

# **CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDir./UFRGS**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**Seleção de Textos da Obra de Erik Jayme**

**2ª Edição**

**Volume I  
Número 1  
Março 2003**

**Edição em homenagem à  
entrega do título de Doutor Honoris  
Causa/UFRGS ao jurista Erik Jayme**

**CADERNOS DO PROGRAMA  
DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO – PPGDIR./UFRGS**

---

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**VOL. I - NÚMERO I - MARÇO/2003**

**3º TIRAGEM – 2ª EDIÇÃO**

---

**DEZEMBRO/2004**

## UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Prof. Dr. José Carlos Ferraz Hennemann – Reitor  
Prof. Dr. Pedro Cezar Dutra Fonseca – Vice-Reitor

### FACULDADE DE DIREITO

Prof. Sérgio José Porto – Diretor  
Manoel André da Rocha – Vice-Diretor

#### DIRETORA

Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

COORDENADORA DO VOLUME  
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

#### ACADÊMICO RESPONSÁVEL

Silvio Javier Battello

#### SECRETÁRIA EXECUTIVA

Eliane Kusbick

### CONSELHO EDITORIAL

Prof. Almiro do Couto e Silva  
Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira  
Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior  
Profa. Dra. Claudia Lima Marques  
Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr.  
Prof. Franz August Gernot Lippert  
Prof. Dr. Humberto Bergman Ávila  
Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr.  
Rep. Dis. Juliana Leite Ribeiro do Vale

Prof. Dr. Francisco Araújo Santos  
Prof. Dr. Luís Afonso Heck  
Prof. Dr. Luiz Fernando Barzotto  
Profa. Dra. Martha Lúcia Olivar Jimenez  
Prof. Dr. Peter Walter Ashton  
Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo  
Prof. Dr. Rui Portanova  
Prof. Sérgio José Porto

### DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS. Vol. I Nº I. (mar.2003)  
2 ed. - Porto Alegre PPGDir./UFRGS, 2004.  
160 p.; 21,0 x 14,0 cm  
ISSN 1678-5029  
Semestral  
1. Direito: Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
CDD 34(05)

Tiragem: 500 exemplares

Bibliotecária responsável: Naila Toguinho

Os cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS é uma publicação semestral, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Todos os direitos são reservados, nenhuma parte pode ser reproduzida ou transmitida sob quaisquer meios, sejam mecânicos ou eletrônicos, incluindo a fotocópia de qualquer informação sem a prévia autorização.

O Conselho Editorial não assume a responsabilidade por qualquer material publicado nesta revista. Os trabalhos publicados representam o pensamento de seus autores.

#### ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA:

#### PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Faculdade de Direito - UFRGS

Av. João Pessoa, 80 - 2º andar

Porto Alegre - RS - 90040-000

Fone: 51 3316-3306 - Fone/Fax: 51 3316-3987

e-mail: ppgd@ufrgs.br - <http://www.ufrgs.br/ppgd>

*Pede-se permuta*

*Piedese canje*

*We ask exchange*

*On demande échange*

*Wir bitten um Austausch*

*Si richiede lo scambio*

EDIÇÃO EM HOMENAGEM À ENTREGA DO  
TÍTULO DE  
DOUTOR HONORIS CAUSA/UFRGS  
AO JURISTA ERIK JAYME

SELEÇÃO DE TEXTOS DA OBRA DE ERIK JAYME



## APRESENTAÇÃO

---

É com imenso prazer que, após três re-impressões, apresentamos a segunda edição do Cadernos Especiais em honra do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, de março de 2003. Este pequena e modesta homenagem ao mestre de Heidelberg conheceu imenso sucesso no Brasil e na Argentina, esgotando suas três primeiras tiragens, e é o primeiro “reader” da obra de Erik Jayme, em português. Sendo assim, decidiu a Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS organizar esta segunda edição.

Repiram-se aqui os agradecimentos realizados na apresentação original, que vem após reproduzida a seguir. Um especial agradecimento ao DAAD (Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico), na pessoa de seu Diretor Dr. Schwamborn, que gentilmente financiou a vinda do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme para receber o título de *Doutor Honoris causa* pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2003. A todos, boa leitura!

Dezembro de 2004

Profa. Dra. Claudia Lima Marques

Coordenadora do PPGDir./UFRGS



## APRESENTAÇÃO

### 1º EDIÇÃO

---

É com grande prazer e honra que apresento este volume especial em homenagem ao mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. mult Erik Jayme, Professor Titular emérito da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Econômico e Privado daquela Universidade co-irmã, justamente quando a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por sugestão do Programa de Pós-Graduação em Direito, oferece a este grande professor o título de Doutor Honoris Causa /UFRGS.

O Prof. Dr. Dr. h. c. mult Erik Jayme, Professor catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg é um dos maiores juristas de nossa época, internacionalista reconhecido mundialmente, famoso por seu brilhantismo, profunda cultura e humanismo. É membro da Academia das Ciências de Heidelberg, foi Presidente da Associação de Direito Comparado e é atualmente um dos três Diretores da Academia de Direito Internacional de Haia, além de Presidente da Associação Luso-Alemã de Juristas. Diretor da importante revista IPRAX, tem seus trabalhos publicados na Alemanha, Suíça, França, Portugal, Noruega, Itália, Grécia e Hungria, assim como nos Estados Unidos, Canadá, México, Venezuela, Chile, Argentina, Brasil e Japão.

Com especial carinho pelo Brasil e pela UFRGS, contribuiu em muito para a manutenção e desenvolvimento do Convênio de Cooperação entre a Universidade de Heidelberg e a UFRGS (hoje prorrogado por prazo indeterminado), assim como para o desenvolvimento e a qualificação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS e seu Doutorado, implantado em 1999 (avaliado com a nota A5, justamente por sua qualidade, inserção internacional e linhas de pesquisa, que o mestre de Heidelberg ajudou a criar). Um dos professores alemães de Direito Internacional Privado mais citados no Brasil, Erik Jayme muito tem realizado pelo Direito brasileiro, especialmente através de seus inúmeros artigos publicados, suas palestras e cursos, os vários alunos e professores brasileiros da UFRGS que já orientou e, principalmente, através de suas renovadoras teorias sobre tolerância e humanismo no Direito.

Em sua entrevista ao Prof. Dr. Gustavo Tepedino (UERJ), que reproduzimos nesta edição especial, Erik Jayme afirma sobre sua matéria de especialização, o Direito Comparado e o Direito Internacional Privado: “O que me prende é a realidade, o destino humano (Schicksale), os caminhos e problemas dos indivíduos.” Os caminhos de Erik



Jayme não poderiam ter sido mais férteis: nascido no Canadá francófono (Montreal/Québec), filho de pai alemão-francês, domiciliado no Canadá, mas casado, nos Estados Unidos, com uma norueguesa; Erik Jayme acostumou-se desde logo ao chamado ‘conflito das leis’. Isto é, quando a norma de mais de um ordenamento jurídico ou de mais de um Estado pode aplicar-se para regular a um só caso da vida privada. Acostumado à diferença e à pluralidade de culturas, optou pela nacionalidade alemã. Apesar do passaporte alemão, para ser professor em Mainz, Münster, Munique e Heidelberg teve que provar sua ‘origem’ e identidade cultural. Seus estudos refletem também esta abertura para o outro, o diferente, o estrangeiro, as diferentes culturas e línguas. Realizou seus estudos de graduação, Mestrado e Doutorado em Direito em Frankfurt, Munique, Pavia (Itália) e Berkeley (Estados Unidos). Além do Direito, justamente o direito internacional privado, estudou também História da Arte, em Munique e aperfeiçou-se em Portugal, onde aprendeu o português. Domina assim o alemão, o francês, o norueguês, o italiano, o inglês, o português e o russo, além das línguas clássicas, latim e grego. De uma cultura impressionante, caracteriza-o a timidez, a simpatia e a precisão de um pensamento claro, aberto, profundo, sábio.

Perguntado sobre qual seria a herança do Direito privado para o século XXI, recomendou ‘autonomia’ e ‘transparência’, isto é, que o Direito do futuro vise preservar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, assegurando a transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão! Como jovem professor em Berkeley ajudou ao grande Albert Ehrenzweig, um imigrante austríaco, a elaborar sua obra maior, um manual de Direito Internacional Privado, que revolucionou criticamente a ciência do Direito. Em 1995, lançou sua teoria própria, sumo de seus brilhantes estudos anteriores, sobre as modificações necessárias no Direito para acompanhar as mudanças que a pós-modernidade impunha na sociedade, em velocidade impressionante. Este seu curso geral de Haia tem como título: “A identidade cultural e a integração econômica: o direito internacional privado pós-moderno”. Ali analisa os quatro elementos da pós-modernidade que influenciam o Direito de hoje: o pluralismo, a comunicação, a narração e o ‘retorno de sentimentos’, destacando o Leitmotive ou linha de reconstrução, qual seja, os direitos humanos.

Sua preocupação filosófica com o bem estar dos indivíduos e de transformar o direito em um instrumento útil de proteção e de respeito à decisão livre deste plurifacetado ‘sujeito pós-moderno’, ficaram sintetizados em sua aula magna de abertura da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000. Erik Jayme escolheu como tema ‘a proteção da pessoa humana face à globalização e o direito’. Na entrevista dada à Gustavo Tepedino, confessa: “Tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação.” A crise da pós-modernidade é destruidora de muitos valores e certezas. Erik Jayme, com o brilhantismo que lhe é usual, procura reconstruir a ciência do Direito e assim alcançar a Justiça, a Equidade, a Liberdade, a Autonomia Privada e a Solidariedade, um renovado respeito aos mais fracos, respeito aos diferentes, respeito aos estrangeiros, respeito e tolerância à cultura do outro. Uma Utopia, uma bela utopia que conquistou muitos seguidores no mundo. Na Alemanha, Erik Jayme

recebeu todos os maiores prêmios que um jurista pode alcançar. Doctor honoris causa pela Universidade de Ferrara, Itália (1991); pela Universidade de Budapeste, Hungria (2000) e pela Universidade de Montpellier, França (2001), recebe, em 14 de março de 2003, o mesmo título honorífico das mãos de nossa magnífica Reitora Profa. Dra. Wrana Pannizzi.

