a harmonia em relação à música, inquire-se que lições podem ser aprendidas pelo Direito? Questiona-se se o vocábulo harmonia possui concepções no todo dispares entre Música e Direito. A resposta é negativa para esta inquirição. Da harmonia, em sua concepção musical, serve ao Direito por requerer que se estudem institutos em relação vertical. Como na música sobrepõem-se um som ao outro para construir relações harmônicas, no Direito sobrepõem-se uma convenção internacional ou outro instrumento jurídico sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, relação na qual, o conjunto produz a harmonia. Todavia, o resultado desta sobreposição, nem sempre será consonante. Os conceitos do que é consonante ou dissonante, entretanto, são sobrecarregados de subjetividade, e para o Direito, importa no emprego do Direito Comparado com o intuito de analisar, pormenorizadamente, as dissonâncias e consonâncias que há no Direito. A dissonância nas relações dos institutos jurídicos, ademais, nem sempre, é prejudicial. Conhecê-las implica em preservar a tolerância do Direito estrangeiro, e, pelo Direito Comparado, reconhecer as características que tornam um ordenamento jurídico único.

4.1 UNIFICAÇÃO E HARMONIZAÇÃO: CONCEITOS DISTINTOS

O Direito uniforme, em sua acepção jurídica, como afirma Jacob Dolinger, trata-se de uma forma “espontânea, que ocorre quando coincidem os direitos primários de dois ou mais ordenamentos, seja natural e casualmente, seja porque têm a mesma origem, ou porque sofreram influências idênticas” (2008, p. 31), ou, “quando países adotam sistemas jurídicos clássicos total ou parcialmente” (2008, p. 31). Neste não se verificam negociações internacionais em prol da adoção de disposições normativas semelhantes ou idênticas, porém, implica na observação de influências comuns, vez que, nenhum ordenamento jurídico nasce

de números inteiros, grafados em corpo pequeno; perceptivamente, a harmonia sonora de duas ou mais notas juntas” (1994, p. 216).

²²⁰ Por dissonância compreende-se “duas ou mais notas soando juntas e formando uma discordância, ou um som que, no sistema harmônico predominante, é instável e precisa ser resolvido em uma consonância” (GROVE, 1994, p. 269)

isolado do conteúdo de outro sistema jurídico. O Direito uniformizado, em oposição ao Direito uniforme, segundo a concepção de Jacob Dolinger, “resulta de esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional” (2008, p. 33). A escolha das nomenclaturas pelo autor já demonstra a distinção, de forma clara, entre os institutos. No Direito uniforme, o segundo termo é empregado como adjetivo e, portanto, demonstra o que o Direito é: os Direitos são idênticos. Na segunda nomenclatura – Direito uniformizado – o vocábulo Direito é acompanhado também por um adjetivo, porém, que denota algo que se tornou, que se transformou: o Direito foi, por algum procedimento, uniformizado, transformado em sistemas semelhantes. O Direito Internacional Privado é, neste sentido, algo *a posteriori*, produto de algum procedimento realizado.

Em Jacob Dolinger não há emprego do termo harmonização ou unificação, apenas Direito uniforme e uniformizado. Gerhard Dannemann, em oposição, emprega o vocábulo unificação como espécie de harmonização. Segundo o autor:

em algum tempo durante o final do século XIX, ainda quando a última das grandes codificações nacionais eram estatuídas, a atenção de um grande número de advogados comparatistas focava-se em um novo objetivo, notadamente, a harmonização dos direitos nacionais através do processo de unificação (DANNEMANN, 2008, p. 386)²²¹

A harmonização, todavia “pode se enfocar em diferentes ângulos. Em primeiro termo cabe considerar que este conceito não exclui necessariamente o de unificação. Entretanto, o primeiro é mais flexível que o outro”²²² (2009, p. 44). Não se impede, portanto, que o Direito harmonizado, ou uniformizado, fruto do esforço comum, torne-se uniforme, comum. A uniformização, entretanto, “requer que normas de idêntico conteúdo rejam em todos os Estados Partes”²²³ (2009, p. 44). As ilações do autor conformam-se com as proferidas por Katharina Boele-Woelki, que reconhece o emprego dos vocábulos como sinônimos, ou na qual o uso de um não exclui o do outro. Segundo a autora, tem-se que uma “avaliação recente do uso da linguagem através de uma revisão da literatura relevante provê duas conclusões:

²²¹ At some time during the late nineteenth century, just when the last of the great national codifications were being undertaken, the attention of a growing number of comparative lawyers focused on a new goal, namely the harmonization of national laws through a process of unification (DANNEMANN, 2008, p. 386).

²²² [...] puede enfocársela desde diferentes ángulos. En primer término cabe considerar que este concepto no excluye necesariamente el de unificación. Empero, el primero es más flexible que el segundo (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 44).

²²³ [...] involucra que normas de idéntico contenido rijan en todos los Estados Partes. (2009, p. 44).

primeiro, ele revela um uso vago das expressões “unificação” e “harmonização” dos direitos”²²⁴ (2009, p. 33). Em segunda análise, “a expressão “harmonização” serve para disfarçar o processo de “unificação”, uma referência a qual é evitada devido a sua relevância política”²²⁵ (2009, p. 33). Neste sentido, demonstra-se que, embora o texto convencional internacional ou outro instituto do *soft law* contemplem o vocábulo harmonização, a intenção pode ser contrária, e, se revela na unificação, que, parece atuar mediante atuações políticas fundadas na imposição compulsória de determinado instituto jurídico. Nesta hipótese, institutos jurídicos comuns não são adotados espontaneamente, como preceitua Jacob Dolinger, no Direito Uniforme, mas por imposição forçosa de um ou grupo de Estados ou alguma organização internacional. A espontaneidade exposta pelo autor na uniformidade do Direito, ademais, revela-se débil, vez que os Estados tendem a adotar prescrições normativas idênticas fundamentadas por motivações econômicas ou por imposição de outro estado. Por vezes, não raro, as motivações econômicas são fruto de imposições estrangeiras.

Katharina Boele-Woelki, entretanto, além de demonstrar como ocorre o emprego das terminologias em análise, advoga que “os dois termos indicam diferentes desenvolvimentos, objetivos e resultados”²²⁶ (BOELE-WOELKI, 2009, p. 33). A unificação requer a adoção de institutos jurídicos idênticos e, os métodos para empreendê-la distinguem-se da harmonização. Neste sentido, Harold C. Gutteridge assevera que o termo “denota o processo pelo qual regras conflitantes de dois ou mais sistemas de direito são trocadas por uma só regra”²²⁷ (1949, p. 154). Este aduz, ainda, que o vocábulo unificação pode ser empregado para “indicar o expediente de elaboração de regras internacionais para avançar o propósito de antecipar conflitos que podem surgir se vários estados legislassem independentemente para solver uma situação de caráter inédito e sem precedentes”²²⁸ (1949, p. 154). O fim último da unificação é tornar prescrições normativas idênticas no intuito claro de por termo aos conflitos que haviam na disparidade. Em outras palavras, é tornar o diferente igual.

²²⁴ [...] recent evaluation of the use of language through a review of relevant literature provides two insights: firstly, it reveals a vague usage of the expressions “unification” and “harmonization” of laws” (BOELE-WOELKI, 2009, p. 33).

²²⁵ [...] the expression “harmonization” serves to disguise the process of “uniformization”, a reference to which is avoided due to political relevance (BOELE-WOELKI, 2009, p. 33).

²²⁶ [...] the two terms indicate different developments, objectives and results (BOELE-WOELKI, 2009, p. 33).

²²⁷ [...] denote the process by which conflicting rules of two or more systems of law are replaced by a single rule (GUTTERIDGE, 1949, p. 154).

²²⁸ [...] to indicate the expedient of framing international rules in advance for the purpose of anticipating conflicts which might arise if several states were to legislate independently in order to meet a situation of a novel and unprecedented character (GUTTERIDGE, 1949, p. 154).

As ferramentas para a persecução da unificação e harmonização distinguem-se. Katharina Boele-Woelki enuncia que “a unificação do direito privado material é predominantemente alcançado por Convenções internacionais. O mesmo aplica-se às matérias de direito internacional privado”²²⁹ (2010, p. 34).

Ocorre que para almejar a unificação, as convenções firmadas entre os Estados devem observar o processo pleno de celebração (distinto, pois, dos tratados internacionais em forma simplificada, em que se prescinde de apreciação e aprovação parlamentar), vez que os órgãos parlamentares deverão aprovar o texto convencional e incorporá-lo no Direito doméstico. A unificação requer reforma legislativa interna, ou seja, “para alcançar a uniformidade é necessário que os legisladores nacionais façam concessões recíprocas”²³⁰ (ASSER, 1880, p. 8). Na União Europeia, outro instituto pode ser empregado para a persecução da unificação do Direito: o Regulamento²³¹. Entretanto, compete salientar que a unificação pode ser empregada de diversas formas, em relação a uma completa ou incompleta adoção de preceitos normativos idênticos.

O procedimento em prol da unificação pode consistir na “seleção de uma regra de um ou outro dos sistemas conflitantes e sua adoção para os demais, ou, pode resultar no abandono das regras existentes e na formulação de regras inteiramente novas”²³² (GUTTERIDGE, 1949, p. 154). A opção por unificações completas ou incompletas reside nas intenções políticas dos Estados envolvidos. Desta classificação em completa ou parcial deflagra-se outra, como corolário lógico, a classificação conforme unificação bilateral ou multilateral. Nos projetos de unificação bilaterais “estão restritos aos direitos de dois países, enquanto que a unificação multilateral é confinada aos direitos de vários países”²³³

²²⁹ The unification of substantive private law is predominantly achieved by international Conventions. The same applies to matters of private international law (BOELE-WOELKI, 2010, p. 34).

²³⁰ Pour aboutir à l’uniformité, Il est nécessaire que les législateurs nationaux se fassent des concessions réciproques (ASSER, 1880, p. 8).

²³¹ O Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de dezembro de 2000 – Bruxelas I -, na União Europeia, no “considerando” n.º 2, expõe que “certas disparidades das regras nacionais em matéria de competência judicial e de reconhecimento de decisões judiciais dificultam o bom funcionamento do mercado interno. São indispensáveis disposições que permitam **unificar as regras de conflito**, bem como simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápidos e simples das decisões proferidas nos Estados-Membros abrangidos pelo presente regulamento” (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

²³² [...] selection of a rule from one or another of the competing systems and its adoption by the rest, or, it may result in the abandonment of the existing rules and the formulation of entirely new rules (GUTTERIDGE, 1949, p. 154).

²³³ [...] is confined to the laws of two countries, whilst multilateral unification embraces the laws of several countries (GUTTERIDGE, 1949, p. 154).

(GUTTERIDGE, 1949, p. 154). Embora as diferenças entre ambas pareçam marginais, os efeitos não são.

Na unificação bilateral o esforço para unificar preceitos normativos reside na vontade comum destes dois Estados, facilmente alcançável e cujos esforços em estudos comparativos se dão entre duas ordens jurídicas, que, na maioria das hipóteses, não apresentam diferenças radicais nos ordenamentos jurídicos. A construção de uma ponte para circulação comum entre estes dois ordenamentos não é tarefa árdua. Entretanto, na unificação multilateral, os esforços podem ser maiores. O exemplo é a União Europeia. Projetos de unificação do Direito privado material ou do Direito Internacional privado devem, impreterivelmente, considerar as divergências havidas entre os diversos ordenamentos jurídicos que a compõem – no Reino Unido, somente, são três.

Aos projetos de unificação multilateral, geralmente, seguem alvitre para a formação de tribunais especializados, muitos com competência supranacional. Katharina Boele-Woelki enuncia, que, para resultados mais concretos e objetivos em prol da unificação jurídica, “preferencialmente, em situação ótima, Estados que estão vinculados pelo direito uniforme poderiam ter concedido a uma corte supranacional, a autoridade de tomar decisões finais em casos de diferentes interpretações e aplicações das regras unificadas”²³⁴ (2009, p. 34-35 – tradução livre). A Corte Europeia de Justiça é um claro exemplo. Todavia, nos inúmeros blocos integracionistas, estas cortes inexistem, e, “magistrados são somente lembrados que, na interpretação do direito uniforme, deve-se dar consideração ao seu caráter interno e à necessidade para promover uniformidade na sua aplicação”²³⁵ (BOELE-WOELKI, 2009, p. 35).

A unificação pode empreender-se de forma inteira ou parcial. Na primeira, “vários sistemas relacionados abandonam suas regras nacionais para adotar regras uniformes para todos os propósitos”²³⁶ (GUTTERIDGE, 1949, p. 154). Nas unificações parciais, entretanto, “cada sistema retém suas próprias regras no propósito de adjudicação em disputas de caráter doméstico, e confina a aplicação das regras unificadas para disputas que

²³⁴ Preferably, in the optimum situation, States which are bound by uniform law would have granted to a supranational court the authority to take the final decisions in cases of different interpretations and applications of the unified rules” (BOELE-WOELKI, 2009, p. 34-35).

²³⁵ [...] adjudicators are only reminded that, in the interpretation of uniform law, consideration is to be given to its international character and to the need to promote uniformity in its application (BOELE-WOELKI, 2009, p. 35).

²³⁶ [...] the various systems concerned abandon their national rules and adopt the unified rules for all purposes (GUTTERIDGE, 1949, p. 154).

contemplem algum elemento estrangeiro”²³⁷ (GUTTERIDGE, 1949, p. 154). A distinção taxonômica de ambas as unificações é de relevante importância ao Direito Internacional Privado. Não se tratam, as unificações parciais, em projetos de unificação ou criação de direito de *extranjería*, ou das prescrições normativas que zelam pela condição jurídica do estrangeiro, vez que não lhes são outorgadas prerrogativas especiais no Direito interno e que, tampouco, como exposto em capítulo precedente, conformam o âmago do Direito Internacional Privado. As normas unificadas na classificação parcial criam regras de Direito Internacional Privado, vez que, visam, na maioria dos casos, distinguir relações jurídicas pertencentes ao Direito doméstico e outras destinadas às relações jurídicas espacialmente dispersas. Cita-se, a título de exemplificação, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 1994, segundo o seu Art. 1º, “o presente Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares – pessoas físicas ou jurídicas”, conforme a alínea “a”, “com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção” (MERCOSUL, 1994).

Da uniformização jurídica compreendida como a adoção de institutos jurídicos idênticos e alcançada mediante verdadeira reforma jurídica, depende-se conceito distinto de harmonização do Direito. Katharina Boele-Woelki enuncia que “regras similares indicam que as leis dos sistemas jurídicos em uma área específica estão em harmonia uns com os outros. As diferenças são reduzidas ao mínimo e menos declaradas”²³⁸ (2009, p. 35). A intenção funda-se na reconciliação de institutos jurídicos entre ordenamentos jurídicos pertencentes a Estados distintos, em caráter positivo, ou, em caráter negativo, em evitar conflitos entre ordenamentos jurídicos. A autora assevera que “diferentes instrumentos são usados para alcançar a harmonização do direito: leis modelo, *Restatements*, princípios ou regras”²³⁹ (2009, p. 35). No escopo do modelo de integração europeu, atenção é dada às Diretivas para almejar a harmonização jurídica.

²³⁷ [...] each system retains its own rules for the purpose of adjudication in disputes of a domestic character, and confines the application of the unified rules to disputes containing some foreign element (GUTTERIDGE, 1949, p. 154).

²³⁸ Similar rules indicate that the laws of the legal systems in a specific area are in harmony with each other. The differences are reduced to a minimum and are less pronounced (BOELE-WOELKI, 2009, p. 35).

²³⁹ Different instruments are used to achieve the harmonization of law: Model Laws, Restatements and Principles or Rules (BOELE-WOELKI, 2009, p. 35).

4.2 A UNIFICAÇÃO JURÍDICA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

No âmbito do Mercosul é conhecida a tese em prol da unificação do Direito, notadamente do Direito Internacional Privado. É algo que aprimoraria os laços integracionistas existentes e eliminariam divergências jurídicas dentro do bloco. Entretanto, a integração *per se*, que compreende a unificação, remota ao passado, nas tentativas infrutíferas dos movimentos libertadores da América Latina. Diogo P. Fernández Arroyo salienta que “a integração sempre foi também um *desideratum* americano. Todos os nomes da independência brigaram por ela. Bolívar, San Martín, Artigas, O’Higgins, Martí”²⁴⁰ (2005, p. 96). A integração deve ser precedida por estudos racionais, motivados pelo progresso, contudo, orientados na harmônica convivência entre os povos que a compõem, vez que uma das liberdades pela qual se pleiteia é a liberdade de circulação de pessoas em seu escopo geográfico.

O fim principal dos movimentos de integração regional fundam-se em argumentos econômicos. O Mercosul, no tratado que o institui, o Tratado de Assunção de 1991, consagra, no rol expositivo dos motivos, “considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social” (MERCOSUL, 2012, p. 1). Os Estados, envolvidos no projeto integracionista, como assevera Eduardo Biacchi Gomes, “sempre buscarão determinados elementos afins para, conjuntamente, obter maiores vantagens do que teriam se agissem isoladamente” (2005, p. 33). Neste sentido, para a persecução do desenvolvimento econômico necessita-se do aprimoramento jurídico, e estes só podem ser almejados, como afirmado pelo autor, pela busca de elementos afins, ou seja, mediante o emprego de estudos fundados no método comparado. Unifica-se ou harmoniza-se o Direito, ou áreas dele, para alcançar o desenvolvimento esperado.

Erik Jayme enuncia que “nas comunidades regionais tais como a Comunidade Europeia ou o Mercosul, o direito tem que servir à integração e a manter iguais condições dentro do mercado comum”²⁴¹ (2003, p. 21). O Direito, neste sentido, é posto como

²⁴⁰ [...] la integración siempre fue también un *desiderátum* americano. Todos los pronombres de la independencia bregaron por ella. Bolívar, San Martín, Artigas, O’Higgins (ARROYO, 2005, p. 96).

²⁴¹ En las comunidades regionales tales como la Comunidad Europea o el MERCOSUR, el derecho tiene que servir a la integración y a mantener iguales condiciones dentro del mercado común (JAYME, 2003, p. 21).

instrumento da integração, como ferramenta para alcançar seus objetivos²⁴². A unificação do Direito Internacional Privado, neste sentido, mostra-se fundamental. Uma vez que nos projetos de integração almejam-se as liberdades de circulação de bens, serviços e indivíduos, devem ser impreterivelmente auxiliados pela livre circulação de decisões, judiciais ou extrajudiciais, assim como pelo igual tratamento das normas indiretas, que indicam, nas relações privadas como elementos estrangeiros, o Direito material aplicável. A condição jurídica ideal seria um *corpus iuris* de normas de Direito Internacional Privado material no bloco, vez que, sempre quando a *questio iuris* referir-se a elementos havidos do bloco, seria aplicado este Direito especial, que a solveria por definitivo. Neste corolário, Didier Opertti Badán aduz que:

avançar na configuração de um DIPr comum entre vários Estados consiste, talvez, a forma mais equilibrada e praticável de realizar a harmonização jurídica entre elas, já que, ao mesmo tempo se mantém incólume os ordenamentos materiais nacionais vão-se logrando que as relações jurídicas de carácter privado vinculadas com dois ou mais de ditos ordenamentos recebam exatamente o mesmo tratamento de DIPr qualquer que seja o país onde se expõe²⁴³ (2003, p. 26-27),

Há, no excerto do autor, a constatação da possibilidade de um Direito Internacional Privado unificado (quando assevera sobre um DIPr comum) e outro harmonizado. Este, como por ele evidenciado, preserva a soberania legislativa dos Estados

²⁴² No âmbito da União Europeia, o Regulamento (CE) n.º 593/ 2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, no intuito de demonstrar essa necessidade de unificação, notadamente do Direito Internacional Privado, enuncia em seu “considerando” n.º 6: “O bom funcionamento do mercado interno exige que, para favorecer a previsibilidade do resultado dos litígios, a certeza quanto à lei aplicável e a livre circulação das decisões, as normas de conflitos de leis em vigor nos Estados-Membros designem a mesma lei nacional, independente do país em que se situe o tribunal no qual é proposta a acção” (UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. 1). O Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, conhecido como Roma II, repete o teor do “considerando” n.º 06 do Regulamento Roma I, n.º 593/2008. Essa intenção de unidade é reiterada no Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, cujo “considerando” n.º 6 estatui que “para alcançar o objectivo da livre circulação das decisões em matéria civil e comercial, é necessário e adequado que as regras relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões sejam determinadas por um instrumento jurídico comunitário vinculativo e directamente aplicável” (UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 1).

²⁴³ [...] avanzar en la configuración de un DIPr común entre varios Estados constituye tal vez la forma más equilibrada y practicable de realizar la armonización jurídica entre ellos ya que, al mismo tiempo que se mantienen incólumes los ordenamientos materiales nacionales, se va logrando que las relaciones jurídicas de carácter privado vinculadas con dos o más de dichos ordenamientos reciban exactamente el mismo tratamiento de DIPr cualquiera sea el país donde se planteen (BADÁN, 2003, p. 26-27).

componentes, vez que o processo de tornar as normas harmônicas requer maiores esforços de seus órgãos parlamentares em legiferar tais normas. O autor é secundado por Erik Jayme que prescreve maior atenção à unificação do Direito Internacional Privado. Este autor enuncia que “o primeiro passo consiste habitualmente em unificar as normas relativas à jurisdição e aquelas dirigidas a facilitar o reconhecimento e a execução das decisões estrangeiras; o passo seguinte tem a ver com o Direito aplicável”²⁴⁴ (2003, p. 21).

A necessidade primária de unificação do setor Direito Processual Civil Internacional justifica-se porque o intercâmbio de indivíduos, serviços e produtos o exige em primazia. Necessita-se do livre intercâmbio de decisões, as quais sempre versam sobre, notadamente no bloco regional, serviços, produtos e indivíduos, os elementos últimos que fundamentam o bloco. Notam-se, como exemplos, as decisões obrigando o adimplemento de determinadas obrigações em um contrato de prestação de serviços, proibindo a execução da atividade, devido a riscos de danos ao meio ambiente, sentenças exigindo idêntico tratamento face à entrada de produto estrangeiro, ou decisão que resolve em perdas e danos um contrato inadimplido e celebrado entre pessoas naturais.

O Tratado de Assunção, de 1991, expressa em seu Art. 1º “o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, as áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (MERCOSUL, 2012, p. 1). Embora haja menção expressa de propósito de harmonizar, não se exclui a unificação jurídica. A primeira justificação reside no fato de, como outrora explanado, a harmonização, por inúmeras vezes, confunde-se com a unificação, em outras, esta é espécie daquela, em outras, são sinônimos, e nas demais vezes distinguem-se por completo. Outro fundamento possível é que a harmonização, compreendida como algo distinto da unificação, representa um passo *a priori*, inicial, rumo à unificação. Aquela mantém a soberania legislativa dos Estados componentes do projeto de integração, este requer idêntico tratamento na aplicação do Direito ao caso concreto perante idênticos preceitos normativos.

No Mercosul há convenções internacionais que disciplinam, notadamente, o setor Direito Processual Civil Internacional. Há no Mercosul, em sede de Direito Internacional Privado, portanto: o Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial e laboral, de 1992; o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 1994; o Protocolo sobre medidas

²⁴⁴ El primer paso consiste habitualmente en unificar las normas relativas a la jurisdicción y aquellas dirigidas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras; el paso siguiente tiene que ver con el derecho aplicable (JAYME, 2003, p. 21).

cautelares, celebrado em Ouro Preto, em 1994; o Protocolo de São Luis em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul; o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional sobre relações de consumo; Acordos complementários aos Protocolos de mediadas cautelares e ao Protocolo de Las Leñas; Acordo sobre assistência judiciária gratuita.

Os acordos internacionais celebrados no âmbito mercosulino, apesar de intenção expressa no Tratado de Assunção, pautada na harmonização, operam como verdadeiras normas unificadas. Os textos das convenções são adotados igualmente, ainda que haja a possibilidade de oposição de reservas pelos Estados. É dizer, vige um mesmo texto que clama aplicação idêntica pelos órgãos com capacidade decisória nos Estados-Partes. Trata-se, segundo a classificação de Harold C. Gutteridge, da unificação parcial, como acima explanado. Nesta classificação do processo, unificam-se apenas setores do Direito, matérias previamente acordadas e delimitadas.

No bloco de integração sul-americano, entretanto, apesar de possuírem os Estados-Partes ordenamentos jurídicos semelhantes, pertencentes à mesma família jurídica ou seguirem tradições semelhantes, há matérias unificadas que, através do Direito Comparado, seriam, *a priori*, inconciliáveis, como se verá adiante no capítulo destinado ao estudo do setor Direito aplicável. Às convenções internacionais firmadas em seu âmbito possuem várias reservas opostas pelos Estados-Partes, o que comprova a incompatibilidade entre as normas unificadas e àquelas domésticas.

4.3 A UNIFICAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O ESTUDO DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS

A persecução de projetos de unificação ou harmonização do Direito necessitam de estudos prévios baseados no Direito Comparado, vez que tais projetos importam na construção de verdadeiras pontes entre os ordenamentos jurídicos em análise. Werner Godtschimidt aduz que “a harmonização exige um estudo prévio comparativo”²⁴⁵ e, que, “a unificação compromete que normas de idêntico conteúdo vigem em todos os Estados Partes. Pode ou não estar precedida de um estudo comparativo, ainda que seja aconselhável

²⁴⁵ La armonización exige un estudio previo comparativo (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 44).

fazê-lo”²⁴⁶ (2009, p. 44-45). Ainda que pareça dispensável o emprego do Direito Comparado, seu uso permite analisar diferenças e semelhanças entre os sistemas envolvidos, compreendê-las e tolerá-las. Acima da compreensão, o Direito Comparado permite o exercício da tolerância. Ocorre que para os projetos de unificação ou harmonização do Direito dá-se primazia ao uso do Direito Comparado funcional, apesar de todas as suas incertezas acima versadas. Neste sentido, Gerhard Dannemann assevera, quando ao seu emprego, que “unificar regras jurídicas faz sentido somente se os problemas experimentados pelos sistemas jurídicos envolvidos são, ao menos, um pouco similares”²⁴⁷, assim como, que, “a unificação é facilmente justificada se as regras dos diferentes sistemas envolvidos produzem resultados idênticos ou muito semelhantes”²⁴⁸ (2008, p. 402). O autor é secundado por Konrad Zweigert e Hein Kötz que postulam que o objetivo de projetos orientados à unificação ou harmonização, servem para “reduzir ou eliminar, quando desejável e possível, as discrepâncias entre sistemas jurídicos nacionais pela indução à adoção de princípios legais comuns”²⁴⁹ (1998, p. 24).

O Direito Comparado funcional adéqua-se aos projetos de unificação ou harmonização do Direito, como explanado acima, devido à *praesumptio similitudinis*, vez que só há a necessidade de unificar ou harmonizar quando os problemas vivenciados pelos Estados integrantes do projeto são os mesmos. A presunção de semelhança evidencia esta ilação. Há a expressa asserção de que tais problemas são os mesmos. Ademais dos problemas, a *praesumptio similitudinis* prescreve que as respostas àqueles problemas são as mesmas, senão, deveras semelhantes. Neste sentido, a unificação ou harmonização não atuaria quanto à prescrição do resultado ou na análise *a priori* dos problemas, da matéria a ser unificada, mas nos procedimentos, nos meios adotados pelos Estados para responder às situações fáticas. A unificação ou harmonização do Direito, neste sentido, facilita-se quando empregado o Direito Comparado orientado ao critério da semelhança, em detrimento daquele da diferença, notadamente com o enfoque trazido pelo princípio da funcionalidade.

²⁴⁶ La unificación involucra que normas de idéntico contenido rijan en todos los Estados Partes. Puede o no estar precedida de un estudio comparativo, aunque es aconsejable hacerlo (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 44-45).

²⁴⁷ Unifying legal rules makes sense only if the problems experienced by the legal systems involved are at least roughly similar (DANNEMANN, 2008, p. 402).

²⁴⁸ [...] unification is more easily justified if the rules in the different systems involved produce identical or at least similar results (DANNEMANN, 2008, p. 402).

²⁴⁹ [...] to reduce or eliminate, so far as desirable and possible, the discrepancies between the national legal system by inducing them to adopt common principles of law (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 24).

Para a unificação, como demonstram Konrad Zweigert e Hein Kötz, “primeiro, deve-se encontrar o que é comum para as jurisdições correspondentes e incorporá-los nesta lei uniforme. Onde há áreas de diferenças, alguém deve reconciliá-las tanto adotando a melhor variação, ou encontrar, por métodos comparados, uma nova solução”²⁵⁰ (1998, p. 24). A eleição do critério da semelhança auxilia alvitres unificadores do Direito ao êxito, vez que se unifica o que, antes da adoção do projeto, seja por tratado internacional ou legislação supranacional, por exemplo, já era semelhante. Pela ilação dos autores, neste caso, apenas se tornou mais duradouro e previsível o que, *a priori*, já era comum. Para aquelas matérias que laços de semelhança inexistem, busca-se a reconciliação por meio da melhor variação. O emprego da expressão variação já demonstra que não há vastas diferenças, que há apenas mudanças marginais de algo. Explicitam-se os efeitos da *praesumptio similitudinis*, vez que há, como presumido, a certeza de que os Estados enfrentam os mesmos problemas fáticos, logo, as variações em respondê-los não distam drasticamente, a ponto de tornar a unificação inviável.

Em suma, o Direito Comparado, empregado em alvitres que almejam à unificação ou harmonização do Direito, auxilia tais processos, pois, visa construir pontes, ligar o estrangeiro ao nacional, segundo um tratamento equânime. Michele Graziadei, neste sentido, enuncia que o “direito comparado é às vezes empregado para avaliar quanto de uniformidade ou harmonização é realmente alcançada pela promulgação de normas harmonizadas ou unificadas, ou para construir o respectivo instrumento”²⁵¹ (2009, p. 456). O Direito Comparado, nestes processos, aplica-se *a priori*, na elaboração do projeto normativo, na unificação, notadamente na formação do acordo internacional e, *a posteriori*, como instrumento para auferir se os resultados condizem com o que prescrevem os vocábulos unificação e harmonização.

Uma vez que o texto do dispositivo legal autoriza a unificação de determinadas matérias do Direito, tais como normas do Direito Internacional Privado, depara-se com outro problema típico do Direito Comparado: a recepção e transplantes jurídicos. Acima se versou sobre a possibilidade de escolha de se efetuarem estudos comparados orientados para a diferença ou semelhança entre os entes postos à comparação. O transplante

²⁵⁰ One must first find what is common to the jurisdictions concerned and incorporate that in the uniform law. Where there are areas of difference, one must reconcile them either by adopting the best existing variant or by finding, through comparative methods, a new solution (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 24).

²⁵¹ [...] comparative law is sometimes employed to gauge how much uniformity or harmonization is actually achieved by enacting uniform or harmonized norms, or to construe the respective instruments (GRAZIADEI, 2009, p. 456).

jurídico versa sobre a adoção da matéria unificada. Michele Graziadei assevera que o termo “transplante é baseado em uma metáfora que foi escolhida *faute de mieux*, mal adaptada para referir à difusão gradual do direito ou à contínua natureza do processo que, às vezes, leva à reforma jurídica através da apropriação de ideias estrangeiras”²⁵² (2008, p. 443). Acresce-se ao exposto, a lição de Alan Watson, precursor do estudo desta matéria, que enuncia que transplantes jurídicos importam na “mudança de uma regra ou um sistema do direito de um país para outro, ou de um povo para outro”²⁵³ (1993, p. 21).

Os transplantes legais, ademais, evidenciam que a formação do Direito de um povo ou nação, não ocorre de forma isolada. Apesar de haver autores que advoguem que o Direito é expressão de determinada cultura, de um povo, os contatos com nações vizinhas, ou por influência de migrações, traz consigo mudanças no Direito. Neste sentido, Michele Graziadei enuncia que “estudos do direito comparado dizem-nos que os ordenamentos jurídicos devem suas existências à inovação original e ao empréstimo”²⁵⁴ (2009, p. 474). Trazem influências cognitivas que provocam reformas jurídicas. David Kennedy assevera que, ao se deparar com semelhanças, deve-se “determinar se quaisquer semelhanças entre dois fenômenos jurídicos então identificados resultam do “transplante” de uma ideia jurídica ou instituição de um local para outro ou para ambos locais de uma terceira fonte”²⁵⁵ (2011, p. 359). O exemplo maior de transplantes é a recepção do Direito romano em diversos sistemas jurídicos. Primeiramente, a instituição do Direito romano em Roma que era composta por diversos povos é um exemplo bastante de transplante jurídico. Estes povos foram obrigados a recepcionar o Direito romano. Outro exemplo, é o renascimento e difusão do Direito romano na Idade Média que influenciou diversas codificações como a francesa e a alemã. Estas, por sua vez, serviram de fundamento para codificações posteriores, como as havidas na América Latina.

Os motivos que dão azo aos transplantes jurídicos são variados. Ademais da migração, outrora mencionada, citam-se decisões políticas ou influências morais, éticas, religiosas ou filosóficas como fundamentos para a ocorrência de transplantes jurídicos.