Para o PPGDir./UFRGS, este merecido título é motivo de júbilo. Esta edição especial é uma pequena homenagem ao nosso grande mestre alemão. Sendo assim, para homenagear este brilhante e renovador jurista, optamos por dividir estes cadernos em duas partes, uma primeira dedicada a reproduzir a exposição de motivos da concessão do Doutor Honoris Causa UFRGS para referido professor, o parecer da Comissão Especial do Conselho Universitário, que recomendou a concessão do título, incluindo a bibliografia em português do professor, seu Curriculum Vitae, foto e manifestação da magnífica Reitora. Na segunda parte, reproduzimos alguns textos da lavra de Erik Jayme, traduzidos para o português, em esforço conjunto, por alunos do Mestrado, professores e alunos de iniciação científica do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”/UFRGS, a quem sinceramente agradeço. Meus especiais agradecimentos vão aos amigos, Profa. Dra. Nádia de Araújo (PUC-Rio), Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera (UFRGS), Prof. Dr. Gustavo Tepedino (UERJ) e ao Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS, Prof. Sérgio José Porto, sem os quais esta homenagem não teria sido possível.

A escolha dos textos de Erik Jayme a serem incluídos neste livro de homenagem não foi das mais fáceis, em virtude da estupenda e profícua produção deste professor. A solução foi privilegiar os temas que tratou em suas visitas ao Brasil, sua famosa teoria sobre os efeitos da pós-modernidade e sobre a importância da jurisprudência para o desenvolvimento e evolução do Direito (Rechtsfortbildung).

Em suas visitas anteriores à UFRGS, em 1996, apresentou sua teoria sobre os reflexos da pós-modernidade no Direito e analisou as Convenções internacionais como instrumentos de promoção da integração nas comunidades regionais, como a Comunidade Européia e o Mercosul e, em 2002, revistou o Direito de Família, em especial o novo direito adaptado a uma sociedade multicultural. Destas lições publicamos aqui dois textos, um apresentado em Porto Alegre (em 1996) e outro no Rio de Janeiro (em 2002), cuja forma oral de palestra foi preservada para que o leitor possa, ele mesmo, familiarizar-se com a maneira cativante e elegante que o mestre de Heidelberg usa em suas conferências, sempre trazendo muitos exemplos da prática, aliados a doutrina mais atual, para construir aos poucos o conhecimento e a curiosidade de sua plateia.

O primeiro texto de 1996 é intitulado “Direito internacional privado e cultura pós-moderna”, onde houve acréscimo de notas de rodapé, e o segundo, de 2002, publicado na sua forma original, sem nota, intitulado “O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI”. Nos permitimos ainda escolher um artigo clássico e muito citado de 1988, intitulado “Formação progressiva do direito internacional privado por parte dos juízes: a experiência americana e alemã até 1986”, traduzido do italiano, e a sua aula inaugural da Academia de Haia de 2000, “O Direito internacional privado do novo milênio: a proteção da

pessoa humana face à globalização”. Todos os textos aqui selecionados são inéditos no Brasil. Acrescentamos também a entrevista concedida à Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, dirigida pelo Prof. Dr. Gustavo Tepedino (UERJ), para a seção “Diálogo com a Doutrina”, entrevista já publicada in RTDC, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289-293. Vários outros textos em português de Erik Jayme, publicados no Brasil e em Portugal, existem, mas demos preferência, se me permitem o jogo de palavras, ao ‘novo’, como parte desta sincera homenagem àquele que é um magnífico mestre, sempre renovador e aberto para o ‘novo’, caríssimo Doktorvater.

Esperamos, assim, trazer ao público brasileiro um pouco mais do pensamento deste grande jurista universal. Esta edição especial em homenagem, leva o título singelo de ‘Seleção de textos da obra de Erik Jayme’, porque nada mais eloqüente e interessante, do que o mestre!

Profa. Dra. Claudia Lima Marques

Coordenadora do PPGDir./UFRGS

Editora especial do vol. 1 dos Cadernos do

Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS

## SUMÁRIO

---

|   |     |
|---|-----|
| Curriculum Vitae e Bibliografia de Prof. Erik Jayme .....   | 13  |
| Motivações para o Doutor Honoris Causa/UFRGS .....  | 17  |
| Parecer 115/2002 da Comissão Especial .....   | 33  |
| Ofício N° 124/02 .....  | 35  |
| Ata da 987ª Sessão Solene do Conselho Universitário .....   | 37  |
| Laudatio Para Erik Jayme - Memórias e Utopia .....  | 53  |
| Entrevista com o Prof. Erik Jayme .....   | 63  |
| Formação Progressiva do Direito Internacional Privado por Parte dos Juízes:<br>A Experiência Americana e Alemã até 1986<br><i>Erik Jayme (1988)</i> ..... | 69  |
| Sociedade Multicultural e Novos Desenvolvimentos no Direito<br>Internacional Privado<br><i>Erik Jayme (1994)</i> .....                                    | 93  |
| Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna<br><i>Erik Jayme (1996)</i> .....   | 105 |
| Visões Para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado<br><i>Erik Jayme (1997)</i> .....   | 115 |
| O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa<br>Humana Face à Globalização<br><i>Erik Jayme (2000)</i> .....                     | 133 |
| O Direito Internacional Privado e a Família no Umbral do Século XXI<br><i>Erik Jayme (2002)</i> .....   | 147 |
| Bibliografia .....  | 155 |
| Normas Editoriais .....   | 157 |





*Prof. Dr. Erik Jayme*

## CURRICULUM VITAE

### E BIBLIOGRAFIA

#### Prof. ERIK JAYME

Erik Jayme, nascido no Canadá, de nacionalidade alemã é formado em história das artes e direito, com cursos de pós-graduação nos Estados Unidos, Itália e Portugal, suas renomadas obras foram publicadas nos Estados Unidos, na Alemanha, na Holanda, na França (onde recebeu o título *Honoris causa* da Universidade de Montpellier), na Itália (onde recebeu o título *honoris causa* da Universidade de Ferrara), em Portugal, no Brasil (onde receberá o título de *dr. honoris causa* da UFRGS) e nos países ex-socialista (recentemente recebeu o título *Honoris causa* pela Universidade de Budapeste, na Hungria).

Sua brilhante biografia acadêmica pode assim ser resumida:

*Erik Jayme*, nascido em Montréal (Canada), 8 de junho de 1934, de nacionalidade alemã.

Estudos universitários em Francfort, em Munique e Pádua (1954 -1959).

Doutor em direito (Munique 1961); exame de Estado (*Assessor* 1963); assistente na Universidade de Mains (1964-1965); *Master of Laws (LL.M., Berkeley, California, USA, 1966)*; *Livre Docente-Privatdozent* na Universidade de Mains : venia legendi para Direito civil, Direito internacional privado, Direito Processual Civil internacional, Direito comparado (1969).

Professor de Direito na Universidade de Mains, Alemanha (1970-1973); conselheiro científico e professor (*Wissenschaftlicher Rat und Professor*) na Universidade de Münster, Alemanha (1973-1974); professor titular de Direito civil, Direito internacional privado e Comparado na Universidade de Munique e co-director do Institut de Droit internacional da Universidade de Munique, Alemanha (1974 - 1983).

Professor Titular de Direito civil, Direito internacional privado e Direito comparado da Universidade de Heidelberg, Alemanha; Diretor do Instituto de direito civil e comercial estrangeiro e de direito internacional privado da Universidade de Heidelberg (depois de 1983; Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg de 1987 -1988).

Editor da mais importante revista de Direito Internacional Privado, a Revista *IPRax* (depois de 1981); associado (1981), membro (desde 1987) e presidente (de 1997 -1999) do Institut de droit international; Titular da Academia Internacional de Direito Comparado (Académie internationale de droit comparé, desde 1987), membro suplente do Tribunal Administrativo do Unidroit, Roma; membro da Courte National e Internationale de Arbitragem de Veneza (VENCA, desde 1998).

*Professor a contratto* da Universidade de Ferrara (desde 1985) e de Gênova (1989); Doctor *honoris causa* da Universidade de Ferrara, Itália (1991); doctor e professor *honoris causa* da Universidade de Budapest, Hungria (2000), Doctor *honoris causa* da Universidade de Montpellier, França (2001). Recebeu os prêmios de pesquisa do Estado de Baden-Wurtemberg. É membro da Academia das ciências de Heidelberg (1989). Membro do Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye, Paris (desde 1999).

Conferencias na Itália (Ferrara, Gênova, Lecce, Modêna, Padua, Palermo, Parma, Nápoles, Roma, Trieste, Urbino, Veneza), na França (Montpellier, Nice, Paris, Strasbourg), na Espanha (Granada, Madri, Segóvia), no Brasil (Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo), na Escóssia (Aberdeen, Edimbourg), na Áustria (Viena), na Polónia (Cracovia), nos Estados Unidos da América (Bâton Rouge, Berkeley, Cornell University), na Grécia (Atenas, Komotini, Thessaloniki), na Noruega (Bergen, Oslo).

Em resumo, o Prof. Dr. Dr. h.c.muli Erik Jayme, aposentado recentemente como Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro, Direito internacional Privado e Direito Econômico Internacional da Univ. de Heidelberg, nestes últimos 10 anos, em muito contribuiu para a Faculdade de Direito da UFRGS, especialmente para o seu PPGDir. e sua avaliação com a nota A5 pela CAPES através de reiterados atos de atenção e comprometimento com a UFRGS, sendo um dos maiores incentivadores e promotores do Convênio de Cooperação entre a renomada Univ. de Heidelberg e a UFRGS.

Lista de publicações em português ou com referência ao Brasil:

Sobre a aplicação do direito civil português por tribunais alemães,  
Revista da Ordem dos advogados, 1978, pp. 339 ss.

O risco da diversidade linguística e o direito internacional privado,  
Scientia Iuridica, 1979, pp. 7 ss.

Dicionário jurídico e económico: Wörter der Rechts- und Wirtschaftssprache  
portugiesisch-deutsch, Band I, München 1994  
deutsch-portugiesisch, Band II, München 1990

Luis Cabral de Moncada (1888-1974) e as suas Relações com a Alemanha,  
Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra,  
1993, pp. 233 ss.

Direito internacional e integração: as convenções europeias,  
Integração jurídica interamericana. As Convenções de Direito  
Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro (Paulo B. Casella,  
Nadja de Araujo, dir. publ.) São Paulo 1998, pp. 106 ss.

Os 100 anos do „BGB” e os países lusófonos,  
Revista da Ordem dos Advogados, 57 (1997), pp. 823 ss.

Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado,  
Revista dos tribunais, vol. 759 (1999), pp. 24 ss.

### **Em alemão:**

Verkehrsunfälle in Portugal und deutsches inrerntionales Deliktsrecht,  
Estudios em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia, t. 1, 1986,  
pp. 233 ss.

Kapverdische Republik,  
Bergmann/Ferid (dir. publ.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht,  
vol. V 1987, pp. 1 ss.

Das portugiesische AGB-Gesetz von 1985: Sachnormen und Internationales  
Privatrecht,  
IPrax, 1987, pp. 44 ss.

Neues Gesellschaftsrecht in Portugal: Internationales Privatrecht und  
Fremdenrecht  
IPrax, 1987, pp. 44 ss.