²⁵² [...] “transplant” is based on a metaphor that was chosen *faute de mieux*, ill-adapted to capturing the gradual diffusion of the law or the continuous nature of the process that sometimes leads to legal change through the appropriation of foreign ideas (GRAZIADEI, 2008, p. 443).

²⁵³ [...] moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another (WATSON, 1993, p. 21).

²⁵⁴ Comparative law studies tell us that legal orders owe their existence to both original innovation and borrowing (FAUST, 2009, p. 474).

²⁵⁵ [...] to determine whether any similarities between the two legal phenomena so identified result from the “transplant” of a legal idea or institution from one place to another or to both places from the same third source (KENNEDY, 2011, p. 359).

Excetuando-se a imposição de algum preceito normativo, aliás como explanado em capítulo anterior, os tratados internacionais nascem tal como o costume internacional, na relação de coincidência de interesses e da coação, há transplantes voluntários. Estes transplantes, como aduz Alan Watson ocorrem “quando um povo muda para um território diferente, onde não há civilização comparável, e toma seu direito consigo”²⁵⁶ (1993, p. 29). Outra razão refere-se “quando um povo muda para um território onde há uma civilização semelhante, e leva seu direito consigo”²⁵⁷ (WATSON, 1993, p. 29-30), ou, “quando um povo voluntariamente aceita uma grande parte do sistema de outro povo ou povos”²⁵⁸ (WATSON, 1993, p. 30). A este rol, Michele Graziadei acrescenta outra motivação: “a produção de normas jurídicas uniformes ou harmonizadas no plano internacional tem se tornado a força maior no estímulo de transplantes jurídicos através do mundo”²⁵⁹ (2009, p. 455). O transplante pela unificação, ademais, pode enquadrar-se no rol dos transplantes voluntários, mas também naquele dos transplantes induzidos, forçosos. É sabido que “as convenções tendem meramente a unificar o direito”²⁶⁰ (BOELE-WOELKI, 2010, p. 34), logo, se fundam na coação, na imposição de um Estado sobre o outro, a unificação ocorrerá tal como em Roma, nos territórios conquistados, contudo, por depender do encontro de matérias comuns, de assentar-se na busca por semelhanças, é frequente a unificação, pelo transplante voluntário.

Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner, outrora citados, que advogam que “ambos tratados e acordos não vinculantes geralmente refletem elementos dos modelos da coincidência de interesses e da coerção”²⁶¹ (2004, p. 120), considera a imposição como causa do transplante jurídico. Além disso, os “transplantes e recepções têm sido geralmente resultado de conquistas militares ou expansão. Durante o século XX, a extensão do direito alemão para a Áustria após o *Anschluss* de 1939 é um notável exemplo”²⁶² (GRAZIADEI, 2009, p. 456). Os transplantes, nestes casos, deflagram o questionamento de legitimidade

²⁵⁶ [...] when a people moves into a different territory where there is no comparable civilization, and takes its law with it (WATSON, 1993, p. 29).

²⁵⁷ [...] when a people moves into a different territory where there is a comparable civilization, and takes its law with it (WATSON, 1993, p. 29-30).

²⁵⁸ [...] when a people voluntary accepts a large part of the system of another people or peoples (WATSON, 1993, p. 30).

²⁵⁹ [...] the production of uniform or harmonized legal norms at the international level has become a major force stimulating legal transplants across the world (GRAZIADEI, 2009, p. 455).

²⁶⁰ The Conventions merely tend to unify the law (BOELE-WOELKI, 2010, p. 34).

²⁶¹ Both treaties and nonlegal agreements often reflect the same elements of the coincidence of interest and coercion models (GOLDSMITH; POSNER, 2004, p. 120).

²⁶² Transplants and receptions have often been the result of military conquest or expansion. During the twentieth century, the extension of German law to Austria after the *Anschluss* of 1938 is a notable example (GRAZIADEI, 2009, p. 456).

daqueles dos quais as normas advém, assim como a inquirição sobre a legalidade destas normas transplantadas. No exemplo, as disposições da Alemanha nazista derrogaram, por transplantes, as disposições mais livre e tolerantes austríacas. Entretanto, ademais da coercibilidade dos transplantes, no plano da coincidência de interesses de Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner parece residir os demais motivos para o transplante jurídico de Michele Graziadei; “mudança produzida pelo desejo de seguir modelos prestigiosos; e, reforma pelo propósito de melhorar o desempenho econômico”²⁶³ (2009, p. 456).

O transplante jurídico fundado na equiparação de institutos jurídicos oriundos de ordenamentos detentores de prestígio advém do fato de que “o desejo de ter o que os outros têm, especialmente se ele é considerado superior, possa ser suficiente para desencadear transplantes ou recepções”²⁶⁴ (GRAZIADEI, 2009, p. 457-458). A razão, talvez, encontra-se na percepção de que “o homem difere fundamentalmente dos animais, todavia, porque ademais de ele desejar os desejos de outros homens, ou seja, ele deseja ser “reconhecido””²⁶⁵ (FUKUYAMA, 2006, p. xvi).

O motivo que leva ao transplante pelo prestígio é o mesmo no qual assenta a justificativa do plágio; ser o que não é ou não se pode ser. Se o instituto jurídico opera satisfatoriamente no seu ordenamento de origem, e, este é tido como prestigioso no mundo jurídico, notadamente, acadêmico, não significa que seu transplante a outro ordenamento implique no aprimoramento deste. Em algumas vezes terá de se adaptar, sofrerá reformas, ainda que marginais. Entretanto, pelo prestígio, “uma inovação suportada fortemente pela opinião líder espalhará muito mais rápido que uma desprovida deste suporte”²⁶⁶ (GRAZIADEI, 2009, p. 458).

Outra motivação que encabeça o surgimento de transplantes jurídicos é a intenção do aprimoramento do desempenho econômico. Transplantam-se institutos jurídicos voltados ao desenvolvimento satisfatório da economia. Já fora mencionada a ilação de Michele Graziadei, na qual “alguns dos programas mais ambiciosos de reforma jurídica na última década têm sido lançados por instituições financeiras (em primeiro lugar o Banco

²⁶³ [...] change produced by the desire to follow prestigious models; and reform for the purpose of improving economic performance (GRAZIADEI, 2009, p. 456).

²⁶⁴ The desire to have what others have, especially if it is deemed superior, may be enough to trigger transplants or receptions (GRAZIADEI, 2009, p. 457-458).

²⁶⁵ Man differs fundamentally from the animals, however, because in addition he desires the desire of other men, he wants to be “recognized” (FUKUYAMA, 2006, p. xvi).

²⁶⁶ An innovation strongly supported by an opinion leader will spread much more rapidly than one that fails to enlist such support (GRAZIADEI, 2009, p. 456).

Mundial), ou dentro da moldura de acordos do comércio internacional”²⁶⁷ (2009, p. 459). Da instituição mencionada, tem-se que “o Grupo Banco Mundial trabalha com governos para fazer leis e regulamentos mais condizentes ao desenvolvimento do setor privado”²⁶⁸ (WORLD BANK, 2007, p. 172). Dentre os projetos, “os esforços incluem o projeto Fazendo Negócios, um esforço comum do Banco Mundial e do IFC²⁶⁹ que compara barreiras administrativas em setores empresariais em mais de 150 países”²⁷⁰ (WORLD BANK, 2007, p. 172).

O papel da análise econômica do Direito é perceptível, notadamente na sua vertente normativa, na qual a intervenção do Estado, entidade intergovernamental ou mesmo privada, visa corrigir falhas de mercado. O papel da análise econômica positiva também se demonstra essencial nestes projetos de transplantes jurídicos, vez que por procurar internalizar as externalidades, seja através de tributos ou da responsabilidade civil extracontratual, ou seja, “ela ajuda a explicar regras e comportamentos do passado e alcançar os fins desejados no futuro, enquanto deixa a escolha dos objetivos desejados e de como concluí-los pelo tomador de decisões”²⁷¹ (FAUST, 2009, p. 840), notadamente em prol da redução dos custos das transações.

Nos blocos de integração regional, o transplante jurídico, em grande monta, orienta-se por justificações econômicas, vez que o marco inicial é o aprimoramento econômico²⁷². Entretanto, na medida em que se aprimoram as relações entre os Estados-Partes, os transplantes jurídicos justificam-se para conferir às relações jurídicas, e, portanto, não meramente econômicas, maior proximidade.

²⁶⁷ Some of the most ambitious programs of legal reform in the last decades have been launched by international financial institutions (in the first place the World Bank), or within the framework of international trade law agreements (GRAZIADEI, 2009, p. 459).

²⁶⁸ The Bank Group is working with governments to make laws and regulations conducive to private sector development (WORLD BANK, 2007, p. 172).

²⁶⁹ A sigla refere-se à International Finance Corporation, entidade que compõe o Grupo Banco Mundial e que provê empréstimos e assistência para aprimorar o investimento no setor privado em nações em processo de desenvolvimento.

²⁷⁰ Efforts include the Doing Business Project, a joint World Bank-IFC effort that compares administrative barriers facing private sector enterprises in more than 150 countries (WORLD BANK, 2007, p. 172).

²⁷¹ It helps to explain rules and behavior in the past and to achieve desired ends in the futures while leaving the choice of the desired goals and of how to accomplish them to the decision-maker” (FAUST, 2009, p. 840)

²⁷² O Tratado de Assunção, no âmbito mercosulino, em seu art. 1º, reza, como alvo almejado da integração, que “a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de outras que se acordem – a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes” (MERCOSUL, 1991).

4.4 DA CONCILIAÇÃO ENTRE DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS E A IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO AO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Comparado, através da tradição funcionalista, esvaziou o estudo de metodologias e advogou o antiformalismo no Direito. O que vige atualmente é a pluralidade metodológica, que ao mesmo tempo assume a característica de ecletismo. Há várias metodologias, todas válidas e que levam, individualmente, a resultados distintos. A eleição equilibrada entre diferenças e semelhanças pode residir na escolha dos fenômenos jurídicos postos como objeto do estudo comparado. David Kennedy, neste sentido, assevera que “quanto formalmente alguém define o fenômeno a ser comparado, mais frequentemente semelhanças que parecem oriundas de transplantes alguém descobrirá”²⁷³ (2011, p. 359). O autor enuncia, ainda, que “quanto mais se concebe o Direito como uma prática profissional autônoma, ou como um solucionador universal de problemas, e quanto menos se pensa dele como uma expressão cultural, mais interessar-se-á em semelhanças”²⁷⁴ (KENNEDY, 2011, p. 359). O encontro de transplantes jurídicos, pela busca por semelhança, está condicionado, portanto, pelo olhar daquele que executa o estudo comparado.

Bernhard Grossfeld, em alusão à visão orientada a semelhanças e diferenças, assevera que “o problema consiste em que percebemos a ordem estrangeira através de “óculos” da nossa experiência do mundo, nossa linguagem, nossas apreciações linguísticas”²⁷⁵ (2005, p. 89). A ilação do autor ratifica o acima exposto, enunciado por David Kennedy. Em ambos há patente de que os resultados do estudo comparado realizado tendem a ser influenciados pelas influências daquele que o desenvolveu.

A conciliação entre a procura por diferenças e semelhanças na elaboração de estudos do Direito Comparado é possível e evidencia-se pela característica da pluralidade na cultura jurídica pós-moderna. O emprego desta multiplicidade técnica aplica-se ao Direito Internacional Privado não somente nas construções de acordos internacionais em sede de unificação normativa, mas, também, na determinação do Direito aplicável à relação jurídica espacialmente dispersa ou heterogênea.

²⁷³ [...] the more formally one defines the phenomena to be compared, the more often similarities which seem to arise from transplant will strike one (KENNEDY, 2011, p. 359).

²⁷⁴ The more one thinks of law as an autonomous professional practice, or as a universal problem-solver, and the less one thinks of it as a cultural expression, the more one will be interested in similarities (KENNEDY, 2011, p. 359).

²⁷⁵ The problem consists in that we perceive the foreign order through the “glasses” of our experience of the world, our language, our language appreciations (GROSSFELD, 2005, p. 89).

5 A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL

A inquirição principal do Direito Internacional Privado é a descoberta de qual o direito competente para reger uma relação jurídica privada dispersa ou heterogênea, que, como acima expresso, não esgota todas as questões da disciplina. É apenas a questão principal e a qual se possibilitou, inauguralmente, o estudo da disciplina. Lembra-se que os primeiros conceitos da disciplina eram proposições normativistas que, entretanto, circunscreviam a descoberta do direito aplicável como único objeto e razão de seu estudo. Após explanadas postulações mais amplas do Direito Internacional Privado, tal como a materialista, que agrega ao conteúdo da disciplina – ademais da inquirição sobre o direito competente para disciplinar uma relação jurídica privada heterogênea – a dimensão jurisdicional da disciplina, o que se denomina Direito Processual Civil Internacional. Neste capítulo, entretanto, restringir-se-á ao setor do direito competente da disciplina, endereçado à apreciação da questão perante as relações jurídicas privadas heterogêneas, excluindo-se, pois, as técnicas legislativas da eleição do direito aplicável a tais relações.

Esta matéria é de debate exaustivo, incessante, que tergiversa ao redor da codificação à flexibilização, da previsibilidade à concessão livre das partes optarem pelo direito que melhor corresponda aos seus anseios, e, que perante a dimensão histórica, nas palavras de Haroldo Valladão, revela “uma das dimensões fundamentais das normas jurídicas, o tempo, que nos dá o seu conhecimento vertical, no sentido de profundidade, apresentando as razões de seu aparecimento e evolução e as causas de sua vigência ou declínio” (1974, p.29), a matéria é sujeita a diversas teses e, em contínuo progresso e mudança.

A determinação do direito competente é atributo primordial da norma indireta ou conflitual do Direito Internacional Privado que, outrora explanado, não se incumbe por resolver completamente a descontinuidade da relação jurídica privada heterogênea, mas em, tão somente, indicar o sistema jurídico cujo conteúdo material será utilizado para solver a *questio iuris* privada com elementos estrangeiros. Estas regras, todavia, não são as únicas que compõem o Direito Internacional Privado. Há normas as quais a doutrina brasileira atribui a característica de serem auxiliares.

Beat Walter Oliveira Rechsteiner enuncia que, conjuntamente às normas indiretas, “um número restrito de normas do direito internacional privado desempenha funções auxiliares ou complementares daquelas que indicam o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional” (2007, p. 129). São, portanto, normas coadjuvantes às normas indiretas. Segundo o autor, ainda, “estas normas não designam o

direito aplicável; elas determinam. Basicamente, como uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado deve ser interpretada e aplicada ao caso concreto” (2007, p. 129). Dentre tais normas encontram-se aquelas destinadas ao zelo da ordem pública, que permite, inclusive, afastar a aplicação concreta de determinado direito estrangeiro, mesmo quando a norma indireta o aponte como competente. Acrescenta-se ao rol destas normas as matérias de “qualificação, elementos de conexão, questão prévia ou prejudicial, adaptação ou aproximação, alteração do estatuto ou conflito móvel, reenvio e direitos adquiridos” (RECHSTEINER, 2007, p. 130).

Jacob Dolinger demonstra entendimento semelhante ao de Beat Walter Oliveira Rechsteiner perante a não unicidade das normas indiretas no Direito Internacional Privado. Conforme aquele autor, ademais das normas indiretas, há “normas diretas, substanciais, que dão solução à *questio iuris*; destacam-se as regras sobre nacionalidade e sobre a condição jurídica do estrangeiro” (2008, p. 49-50). Embora ambos os autores concordem com a existência de várias espécies de normas no Direito Internacional Privado, a consideração de normas diretas por Jacob Dolinger não está em conformidade com as postulações materialistas da disciplina. As questões pelas normas diretas versadas sequer pertencem ao âmbito privado, como requer a própria nomenclatura da disciplina. Pertencem à esfera do Direito Público e são melhores estudadas perante o Direito Constitucional ou Direitos Humanos. *Pari passu* a estas normas, encontram-se outras que “não são conflituais, nem substanciais, mas conceituais ou qualificadoras” (DOLINGER, 2008, p. 51). Estas denominam-se normas qualificadoras: “uma regra definidora, qualificadora, que colabora com a norma conflitual que indica a lei do domicílio para reger determinadas matérias” (DOLINGER, 2008, p. 52). Neste dístico Jacob Dolinger cita como exemplo normas que versam sobre o domicílio, não como elemento de conexão, mas como definição do instituto. As normas que o definem, portanto, são normas qualificadoras, no mesmo sentido das normas auxiliares expressas acima.

As normas qualificadoras ou auxiliares são coadjuvantes no processo de descoberta do direito oportuno para reger determinada relação jurídica privada heterogênea. Para tanto, a aplicação principal nestas relações deve-se às normas indiretas de Direito Internacional Privado. A este processo denomina-se qualificação, caracterização ou classificação. A ocorrência do primeiro vocábulo na literatura jurídica de língua portuguesa e espanhola é mais ocorrente. A nomenclatura caracterização é utilizada com maior frequência na literatura jurídica alglo-saxã. Trata-se, em suma, da “forma como o juiz enquadrará os fatos ou os elementos de fatos sociais com conexão internacional no objeto de conexão de

uma norma indicativa ou indireta” (RECHSTEINER, 2007, p. 132). O processo não se restringe, entretanto, ao âmbito jurisdicional, vez que as relações jurídicas privadas heterogêneas importam, em primeira instância, às partes que a compõem. É dizer que antes da *questio iuris* instalar-se no âmbito jurisdicional importa às partes, a escolha do direito aplicável às suas relações, quando lhes é outorgado pelo direito tal liberdade de eleição, ou ao questionar sobre este direito competente quando a relação jurídica lhes apresentar. Quando um casal, residente em Estado estrangeiro, decide contrair matrimônio, o questionamento do direito aplicável surge antes de qualquer questionamento em esfera jurisdicional. Esta escolha importará na disciplina dos direitos matrimoniais (forma, regime de bens, dentre outros), assim como, os direitos filiais. Da qualificação, Jacob Dolinger assevera que:

um processo técnico-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classificam ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se, assim a solução mais adequada e adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas (2008, p. 369).

Nota-se que, segundo o autor, o processo de qualificação não se restringe apenas ao Direito Internacional Privado. Trata-se, propriamente, de uma regra de subsunção, da aplicação concreta do dístico *da mihi factum, dabo tibi ius*. Neste sentido, “temos o fato e dispomos da norma jurídica. Para enquadrar o fato na norma, há que se ter claramente delineado aquele e bem entendida esta” (DOLINGER, 2008, p. 370). Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides enunciam, em conformidade com o acima citado por Jacob Dolinger e Beat Rechsteiner, que “o pensamento e a análise jurídicas são um constante processo de classificação de fatos para enquadrá-los em determinadas categorias”²⁷⁶ (2010, p. 145). Segundo a ilação dos autores, o processo de qualificação, portanto, não se restringe ao Direito Internacional Privado, e se encontra em imbuído em todo o pensamento jurídico. Trata-se da evidência da *práxis* jurídica, do questionamento próprio deste conhecimento, porém, não é o único. O Direito não se resume a subsumir fatos às normas. Análises como o zelo à ordem pública, à justiça, à pertinência política da norma, fogem a este processo e demonstram a complexidade do Direito.

No processo de qualificação, no pleito de inquirir qual Direito material deverá reger determinada situação privada internacional, sugere a observância de determinada

²⁷⁶ Legal thinking and analysis are a constant process of classification of facts to fit established categories (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p. 145).

metodologia, ou seja, seguir algumas orientações para conhecer qual o Direito será indicado. O processo de qualificação, ademais, se digna na “pergunta pelo ordenamento jurídico normativo chamado a definir, em último lugar, os termos empregados na norma indireta”²⁷⁷ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 173). Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides asseveram que este processo compreende três fases, que devem ser seguidas progressivamente. Conforme os autores, “a primeira parte lida com a determinação da natureza jurídica geral da questão”²⁷⁸ (2010, p. 146). Esta fase requer a inquirição sobre a matéria na qual a *questio iuris* dispõe, se trata de uma questão contratual ou de responsabilidade extracontratual, por exemplo. A importância desta identificação deve-se ao corolário de que, perante cada matéria há de se aplicar normas específicas destinadas àquelas matérias. A segunda fase “envolve a definição e uso dos “elementos de conexão”, um termo empregado para descrever a palavra ou palavras em uma regra de referência que indica o local do qual o direito será usado para decidir a questão”²⁷⁹ (2010, p. 146). Estes termos, dispostos na norma indireta, indicam qual o Direito material, nacional ou estrangeiro, mostra-se competente para reger determinadas situações privadas internacionais.

Os elementos de conexão referem-se à dimensão espacial do Direito. Eles indicam, pelo escopo territorial, qual o Direito deve ser empregado para reger a *questio iuris* privada internacional. Ademais destes termos que são empregados, em maior ocorrência, em ordenamentos jurídicos que prezam pela previsibilidade jurídica e nos quais o Direito Internacional Privado encontra-se codificado (reside nos Códigos Civis ou são expostos em codificações próprias) há outros termos que operam como elementos de conexão e não indicam, com tanta exatidão como aqueles, o Direito aplicável à situação privada internacional. Dentre estes se encontram a “análise de interesses e a relação mais significativa versados no *Restatement Second* também provem de uma identificação inicial de elementos de conexão”²⁸⁰ (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

A terceira fase elencada por Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides “refere-se ao alcance da aplicação: quanto do direito ao qual referência é feita

²⁷⁷ [...] pregunta por el ordenamiento normativa llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 173).

²⁷⁸ The first part deals with the determination of the general legal nature of the issue (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

²⁷⁹ [...] concerns the definition and use of “connecting factors”, a term employed to describe the Word or words in a rule of reference which indicate the place whose law may be used to decide the issue (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

²⁸⁰ Interest analysis and the most-significant-relationship approach of the Second Restatement also proceed from an initial identification of connecting factors (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

deve ser aplicado?”²⁸¹ (2010, p. 146). A inquirição visa saber se o ordenamento jurídico da *lex fori*, no qual a *questio iuris* privada heterogênea apresenta-se contempla a aplicação somente do Direito material estrangeiro elegido pela norma conflitual, ou se possibilita a aplicação, simultânea, de normas do Direito Internacional Privado do ordenamento estrangeiro. A questão versa, também, na distinção entre Direito material e procedimental, essencial à disciplina jurídica em apreço, vez que esta somente contempla a aplicação de Direito material estrangeiro, em atenção à ordem pública estatal. É dizer que o “foro aplicará somente direito material estrangeiro mas usa seu próprio direito processual”²⁸² (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

A concepção de qualificação segundo os autores acima mencionados revela-se em verdadeira metodologia, distinta daquela versada anteriormente, na qual se mostra restrita à norma indireta, vez que se trata de um procedimento de subsunção. Nestas o objetivo da qualificação “é a atribuição de um fato social a uma questão jurídica, que, por seu lado, tem de ser subsumida, ou, em outras palavras, enquadrada perante a parte da norma indicativa de direito internacional privado que se refere ao seu objeto de conexão” (RECHSTEINER, 2007, p. 136). Em continuidade, o autor expõem que “tendo em vista o elemento de conexão, são aplicáveis, exclusivamente, as regras jurídicas de interpretação conforme a *lex fori*” (2007, p. 136). As ilações necessitam de maiores depurações dos seus conteúdos. *A priori*, há a consecução do processo de qualificação é dependente do conhecimento estrutural da norma indireta.

A estrutura da norma indireta não é apresentada de forma unânime na doutrina jurídica. Tampouco o poderia, vez que tal empreitada mostra sua utilidade para fins propedêuticos ou científicos; está restrito a esfera abstrata do Direito; à esfera pragmática importa a aplicação do Direito material, nacional ou estrangeiro, elegido pela norma indireta. Beat Walter Rechsteiner, como acima explanado, advoga que “toda norma indicativa ou indireta do direito internacional privado é composta necessariamente de duas partes, a saber, o objeto de conexão e o elemento de conexão” (2007, p. 132). Idêntica é a construção da norma indireta por Kurt Lipstein, na qual “objeto de conexões [operative facts] são ligados a um determinado sistema jurídico por meio do que se chamam elementos de conexão [connecting

²⁸¹ [...] relates to the extent of application: how much of the law to which reference is made should be applied? (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

²⁸² [...] forum will apply only the foreign substantive law but use its own procedural law (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 146).

factor]”²⁸³ (1981, p. 94 – tradução livre). O primeiro instituto “descreve a matéria à qual se refere uma norma indicativa ou indireta do direito internacional privado, abordando, dessa forma, sempre questões jurídicas vinculadas a fatos [...] ou elementos de fatores sociais” (RECHSTEINER, 2007, p. 132). A descrição ocorrerá em observância às relações jurídicas privadas com elemento estrangeiro, ou, dispersas ou heterogêneas. O elemento de conexão, todavia, “é a parte que torna possível a determinação do direito aplicável” (RECHSTEINER, 2007, p. 133).

A concepção da norma indireta mediante a somatória de duas estruturas objeto de conexão e elemento de conexão, torna o processo de qualificação mera subsunção dos fatos à norma, o corolário do dístico latino *da mihi factum, dabo tibi ius*. Neste sentido, Beat Walter Rechsteiner assevera que:

o juiz deve proceder da seguinte forma: primeiro devem ser enquadrados os fatos (*Tatsachen*) e os elementos de fatores sociais (*Lebenssachverhalte*), com conexão internacional, alegados e provados, se controversos no processo, no objeto de conexão da norma indicativa ou indireta, adequada e apropriada ao caso concreto (2007, p.133).

O autor atribui, notadamente, ao magistrado a tarefa de realizar a qualificação nas relações jurídicas privadas heterogêneas, e, demonstra que qualificação e subsunção do fato litigado à norma são sinônimos. De forma semelhante, Kurt Lipstein arguiu que “este processo de subsumir pleitos formulados em acordo com um sistema jurídico sob uma das diversas regras do direito internacional privado do foro, pela interpretação de cada nos termos do outro é a essência da caracterização”²⁸⁴ (1981, p. 96). A relevância dos fatos para esta construção da norma indireta do Direito Internacional Privado é o ente que determina, portanto, qual o Direito material pertinente. Dado determinado fato haverá, necessariamente, um elemento de conexão correspondente. Desta concepção, todavia, critica-se que, se dar tamanha primazia à esfera fática para determinar o elemento de conexão levaria, propriamente, a uma eleição racional do Direito material que deve reger uma relação jurídica.

A concepção segundo a qual os fatos, organizados em agrupamentos, correspondem a determinado elemento de conexão, fora elaborada por Friedrich Karl von Savigny. Os autores acima mencionados – Kurt Lipstein e Beat Walter Rechsteiner –

²⁸³ [...] operative facts are linked to a particular system of domestic law by means of what are called connecting factor (LIPSTEIN, 1981, p. 94).

²⁸⁴ This process of subsuming claims formulated in accordance with one legal system under one of several rules of the conflict of laws of the forum by way of interpreting each in terms of the other is the essence of characterization (LIPSTEIN, 1981, p. 96).

advogam tal concepção da relação entre objeto e elemento de conexão. Na obra de Kurt Lipstein, outrora citado, com algumas restrições a este método, assevera que os objetos de conexão são “estado, capacidade, matrimônio, divórcio e separação judicial, nulidade do matrimônio, alimentos, guarda e adoção, sociedades, contratos, quase contratos, ilícitos civis, interesses em móveis e imóveis, formalidades e procedimento”²⁸⁵ (1981, p. 93). Os elementos de conexão, em consequência, segundo o autor, são, também passíveis de enumeração:

nacionalidade, domicílio, residência, residência comum, residência habitual, local da contratação, local da execução, o local da situação do objeto, a intenção das partes, o centro de uma relação, o local onde uma negociação é concluída e a localidade da corte competente para a disputa²⁸⁶ (1981, p. 94).

Da *questio iurisi* que versa sobre contratos, por exemplo, o elemento de conexão da norma indireta de Direito Internacional Privado pode adotar a regra da intenção das partes, ou autonomia da vontade, em face da responsabilidade civil extracontratual, como objeto de conexão pode estar acompanhado do local do acontecimento do fato danoso como elemento de conexão. A divisão da estrutura da norma indireta entre objeto e elemento de conexão, no qual a cada agrupamento material daquele equivale o Direito material elegido por este, nem sempre, pode levar à aplicação do Direito mais apropriado para reger a relação jurídica. A literatura norte-americana denomina tais qualificações como qualificações em decorrência da matéria, na língua inglesa: *subject matter characterisation*. O corolário desta qualificação afeta, impreterivelmente, o resultado da *questio iuris*.

Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides asseveram que a “caracterização em decorrência da matéria continua ser um início natural e necessário para a análise de qualquer caso conflitual”²⁸⁷ (2010, p. 148), entretanto, “o abandono de regras rígidas, territorialmente orientadas, do direito internacional privado mudará, frequentemente, o foco e tornar o “etiquetamento” menos importante”²⁸⁸ (2010, p. 148). Outras formas de eleição do Direito material pertinente como a doutrina da análise de interesses ou o Direito

²⁸⁵ [...] status, capacity, marriage, divorce and judicial separation, nullity of marriage, maintenance, guardianship and adoption, corporations, contracts, quasi-contracts, torts, interests in movables and in immovables, formalities and procedure (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

²⁸⁶ Nationality, domicile, residence, ordinary residence, habitual residence, place of contracting, place of performance, the place of the situation of the object, the intention of the parties, the centre of a relationship, the place where a transaction is concluded and the locality of the court seized of the dispute (LIPSTEIN, 1981, p. 94).

²⁸⁷ Subject matter characterization continues to be the natural and necessary starting point for the analysis of any conflicts case (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 148).

²⁸⁸ [...] the abandonment of rigid territorially-oriented rules of choice of law will often shift the focus and make “labeling” less important (HAY; BORCHERS; SYMEONIDES, 2010, p. 148).

que possua a relação mais significativa com o caso em apreço, como expressa na norma doutrinária norte-americana do *Restatement Second* são possibilidades viáveis.

Otto Kahn-Freund assevera que o processo de qualificação, de forma semelhante como Peter Hay, Patrick J. Borchers e Symeon C. Symeonides, desenvolve-se em diferentes fases. Para aquele autor em apreço, três são as fases do procedimento de qualificação ou caracterização: “a questão envolvida deve ser classificada; o fator relevante para a conexão da classe da questão com um sistema jurídico deve ser identificado e interpretado; e a regra tirada daquele sistema jurídico deve ser aplicada”²⁸⁹ (1975, p. 368).

A divisão ou enumeração de diferentes fases, entretanto, não tornam a tarefa de descoberta do direito aplicável menos complexo. As dificuldades surgem em todas as fases, mas, notadamente, na classificação da *questio iuris*. O conhecimento propedêutico, entretanto, da estrutura das normas indiretas de Direito Internacional Privado auxiliam a diminuir tais dificuldades, vez que é através deles que se afere o Direito material aplicável, é por eles que todas as três fases são exercidas.

5.1 A ESTRUTURA DA NORMA INDIRETA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Na doutrina há concepções estruturais distintas da proposta por Kurt Lipstein ou Beat Walter Rechsteiner. Estas concepções apresentam, entretanto, os mesmos institutos que os acima versados como o objeto ou elemento de conexão, porém, com linguagem ou aprimoramento díspares. São notórios os esforços de Werner Goldschmidt no estudo da norma indireta de Direito Internacional Privado. O autor advoga que esta norma de indireta, “como qualquer outra norma jurídica, compreende um tipo legal e uma consequência jurídica; e ambas as partes, por sua vez, se descompõem em característica positivas e negativas”²⁹⁰ (2009, p. 168). O autor não omite a presença do objeto ou elemento de conexão, porém, os agrega ou os dispõem em estruturas distintas.

O tipo legal, da concepção estrutural da norma de colisão de Werner Goldschmidt, versa sobre “a descrição dos fatos cuja regulamentação descreve a consequência

²⁸⁹ The issue involved must be classified, the factor relevant for the connection of the class of issue with a legal system must be identified and interpreted, and the rule taken from that legal system must be applied (KAHN-FREUND, 1975, p. 368).

²⁹⁰ [...] como cualquier norma jurídica, comprende un tipo legal y una consecuencia jurídica; ambas partes, a su vez, han de descomponerse en características positivas y negativas (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 168).

jurídica da norma”²⁹¹ (2009, p. 188). Assemelha-se ao objeto de conexão outrora explanado. Opera como um antecedente da norma jurídica segundo o qual corresponderá a determinado conseqüente. Esta estrutura “deve conter quantos fatos tiverem interesse para a norma conhecida. Nesta ordem de ideias, deve-se recordar do método analítico-analógico”²⁹² (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 188). Tais métodos, explanados outrora neste texto, remetem em interpretar as questões jurídicas privadas com elemento estrangeiro, em repartições, assim como versadas pela qualificação segundo a matéria, e, submetê-las aos institutos pertencentes ao Direito Privado. Analisam-se pormenorizadamente as categorias em analogia ao Direito Privado. Ao tipo legal depreendem-se características positivas e negativas. Nas primeiras, o tipo legal “descreve um aspecto do caso jus privatista com elementos estrangeiros, destacando, ademais, aqueles fatos utilizados pela consequência jurídica para indicar o Direito aplicável”²⁹³ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 188). Compreendem as causas e os fatos que se referem aos elementos de conexão. Elas “descrevem um aspecto (método analítico) de um caso jus privatista com elementos estrangeiros; e elas se chamam “positivas” porque sua existência é necessária para que a norma se aplique”²⁹⁴ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 168). Em comparação ao objeto de conexão, explorado por outros autores, a concepção de Werner Goldschmidt detém maior complexidade e permite maior exploração e estudo da norma de colisão. As características negativas da norma de colisão, em outras teses que versam sobre o objeto de conexão, são olvidadas.