Gustav Radbruch und Portugal,  
Heidelberger Jahrbücher, XXXVI, 1992

Luis Cabral de Moncada (1888-1974) und seine Beziehungen zu Deutschland,  
Deutsch-Lusitanische Rechtstage, Baden-Baden 1992, pp. 15 ss.

Zur Reform des kapverdischen Erbrechts,  
Deutsch-Lusitanische Rechtstage, Baden-Baden 1992, pp. 141 ss.

Kollisionsrechtliche Bestimmungen em AGB-Gesetz von Macau,  
IPrax 1993, pp. 274 ss.

Veiga Beirão (1841-1916), Mancini (1817-1888) und das Inernationale  
Privatrecht der Handelsbücher,  
2. Deutsch-Lusitanische Rechtstage, Baden-Baden 1994, pp. 17 ss.



Zur Anwendung des Rechts von Macau durch deutsche Gesetze

2. Deutsch-Lusitanische Rechtstage, Baden-Baden 1994, pp. 146 ss.

Luis Cabral de Moncada und Carl Schmitt, Briefwechsel, 1943-1973 (dir. publ.)  
Heidelberg 1998

Carl Schmitt und Portugal - Prozeßvergleiche und IPR,

Tagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in München,  
IPRax 1996, pp. 300 ss.

Guilherme Moreira (1861-1922) und die deutsche Pandektistik,

Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht. 100 Jahre  
BGB und die lusophonen Länder.

Symposium in Heidelberg, Baden-Baden 1997, pp. 63 ss.

Zur Angleichung des deutschen und des portugiesischen Zivilrecht: Zwei  
Entscheidungen:

Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht. 100 Jahre  
BGB und die lusophonen Länder.

Symposium in Heidelberg, Baden-Baden 1997, pp. 153 ss.

Die Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung,

ZEuP 1997, p. 931

100 Jahre BGB und die lusophonen Länder,

IPRax 1997, p. 224.

Portugal, Brasilien, Kapverdische Republik: Reformen zum Internationalen  
Zivilverfahrensrecht,

IPRax 1998, p. 309

Machado Villela (1871-1956) und das Internationale Privatrecht,

Festschrift für Ulrich Drobig, Tübingen 1998, pp. 289 ss.

Portugal und die lusophonen Rechte

Tagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Baden-  
Baden, IPRax 2000, pp. 245 ss.

## MOTIVAÇÕES PARA O DOUTOR HONORIS CAUSA/UFRGS

---

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS gostaria de indicar e sugerir para receber o título de DOUTOR HONORIS CAUSA da Universidade Federal do Rio Grande do Sul o Prof. Dr. Dr. h.C. multi Erik Jayme, Professor catedrático da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Comparado, Direito Internacional Econômico e Privado da Universidade de Heidelberg, um dos maiores juristas de nossa época, internacionalista reconhecido mundialmente, Presidente da Associação Internacional de Direito Comparado e um dos três Diretores-Curadores da Academia de Direito Internacional de Haia, que muito tem realizado pela ciência brasileira, e mantido o Convênio de Cooperação com a UFRGS e a Universidade de Heidelberg em constante evolução, assim como tem colaborado decisivamente para o desenvolvimento e a qualificação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS e seu recém implantado Doutorado, já avaliado com a nota A5 pela CAPES.

O Professor Erik Jayme, nascido em Montréal (Canadá), 8 de junho de 1934, e de nacionalidade alemã é formado em história das artes e direito, com cursos de pós-graduação nos Estados Unidos, Itália e Portugal; suas renomadas obras foram publicadas nos Estados Unidos, na Alemanha, na Holanda, na França (onde recebeu o título *Honoris Causa* da Universidade de Montpellier, uma das outras nove universidades que mantêm convênio de cooperação acadêmica com a Universidade de Heidelberg), na Itália (onde recebeu o título *Honoris Causa* da Universidade de Ferrara, uma das outras nove universidades que mantêm convênio de cooperação acadêmica com a Universidade de Heidelberg), em Portugal, no Brasil e nos países ex-socialista (recentemente recebeu o título *Honoris Causa* pela Universidade de Budapeste, na Hungria).

Sua brilhante biografia acadêmica pode assim ser resumida:

Estudos universitários em Frankfurt, em Munique e Pádua (1954 -1959).

Doutor em direito (Munique 1961); Exame de Estado (*Assessor* 1963); assistente na Universidade de Mains (1964-1965); *Master of Laws (LL.M., Berkeley, California, USA, 1966)*; *Livre Docente-Privatdozent* na Universidade de Mains : *venia legendi* para Direito civil, Direito internacional privado, Direito Processual Civil internacional, Direito comparado (1969).

Professor de Direito na Universidade de Mains, Alemanha (1970-1973); conselheiro científico e professor (*Wissenschaftlicher Rat und Professor*) na Universidade de Münster, Alemanha (1973-1974); professor titular de Direito civil, Direito Internacional Privado e Comparado na Universidade de Munique e co-diretor do Institut de Droit International da Universidade de Munique, Alemanha (1974 - 1983).

Professor Titular de Direito civil, Direito Internacional Privado e Direito Comparado da Universidade de Heidelberg, Alemanha; Diretor do Instituto de Direito Civil e Comercial Estrangeiro e de Direito Internacional Privado da Universidade de Heidelberg (depois de 1983; Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg de 1987 -1988).

Editor da revue *IPRax* (depois de 1981); associado (1981), membro (desde 1987) e presidente (de 1997-1999) do Institut de Droit International; Titular da Academia Internacional de Direito Comparado (Académie internationale de Droit Comparé) desde 1987, membro suplente do Tribunal Administrativo do Unidroit, Roma; membro da Courte National e Internationale de Arbitragem de Veneza (VENCA, desde 1998).

*Professor a contratto* da Universidade de Ferrara (desde 1985) e de Gênova (1989); Doutor honoris causa da Universidade de Ferrara, Itália (1991); Doutor e professor *honoris causa* da Universidade de Budapest, Hungria (2000), Doutor *honoris causa* da Universidade de Montpellier, França (2001). Recebeu os prêmios de pesquisa do Estado de Baden-Wurtemberg. É membro da Academia das ciências de Heidelberg (1989). Membro do *Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye*, Paris (desde 1999).

Conferências na Itália (Ferrara, Gênova, Lecce, Modêna, Padua, Palermo, Parma, Nápoles, Roma, Trieste, Urbino, Veneza), na França (Montpellier, Nice, Paris, Estrasburgo), na Espanha (Granada, Madri, Segóvia), no Brasil (Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo), na Escócia (Aberdeen, Edimburgo), na Áustria (Viena), na Polônia (Cracóvia), nos Estados Unidos da América (Baton Rouge, Berkeley, Cornell University), na Grécia (Atenas, Komotini, Tessalônica), na Noruega (Bergen, Oslo).

## MOTIVAÇÕES

### I – UM GRANDE INCENTIVADOR DO CONVÊNIO ENTRE A UFRGS E A UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG

O Prof. Dr. Dr. h.c.multi Erik Jayme, Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro, Direito Internacional Privado e Direito Econômico Internacional da Universidade de Heidelberg, nestes últimos 10 anos, em muito contribuiu para a Faculdade de Direito da UFRGS, especialmente para o seu PPGDir. e sua avaliação com a nota A5 pela CAPES, através de reiterados atos de atenção e comprometimento com a UFRGS, sendo um dos maiores incentivadores e promotores do Convênio de Cooperação entre a renomada Universidade de Heidelberg e a UFRGS, como se observa por estes fatos:

1 – Em 1991, o **Prof. Jayme aceitou orientar à distância o Doutorado da jovem professora da UFRGS, Claudia Lima Marques**, que permaneceu dando aulas na UFRGs até 1994, em virtude do Convênio que unia as duas Universidades e conseguiu uma bolsa do DAAD/CAPES para tal doutorado pleno (1994-96).

2 – Em 1992, incluiu a Profa. Claudia Lima Marques, da UFRGS, na Associação de Juristas de Fala Lusitana e Alemã, convidou-a para um Congresso em Heidelberg, onde conheceria os futuros professores alemães convidados (“DAAD Long Term German Leceurs”), que estiveram na Faculdade de Direito e no PPGDir. em 1998/99/2000/2001, **Dra. Harriet Christiane Zitscher (Hamburgo) e Dr. Ulrich Wehner**

(Colônia). O Prof. Jayme publicou a conferência da professora da UFRGS sobre direito brasileiro em livro na principal editora jurídica alemã (Nomos Verlag, Baden-Baden), tendo recebido citações nos manuais de Direito Internacional na Alemanha e na Holanda.

3 – Em 1994/1995, o Prof. Jayme foi um dos incentivadores na renovação do Convênio UFRGS/Heidelberg (Convênio de Cooperação Acadêmica entre a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Universidade de Heidelberg, Alemanha) então já expirado, “mas na prática” com a presença de vários alunos da UFRGS em Heidelberg e vice-versa.

4 – Em 1995, em seu Curso Geral na Academia de Direito Internacional de Haia, o Prof. Jayme inclui o Direito Brasileiro entre os estudados direitos “pós-modernos” e cita trabalhos científicos de professores da UFRGS e das universidades-parceiras do Grupo-Montevidéo (Carlos Alberto Gherzi-UBA e Tellechea Bergman-UROU).

5 – Em 1996, a Profa. da UFRGS, Claudia Lima Marques conclui o doutorado e sua obra é publicada em Frankfurt, Alemanha.

- **Doctoris Iuris Utriusque pela Universidade de Heidelberg**, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Juristische Fakultät, Alemanha, pesquisa básica de 1991 a 1994, e de outubro de 1994 a fevereiro de 1996 créditos e elaboração da Tese em Heidelberg, com bolsa DAAD/CAPES.

Em 18 de outubro de 1996 - Defesa e Prova oral final do Doutorado (**Rigorosum**) na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha, nota: „*Summa cum laude*”

Título da Tese de Doutorado: “**Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptions-übereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht** „ (497pg) (A nova ordem do direito da adoção internacional - Uma análise da Convenção de Haia de 1993 e seus reflexos no direito alemão e brasileiro)

Professor orientador: Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme, Diretor do Instituto para Direito Comparado, Direito Comercial e Internacional Privado da Universidade de Heidelberg. Nota recebida: „*Summa cum laude*”

Grau acadêmico: **Dr. iur. (Heidelberg) - Doctoris Iuris Utriusque**  
**Reconhecimento de equivalência de Título** - Parecer nr. 051/97 da Câmara de Pós-Graduação da UFRGS, em 21 de janeiro de 1997.