A característica negativa da norma de colisão, em continuidade, conforme a concepção estrutural de Werner Goldschmidt, “contempla a chamada fraude à lei; e se denomina “negativa” por ser imprescindível a existência da fraude para que a norma possa atuar normalmente”²⁹⁵ (2009, p. 168). Em outras concepções da norma indireta e do procedimento de qualificação, a análise da fraude à lei ocorre *a posteriori*. Jacob Dolinger assevera que “em seguida à ordem pública, e considerado decorrência desta, estuda-se outro

²⁹¹ [...] la descripción de los hechos cuya reglamentación describe la consecuencia jurídica de la norma (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 188).

²⁹² [...] debe contener cuantos hechos tienen interés para la norma de marras. En este orden de ideas, hay que recordarse del método, analítico-analógico (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 188).

²⁹³ [...] describe un aspecto del caso jusprivatista con elementos extranjeros, destacando, además, aquellos hechos utilizados por la consecuencia jurídica para indicar el Derecho aplicable (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 188).

²⁹⁴ [...] describen un aspecto (método analítico) de un caso jusprivatista con elementos extranjeros; y ellos se llaman “positivas” porque su existencia es necesaria para que la norma se aplique (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 168).

²⁹⁵ [...] contempla el llamado fraude a la ley; y se denomina “negativa” por ser imprescindible la existencia del fraude para que la norma pueda actuar normalmente (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 168).

princípio do Direito Internacional Privado, que também restringe a aplicação da lei indicada pelas regras de conexão, consistindo na neutralização dos efeitos da fraude à lei” (2008, p. 441). Na concepção estrutural de Werner Goldschmidt, a análise da fraude à lei precede àquela da ordem pública. Na persecução do procedimento de qualificação, primeiro observam-se os requisitos expressos para a ocorrência das características positivas da norma conflitual, e deverá subsumir-se aos fatos, uma vez que inexista fraude à lei, o “intento das partes de converter a relação de causa e efeito em uma relação de meio e fim”²⁹⁶ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 195), “uma forma de abuso de direito, não sendo admitida perante o direito internacional privado” (RECHSTEINER, 2007, p.176), ou seja, “o intento dos interessados de viver em um país com a legislação de outro, a qual os permita o que aquele os proíbe”²⁹⁷ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 194).

A análise da conformidade da *questio iuris* à ordem pública, na concepção estrutural da norma indireta ou conflitual de Werner Goldschmidt pertence ao consequente, à segunda construção daquela norma. Esta parte contém, ademais da exigência da conformidade do fato, do negócio ou ato jurídico em análise à ordem pública, a conexão e o ponto de conexão. O autor distingue ambos, vez que o primeiro “pode-se fazer de maneira estável e nominativa (mediante a conexão)”²⁹⁸ (2009, p. 203). São ocorrentes nas normas indiretas unilaterais, conforme Kurt Lipstein, normas que “indicam somente quando a *lex fori* se aplica”²⁹⁹ (1981, p. 93). Nesta estrutura da norma indireta, também, pode valer-se da determinação do direito aplicável, “de maneira variável e determinável em função das circunstâncias aludidas do caso (mediante pontos de conexão)”³⁰⁰ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 203). Ambas as formas de determinação do direito aplicável utilizam o método indireto.

5.2 FORMAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

À qualificação, entretanto, sucede a inquirição a que título aplica-se o direito estrangeiro. Questiona-se se deve qualificar segundo a *lex fori* ou se pode considerar a

²⁹⁶ [...] intento de las partes de convertir la relación de causa y efecto en una relación de medio y fin (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 195).

²⁹⁷ [...] el intento de los interesados de vivir en un país con la legislación de otro, la cual les permite lo que aquél les prohíbe (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 194).

²⁹⁸ [...] puede hacerse de manera estable y nominativa (mediante la conexión) (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 203).

²⁹⁹ [...] indicating directly only when the *lex fori* applies (LIPSTEIN, 1981, p. 93).

³⁰⁰ [...] de manera variable y determinable en función de las circunstancias aludidas del caso (mediante puntos de conexión) (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 203).

lex causae, por exemplo. Nesta seara, há inúmeras teorias que versam sobre ambos os problemas e que procuram demonstrar como se aplica o direito estrangeiro na jurisdição do foro. Dentre estas teorias, na seara de como proceder à qualificação, encontra-se a teoria da *lex civilis fori*, segundo a qual, “as definições dos termos da norma indireta devem desprender-se do Direito Privado do juiz que conhece do litígio”³⁰¹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 182). Nestes termos, a natureza geral da *questio iuris* deveria enquadrar-se dentro dos conceitos do Direito da *lex fori*, e este remeteria ao Direito competente. A crítica a esta doutrina reside em que ela, como assevera Werner Goldschmidt, “distingue entre Direito que define e Direito que regulamenta, a semelhança de como o Congresso é competente para legislar e o presidente para regulamentar a lei”³⁰² (2009, p. 182).

A esta teoria, Beat Walter Rechsteiner enuncia que “a qualificação focaliza de imediato o objeto de conexão de uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado. Por esse motivo, na realidade, a qualificação deve ser feita conforme a *lex fori*” (2007, p. 137). Imbuído em uma concepção normativista do Direito Internacional Privado, Kurt Lipstein enuncia, quanto a esta teoria, que “desde que o Direito Internacional Privado é direito doméstico e forma parte da *lex fori*, segue-se que a *lex fori* sozinha determina em quais circunstâncias o direito estrangeiro se aplica”³⁰³, logo, “não somente a seleção do ponto de conexão apropriado, mas também, sua interpretação, é exclusivamente determinada pela *lex fori*”³⁰⁴ (1981, p. 94). A teoria da *lex civilis fori* parece melhor adequada quando se concebe o Direito Internacional Privado de perspectiva normativista, considerando-o como parte do Direito doméstico. Neste sentido, não há outro meio, senão a *lex fori*, como tradutor dos elementos que integram a norma indireta. Apesar de Kurt Lipstein postular que se faz a qualificação segundo a *lex fori*, há algumas exceções, como quando se depara com convenções internacionais e, conforme o autor, “o ponto de conexão nacionalidade deve ser interpretado de acordo com o direito do país no qual a pessoa referida alega ser um nacional”³⁰⁵ (1981, p. 94). Outra exceção refere-se a casos envolvendo o reenvio, nos quais o

³⁰¹ [...] las definiciones de los términos de la norma indirecta deben desprenderse del Derecho Privado del juez que conoce del litigio (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 182).

³⁰² [...] distingue entre Derecho que define y Derecho que reglamenta, a semejanza de como el Congreso es competente para legislar y el presidente para reglamentar la ley (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 182).

³⁰³ Since Private International Law is domestic law and forms part of the *lex fori*, it follows that the *lex fori* alone determines in what circumstances foreign law is to apply (LIPSTEIN, 1981, p. 94).

³⁰⁴ [...] not only the selection of the appropriate connecting factor, but also its interpretation, is exclusively determined by the *lex fori* (LIPSTEIN, 1981, p. 94).

³⁰⁵ [...] the connecting factor nationality must be interpreted in accordance with the law of the country of which the person concerned is alleged to be a national (LIPSTEIN, 1981, p. 94).

“foro aplica direito estrangeiro incluindo o Direito Internacional Privado, os pontos de conexão das regras estrangeiras de Direito Internacional Privado devem ser interpretadas de acordo com o direito do país estrangeiro”³⁰⁶ (LIPSTEIN, 1981, p. 94-95).

Em oposição à doutrina da *lex civilis fori* encontra-se a teoria da *lex civilis causae*, a qual busca aliar o Direito que define com o Direito que disciplina determinada *questio iuris*. Esta doutrina “distingue entre a definição dos pontos de conexão e a dos termos contidos no tipo legal. A definição dos pontos de conexão incumbe, em princípio, ao Direito civil do juiz”³⁰⁷ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 183). *A posteriori*, após definido o ponto de conexão segundo os preceitos do Direito da jurisdição do foro, “o Direito aplicável ao problema contemplado no tipo legal, ou seja, a “causa” da norma, este não só a regulamenta, como que previamente a define”³⁰⁸ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 183). A teoria importa em um câmbio de paradigmas, aproximando-se do princípio da tolerância ao estrangeiro.

Na teoria da *lex civilis fori* impera o Direito do foro, afasta-se a possibilidade de maiores considerações do Direito estrangeiro, assim como sua eventual aplicação à *questio iuris*. Em crítica a esta teoria, Beat Walter Rechsteiner enuncia que ela “não leva em consideração o fato de que a qualificação precede, logicamente, à determinação do direito aplicável pelo juiz” (2007, p. 137). Neste sentido, não se pode considerar definições e regulamentações perante a *lex causae*, vez que esta somente atua quando determinado pela *lex fori*.

Critica-se a teoria da *lex civilis causae*, ademais, pelo fato de requerer que, após encontrado o Direito material aplicável à *questio iuris* por intermédio da *lex fori*, aquele direito definiria novamente a questão, ou seja, a classificaria novamente, segundo os critérios contidos na *lex fori*. É dizer que, em uma *questio iuris* pela qual o Direito brasileiro (*lex fori*) determinará como competente para solver o problema apresentado o Direito material argentino em um problema em matéria contratual. Através deste os preceitos normativos em matéria contratual da norma indireta que indicou como aplicável o Direito argentino seriam interpretados por este. Importa em inquirir como pode o Direito argentino, ou outro sistema

³⁰⁶ [...] when the forum applies foreign law including foreign Private International Law, the connecting factors of the foreign rules of Private International Law must be interpreted in accordance with the law of the foreign country (LIPSTEIN, 1981, p. 94-95).

³⁰⁷ [...] distingue entre la definición de los puntos de conexión y la de los términos contenidos en el tipo legal. La definición de los puntos de conexión incumbe, en principio, al Derecho Civil del juez (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 183).

³⁰⁸ [...] el Derecho aplicable al problema contemplado en el tipo legal, o sea, a la “causa” de la norma, éste no sólo la reglamenta, sino que previamente también la define (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 183).

jurídico estrangeiro conferir sentido às normas de outro sistema jurídico? Trata-se de uma variável à teoria da *lex civilis causae*

Em prol de afirmar princípios de justiça e equidade no Direito Internacional Privado, notadamente na aplicação do Direito estrangeiro, postula-se uma terceira teoria de como proceder à qualificação. Esta teoria, elaborada por Ernst Rabel, advoga “a necessidade de que as normas indiretas tenham suas próprias definições, e que estas sejam elaboradas sobre a base do Direito Privado Comparado”³⁰⁹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 185). Esta doutrina vale-se do método comparado para tecer conceitos, permeados de universalidade, das estruturas, notadamente dos pontos de conexão, que compõem a norma conflitual. Neste sentido, portanto, “o juiz não deve ficar preso à qualificação de determinadas leis, seja do foro, seja da causa, mas, utilizando-se do método comparativo, ir à busca de conceitos autônomos, diferentes dos conceitos internos e dotados de caráter universal” (DOLINGER, 2008, p. 377). A teoria, em suma, “postula a possibilidade de se trabalharem um sistema de conceitos analíticos internacionalmente aceitos e esta proveria os parâmetros para a classificação da questão”³¹⁰ (KAHN-FREUND, 1975, p. 374). Entretanto, a esta teoria assentam-se diversas críticas. Salienta-se que, “em primeiro lugar deixa sobre os ombros dos juízes um pesado fardo ao obrigá-los a obter definições dos termos empregados nas normas indiretas com ajuda do Direito Privado Comparado”³¹¹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 185). Esta teoria também se denomina autárquica³¹² ou qualificação por referência a conceitos autônomos e universais³¹³.

A teoria das qualificações autárquicas, apesar de criticada quanto a deixar aos magistrados o exercício de uma tarefa deveras árdua como comparar institutos jurídicos até que se consubstanciam preceitos detentores de universalidade e generalidade, é, atualmente, possível de verificação. As recentes postulações do Direito Internacional Privado em defender a resolução completa e efetiva das relações jurídicas privadas espacialmente dispersas ou heterogêneas trazem consigo a pluralidade de métodos (em oposição ao império do método conflitual nas concepções normativistas), dentre os quais o ressurgimento do

³⁰⁹ [...] la necesidad de que las normas indirectas tengan sus propias definiciones, y que éstas se elaboren sobre la base del Derecho Privado Comparado (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 185).

³¹⁰ [...] postulates the possibility of working out a system of internationally accepted analytical concepts and this would provide the framework for the classification of the question (KAHN-FREUND, 1975, p. 374)

³¹¹ En primer lugar, echa sobre los hombros de los jueces un pesado fardo al obligarlos a obtener definiciones de los términos empleados en las normas indirectas con ayuda del Derecho Privado Comparado (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 185)

³¹² Nomenclatura atribuída por Werner Goldschmidt (2009, p. 185).

³¹³ Nomenclatura conferida por Jacob Dolinger (2008, p. 377).

método unilateral e normas materiais de Direito internacional Privado. Uma destas técnicas normativas refere-se à “técnica de elaboração de normas materiais uniformes para uso no comércio e nas situações da vida privada internacional, isto é a elaboração de um direito uniforme especial para casos internacionais”³¹⁴ (AGUIRRE, 2003, p. 303). A elaboração de convenções internacionais, o instrumento para a realização de tais fins, no processo de unificação do Direito, geralmente, é precedida de um estudo comparado. Este estudo visa superar as diferenças e criar laços comuns, tornar o diferente semelhante ou idêntico, logo, qualificações seguindo orientações do Direito Comparado não se mostram impossíveis de ocorrência. Seria impossível em um passado remoto, no qual tais convenções inexistiam. Kurt Lipstein, neste sentido, assevera que:

pontos de conexão, como a residência habitual, que foi recebida pelo Direito Internacional Privado dos países como um resultado da adoção de convenções internacionais, devem, é entendido, ser interpretadas com a devida uniformidade³¹⁵ (1981, p. 94).

A relação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Comparado é harmônica e frequentemente empregada. Quando a norma indireta de Direito Internacional Privado, por intermédio de seu ponto de conexão, refere-se como competente para solver a *questio iuris* determinado Direito estrangeiro, o método comparado, desde este momento, é posto em exercício. Uma das motivações é a análise se o instituto do ordenamento jurídico indicado como competente, fere ou não os preceitos da ordem pública interna. Nesta hipótese o Direito Comparado serve como informador do Direito estrangeiro, segundo Mathias Reimann, “o direito comparado simplesmente provê as informações sobre o direito estrangeiro que o Direito Internacional Privado requer”³¹⁶, entretanto, o autor salienta que a “simples informação sobre o direito estrangeiro não é direito comparado no sentido próprio do termo – uma vez que nada está sendo comparado, é somente uma questão de conhecimento do

³¹⁴ [...] técnica de elaboración de normas materiales uniformes para uso en el comercio y en las situaciones de la vida privada internacional, esto es la elaboración de un derecho uniforme especial para casos internacionales (AGUIRRE, 2003, p. 303).

³¹⁵ Connecting factors, such as habitual residence, which have been received into the domestic Private International Law of the countries as a result of the adoption of an International Convention, should, it is submitted, be interpreted with special regard to uniformity (LIPSTEIN, 1981, p. 94).

³¹⁶ [...] comparative law simply provides the information about foreign law that private international law requires (REIMANN, 2009, p. 1381).

direito estrangeiro (em alemão: *Auslandsrechtskunde*)”³¹⁷ (2009, p. 1381). Ademais, uma das funções que se digna o Direito Comparado é o conhecimento.

A interpretação das normas indiretas ou materiais de Direito internacional Privado, presentes nos acordos internacionais, como exposto, devem ser interpretadas conforme as intenções e preceitos prescritos no texto daquele. Nos acordos que promovam a unificação jurídica, a interpretação conforme este intento deve preservar-se. Mathias Reimann enuncia que “é, portanto, amplamente reconhecido que convenções devem ser interpretadas nos seus próprios termos (“autonomamente”) e que referência de ser remetida em atenção às leis materiais e práticas de outros Estados signatários”³¹⁸ (2009, p. 1388). Neste excerto o autor assinala que a convenção que cria determinado Direito unificado não apenas detém características de autonomia interpretativa, como requer esforços comparativos, quando da sua aplicação, aos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários. A ilação é verossímil, vez que, a autonomia clamada pela convenção que prevê a unificação jurídica, fruto de esforços de estudos comparados, reside nestas próprias comparações. Interpretá-las requer volver a comparar os Direitos das quais a unificação é fruto.