6 – Em 1996, o Prof. Erik Jayme vem à UFRGS, onde pronuncia seu curso “**Direito de Família na pós-modernidade**”,<sup>1</sup> iniciando linha de pesquisa no PPGDir.

<sup>1</sup> Curso de Direito Comparado “Direito de Família na Pós-Modernidade” ministrado pelo Prof. Dr. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, Diretor do Instituto para Direito Comparado, Direito Comercial e Internacional Privado da Universidade de Heidelberg, Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, atividade do Mestrado em Direito da UFRGS, com o apoio da FAPERGS, Universidade de Heidelberg e da Escola Superior da Magistratura/RS, de 02 a 06 de setembro de 1996.

sobre efeitos da pós-modernidade no Direito Privado (Parte II deste texto), linha de pesquisa esta que, de 1996 a 2001, tem aumentado e qualificado enormemente a produção científica do PPGDir./UFRGS e da Faculdade de Direito/UFRGS (Iniciação Científica<sup>2</sup>, ganhando vários prêmios de pesquisa<sup>3</sup>, e que tem seus resultados e trabalhos publicados no Brasil, Alemanha, Argentina e Estados Unidos<sup>4</sup>.

7 – Em 1996, o Prof. Erik Jayme usa fundos de seu prêmio de excelência na pesquisa do Estado de Baden-Wurtemberg para trazer à UFRGS um PROFESSOR ASSISTENTE da Universidade de Heidelberg, Alexandre Gekler e enviar um aluno da GRADUAÇÃO da Faculdade de Direito de Heidelberg, para ficar um ano na UFRGS, estudando Direito Brasileiro, CHRISTIAN SCHINDLER, hoje professor-assistente na Universidade de Heidelberg e Secretário-Geral da Associação de Juristas de Fala Portuguesa e Alemã.

8 – 1996-2001 – Assim, por iniciativa do Prof. Erik Jayme e com base no Convênio, agora renovado sem data final, e sob orientação na Faculdade de Direito da Profa. Claudia

<sup>2</sup> Veja o artigo de MARQUES, Claudia Lima, A pesquisa em Direito: Um testemunho sobre a pesquisa em grupo, o método “Sprechstunde” e a iniciação científica na pós-modernidade, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS (ISSN 0104-6594), vol. 20 (2001), p. 63 a 90.

Em 2001, dez pesquisadores do grupo foram distinguidos com a possibilidade de participar em disputas internacionais, juris simulados e cortes arbitrais tais como: . PRIMEIRO LUGAR NO BRASIL (Eliminatória nacional realizada na UFSC): Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, 2001, Washington, D.C., Estados Unidos (Couch Professores Cláudio Moretti e Manoel André da Rocha), grupo: 26. Ana Gerdau de Borja (nova bolsista extra desde abril de 2001), 27. Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, 28. Maitê de Souza Schmitz (bolsista PROPESQ/UFRGS), 29. Ricardo Medeiros de Castro 2. Wilhem C. Vis Commercial Arbitration Moot Competition, em Viena, Áustria, 2001, grupo (Couch Profa. Vera Fradera): Rafael Garcia (ex-bolsista CNPq/UFRGS), Lucas Faria Annes (ex-bolsista CNPq/UFRGS) Ricardo Medeiros de Castro, Luciana Malinowski Meira, 3. Americas Model United Nations-AMUN, Brasília, UnB, 2001, grupo: Antonia Espíndola Longoni Klee (bolsista atual), Ana Gerdau de Borja (nova bolsista extra desde abril de 2001, CNPq/UFRGS), Lucas Faria Annes (ex- bolsista PROPESQ/UFRGS e ex-bolsista CNPq/UFRGS), Maitê de Souza Schmitz (bolsista PROPESQ/UFRGS), Thomaz Francisco de Araújo Santos, Rafael Pellegrini Ribeiro, Marília Zanchet, 30. Prêmio: “best delegate” AMUN (Americas Model United Nations) para Thomaz Francisco de Araújo Santos. Na orientação de formandos e na pós-graduação: 31. FÁBIO MORISINI - Terceiro lugar nacional no Primeiro Concurso de Monografias RT/Instituto Brasileiro de Direito e Filosofia do Direito (2000), 32. RODRIGO AZEVEDO- Primeiro lugar no país, II Concurso USP/ Microsoft de Monografias (2001).

<sup>3</sup> Desde 1997, Prêmios de Iniciação Científica do Grupo de Pesquisa CNPq, liderado pela Prof. Dra. Claudia Lima Marques e onde participaram os professores alemães e os alunos alemães enviados pelo Prof. Erik Jayme foram:

1. Pesquisadora PROPESP/UFRGS Patrícia Peressutti, DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Seção III, 1997
2. Pesquisadora FAPERGS Giovanna Maciel (PUC), DESTAQUE no IX Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Seção III, 1997
3. Pesquisador CNPq/UFRGS Pedro Montenegro- 2º PRÊMIO no I Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito/UFRGS, Bolsa de estudo do Mestrado em Direito/UFRGS para 1998.

Lima Marques, inicia-se o Intercâmbio de estudantes de Direito e pós-graduandos entre a UFRGS com a Universidade de Heidelberg, Alemanha.

– **três alunos alemães estiveram na UFRGS.** De 1996-1997 – do segundo semestre de 1996 e primeiro de 1997, do acadêmico e pesquisador da Universidade de Heidelberg, Christian Schindler, nos seus estudos de dois semestres, como aluno especial na Faculdade de Direito da UFRGS. 1999-2000 - Depois viriam à Faculdade de Direito da UFRGS, para pesquisar e estudar ainda os alunos alemães e doutorandos: Doerner e novamente Schindler.

– **três alunos da Faculdade de Direito da UFRGS estiveram em Heidelberg,** dois em cursos de verão em alemão, oferecidos pelo Goethe e Universidade de Heidelberg, Acad. Rafael Garcia e Aline Jackisch, uma no Mestrado em Direito, Fabiana D'Andrea Ramos.

9 – 1996-2002 – O Prof. Erik Jayme e os demais professores da Faculdade de Direito de Heidelberg passam a doar livros jurídicos à Faculdade de Direito da UFRGS e enviar a Revista IPRAIX mensalmente à Porto Alegre, o que dá novo impulso à Biblioteca setorial e da ONU.

10 – 1997 – O Prof. Erik Jayme envia o Vice-Diretor do Instituto para dar classes na UFRGS. O Curso Especial de Direito Comparado „Direito das Sociedades Comerciais Comparado” ministrado pelo Prof. Dr. Herbert Kronke,

4. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Bárbara S. Garcia, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1998;
5. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Ariane Cunha, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1998.
6. Pesquisador voluntário Fabiano Menck, UFRGS, DESTAQUE no X Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1998.
7. Pesquisadora voluntária Cláudia Travi Pitta Pinheiro - 2º PRÊMIO no III Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito/UFRGS, Bolsa de estudo do Mestrado em Direito/UFRGS para 2000.
8. Pesquisadora CNPq/PIBIC Aline Jackisch, Co-orientador o Prof. Sérgio José Porto, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.
9. Pesquisadora CNPq/PIBIC Laura Oliveira Ederich, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.
10. Pesquisadora PROPEQ/UFRGS Rosaura Macagnan Viau, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.
11. Pesquisador PROPEQ/UFRGS Bruno Nunes Barbosa Miragem, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.
12. Pesquisadora voluntária Odiléia Oliveira de Almeida Simão, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.
13. Pesquisador FAPERGS Fábio Costa Morosini (PUC), DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999.
14. Pesquisadora voluntária Fernanda Nunes Barbosa (PUC), DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999;
15. Pesquisador CNPq/PIBIC Aline Jackisch, Co-orientador o Prof. Sérgio José Porto, DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999;
16. Pesquisador FAPERGS Fábio Costa Morosini (PUC), PRÊMIO JOVEM PESQUISADOR do XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999.

da **Universidade de Heidelberg**, Vice-Diretor do Instituto para Direito Comparado, Direito Comercial e Internacional Privado da Universidade de Heidelberg, acontece no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, como atividade do Mestrado em Direito da UFRGS, com o apoio da FAPERGS, Universidade de Heidelberg e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, de 7 a 11 de abril de 1997.

11 – 1997- Na linha de pesquisa fundada pelo Prof. Erik Jayme é organizado, com apoio do Instituto, um **Curso Especial de Direito Comparado: Direito de Família na Atualidade**, ministrado pelo **Dr. Christoph Benicke, Professor Assistente da Universidade de Heidelberg**, Instituto para Direito Comparado, Direito Comercial e Internacional Privado da Universidade de Heidelberg, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, atividade do Mestrado em Direito da UFRGS, com o apoio da FAPERGS, Universidade de Heidelberg e da Escola Superior da Magistratura/RS, de 9 a 11 de abril de 1997.

17. Pesquisadora voluntária, ex-CNPq/PIBIC, Laura Oliveira Ederich, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.
18. Pesquisador PROPESQ/UFRGS, Bruno Miragem, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.
19. Pesquisador CNPq/UFRGS, Rafael Garcia, DESTAQUE no XII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2000.
20. Pesquisadora voluntária, Daniela Jacques, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.
21. Pesquisadora voluntária, Fernanda Giradi, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.
22. Pesquisadora voluntária, ex-CNPq/PIBIC, Laura Oliveira Ederich, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.
23. Pesquisador CNPq/UFRGS, Rafael Garcia, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.
24. Pesquisador PROPESQ/UFRGS, Bruno Miragem, DESTAQUE no XII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2000.
25. Pesquisadora voluntária, Antônia Klee, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000. NOVAS DISTINÇÕES EM ORGANISMOS E COMPETIÇÕES INTERNACIONAIS: Em 2001, dez pesquisadores do grupo foram distinguidos com a possibilidade de participar em disputas internacionais, juris simulados e cortes arbitrais tais como: PRIMEIRO LUGAR NO BRASIL (Eliminatória nacional realizada na UFSC): Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, 2001, Washington, D.C., Estados Unidos (Couch Professores Cláudio Moretti e Manoel André da Rocha), grupo.
26. Ana Gerdau de Borja (nova bolsista extra desde abril de 2001).
27. Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos.
28. Maitê de Souza Schmitz (bolsista PROPESQ/UFRGS).
29. Ricardo Medeiros de Castro. 2. Wilhem C. Vis Commercial Arbitration Moot Competition, em Viena, Áustria, 2001, grupo (Couch Profa. Vera Fradera): Rafael Garcia (ex-bolsista CNPq/UFRGS), Lucas Faria Annes (ex-bolsista CNPq/UFRGS) Ricardo Medeiros de Castro, Luciana Malinowski Meira. Americas Model United Nations-AMUN, Brasília, UnB, 2001, grupo: Antonia Espindola Longoni Klee (bolsista atual), Ana Gerdau de Borja (nova bolsista extra desde abril de 2001, CNPq/UFRGS), Lucas Faria Annes (ex- bolsista PROPESQ/UFRGS e ex-bolsista CNPq/UFRGS), Maitê de Souza Schmitz (bolsista PROPESQ/UFRGS), Thomaz Francisco de Araújo Santos, Rafael Pellegrini Ribeiro, Marília Zanchet.
30. Prêmio: "best delegate" AMUN (Americas Model United Nations) para Thomaz Francisco de Araújo Santos. Na orientação de formandos e na pós-graduação.