O tema da sobre que referência se deve orientar para executar o processo de qualificação versa sobre o *leit motiv* do Direito Internacional Privado: a escolha e a busca do equilíbrio entre coerência interna e harmonia internacional. A opção pela doutrina da *lex civilis fori*, inevitavelmente, é capaz de promover a coerência interna, vez que trataria casos internacionais e nacionais de maneira idêntica, contudo, sacrificaria a harmonia internacional. A doutrina da *lex civilis causae*, entretanto, feriria a coerência interna. Otto Kahn-Freund, assevera que “o sacrifício da coerência interna envolvida na doutrina da *lex causae* é o preço a ser pago pela uniformidade de decisões nos países relacionados. Mas o preço será pago em vão”³¹⁹ (1975, p. 372). Conforme explana o autor:

³¹⁷ [...] simple information about foreign law is not comparative law in the proper sense of the term – since nothing is being compared, it is merely a matter of knowledge of foreign law (in German: *Auslandsrechtskunde*) (REIMANN, 2009, 1381).

³¹⁸ It is therefore widely recognized that conventions must be interpreted on their own terms (“autonomously”) and that guidance must be sought by looking to the other signatory states’ substantive laws and practices (REIMANN, 2009, p. 1388).

³¹⁹ The sacrifice of internal consistency involved in the *lex causae* doctrine is the price to be paid for uniformity of decisions in the countries concerned. But the price will be paid in vain (KAHN-FREUND, 1975, p. 372).

O direito internacional privado não é uma competição entre sistemas jurídicos pela aplicação, e não há nada errado em aplicar uma regra estrangeira que não “clama” por si mesma para ser aplicada. A crítica que um juiz que o assim o faz é *plus royaliste que le roi* tem sempre visto por mim como muito raso. Mas neste caso – que alguém cita com hesitação porque tem sido discutido *ad nauseam* – demonstra que a teoria da *lex causae* não produz harmonia, mas potencialmente ao menos, dissonância internacional assim como incoerência interna³²⁰ (1975, p. 373).

A doutrina da qualificação autárquica tende a aprimorar o equilíbrio entre coerência interna e harmonia internacional. A primeira não oporia obstáculos que diferenciem casos nacionais e internacionais, vez que seriam decididos em paridade e com a compreensão de que casos internacionais e nacionais possuem equivalência conceitual. É dizer, o contrato alemão equivale às disposições normativas em matéria contratual brasileira. A doutrina, também, não obstaría a harmonia internacional, necessária quando se versa sobre o Direito Internacional Privado, direito de tolerância, que prima pelo respeito ao estrangeiro. O encontro de equivalentes importa na construção de pontes entre o sistema jurídico nacional e outro estrangeiro, e no contato próximo entre ambos reside a harmonia internacional³²¹.

5.3 A DIMENSÃO BRASILEIRA E CONVENCIONAL DO DIREITO APLICAVÉL

Perante o ordenamento jurídico brasileiro, como advoga Jacob Dolinger, o “Direito Internacional Privado brasileiro aplica a *lex fori* para a qualificação, abrindo duas

³²⁰ The conflict of laws is not a competition of legal systems for application, and there is nothing wrong in applying a foreign rule which does not itself “claim” to be applied. The reproach that a judge who does so is *plus royaliste que le roi* has always seemed to me very shallow. But this case – which one quotes with hesitation because it has been discussed *ad nausea* – demonstrates that the *lex causa* theory does not produce harmony, but potentially at least international dissonance as well as internal inconsistency (KAHN-FREUND, 1975, p. 373).

³²¹ A vantagem da qualificação autárquica repousa na procura de institutos jurídicos equivalentes, por exemplo, como qualificar o instituto do *Erbvertrag*, do Direito Alemão perante as normas da *lex fori* brasileira? O *Erbvertrag*, segundo prescreve o § 1941 do BGB: “(1) o falecido pode eleger herdeiros, instituir legado e impor obrigações testamentárias por contrato (*Erbvertrag*). (2) Ambas as partes do contrato e terceiros podem ser escolhidas como um herdeiro ou legatário” (ALEMANHA, 2002 – tradução livre). (No texto em alemão lê-se: “(1) Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen (*Erbvertrag*). (2) Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werden.) Perante o Direito brasileiro, *a priori*, classificar-se-ia o *Erbvertrag* como um contrato (*Vertrag*), e, segundo reza o Art. 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 2010). Neste sentido, o Direito material seria o local de celebração do *Erbvertrag*. Entretanto, este instituto do Direito alemão, funcionalmente, desempenha as atribuições do testamento, no Direito brasileiro, e se aplica o mesmo Art. 9º, daquele diploma legal, porém, com conceitos de ordem pública e seguindo normas de aplicação imediatas (regras de polícia) diversas.

exceções para a *lex causae* em matéria de bens e de contratos, e independentemente disto, rejeita o reenvio indicado pela lei estrangeira” (2008, p. 380). O art. 8º prescreve que “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” (BRASIL, 2011) e, o Art. 9º, que versa sobre obrigações, expressa que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 2011). Poder-se-ia asseverar que tais exceções são ilusórias, vez que ao prescrever a norma os vocábulos “bens” e “obrigações” já qualificaram a relação jurídica perante a *lex fori*. No país, portanto, impera a qualificação pela *lex fori*, sendo que, dentre as teorias apresentadas, não se reporta àquela que maior justiça e equidade promove, por submeter uma relação multívoca à compreensão segundo os preceitos de determinado ordenamento. Salienta-se que nestes preceitos não se encontram somente os normativos, mas, toda linguagem, conhecimento empregados para a compreensão. Em manifestação contrária, Werner Goldschmidt, quanto à opção dentre as teorias sobre a procedência na qualificação, assevera que “a nós parece que o procedente consiste em seguir a doutrina das qualificações segundo a *lex civilis causae* e acudir, nos casos de desintegração, ai método sintético-judicial”³²² (2009, p. 185).

No âmbito do Mercosul, o Tratado de Assunção, que institui o bloco de integração regional, há previsto como princípio, em seu Art. 1º, “o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (MERCOSUL, 2012, p. 1). Em sede do setor Direito aplicável, que compõe o Direito Internacional Privado, há poucas disposições unificadas. Este termo, embora empregado, desafia o expresso na disposição normativa do Tratado de Assunção mencionado. A harmonização, como em capítulo precedente explanada, requer a aproximação progressiva no claro intuito de evitar maiores conflitos entre os ordenamentos. Os instrumentos para fazê-lo distinguem-se da unificação, como são as leis modelos, *Restatements* e normas principiológicas.

Os tratados internacionais celebrados no âmbito do bloco de integração demonstram maior afinidade à unificação do Direito, na presente análise do Direito Internacional Privado, vez que quando firmados e devidamente ratificados, tornam-se parte dos ordenamentos internos dos Estados-Partes, reformando-os, recepcionando-se e transplantando-se, e se exigindo a aplicação comum nestes Estados. Considerar estes

³²² [...] a nosotros parece que lo procedente consiste en seguir la doctrina de las calificaciones según la *lex civilis causae* y acudir en los casos de desintegración al método sintético-judicial (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 185).

instrumentos como verdadeiros exemplares de unificação jurídica não importa em contradizer os propósitos do Tratado de Assunção. A unificação requer um passo além da harmonização, assim como, maior atenção, vez que devem ser igualmente aplicados, seus instrumentos, pelos Estados-Partes.

No âmbito normativo mercosulino convivem normas provenientes dos órgãos legiferantes do próprio bloco e normas advindas de fontes diversas, como a Organização dos Estados Americanos, em matéria de Direito Internacional Privado. Diogo P. Fernández Arroyo aduz que “coexiste um “DIPr mercosulino *stricto sensu*” ou “autônomo” (o gerado pelo CMC³²³) e um DIPr mercosulino “*lato sensu*” ou “heterogêneo” formado pelos convênios provenientes de distintas fontes que estão vigentes nos quatro países”³²⁴ (2003, p. 116). Na classificação de Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor, citadas em capítulo precedente, poder-se-ia dizer que, no Mercosul confundem-se o DIPr institucional e o DIPr convencional, ou seja o DIPr mercosulino *stricto* e *lato sensu*. Erik Jayme assevera, quanto a possibilidade de elaboração de um verdadeiro Direito Comunitário mercosuino que, “o desenvolvimento de um Direito Comunitário na América Latina, tem que tomar em conta as diferentes fontes, tanto a codificação mediante tratados, em particular os aprovados no seio da CIDIP, assim como o Direito nacional”³²⁵ (2003, p. 22). O corolário desta pluralidade possui desvantagens e vantagens. Estas se circunscrevem ao fato de que o DIPr mercosulino *lato sensu* pode suprir a falta de normativa internacional unificada, ou mesmo harmonizada, nesta matéria. A desvantagem, entretanto, reside em que, por inúmeras vezes, contatam-se uma pluralidade de acordos internacionais, *stricto ou lato sensu*, que versam sobre a mesma matéria e causam confusão e dificuldade na aplicação ao caso ocorrente.

A coexistência harmônica entre Direito Internacional Privado mercosulino *stricto* e *lato sensu* deve ser compreendida como tal, é dizer, deve-se compreendê-los como habitantes de um mesmo *locus*, paralelamente, e, não concorrentemente. O Mercosul não pode ser um ente com capacidade normativa em Direito Internacional Privado em paralelo a outras organizações cujas convenções já são conhecidas pelos seus Estados-Partes. O contrário, acarretaria uma pluralidade de documentos convencionais sobre matérias idênticas, por vezes aplicáveis igualmente aos Estados que compõem o bloco, o que geraria um conflito

³²³ Sigla empregada para Conselho Mercado Comum.

³²⁴ [...] coexiste un “DIPr mercosureño *stricto sensu*” o “autónomo” (el generado por el CMC) y un “DIPr mercosureño *lato sensu*” o “heterônimo”, conformado por los convenios provenientes de distintas fuentes (ARROYO, 2003, p. 116).

³²⁵ El desarrollo de un derecho comunitario, en América Latina, tiene que tomar en cuenta las diferentes fuentes, tanto la codificación mediante tratados, en particular los aprobados en el seno de la CIDIP, así como el derecho nacional (JAYME, 2003, p. 22).

de convenções, em alusão ao conflito de leis. Um dos instrumentos para evitar a pluralidade normativa acerca de uma mesma matéria é a adoção por referência, segundo Diego P. Fernández Arroyo, “se trata da incorporação do texto convencional por referência, que consiste em estender a aplicação de dito texto a todas as hipóteses possíveis”³²⁶ (2003, p. 111). Assim, pois, é comum o uso da expressão “a todos os casos possíveis” no intuito de estender a aplicação das convenções e afastar demais normativas.

O setor do Direito aplicável, notadamente, à seara da consideração de normas gerais no escopo dos Estados mercosulinos, conhece-se uma fonte proveniente do Direito Internacional Privado convencional, do Direito mercosulino *lato sensu*, a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, firmada na Organização dos Estados Americanos na CIDIP II. A convenção é conhecida e ratificada pelos quatro Estados-Partes do bloco regional. Seu Art. 2º reza que:

Os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes dos Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada (OEA, 2012, p. 1).

A convenção internacional acima vincula aos Estados contraentes, assim como determina como os Estados devem proceder à aplicação do Direito estrangeiro. Esta assertiva é expressa no Art. 1º, “a determinação da norma jurídica aplicável para reger situações vinculadas com o direito estrangeiro ficará sujeita ao disposto nesta Convenção e nas demais convenções internacionais assinaladas, ou que venham a ser assinadas” (OEA, 2012, p. 1). O artigo reza como os Estados, notadamente os magistrados, ou mesmo outros indivíduos com capacidade decisória devem proceder à determinação do Direito material aplicável. A convenção, ainda, expressa, na segunda parte do mesmo dispositivo normativo que “na falta de norma internacional, os Estados Partes aplicarão as regras de conflito do seu direito interno” (OEA, 2012, p. 1), o que demonstra a primazia da esfera internacional sobre as normas domésticas, apoiando-se, ademais, no exposto no Art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que preconiza que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (VIENA, 1969, p.1).

³²⁶ Se trata de la incorporación del texto convencional por referencia, que consiste en extender la aplicación de dicho texto a todos los supuestos posibles (ARROYO, 2003, p. 111).

O Art. 2º, acima citado, designa como forma de proceder à aplicação do Direito material aplicável a teoria do uso jurídico, advogada por Werner Goldschmidt, segundo a qual, “uma vez que tenhamos caracterizado o caso (ou um de seus elementos) como estrangeiro, é preciso dar-lhe o tratamento que em justiça corresponde”³²⁷, este tratamento, ademais, “deve basear-se no respeito ao elemento estrangeiro; e o respeito, por sua vez, consiste em fazer com o caso o que presumidamente com ele fariam no país ao que pertence”³²⁸ (2009, p. 13). Pela assertiva do autor, trata-se de uma questão de justiça dar ao caso o tratamento que, por ventura, receberia no país cujo Direito aplica-se em outro. Entretanto, o autor salienta sobre as espécies de respeito, no qual se baseia a justiça no Direito Internacional Privado, em relação ao estrangeiro. Há o respeito negativo, que consiste em “não fazer com os demais o que não se quer que façam a alguém”³²⁹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13), e o respeito positivo, pautado em “fazer aos demais o que queremos que fizessem a nós”³³⁰ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13), e, que a “justiça no DIPr finca no respeito positivo. Trata-se o caso estrangeiro como no país ao que pertence e, em determinadas circunstâncias, seus protagonistas desejam que o tratemos”³³¹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13). Ao aplicar determinado Direito estrangeiro como se faria no seu Estado de origem significa, sobretudo, o reconhecimento de seu caráter jurídico, é dizer, o Direito estrangeiro, ademais de tal característica, é, acima de tudo, Direito.

A teoria do uso jurídico consagrada no Art. 2º, da Convenção Interamericana, exige atenção a como se aplica, também, o Direito Internacional Privado. Questiona-se, neste sentido, que doutrina, se da *lex civilis fori*, da *lex civilis causae* ou da qualificação autárquica seriam recepcionadas por aquele dispositivo normativo. O artigo em análise reza a aplicação equânime do Direito estrangeiro como em seu Estado de origem fariam. Neste, ao deparar-se uma *questio iuris* fundado em uma relação jurídica privada, espacialmente dispersa ou heterogênea, naturalmente, o magistrado, ou ente com capacidade adjudicativa, aplicariam as normas de seu Direito Internacional Privado, quando inexistem as Convenções que versam sobre a matéria. São duas situações distintas. Naquela – quando se

³²⁷ [...] una vez que hayamos caracterizado un caso (o uno de sus elementos) como extranjero, es preciso darle el tratamiento que en justicia corresponde (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13).

³²⁸ Este tratamiento debe basarse en el respeto al elemento extranjero; y el respeto, a su vez, consiste en hacer con el caso lo que presumiblemente con él harían en el país al que pertenece (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13).

³²⁹ [...] no hacer a los demás lo que no se quiere que hagan a uno (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13).

³³⁰ [...] hacer a los demás lo que quisiéramos que hiciesen a nosotros (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13).

³³¹ La justicia en DIPr finca en el respeto positivo. Se trata el caso extranjero como el país al que pertenece y, en determinadas circunstancias, sus protagonistas desean que lo tratemos (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 13).

aplica o Direito Internacional Privado interno – afastar-se-ia a doutrina da *lex civilis fori*, vez que no escopo estrangeiro, ademais da aplicação do Direito material, aplica-se o Direito Internacional Privado daquele foro. Logo, há a vigência, em tese, da doutrina da *lex civilis causae*. Na segunda hipótese, todavia, havendo convenção internacional em matéria de Direito Internacional Privado, pelo disposto na segunda parte do Art. 1º, do diploma normativo em apreço, aplica-se o Direito Internacional Privado convencional ou institucional com primazia em relação ao interno. Neste sentido, poder-se-ia cogitar a aplicação da doutrina das qualificações autárquicas.

Nas hipóteses aludidas, notadamente a que versa sobre a aplicação da doutrina da *lex civilis causae*, é comprovada pelo disposto na Convenção Interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro, de 1979, integrante do Direito Internacional Privado mercosulino *lato sensu*, cujo Art. 5º, inciso c, que expressa que a “determinação de cada um dos pontos a que se referir à consulta, com indicação do seu sentido e do seu alcance, acompanhada de uma exposição dos fatos pertinentes para sua devida compreensão” (OEA, 2012, p. 1), exclui a aplicação da teoria da *lex civilis fori*. Neste sentido, Cecilia Fresnedo de Aguirre assevera, quanto a este dispositivo, que “a primeira qualificação da relação extranacional deve ser efetuada conforme a técnica do direito privado internacional aplicável, para determinar qual norma desse direito deve aplicar-se”³³², após esta qualificação *a priori*, uma “segunda qualificação, que tem por finalidade determinar que norma específica deste ordenamento jurídico remitido pela norma de conflito deve regular em definitivo a relação, deve realizar-se conforme a técnica desta ordem jurídica remitida”³³³ (2003, p. 268).