12 – 1997/1998 – o Prof. Erik Jayme recebe ex-aluna da Faculdade de direito da UFRGS para fazer o mestrado com ele na Universidade de Heidelberg, ex-bolsista de IC PROPESQ/CNPq **Fabiana D'Andrea Ramos**, hoje **Mestre em Direito pela Universidade de Heidelberg**, professora e doutoranda na UERJ, em Direito Internacional Privado.

13 – 1998-1999 – O Prof. Erik Jayme indica, seleciona e recomenda à CAPES e ao DAAD, jovem professora alemã, pertencente à Associação de Juristas, a qual ele é presidente, para que venha lecionar na Faculdade de Direito da UFRGS. Vinda da Professora alemã Dra. Harriet Christine Zitscher, no Programa DAAD/CAPES de Professores Visitantes Alemães em Universidades Brasileiras/1997, especialista em Direito Internacional Privado e Direito Civil Comparado, ex-pesquisadora do Institut Max-Planck de Hamburg e Universidade de Heidelberg, para assumir cursos em conjunto no Mestrado e na graduação da Faculdade de Direito UFRGS em 1998 e 1999.

A professora Harriet contribuiu em muito para renovação da metodologia de aulas<sup>5</sup>, pesquisa<sup>6</sup> da Faculdade de Direito da UFRGS, e aumentou significativamente o número de publicações do então Mestrado em Direito da UFRGS<sup>7</sup>.

31. FÁBIO MORISINI - Terceiro lugar nacional no Primeiro Concurso de Monografias RT/Instituto Brasileiro de Direito e Filosofia do Direito (2000).

32. RODRIGO AZEVEDO - Primeiro lugar no país, II Concurso USP/Microsoft de Monografias (2001).

<sup>4</sup> São três artigos no Brasil, um na Argentina, um nos Estados Unidos e um na Alemanha, veja Lima Marques, Claudia, Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual- Direito pós-moderno? com Maria Cláudia Cachapuz und Ana Vitória da Silva, in Revista dos Tribunais, vol. 764, (1999), S. 11-32 e, In Revista "Igualdade", jan./março 2000, vol. 8, nr. 26, Curitiba, S. 1-33; Lima Marques, Claudia, Visões sobre o Teste de Paternidade através do Exame do DNA em direito brasileiro-direito Pós-Moderno à Descoberta da Origem? In Eduardo Oliveira Leite (Hrsg.), Grandes Temas da Atualidade- DNA como meio de prova da filiação, Forense, Rio de Janeiro, 2000, S. 27-60 e um livro no prelo (Org.), Direito de Família na Pós-modernidade, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, na Argentina, In Kemelmarre de Carlucci, Aida (Org.), Anales X Congreso Internacional de Derecho de Familia, 20-24 de setembro de 1998, Mendoza, Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual- Direito pós-moderno? (com CACHAPUZ e SILVA), Buenos Aires, 1999, S. 342-362., nos EUA, Lima Marques, Claudia, Assisted Reproduction Technology in South America, and the Effect on Adoption, in Texas International Law Journal, vol. 35, Number 1, Winter 2000, S. 65-91, na Alemanha, In Jayme, Erik, Deutsche-lusitanische Juristenverein, Nomos Verlag, 2002, Lima Marques, Claudia, Gleichheit zwischen Kindern im aktuellen brasilianischen Recht-Postmodernes Recht?, no prelo.

<sup>5</sup> Livro de Bolso, "Metodologia do ensino com casos práticos: Exemplos do Direito do Consumidor" Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999. Apresentação de Cláudia Lima Marques, p. 1 a 19.

<sup>6</sup> ZITSCHER, Harriet Christiane, Como pesquisar?, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 17 (1999), p. 103 e seg..

<sup>7</sup> Veja ZITSCHER, Harriet Christiane, Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês, Belo horizonte, Del Rey, 1999 e Relatório de Pesquisa quantitativa e qualitativa de jurisprudência gaúcha sobre seguro-saúde e o CDC, realizada pelo Grupo de Pesquisa CNPq "Mercosul e Direito do Consumidor", coord. Claudia Lima Marques e Harriet C. Zitscher, conjuntamente com estudantes, publicado na Revista Direito do Consumidor (São Paulo), vol. 29, jan./mar 1999, p. 88 a 105: "Relatório BRASILCON sobre seguro-saúde no TJRS, de 1991 até maio de 1998" e no livro Saúde e Responsabilidade, Marques, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de L. e PFEIFFER, Roberto A. C. (Org.), São Paulo, Ed. RT, 1999, p.183 a 203.



14 – 1999-2000 – O Prof. Erik Jayme indica o substituto para a cátedra alemã na Faculdade de Direito/UFRGS, recaindo a escolha no **Dr. Ulrich Wehner, autor do livro da Nomos Verlag, “Der Mercosur”, que é escolhido pela CAPES/DAAD para ser professor convidado na UFRGS.**

15- 1999-2002 - Por indicação do Prof. Erik Jayme, a ganhadora do prêmio Serick da Universidade de Heidelberg, professora japonesa, também sua orientanda de Doutorado, **Profa. Dra. Yuko Nishitani, da Universidade de Sendai vem à UFRGS dar uma série de palestras em alemão na Faculdade de Direito, em 1999 e novamente em 2001<sup>8</sup>, criando o PPGDir./UFRGS uma linha de pesquisa sobre Direito Comparado Brasil-Japão. A UFRGS propõe um Convênio de Cooperação com a Universidade de Sendai, considerada a 4ª melhor Universidade no Japão. Em 2002, a Profa. Dra. Claudia Lima Marques, convidada pela Universidade de Sendai, que fará Convênio de Cooperação Acadêmica com a UFRGS, fará três palestras em alemão, no Japão (Sendai, Kyoto e Tóquio) e, em agosto, a vinda de uma delegação de professores japoneses para a UFRGS e USP (parceira nas pesquisas).**

16 – 2000 – O Prof. Erik Jayme indica ao Curatório da Academia de Direito Internacional de Haia, professora da UFRGS para ser o primeiro professor brasileiro a ser “**Directeur d’Études**” do Curso da Academia em 2003 e continua a convidar professores da UFRGS para seus congressos na Alemanha.

17 – 2000 – Em virtude desta honra internacional, a Profa. Claudia Lima Marques é a primeira professora da UFRGS e única brasileira fora do eixo Rio-São Paulo, a ser convidada pela **OEA-Organização dos Estados Americanos**, para participar do 31º Curso do Comitê Jurídico Interamericano 2000, tema “Universalismo e Regionalismo”, na sede do Comitê no Rio de Janeiro, ministrando aulas dias 10 a 16 de agosto sobre o tema “Proteção do Consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, publicado pela OEA, em Wasington, DC, 2001.

18 – 2001 – Professores da UFRGS e alunos são convidados para ir à Heidelberg, Alemanha e o Prof. Erik Jayme aceita co-orientar o aluno de Doutorado do PPGDir./UFRGS, Augusto Jaegger Jr., em um Doutorado Sandwich na Univ. de Heidelberg.

19 – 2002 – O Prof. Erik Jayme, recusando vários outros convites, vêm à UFRGS dar novamente um curso “Sociedade Multicultural e o desenvolvimento

---

<sup>8</sup> “Simpósio de Direito Japonês”, ciclo de conferências ministrada pela professora da Universidade de Sendai (Japão), Profa. Dra. Yuoko Nishitani, com apoio do Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional” e o Mestrado em Direito UFRGS, de 4 a 5 de maio de 1999. “Simpósio de Direito Japonês II”, ciclo de conferências ministrada pela professora da Universidade de Sendai (Japão), Profa. Dra. Yuko Nishitani, com apoio do Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional”, Programa de Pós-Graduação em Direito /UFRGS, Centro Japonês da UFRGS e Consulado do Japão, dias 2 a 3 de maio de 2001.

do Direito de Família Europeu”, na semana de 3 a 11 de março de 2002, na Faculdade de Direito da UFRGS. Novamente, a Universidade de Heidelberg suporta todas as despesas da vinda do professor titular e de um professor assistente (Nicholas Geiben) para dar cursos na UFRGS, uma de suas mais ativas parceiras.

## II – AS VISITAS DE ERIK JAYME À FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS E AS LINHAS DE PESQUISA DO PPGDIR./FACULDADE DE DIREITO

### A. A nova linha de pesquisa “Direito de Família na Pós-Modernidade”, o novo doutorado e a produção científica internacional do PPGDir./UFRGS.

Da primeira visita do professor de Heidelberg, em 1996, resultou a criação de uma linha de pesquisa sobre os efeitos da pós-modernidade no direito e a tradução de artigo do alemão para o português do Prof. Dr. Dr. h.c. Erik Jayme, com 31 pgs., publicada na Revista dos Tribunais nr. 759, janeiro 1999, p. 24 a 40, sobre o tema: “Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado”, pela Profa. Dra. Claudia Lima Marques e a tradução simultânea do curso pela Profa. Me. Vera Jacob de Fradera, do PPGDir./UFRGS.

Sobre a linha de pesquisa, baseada no Curso dado na UFRGS e em sua obra máxima, o Curso de Haia de 1995, pode-se dizer que das instigantes palestras de Erik Jayme sobre o direito patrimonial de família em tempos pós-modernos e das primeiras discussões do Grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UFRGS sobre “Direito de Família na Pós-Modernidade”, nascem vários textos e trabalhos publicados no Brasil, Argentina, Estados Unidos, Alemanha e Japão, preparando o PPGDir./UFRGS para sua inserção internacional, que garantirá a nota A6 na CAPES.

Em suas aulas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em setembro de 1996, Erik Jayme comentava o *individualismo* crescente na família, com o direito passando a valorar de forma tão destacada os direitos individuais, os direitos pessoais e mesmo os direitos fundamentais dos membros desta instituição, que se a família não deixa de ser um todo, perde em força, perde em caráter de união, porque nenhum mais de seus membros quer fazer sacrifícios para estar integrado em uma família. Cada membro da família sim quer e vai manter-se plenamente pessoa, sujeito de direitos, apesar de integrar-se neste grupo social. O nascimento ou reconhecimento de novos sujeitos na Família, inverte o ponto de concentração do direito, da instituição como um todo, para as partes, para os sujeitos individualmente considerados, em um novo pluralismo de sujeitos, que assegura atualização e qualidade aos estudos realizados no PPGDir./UFRGS que passa a oferecer as seguintes cadeiras: Direito de Família na Pós-Modernidade, Direito de Sucessões na pós-modernidade, Direito do Consumidor no Mercosul. A produção científica do PPGDir./UFRGS reconhecida internacionalmente aumenta consideravelmente. Em 1998, as outras linhas de pesquisa do PPGDir./UFRGS também atualizam-se passando a linha histórica a incluir estudos sobre pós-modernidade e bioética, estudos sobre língua e direito são criados e, em direito público, sobre direitos fundamentais e o segundo projeto de Doutorado do PPGDir./UFRGS, baseado nestas linhas de pensamento renovados e de nível internacional é aprovado na CAPES em 1999.

## B. A mais importante teoria de Erik Jayme sobre os efeitos da pós-modernidade no direito e a renovação teórica do PPGDir./UFRGS

Sendo assim, podemos considerar que a mais importante obra de Erik Jayme, seu constante trabalho e atenção com a UFRGS, possibilitou ao PPGDir./UFRGS uma renovação teórico-científica importante, que, por fim, possibilitou o reconhecimento de seu Doutorado como o primeiro Doutorado em Direito do Rio Grande do Sul.

Sobre a tese de Erik Jayme, assim escreveu Claudia Lima Marques: “Com a utilização da expressão sócio-filosófica “pós-moderno”<sup>9</sup> procura o Professor da Universidade de Heidelberg, Alemanha, Erik Jayme, demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo e de nosso direito<sup>10</sup>. A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado<sup>11</sup>, como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo<sup>12</sup> e as mudanças nos valores e modelos da sociedade<sup>13</sup>. Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo<sup>14</sup>, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva,<sup>15</sup> uma era do vazio e de caos<sup>16</sup>,

<sup>9</sup> Veja Lyotard, Jean-François, *Das postmoderne Wissen - Ein Bericht*, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, p. 13: “Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Kunst seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben.”

<sup>10</sup> Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995*, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 36 e seg.

<sup>11</sup> Veja Jayme, Cours, p.28 e seg. e também Brilmayer, Lea “Post-modernism in American Choise of Law, *Mélange Françöes Laurent*, p. 695 e seg.

<sup>12</sup> Assim também conclui Ciuro Caldani, Miguel, *Lineas de semejanza entre el Derecho Internacional Privado clasico y el Derecho de la postmodernidad*, in *Boletim del Centro de Investigaciones, UNR*, nr. 6, 1997, p. 65 e seg.

<sup>13</sup> Assim Jayme, p. 2 (*Avant-propos*) e Sánchez Lorenzo, *Postmodernismo y Derecho Internacional Privado*, in *Rev. Esp. de Der. Int.*, 1994, p. 557 e seg.

<sup>14</sup> Veja também Sánchez Lorenzo, p. 557: “El Derecho es un producto cultural. Como tal, responde necesariamente a las características de un determinado momento histórico y evoluciona paralelamente a otras manifestaciones o productos de determinada cultura.”...und p. 577 “El Derecho y el DIPr en particular se convierten entonces en un canal o medio de comunicación y de intercambio de valores hacia un mejor orden mundial.”

<sup>15</sup> Lyotard, p. 19., afirma sobre a chamada sociedade pós-industrial e a cultura pós-moderna que: “Dieser Übergang beginnt spätestens mit dem Ende der fünfziger Jahre, das für Europa das Ende seiner Wiederaufbauphase bezeichnet. Es geht, entsprechend den Länder und innerhalb dieser entsprechend dem Wirtschaftsbereich, mehr oder weniger schnell vor sich: daher die generelle Dischronie, die nicht leicht ein Gesamtbild abgibt.” Já Harvey, David, *The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge/Massachusetts 1994, p.3 e 42 identifica os anos 60 e 70 como os anos desta mudança. Outros preferem o final da segunda guerra mundial, os anos 50

de desregulamentação, de privatizações<sup>17</sup>, de forte exclusão social<sup>18</sup>, da “euforia do individualismo e do mercado”<sup>19</sup>, era de globalização e radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência; o fim dos valores e outras catástroficas previsões para a nova era<sup>20</sup>, em resumo, em uma época de crise pós-moderna<sup>21</sup>, também o direito de família<sup>22</sup>, ramo mais próximo da realidade social e quase antropológica de uma sociedade, estaria em crise.<sup>23</sup> Uma crise de mudança.

Como já tivemos oportunidade de observar,<sup>24</sup> os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito civil como um todo. Tempos de ceticismo quanto ao positivismo<sup>25</sup>, quanto a capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora<sup>26</sup>.

Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, tempos de abalo nas referências institucionais e de grande manipulação nas informações e formação

como o início do movimento pós-moderno, assim Jameson, Frederic, Pós-Modernismo - A lógica cultural do capitalismo tardio, Atica, São Paulo, 1996, p. 27.

<sup>16</sup> Assim o instigante Lipovetsky, Gilles, La era del vacío- Ensayos sobre el individualismo contemporáneo, Anagrama, Barcelona, 1996, em especial, p. 6 a 8.

<sup>17</sup> Assim Ciufo Caldani, Miguel, Privatización y Derecho Privado, in Boletim del Centro de Investigaciones, UNR, nr. 20, 1995, p. 119 e seg.

<sup>18</sup> Veja Tourraine, Alain, Uma Visão Crítica da Modernidade, in: Cadernos de Sociologia, vol. 5, pg. 36 e 37.

<sup>19</sup> Ghersi, Carlos Alberto, La Posmodernidad Jurídica, Buenos Aires, 1995, p. 27: “No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda le euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, alidai al placer y a la felicidad consumista.”

<sup>20</sup> Como afirma Habermas, reconhecer, nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e, mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação “pós”, mas, por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do “Zeitgeist”, do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança. Veja Habermas, p. 12.

<sup>21</sup> Segundo Santos, Boaventura de Souza, Introdução a uma ciência pós-moderna, Graal, Rio de Janeiro, 1989, p. 11: “A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna.”

<sup>22</sup> Neste sentido nossas conclusões na Tese de Doutorado, Lima Marques, Claudia, “Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht”, Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997, p. 363.

<sup>23</sup> Concorde também Lemouland, Jean-Jacques, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin, in Dalloz, 1997, nr. 18, Chronique, 1.05.97, p. 133 e seg.

<sup>24</sup> Veja Lima Marques, Claudia, Contratos Bancários em tempos pós-modernos, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 19 e seg.

<sup>25</sup> Veja Habermas, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Ed.Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 35.

<sup>26</sup> Como explica Vattino em sua introdução, “O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...”, veja Vattino, Gianni, O fim da modernidade- nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pg. VII.

de opinião, acaba-se por decretar a insuficiência do modelo familiar tradicional, modelo patriarcal do direito civil moderno, o que leva à evolução dos conceitos, a maior maleabilidade na jurisprudência, nos valores e visões por ela consolidadas, seja ideologicamente, seja discursivamente.<sup>27</sup> Tempo de solução tópica, do direito à diferença, do neo-liberalismo, de comunicação irrestrita, de informatização, de um neo-conservadotismo, de ceticismo sobre o geral, institucional, tempos de um individualismo necessário, da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por muitas quase meta-narrativas simultâneas e contraditórias, de legitimação pela linguagem, pelo prazer, pelo consenso momentâneo, pela parceria consciente e limitada, decisões e normas legitimadas não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresentam.<sup>28</sup> Tempos que alteraram o ponto de concentração do direito de família, que deixa de pensar na manutenção da instituição, mas sim nos indivíduos, nos vínculos que ligam este grupo e nos direitos fundamentais de cada um, especialmente dos mais fracos, membros do grupo, como as crianças, os filhos. Tempos de grande influência do direito público e dos direitos fundamentais dos cidadãos em todos os ramos do direito privado e também no direito de família.

Segundo o emérito Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, Reinhold Zippelius, o Direito deve ser um instrumento para uma organização social justa e equilibrada (*zweckmäßiger und gerechter Sozialgestaltung*).<sup>29</sup> Nesta visão, as normas jurídicas são, portanto, instrumentos que ajudam a determinar a realidade social, conforme os objetivos considerados justos e desejáveis para aquela sociedade. O direito pode ser, portanto, um instrumento de justiça e inclusão social, de proteção de determinados grupos e pessoas na sociedade, aí incluindo os filhos, a família monoparental, a família fora do casamento e outras novas uniões.

Identificar esta nova fase do direito de família é o escopo deste trabalho e para tanto vamos nos valer da análise de Erik Jayme, sobre qual seria as quatro características da cultura pós-moderna que teriam reflexos no direito. Segundo Erik Jayme as características da cultura pós-moderna no direito seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de "*le retour des sentiments*" e a valorização dos direitos humanos<sup>30</sup>.

*Pluralismo* de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, como os fornecedores que organizam-se em cadeia, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas.<sup>31</sup> Pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm

<sup>27</sup> Veja por todos, Gellner, Ernest, pós-modernismo, razão e religião, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, pg. 11 e seg.

<sup>28</sup> Veja Harvey, p. 3 e seg. e Kaufmann, Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München 1994, p. 224 e seg.

<sup>29</sup> Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie, 3. Ed. Beck, Munique, 1994, p. 258.

<sup>30</sup> Jayme, p. 36.

<sup>31</sup> Veja sobre o pluralismo de fontes Friedman, Lawrence, The Republic of Choice - Law, Authority and Culture, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994, p. 11.

sempre uma dupla função, o “double coding” e onde os valores são muitas vezes antinômicos.<sup>32</sup>No Direito de Família, o pluralismo de fontes<sup>33</sup> pode ter sua origem no reconhecimento de direitos individuais dos membros destas uniões ou grupos, assim destacam-se do Código Civil as leis de proteção da mulher<sup>34</sup>, da criança e do adolescente<sup>35</sup>, do ancião, dos deficientes físicos<sup>36</sup>, superadas que foram as antigas normas sobre o regime da mulher casada.<sup>37</sup>O pluralismo de fontes legislativas é hoje total<sup>38</sup>, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*)<sup>39</sup> nascer o novo direito de família<sup>40</sup>.

A *comunicação* é um valor máximo da pós-modernidade, associado a valorização extrema do tempo, do direiro como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de legitimação (*Sprachspiele*)<sup>41</sup>, a ética<sup>42</sup> e a filosofia é discursiva<sup>43</sup>, o consentimento legitimador é só aquele informado e esclarecido.

<sup>32</sup> Veja Kaufmann, p. 226-227 e Jayme, p. 247 e seg.