O exposto em ambas as convenções internacionais, que compõem o Direito Internacional Privado mercosulino *lato sensu*, contradizem o existente no ordenamento jurídico brasileiro. Como acima explanado, no país vige a doutrina da *lex civilis fori*, ou seja, qualifica-se a questão jurídica privada com elementos estrangeiros segundo as normas do Direito Internacional Privado do foro, sem menção à aplicação do Direito Internacional Privado estrangeiro, vedando-se o reenvio. A esta questão divergente ao Direito brasileiro, em sede do setor Direito aplicável, alia-se a questão da autonomia da vontade.

³³² La primera calificación de la relación extranacional debe ser efectuada conforme la técnica del derecho privado internacional aplicable, para determinar cuál norma de ese derecho debe aplicarse (AGUIRRE, 2003, p. 268).

³³³ [...] segunda calificación, que tiene por finalidad determinar qué norma específica de ese orden jurídico remitido por la norma de conflicto debe regular en definitiva la relación, debe realizarse conforme la técnica de ese orden jurídico remitido (AGUIRRE, 2003, p. 268).

A matéria da autonomia da vontade, perante o Direito Internacional Privado, inquire a autorização das partes, nesta relação jurídica, a elegerem livremente qual o Direito material que a regulará. Entretanto, muitos Estados, a completude deles no âmbito mercosulino, não preconizam a possibilidade das partes elegerem o Direito que mais lhes seja pertinente para regulamentar à relação contratual, salvo algumas exceções. Estas exceções forçam a divisão da compreensão do princípio como algo que ocorre distintamente em duas esferas, a interna, na qual inexistente, e a internacional, na qual, cumpridas algumas exigências e respeitada a ordem pública, é possível. Werner Goldschmidt assevera, neste sentido, que no “Direito Privado interno conhece-se a autonomia das partes. Ela supõe que o Direito aplicável seja indubitavelmente o Direito Privado próprio, ou seja, que se trate de um contrato absolutamente nacional”³³⁴ (2009, p. 273). A autonomia, no Direito interno, na concepção do autor é compreendida como a liberdade de celebrar contratos, ela confunde-se com a liberdade contratual. No Direito Internacional Privado, por ser, além do mais, Direito Privado, ganha o princípio outras acepções, porém, compreendidos no paradigma de liberdade. Neste distingue-se a autonomia conflitual da autonomia material. A primeira refere-se ao “direito das partes a eleger por declaração de vontade o Direito aplicável ao contrato”³³⁵ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 273).

A segunda espécie divide-se em autonomia de primeiro grau ou universal³³⁶ e autonomia de segundo grau³³⁷. Em ambas há previsto o princípio que fundamenta a autonomia: a liberdade. Esta característica é ratificada por Erik Jayme, que enuncia que “no campo de obrigações contratuais e extracontratuais internacionais, a autonomia privada é

³³⁴ [...] Derecho Privado interno se conoce la autonomía de las partes. Ella supone que el Derecho aplicable sea indudablemente el Derecho Privado propio, o sea, que se trate de un contrato absolutamente nacional (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 273).

³³⁵ [...] derecho de las partes a elegir por declaración de voluntad el Derecho aplicable al contrato (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 273).

³³⁶ Segundo Werner Goldschmidt, esta autonomia “consiste em que as partes, sem a sujeição a nenhum Direito positivo determinado contraíam as estipulações materiais necessárias, indicando se assim desejam, um Direito determinado subsidiário para o caso de que suas próprias estipulações tenham lacunas”; no texto original lê-se: “consiste en que las partes, sin sujeción a ningún Derecho positivo determinado contraigan las estipulaciones materiales necesarias, indicando si así lo desean un Derecho determinado subsidiario para el caso de que en sus propias estipulaciones hubiese lacunas” (2009, p. 275).

³³⁷ Conforme Werner Goldschmidt, “consiste em que as partes formulam estipulações materiais sem declarar sua independência de qualquer Direito positivo e sem submeter-se a algum Direito determinado”; no texto original, lê-se: “consiste en que las partes formulan estipulaciones materiales sin declarar su independencia de cualquier Derecho positivo y sin someterse a algún Derecho determinado” (2009, p. 276).

reconhecida hoje como um dos princípios fundamentais do Direito Internacional Privado”³³⁸ (2009, p. 1). Logo, “escolher o Direito aplicável é uma forma de exercer e utilizar a liberdade como parte integral dos Direitos Humanos, e permite as partes a delimitarem suas atividades econômicas e alinhar seus interesses mais eficientemente do que qualquer legislador faria”³³⁹ (2009, p. 1-2).

O Acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul, de 1998, integrante do setor Direito Processual Civil Internacional, no Direito Internacional Privado, contempla, também normas do setor Direito Aplicável. Trata-se de uma fonte do Direito Internacional Privado mercosulino *stricto sensu*, ou seja uma norma de DIPr institucional que, conforme Nádia de Araújo, “vem de encontro aos anseios existentes no bloco mercosulino de uma regulamentação uniforme sobre a Arbitragem Comercial Internacional, pois tudo indica que esta será a via preferencial utilizada pelos particulares para dirimir suas controvérsias” (2004, p. 338). O acordo destina-se a “regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado” (MERCOSUL, 2012, p. 1). O conflito com o ordenamento jurídico pátrio reside em relação ao Art. 10 do Acordo, que expressa que:

As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes (MERCOSUL, 2012, p. 1).

O Acordo contempla, claramente, a autonomia da vontade, fundada na liberdade das partes elegerem o Direito material que rege a relação jurídica privada contraída. Esta disposição contém reservas opostas pelo Brasil, assentada no argumento que tal disposição conflita com o Art. 2º, da Lei de Arbitragem, Lei n.º 9.307/96, que expressa:

As partes poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Poderão, também, as partes convencionarem que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (BRASIL, 1996, p. 1).

³³⁸ In the Field of international contractual and extracontractual obligations, party autonomy is recognized today as one of the fundamental principles of conflict of laws (JAYME, 2009, p. 1).

³³⁹ Choosing the applicable law is a mode of exercising and utilizing freedom as an integral part of human rights and enables the parties to design their economic activities and fine-tune their interests more effectively than any legislator could do (JAYME, 2009, p. 1-2).

A antinomia entre os dois dispositivos normativos encontra-se na tese de que o Art. 2º, da Lei de Arbitragem, autoriza as partes a eleição do Direito material que regerá à matéria litigada, sem necessidade de referência às leis nacionais, como o faz o Acordo sobre Arbitragem do Mercosul, em seu Art. 10. Este preconiza o método indireto para a determinação da lei aplicável, o que feriria, além do citado artigo da Lei de Arbitragem. Além disso, o Art. 9º, da Lei de Introdução às Normas Jurídicas³⁴⁰, que não dispõe sobre a autonomia privada conflitual. Além das antinomias, ressalta-se que a lei brasileira autoriza, também, a aplicação de princípios gerais de direito, assim como, de normas consuetudinárias, como a *lex mercatoria*, que se desenvolve à margem da vontade estatal, notadamente, em órgão privados destinados a zelar pelo comércio internacional. Neste sentido, Nádia de Araújo assevera que “foi um alento para a comunidade acadêmica e para os operadores jurídicos a inclusão da autonomia da vontade na Lei de Arbitragem, razão porque seria de fato danoso voltar-se ao *status quo ante* se o Acordo fosse entendido de forma restritiva”, ademais, “seria um retrocesso se o artigo citado do Acordo limitasse a liberdade alcançada, ao indicar como caminho o art. 9º da LICC brasileira” (2004, p. 345).

Erik Jayme assevera que, “proximamente ligada à liberdade de escolha do Direito aplicável está a liberdade de escolha do foro apropriado”³⁴¹ (2009, p. 2). À autonomia privada conflitual soma-se a liberdade de eleição do foro aplicável aos negócios jurídicos privados, e, nesta matéria, há previsão no Direito Internacional Privado mercosulino *stricto sensu*, ou Direito Internacional Privado institucional, que é mister asseverar. O Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 1994, aplica-se às *questio iuris* litigiosas em sede de contratos internacionais, pactuados por pessoas físicas ou jurídicas, “a) com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção” ou “pelo menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estados-Partes do Tratado de Assunção e tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estados-Partes e exista uma conexão razoável” (MERCOSUL, 1994). O Protocolo complementa as disposições do Acordo sobre Arbitragem do Mercosul acima citado e excetua, de seu escopo, algumas espécies contratuais³⁴².

³⁴⁰ O Art. 9º reza que; “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 2011, p. 1).

³⁴¹ Closely linked to the freedom to choose the applicable law is the freedom to choose the appropriate forum (JAYME, 2009, p. 2).

³⁴² As exceções encontram-se no art. 2º, cujos parágrafos expressam: “1 – as relações jurídicas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente as concordatas; 2 – a matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões; 3 – os contratos de

A expressa regulamentação destas convenções internacionais, entretanto, estão sujeitas ao arbítrio dos Estados-Partes em as ratificarem e providenciarem as recepções e transplantes jurídicos em seus ordenamentos estatais. É dizer, a unificação do Direito, embora existente, o que já importa em um progresso no bloco, carece, muitas vezes, da primazia sobre os ordenamentos internos dos Estados que compõem o bloco. Diogo P. Arroyo Fernández assevera que “nenhum dos ordenamentos mercosulinos dá um tratamento especial ao direito da integração, o qual, no atinente ao DIPr, apresenta sob a forma de convenções internacionais”³⁴³ (2003, p. 87). Eduardo Biacchi Gomes alude que:

se tem discutido no âmbito do Mercosul o instituto da supranacionalidade, que encontra óbices de natureza constitucional por parte dos Estados que compõem o bloco, pois, como se sabe através da experiência europeia, a admissão de uma ordem supranacional depende de expressa disposição constitucional” (2005, p. 134).

Distinto do que se verifica na União Europeia, na qual, por meio de Regulamentos, notadamente, torna-se possível comprometimento maior na unificação de matérias pertinentes ao Direito Internacional Privado, dado seu caráter compulsório quanto à incorporação ou recepção pelos Estados que a integram. Diego P. A. Fernández enuncia, ainda que, “em nenhum caso as normas do Mercosul, incluídas as de DIPr, movem-se em um nível diferente ao das convenções internacionais em geral”³⁴⁴, ou seja, “no Mercosul, quando se fala de “supremacia” significa algo muito diferente da “primazia” do Direito Comunitário europeu, que está em cima tanto do Direito autônomo como do Direito Internacional”³⁴⁵ (2003, p. 87).

A disposição normativa no Uruguai em matéria de tratados internacionais está submetida à concepção de reciprocidade no adimplemento de obrigações entre as partes contraentes, assim como inexistente disposição sobre possível tratamento diferenciado das normas convencionais mercosulinas perante as demais. O art. 6º estatui que:

seguridade social; 4 – os contratos administrativos; 5 – os contratos de trabalho; 6 – os contratos de venda ao consumidor; 7 – os contratos de transporte; 8 – os direitos reais” (MERCOSUL, 1994).

³⁴³ Ninguno de los ordenamientos mercosureños da un tratamiento especial al derecho de la integración, el cual, en lo atinente al DIPr, se presenta bajo la forma de convenciones internacionales (ARROYO, 2003, p. 87).

³⁴⁴ [...] en ningún caso las normas del Mercosur, incluidas las de DIPr, se mueven en un nivel diferente al de las convenciones internacionales en general (ARROYO, 2003, p. 87)

³⁴⁵ [...] cuando en el Mercosur se habla de “supremacía” se está hablando de algo muy diferente a la “primacía” del derecho comunitario europeo, que está por encima tanto del derecho autónomo como del derecho internacional (ARROYO, 2003, p. 87).

Nos tratados internacionais que celebrar a República preponderará a cláusula de que todas as diferenças que surjam entre as partes contratantes, serão decididas pela arbitragem ou outros meios pacíficos.

A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, preponderará à efetiva complementação de seus serviços públicos³⁴⁶ (1997, p. 2).

Além do exposto, o art. 84, da Constituição uruguaia reza ser de competência do Poder Legislativo, composta por duas câmaras, uma destinada aos “Representantes” e outra aos Senadores, conforme o inciso 7º, “aprovar ou reprovar por maioria absoluta de votos do total de componentes de cada Câmara, os tratados de paz, aliança, comercio e as convenções ou contratos de qualquer natureza que celebre o Poder Executivo com nações estrangeiras”³⁴⁷ (1997, p. 25), contudo, a competência para celebrá-los cabe ao Presidente da República, como enuncia o art. 168, 20: “concluir e assinar tratados, necessitando para os ratificarem a aprovação do Poder Legislativo”³⁴⁸ (1997, p. 54). Estas disposições constitucionais uruguaias assemelham-se às brasileiras, perante a mesma matéria.

Da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, as disposições normativas em matéria de tratados internacionais enuncia ser de competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (BRASIL, 1988). Ao órgão parlamentar, portanto, incumbe, como requer o art. 49, I, CRFB, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (1988). Por interpretação extensiva do Supremo Tribunal Federal deste dispositivo, todos os acordos internacionais que a República brasileira seja parte deverão se submeter ao crivo parlamentar. Inexiste, neste sentido, distinção hierárquica ou relativa ao conteúdo de uma lei ordinária e um tratado internacional. A exceção faz-se para os tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, nos quais o art. 5º, do diploma constitucional concede hierarquia supralegal e infraconstitucional.

³⁴⁶ Artículo 6º. En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propondrá a la efectiva complementación de sus servicios públicos (1997, p. 2).

³⁴⁷ [...] aprobar o reprovar por mayoría absoluta de votos de total de componentes de cada Câmara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras (1997, p. 25).

³⁴⁸ Concluir y suscribir tratados, necessitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo (1997, p. 54).

As convenções internacionais sobre Direito Internacional Privado gozam do mesmo status que as normas ordinárias, sujeitas, portanto, à regra *lex posterior derogat priori*, ou do critério da especialidade. No acórdão do recurso extraordinário n.º 466.343-1/SP, assentou-se, por intermédio do voto do ministro Gilmar Mendes, que:

em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art.11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão do depositário infiel, pois o carácter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (STF, p.1191).

Em critério negativo, todas as convenções internacionais que não versarem sobre Direitos Humanos encontram-se submetidas ao paradigma antigo do Direito brasileiro, na qual residem na mesma posição hierárquica na qual assentam as leis ordinárias. Necessitar-se-ia de disposições constitucionais semelhantes à argentina, cujo Art. 75, parágrafo 24, no qual autoriza a delegação de competências a órgãos supranacionais, no bloco de integração³⁴⁹. Na *Corte Suprema de Justicia de la Nación* assentou-se o entendimento, sobre tratados internacionais que, no caso *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo e outros*, de 7 de julho de 1992:

[...] a violação de um tratado internacional pode suceder tanto pelo estabelecimento de normas internas que prescrevam uma conduta manifestamente contrária, quanto por omissão de estabelecer disposições que haja ao seu cumprimento. Ambas as situações resultariam contraditórias com a prévia ratificação internacional do tratado, dito de outra forma significariam o inadimplemento ou repulsa do tratado com as consequências que disso poderiam derivar-se³⁵⁰.

³⁴⁹ 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes (ARGENTINA, 1994).

³⁵⁰ [...] la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan a su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias que de ello pudiera derivarse (*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*. CSJN, julio 7, 1992. LL, 1992-C-543).

A jurisprudência argentina, em sede dos tratados internacionais firmados no escopo mercosulino, reconheceu, no caso Jorge D. Cocchia contra Estado Nacional e outros, decidido pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, em 2 de dezembro de 1993, que:

O Tratado de Assunção de 1991 ratificado pela lei 23.981 (Adla, LI-C, 2887), que estabelece o Mercosul, constitui a culminação de um processo de tomada comum de consciência entre as nações da região, e é uma clara definição de política legislativa que o ordenamento jurídico interno não pode contradizer, dificultar ou omitir em sua implementação prática³⁵¹.

O êxito, ainda que parcial, das convenções que integram o Direito Internacional Privado mercosulino, *lato* ou *stricto sensu*, é seu caráter de unificação parcial, vez que se delimitam matérias específicas peritinentes àquele ramo jurídico, que, por omissão ou por especialidade da temática, não foram disciplinadas pelos legisladores ordinários.