<sup>33</sup> Assim também Lemoulant, p. 133 e seg. que considera o pluralismo de fontes uma resposta à diversidade de costumes e de moral hoje existente na sociedade.

<sup>34</sup> Lima, p. 119 destaca a posição privilegiada da mulher na Lei do Divórcio, Lei 6.515/77.

<sup>35</sup> Sobre a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja Cury, Munir (Coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente- Comentários Jurídicos e sociais, Malheiros, São Paulo, 1992, p.11 e seg.

<sup>36</sup> Veja o compêndio “Direitos da Pessoa portadora de deficiência”, Advocacia Pública e Sociedade, ano 1, nr. 1, Max Limonad, São Paulo, 1997.

<sup>37</sup> Assim Lima, p. 119.

<sup>38</sup> Veja Sánchez Lorenzo, p. 557: “ Por otra parte, el carácter destructivo del postmodernismo, en especial de su ataque al universalismo, consiste en una labor expresada en sentido positivo: edificar la posibilidad...La descodificación es un fenómeno más del afán por edificar la posibilidad, que en suma es la idea que mueve la especialización y la flexibilización en el DIPr.”.

<sup>39</sup> Vgl. Sánchez Lorenzo, p. 565: “Es evidente que esta flexibilidad constructiva no sólo vamos a encontrarla en las técnicas de reglamentación, sino también en el orden de las fuentes. El talame dialógico y blando del postmodernismo encaja con el desarrollo del soft law, por su capacidad para edificar la posibilidad.”

<sup>40</sup> Sobre o chamado “diálogo” das fontes, veja Jayme, Erik, Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, Vortrag in der Tagung “Kinder im Recht” - Kindschaft und Völkerrecht im europäischen Kontext, Evangelische Akademie Tutzing, 20. Januar 1996, ainda não publicado e sobre a internacionalidade e convivência de fontes nacionais e internacionais, van Loon, J.H.A., The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law, in: Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.), Amsterdam 1990, p. 105.

<sup>41</sup> Sobre a legitimação como problema pós-moderno, veja Lyotard, p. 30 e seg.

<sup>42</sup> A ética discursiva foi denominada de moral pós-convencional (“postkonventionelle Moral”) e de teoria jurídica pósmoderna (“postmoderne Rechtstheorie”) por Kaufmann, p. 224 e seg.

<sup>43</sup> Sobre o discurso e seus jogos escreve Lyotard, p. 36 e seg.: “Wenn Wittgenstein die Erforschung der Sprache ab ovo wiederaufnimmt und seine Aufmerksamkeit auf die Wirkungen der Diskurse konzentriert, so nennt er die verschiedenen Arten von Aussagen, die er dabei auffindet und von welchen wir eben einige aufgezählt haben, Sprachspiele. Er gibt mit diesem Terminus zu verstehen, daß jede dieser verschiedenen Aussagenkategorien durch Regeln, die ihre Eigenschaften und ihren möglichen Gebrauch spezifizieren, determinierbar sein muß, genauso wie sich das Schachspiel durch einen Komplex von Regeln definiert, der die Eigenschaft der Figuren oder auch die erlaubte Art, sie zu bewegen, bestimmt.”

Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a re-valorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis.<sup>44</sup> A comunicação está presente no direito de família através das novas maneiras de fazer valer os direitos assegurados aos membros mais fracos do grupo, as crianças, que passam a ser não só consultadas, como também a poder exercer diretamente seus direitos e a ter voz ativa nas decisões (pelo menos algumas) internas da família,<sup>45</sup> resultado de uma nova visão da criança não mais como “objeto” do pátrio poder, mas como sujeito de direitos próprios<sup>46</sup>.

A *narração* é a consequência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais.<sup>47</sup> Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no microsistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas.<sup>48</sup> No Brasil, o Estatuto da criança e do Adolescente é um belo exemplo de normas narrativas, ou normas objetivo, segundo Eros Grau.<sup>49</sup> O Arr. 19 do ECA, que estabelece o princípio máximo de manutenção do vínculo familiar, mais parece um discurso político, um programa de ação, do que uma norma de conduta geral e auto-aplicável. Com esta fluidez e narratividade o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica<sup>50</sup>. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos conestatatórios da dogmática tradicional, uma forte Jurisprudência de valores,<sup>51</sup> estudos críticos (“Critical Legal Studies”)<sup>52</sup> e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e

<sup>44</sup> Veja também Sanchez Lorenzo, p. 576 e seg.

<sup>45</sup> Observa-se um enorme crescimento no direito das crianças em manifestar-se, veja a nova legislação sul-africana “South Africa children speak out”, in the International Journal of Children's rights, vol.1, 1993, p. 71 e seg., a Convenção européia sobre o exercício dos direitos das crianças de janeiro de 1996, Conseil d'Europe European Convention on the Exercise of Children's Rights., e no Brasil os tímidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>46</sup> Assim Veerman, Philip E., The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood, Dordrecht 1992 p. 10.

<sup>47</sup> Veja Jayme, Narrative Normen, p. 16 e seg. e as observações de Sánchez Lorenzo, p. 558: “...el postmodernismo parece, antes que una filosofía del Derecho o una particular metodología jurídica en sentido amplio, una teoría del razonamiento jurídico en la línea de la tópica o nueva retórica, partidaria de la narrative consistence frente a la normative consistence, en la disunción de R. Dworkin retenida por E. Jayme.”

<sup>48</sup> A definição de normas narrativas é de Jayme, Erik, Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Mohr: Tübingen, 1993, p. 16.

<sup>49</sup> Veja sobre normas-objetivo em geral, Grau, Eros Roberto, “Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas”, in Direito do Consumidor 5, p. 183 e seg.

<sup>50</sup> Trilhando outros caminhos, assim conclui Menezes Cordeiro, António, “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica”, in Revista da Ordem dos Advogados, 48, Dez. 1988, p. 75, ao concluir que o sistema presente do direito é “aberto, móvel, heterogêneo e cibernético.”

<sup>51</sup> Veja Sánchez Lorenzo, p. 562: “Este eclecticismo y relativismo postmodernista encaja también perfectamente con los planteamientos retóricos o argumentativos del razonamiento jurídico y con la labor creativa del juez en una jurisprudencia de valores.”

<sup>52</sup> Veja Kaufmann, p. 52.

mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema de direito, mas também na grande influência representada pelos direitos fundamentais (antes programáticos) no direito privado<sup>53</sup>.

Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar nossa ciência do direito é o que Jayme denomina “*retour des sentiments*”.<sup>54</sup> Seria, de um lado, a volta de uma certa “emocionalidade” no discurso jurídico<sup>55</sup>, de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema, que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto a solução a ser efetivamente encontrada<sup>56</sup>.

O *Leitmotive*, elemento guia, destacado por Jayme é um *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais”<sup>57</sup> e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado na família, como proteror do indivíduo e como inibidores de abusos.”

### PRINCIPAIS PUBLICAÇÕES do Prof. Dr. Dr. h.c. ERIK JAYME no Brasil, em Portugal, em Cabo Verde e em Macau e sobre o direito luso-brasileiro EM LÍNGUA PORTUGUESA:

Sobre a aplicação do direito civil português por tribunais alemães, Revista da Ordem dos advogados, 1978, pp. 339 ss.

O risco da diversidade lingüística e o direito internacional privado, Scientia Iuridica, 1979, pp. 7 ss.

Dicionário jurídico e econômico: Wörter der Rechts- und Wirtschaftssprache portugiesisch-deutsch, Band I, München 1994

deutsch-portugiesisch, Band II, München 1990

Luis Cabral de Moncada (1888-1974) e as suas Relações com a Alemanha, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1993, pp. 233 ss.

Direito internacional e integração: as convenções europeias, Integração jurídica interamericana.

As Convenções de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro (Paulo B. Casella, Nádia de Araújo, dir. publ.), LTdr, São Paulo 1998, pp. 106 ss.

<sup>53</sup> Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 280 e seg.

<sup>54</sup> Jayme, p. 36.

<sup>55</sup> Veja a Draft Resolution for Buenos Aires elaborada pela International Law Association (1994) que expressamente combate esta nova emocionalidade no direito e requer na adoção internacional: “The development of non-emotive standards for the application of the subsidiarity principle.”

<sup>56</sup> Assim Jayme, p. 261 : “Ce qui frappe, c'est le recours, dans les arrêts des tribunaux, à la référence aux sentiments des personnes intéressées comme raisons pour résoudre des conflits de lois.”

<sup>57</sup> Assim Lorenzetti, p. 249 e seg.



Os 100 anos do "BGB" e os países lusófonos, *Revista da Ordem dos Advogados*, 57 (1997), pp. 823 ss.

Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, *Revista dos Tribunais* (São Paulo), vol. 759 (1999), pp. 24 ss.

## EM ALEMÃO:

Verkehrsunfälle in Portugal und deutsches internationales Deliktsrecht, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, t. 1, Coimbra, 1986, pp. 233 ss.

Kapverdische Republik, (Direito da República do Cabo Verde- Verbete) Bergmann/Ferid (dir. publ.), *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, vol. V 1987, pp. 1 ss.

Das portugiesische AGB-Gesetz von 1985: Sachnormen und Internationales Privatrecht, *IPrax*, 1987, pp. 44 ss.

Neues Gesellschaftsrecht in Portugal: Internationales Privatrecht und Fremdenrecht *IPrax*, 1987, pp. 44 ss.

Gustav Radbruch und Portugal, *Heidelberger Jahrbücher*, XXXVI, 1992

Luis Cabral de Moncada (1888-1974) und seine Beziehungen zu Deutschland, *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*, Baden-Baden 1992, pp. 15 ss.

Zur Reform des kapverdischen Erbrechts, *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*, Baden-Baden 1992, pp. 141 ss.

Kollisionsrechtliche Bestimmungen im AGB-Gesetz von Macau, *IPrax* 1993, pp. 274 ss.

Veiga Beirão (1841-1916), Mancini (1817-1888) und das Internationale Privatrecht der Handelsbücher, 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*, Baden-Baden 1994, pp. 17 ss.

Zur Anwendung des Rechts von Macau durch deutsche Gesetze 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage*, Baden-Baden 1994, pp. 146 ss.

Luis Cahral de Moncada und Carl Schmitt, Briefwechsel, 1943-1973 (dir. publ.) Heidelberg 1998

Carl Schmitt und Portugal - Prozeßvergleiche und IPR, *Tagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in München*, *IPrax* 1996, pp. 300 ss.

Guilherme Moreira (1861-1922) und die deutsche Pandektistik, *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht. 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder.*

*Symposium in Heidelberg*, Baden-Baden 1997, pp. 63 ss.