É mister salientar que, no bloco mercosulino, os estudos das matérias unificadas, perante o Direito Comparado, demonstra conflitos não resolvidos. A autonomia privada é a principal, vez que nenhum dos Estados-Partes do Tratado de Assunção a admitem no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, logo, a unificação realizada baseia-se não a construção de pontes possibilitando o trânsito seguro de um ordenamento estatal para o outro, mas, na forçosa adoção de institutos jurídicos, na compulsoriedade de recepção e transplante destes institutos.

³⁵¹ El Tratado de Asunción de 1991 ratificado por la ley 23.981 (Adla, LI-C, 2887), que establece el Mercosur, constituye la culminación de un proceso de toma común de conciencia entre las naciones de la región, y es una clara definición de política legislativa que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica (Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro. CSJN, diciembre 2, 1993. LL, 1994-B, 643).

CONCLUSÃO

O Direito Internacional Privado não pode ser compreendido, dada às circunstâncias da sociedade pós-moderna, como um *corpus iuris* destinada a apontar, mediante pontos de conexão, previamente estabelecidos, um Direito material, pátrio ou estrangeiro, que disciplina a relação jurídica com elementos estrangeiros. Fazê-lo importa em considerar seu objeto igual ao conteúdo, restringir o método ao indireto e justificar seu estudo apenas a constatação empírica de um conjunto de normas que são movidas por este método indireto. O Direito Internacional Privado pós-moderno exige outras técnicas e métodos dada as complexidades advindas, por exemplo, por intermédio da globalização. Necessita-se, pois, do auxílio do método direito, que possibilita ao ramo jurídico em apreço solver, completamente e definitivamente, a *questio iuris* posta à prova.

O método direito no Direito Internacional Privado permite a disciplina, por normas matérias deste ramo, das matérias que lhe são pertinentes. Ademais das normas de polícia ou de aplicação imediata, o método vale-se, também, da unificação do Direito, técnica cujo emprego de tratados internacionais é fundamental. Aliás estes instrumentos tornam-se a fonte principal do Direito Internacional Privado, antes renegadas a uma mínima parcela nas concepções normativistas deste ramo, vez que o concebiam como parte do Direito doméstico; a nomenclatura atribuída, que contempla os adjetivos privado e internacional tratava-se de um equívoco. Entretanto, estes tratados internacionais que visam à unificação do Direito Internacional privado são, atualmente, a necessidade encontrada para solver os conflitos fundados nas relações jurídicas espacialmente dispersas ou heterogêneas, assim como, evidenciam a incipiência dos Estados em, isoladamente, resolverem os problemas fáticos que lhes são apresentados. As grandes reformas jurídicas que ocorre no plano interno dos Estados são deflagradas pelo plano internacional, geralmente, embasadas em aspectos econômicos.

A complexidade do Direito Internacional Privado pós-moderno requer seu estudo inserido na interdisciplinaridade, seja auxiliado por áreas do conhecimento e disciplinas alheias à linguagem jurídica, ou outras disciplinas que residem a esfera jurídica. Destas destaca-se o Direito Comparado. Por meio de estudos fundados no método comparado, que permitem a construção de semelhanças e diferentes entre distintos objetos, por meio de um *tertium comparationis*, possibilita-se a compreensão do Direito estrangeiro e da melhor elaboração normativa. Ademais, o Direito Internacional Privado está sempre em contato com o diferente, como o Direito estrangeiro, vez que, por meio de seu método indireto há de

qualificar a natureza geral da relação jurídica fática que é apresentada, assim como, eleger dentre um Direito material pátrio ou estrangeiro.

A unificação do Direito Internacional Privado, vislumbrada como instrumento ao método direto requer estudos comparados. O Direito Unificado é melhor recepcionado ou transplantado juridicamente se seus termos encontram laços de afinidade nos ordenamentos jurídicos dos Estados pactuantes. Em prol da unificação, entretanto, não se deve restringir, como realizado no período pós-guerra, somente na busca de semelhanças, ou na crença de uma *praesumptio similitinis*, que universaliza os problemas do mundo dos fatos ocorrentes. Importa em asseverar que o Direito, por este critério, não se restringe ao cumprimento de uma única função, e que mesmo este vocábulo admite varias concepções, incumbindo-o de inúmeras “funções”. Há de se considerar, também, o critério da diferença, pois somente este permite o exercício da tolerância. É certo que a unificação torna-se mais plausível e razoável quando há semelhanças entre os ordenamentos jurídicos ou os setores destes que se pretende unificar, contudo, são as diferenças que impossibilitarão a efetiva aplicação deste Direito, uma vez unificado. Ademais, a unificação presume a diferença, pois, o que é idêntico unificado está.

O Direito Comparado deflagra estudos em sede do setor jus privatista internacional Direito aplicável. No método indireto, o *leitmotiv* é a eleição do Direito material cabível à relação jurídica espacialmente dispersa ou heterogênea e sua efetiva aplicação. Nesta importa o estudo de como qualificar a relação e como o Direito estrangeiro, remetido pelo ponto de conexão, aplica-se. Na primeira hipótese, resta assentado que referência ao Direito estrangeiro deve haver, ou seja, qualificar a *questio iuris* através dos preceitos do Direito do foro e aplicar o Direito estrangeiro é insipiente. Requer a qualificação da questão litigiosa pelo Direito do foro, *a priori*, e após pelo Direito estrangeiro, vez que, a segunda hipótese fundamenta a teoria do uso jurídico, ou seja, a aplicação do Direito estrangeiro tal como faria se em seu país de origem estivesse. Neste processo, o emprego do Direito Comparado Funcional, por compreender um *tertium comparationis* funcional é de relevante importância. Ele permite a análise da função através da procura por equivalências. Autoriza o interprete, em outras palavras, responder que função o instituto do Direito estrangeiro exerce e qual o instituto equivalente no Direito pátrio? A resposta é o respeito à teoria do uso jurídico.

A unificação do Direito Internacional Privado, todavia, inquire a possibilidade de proceder à qualificação da questão jus privatista com elementos estrangeiro por meio do Direito Comparado. Esta doutrina da qualificação autárquica, outrora olvidada, dada sua dificuldade operativa fática, vez que se depositaria nos magistrados ou outros

oficiais com capacidade decisória, a tarefa de empreender estudos comparados com Direitos estrangeiros muitas vezes por eles desconhecidos. Entretanto, face às convenções de Direito Internacional Privado a qualificação autárquica retorna ao âmbito de estudo e mostra-se aplicável, vez que a existência da convenção requer interpretações comuns nos Estados que a ela aderiram. O contrário, deixar ao arbítrio dos Estados as interpretações, sem comprometimento com a filosofia da uniformidade, exauriria o propósito da convenção: a unificação. O texto unificado, expresso por palavras escritas, *per si*, não é unificação; está requer interpretações uniformes por intermédio do Direito Comparado. Assenta-se aqui outra evidência da exigência da interdisciplinaridade do Direito Internacional Privado.

Nos blocos de integração regional as questões levantadas são postas à prova. Necessita-se, ademais da liberdades típicas ao projeto, como a livre circulação de produtos, serviços e indivíduos a livre circulação de negócios jurídicos, pois são neles que os objetos das duas primeiras liberdades residem. Para tal fim necessita-se da uniformização do Direito Internacional Privado entre os Estados-Partes do bloco. No escopo mercosulino, o setor Direito Processual Civil Internacional possui algumas regulamentações, entretanto, o setor Direito aplicável ainda é escasso, se considerar apenas normas advindas do bloco, ou nele pactuadas. A assertiva demonstra, que a escassez pode ser superada se considerar como igualmente aplicável, convenções internacionais celebradas fora de seu âmbito, porém que foram devidamente ratificadas pelos Estados-Partes. No escopo mercosilino, portanto, o Direito Internacional Privado divide-se em *lato* e *stricto sensu*, convencional ou institucional, o qual permite considerar as convenções realizadas na CIDIP. Ademais, a consideração serve de evidência que o bloco mercosulino não pode tornar-se palco de outra regulamentação sobre a mesma temática que já se encontra outras formas de disciplinar. Se o fosse, ou seja, se considerasse a necessidade e exigência de um Direito Internacional Privado puramente mercosulino, haveria conflitos com outras convenções internacionais sobre a mesma matéria e resultaria na impossível ou deveras difícil aplicação fática.

No setor Direito aplicável, aplica-se a Convenção Interamericana sobre normas gerais de Direito Internacional Privado, ratificada pelos quatro Estados-Partes do Tratado de Assunção. Nesta conclui-se a necessidade de consideração da doutrina do uso jurídico. Entretanto, no Direito Internacional Privado mercosulino não é clara a consideração da autonomia privada conflitual. Esta representa o reconhecimento da liberdade do indivíduo preconizada e tanto advogada pelos Direitos Humanos. Pelos ordenamentos dos Estados-Partes há expressa proibição. Pelo ordenamento jurídico brasileiro, não é diferente, salvo se elege como meio de solução de controvérsias a arbitragem.

Entre o Acordo sobre Arbitragem do Mercosul, e, a Lei brasileira de arbitragem vige determinada antinomia, justificada e expressada na reserva do Brasil ao Art. 10 daquele dispositivo normativo. Entretanto, a antinomia não afasta a consideração da autonomia privada, ao se eleger a arbitragem, do ordenamento jurídico nacional ou do Direito mercosulino. Aliás, permite ir além das estipulações deste, vez que autoriza a consideração de princípios gerais do Direito e normas de natureza consuetudinária, a *lex mercatoria*. O Protocolo de Buenos Aires complementa o Acordo e dispõe sobre o foro competente para resolver litígios oriundos de contratados internacionais celebrados por pessoas físicas ou jurídicas. O risco posto na aplicação de tais convenções, tão valiosas ao Direito Internacional Privado mercosulino, reside nas disposições constitucionais dos Estados-Partes em prescreverem status idêntico ao das leis ordinárias a estas convenções. No Brasil o mesmo ocorre, e é sustentada pelos entendimentos do Supremo Tribunal Federal. Fazê-lo importa em sujeitar a norma convencional à regra *lex posterior derogat priori*, ou ao critério da especialidade.

Do exposto, conclui-se a necessidade da consideração da pluralidade de técnicas no Direito Internacional Privado, assim como de seu estudo interdisciplinar, cujo auxílio é prestado, dentre outras áreas do conhecimento, pelo Direito Comparado funcional. Ademais, face às barreiras impostas à efetiva aplicação das convenções internacionais que unificam o Direito Internacional Privado no Mercosul, entre as quais se encontram o Brasil, salienta-se que tais convenções preconizam unificações parciais deste ramo jurídico, o que significa, dentro de certas limitações, afirmar o êxito, vez que se aplicam a casos específicos, notadamente com conexão internacional, com ligações a elementos estrangeiros, matérias, que pelo critério da especialidade permitem afastar as antinomias que por ventura surjam perante o Direito estatal.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de. Aspectos Generales del Sector del Derecho Aplicable. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Org.). **Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 137-167.

ARAÚJO, Nádia. **Contratos Internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARROYO, Diego P. Fernández. Conceptos y Problemas Básicos del Derecho Internacional Privado. In: ARROYO, Diego P. Fernández org. **Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 39-81.

ARROYO, Diego P. Fernández. El Derecho Internacional Privado en el Inicio del siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Claudia Lima (Org.) **O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSER, Tobias Michael Carel. **Droit International Privè et Droit Uniforme**. Estados Unidos: Kessinger Legacy Reprints.

BADÁN, Didier Opertti. Prólogo: Necesidad de un Derecho Internacional Privado del Mercosur. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Org.) **Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 25-29.

BARBOSA, Rui. **Discursos de Rui Barbosa em Haia**. Tradução de: Estela Abreu e Artur Bomílcar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007.

BOELE-WOELKI, Katharina. **Unifyong and Harmonizing substantive Law and the role of Conflict of Laws**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

_____. The Principles of European Family Law: its Aims and Prospects. In: **Utrecht Law Review**. Utrecht: Utrecht University, 2010.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 7. ed. New York: Oxford University Press: 2008.

BUXBAUM, Richard M. Comparative Law as a Bridge between the Nation-State and the Global Economy – an Essay for Herbert Bernstein. In: **CiCLOPs**: Center for International & Comparative Law Occasional Papers. v. 1. Disponível em: <www.law.duke.edu/cicl/ciclops>. Acesso em: 13 maio 2012.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. **Principles of European contract law**: parts I and II. Ed. LANDO, Ole; BEALE, Hugh. Haia: Kluwer Law International, 2000.

CORNET, Teresita Saracho; DE KLOR, Adriana Dreyzin. **Derecho internacional privado**: una visión actualizada de las fuentes. Córdoba: Advocatus, 2003.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 383-420.

DOLINGER, Jakob. **Direito internacional privado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

EINHORN, Talia. America vs. European Private International Law – The Case for a Model Conflict of Laws Act (MCLA). In: BOELE-WOELKI, Katharina; EINHORN, Talia; GIRSBERGER, Daniel; SYMEONIDES, Symeon. **Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr**. Haia: Eleven International Publishing, 2010. p. 3-36.

FAUST, Florian. Comparative Law and Economic Analysis of Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 837-868.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. Nova Iorque: Free Press, 2006.

GARNER, Bryan A. **BLACK'S LAW DICTIONARY**. Estados Unidos: West, 2009.

GELDART, William. **Introduction to english law**. 11. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 1995.

GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. **Derecho de la tolerancia basado en la teoría pluralista del mundo jurídico**. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. International agreements: a rational choice approach. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 44, n. 1, 2003, p. 127.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos econômicos e solução de controvérsias**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

GRAZIADEI, Michele. The Functionalist Heritage. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. p. 100-130.

_____. Comparative Law as the Study of Legal Transplants and Receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 441-476.

GROSSFELD, Bernhard. **Core questions of comparative law**. Tradução de: Vivian Grosswald Curran. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

GUTTERIDGE, Harold C. **Comparative law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1949.

HARMONIA. In: **Dicionário grove de música**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Tradução de: M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

HUSA, Jaako. **Farewell to functionalism or methodological tolerance?** Disponível em: <ssrn.com\abstract=1488669> Acesso em: 13 mai. 2011.

JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 305-338.

JAYME, Erik. Prólogo: Necesidad de un Derecho Internacional Privado del Mercosur. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Org.). **Derecho internacional privado de los estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 21-24.

_____. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Claudia Lima (Org.) **O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies. In: **Yearbook of Private International Law**. v. 11. Alemanha: Sellier, 2009.

_____. Direito Internacional privado e Cultura Pós-Moderna. In: UFRGS. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**. v. 1. n. 1. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

_____. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: UFRGS. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**. v. 1. n. 1. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

_____. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. In: UFRGS. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**. v. 1. n. 1. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

KAHN-FREUND, Otto. General Problems of Private International Law. In: **Recueil des Cours – Académie de Droit International**. Liden: A. W. Sijthoff, 1975.

KANDEL, Eric. **In search of memory: the emergence of a new science of mind**. Nova Iorque: W. W. Norton, 2006.

KENNEDY, David. The Methods and the Politics. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. p. 345-436.

LAUTERPACHT, Hersch. **International law: collected papers**. v. 1. ed. LAUTERPACHT, Elihu. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

LEGRAND, Pierre. The Same and the Different. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. **Comparative legal studies: traditions and transitions**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. p. 240-311.

LIPSTEIN, Kurt. **Principles of the conflict of laws national and international**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1981.

LORENZO, Sixto Sánchez. Estado Democrático, Postmodernismo y el Derecho Internacional Privado. In: **Revista de Estudios Jurídicos**. n. 10. Jaén: Universidad de Jaén, 2010.

MANKIWA, Abiola O. Researching Civil Remedies for International Corruption: The choice of the Functional Comparative Method. In: **Erasmus Law Review**. v. 02. n. 03. Disponível em: <www.erasmuslawreview.nl>. Acesso em: 13 mai. 2012.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 339-382.

POUND, Roscoe. Forward. In: GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. **An introduction to the comparative study of private law, readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. xvii-xx.

REIMANN, Mathias. Comparative Law and Private International Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 1363-1396.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHOEMBERG, Arnold. **Harmonia**. Tradução de: Marden Maluf. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

SYMEONIDES, Symeon; HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J. **Conflicts of laws**. Estados Unidos: West Publishing CO, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia. In: **Jornal oficial da União Europeia**, 29. Dez. 2006. Disponível em: <www.coe.int>. Acesso em 28 set. 2011.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito Brasileiro**. Parte I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VIENA. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. 2 ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

WATT, Horatia Muir. Globalization and Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The oxford handbook of comparative law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 579-608.

WORLD BANK. **A guide to the world bank**. 2. ed. Washington, DC: World Bank, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduction to comparative law**. Tradução de: Tony Weir. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.