Zur Angleichung des deutschen und des portugiesischen Zivilrecht: Zwei Entscheidungen: *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht. 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder.* *Symposium in Heidelberg*, Baden-Baden 1997, pp. 153 ss.

Die Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung, *ZEuP* 1997, p. 931

100 Jahre BGB und die lusophonen Länder, *IPrax* 1997, p. 224.

Portugal, Brasilien, Kapverdische Republik: Reformen zum Internationalen Zivilverfahrensrecht, *IPrax* 1998, p. 309.

Machado Villela (1871-1956) und das Internationale Privatrecht, *Festschrift für Ulrich Drobig*, Tübingen 1998, pp. 289 ss.

Portugal und die lusophonen Rechte, *Tagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Baden-Baden*, *IPrax* 2000, pp. 245 ss.

## PARECER 115/2002 DA COMISSÃO ESPECIAL

---

Sra. Presidente,  
Sras. Conselheiras e Srs. Conselheiros:

Relato:

O Programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS, em 9 de janeiro de 2002, indicou para receber o título de DOUTOR HONORIS CAUSA da Universidade Federal do Rio Grande do Sul o Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Professor catedrático de nossa parceira, a Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Comparado, Direito Internacional Econômico e Privado da Universidade de Heidelberg, anexando extensa motivação e *curriculum vitae*. A indicação recebeu a anuência, unânime, do Conselho da Unidade, em reunião de 17 de janeiro de 2002, na Faculdade de Direito da UFRGS (ata anexa) e em 12 de abril a primeira Comissão foi indicada pela Magnífica Reitora da UFRGS, Presidente do CONSUN (Decisão n.º 99/2002) e, em 7 de junho de 2002, foi indicado um Conselheiro para substituir o conselheiro Domingos Sávio Dresch da Silveira (Decisão n.º 109/2002).

### MÉRITO

O Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Erik Jayme**, Professor catedrático de nossa parceira, a Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Comparado, Direito Internacional Econômico e Privado da Universidade de Heidelberg, é um dos maiores juristas internacionais, reconhecido mundialmente, com extensa publicação na Europa e Américas e merecedor de já 3 Doutorados *honoris causa*, das renomadas Universidades européias também co-irmãs de Heidelberg, Universidade de Montpellier, na França, Universidade de Ferrara, na Itália e Universidade de Budapeste, na Hungria.

Professor de Direito Civil, Direito Comparado, Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional da melhor Faculdade de Direito da Alemanha, a da Universidade de Heidelberg, ex-Diretor da Faculdade e atual Diretor do Instituto de Direito Comparado, Direito Internacional Econômico e Privado daquela Universidade alemã, é o seu professor de maior renome internacional e o mais ligado ao Brasil. O Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Erik Jayme** é Presidente mundial do *Instituto de Direito Internacional* (Paris, França), é um dos três membros do *Curatorium da Academia de Direito Internacional de Haia* (Países Baixos), é Membro do *Tribunal do UNIDROIT* (Roma, Itália) e da *Corte Arbitral de Veneza* (Itália), é Membro do *Instituto Lombardo de Milão* (Itália) e Presidente da *Associação de Juristas Luso-Alemã* (Heidelberg).

Canadense de nascimento e alemão por nacionalidade, atuou como professor na Alemanha, em Mains, Munique e Heidelberg, Universidade conveniada com a UFRGS, e nos Estados Unidos, na Universidade de Berkeley, Califórnia, ao lado de seu mestre Ernst Ehrenzweig, com quem escreveria seu importantíssimo Manual de Direito Internacional Privado. Doutor em Direito por Munique, sua formação incluiu também estudos em Pádua, na Itália e em Lisboa, Portugal, onde aprendeu a falar português. Note-se sua ligação com os países de língua portuguesa, pois há 10 anos é o Presidente da Associação de Juristas Luso-Alemã, que congrega os juristas portugueses e brasileiros, com seus colegas professores das Academias alemãs e serve de elo importante para a divulgação na Alemanha e Portugal dos estudos realizados pelos brasileiros.

O Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Erik Jayme** tem sido o grande incentivador do Convênio da UFRGS com a Universidade de Heidelberg, agora renovado sem limitação de tempo, recebendo e formando vários professores e alunos da UFRGS, enviando Professores visitantes alemães para docência de longa duração e alunos alemães para intercâmbios de um ano a três meses em Porto Alegre e organizando publicações de destaque internacionais. O pedido identifica 19 ações concretas de ajuda do referido professor à UFRGS, seus alunos, seus professores e suas bibliotecas (fls. 05 a 10). Apesar de contatos com as outras duas escolas internacionalistas importantes do Brasil, a USP e a UERJ, escolheu a UFRGS para fomentar e para visitar duas vezes, tendo sido o responsável pela criação da linha de pesquisa de maior sucesso internacional na Faculdade de Direito da UFRGS e pela atual inserção internacional do Doutorado em Direito da UFRGS, o que permitiu a evolução para a nota A da CAPES e grande respeito nacional.

Suas teorias sobre o Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado são seguidas no mundo inteiro, sua teoria sobre os reflexos da pós-modernidade no Direito (Curso Geral de Haia de 1995) e sobre a proteção da pessoa humana frente à globalização (Aula Inaugural de Haia de 2000) são considerados marcos do novo humanismo jurídico em plena desconstrução da pós-modernidade. Defensor dos Direitos Humanos e da tolerância ao diferente e ao outro, o estrangeiro, considera o Direito Internacional Privado um caminho para a paz mundial e o respeito à identidade cultural do indivíduo. Considerado o jurista alemão mais renovador do final do século XX, é respeitado mundialmente e o maior aliado da UFRGS na Universidade de Heidelberg, a merecer, pois, pela excelência acadêmica e científica de sua doutrina e pelos serviços prestados à UFRGS o título máximo de *Doutor honoris causa* pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Por todo o exposto, a Comissão Especial sugere a APROVAÇÃO do pedido e a CONCESSÃO DO TÍTULO.

Profa. Dra. Claudia Lima Marques,  
Conselheira do CONSUN/UFRGS - Relatora designada

Prof. Diretor Plínio de Oliveira Corrêa  
Conselheiro do CONSUN/UFRGS – Presidente

Ac. Ulisses Rodrigues de Oliveira,  
Conselheiro do CONSUN/UFRGS

OFÍCIO Nº 124/02

PORTO ALEGRE, JULY 29<sup>TH</sup>, 2002

---

Dear Professor,

Our *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Brazil, decided, on July the 19<sup>th</sup>, 2002, to entitle you with the highest university degree, DOCTOR HONORIS CAUSA, following the proposition of the Dean of the Law School, in recognition of your outstanding contribution to science and mankind.

We hope you kindly accept our offer and give us the honour of your presence in the special ceremony of the Superior Council of our University, to be held when convenient to you.

Sincerely yours,

WRANA MARIA PANIZZI,  
Rector.

To  
Professor Doctor  
ERIKJAYME  
Institut für Ausl. Und Int. Privatrecht  
Universirät Heidelberg  
Augustinergasse 9  
D-6917  
Heidelberg, Deutschland



## ATA DA 987ª SESSÃO SOLENE DO CONSELHO UNIVERSITÁRIO

---

Aos quatorze dias do mês de março de dois mil e três, na Sala das Sessões dos Conselhos, no segundo andar do prédio da Reitoria da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a Presidência da Excelentíssima Senhora Professora WRANA MARIA PANIZZI, Magnífica Reitora, com a presença dos membros do Conselho Universitário, autoridades universitárias e civis, professores, técnico-administrativos e estudantes, realizou-se a Noningentésima Octogésima Sétima Sessão do Conselho Universitário, Sessão Solene, com início às 10h15min. Com a palavra, a Sra. Presidente declarou aberta a Sessão Solene de outorga do Título de Doutor Honoris Causa ao Excelentíssimo Senhor Professor Doutor ERIK JAYME. A seguir, solicitou ao Professor Plínio de Oliveira Corrêa e ao Professor Sérgio José Porto, Diretor e Vice-Diretor da Faculdade de Direito, respectivamente, que introduzissem o homenageado na Sala dos Conselhos. Após, a Sra. Presidente solicitou ao Vice-Reitor, Professor José Carlos Ferraz Hennemann, que procedesse à leitura da Decisão nº 145/2002 – CONSUN, que aprovou o Parecer nº 115/2002 da Comissão Especial, concedendo o Título de Doutor Honoris Causa ao Professor Doutor ERIK JAYME. A seguir, a Sra. Presidente passou a palavra à Professora CLÁUDIA LIMA MARQUES para saudar o homenageado; “LAUDATIO PARA ERIK JAYME - MEMÓRIAS E UTOPIA. Magnífica Reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora Doutora Wrana Maria Panizzi, Exmo. Sr. Vice-Reitor, Prof. Dr. José Carlos Hennemann, Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Plínio de Oliveira Corrêa, Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Prof. Sérgio José Porto, Caríssimo Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Caríssimos Conselheiros do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Senhoras e Senhores presentes. É com grande prazer e honra que apresento o mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Professor Titular Emérito da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Econômico e Privado daquela Universidade co-irmã, justamente quando a Universidade Federal do Rio Grande do Sul oferece a este grande professor o título de *Doutor Honoris Causa da UFRGS*. Erik Jayme, Professor catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg é um dos maiores juristas de nossa época, internacionalista reconhecido mundialmente, famoso por seu brilhantismo e por seu profundo humanismo. Com especial carinho pelo Brasil e pela

UFRGS, contribuiu em muito para a manutenção e desenvolvimento do Convênio de Cooperação entre a Universidade de Heidelberg e a UFRGS e, especialmente, para o Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, onde ajudou a criar a linha de pesquisa sobre direito e pós-modernidade. Minha tarefa aqui é apresentar este que, em sua aula magna de despedida de 16 de julho de 2002, em Heidelberg, foi aplaudido de pé por toda a Universidade e ovacionado pelos estudantes, enquanto o Reitor da Ruperto Carola, Prof. Dr. Dr. Peter Hommelhoff, homenageava-o denominando o verdadeiro Ministro das Relações Exteriores da Universidade de Heidelberg. Efetivamente, Erik Jayme, com sua original doutrina, seu engajamento pela academia e sua abertura para o mundo, transcende a Faculdade de Direito ou o Instituto de Direito Estrangeiro, que por tantos anos dirigiu. Erik Jayme reúne as qualidades dos grandes mestres, uma formação geral humanística, incluindo oito línguas e arte, uma cultura formidável, uma visão de presente realista e crítica, com um pensamento voltado – de forma muito ímpar – para o futuro. Sua aula magna de despedida tinha como título “memórias e utopia”, que, com a vênua do mestre, utilizarei para dividir esta pequena exposição. I - MEMÓRIAS. Na entrevista que concedeu à Revista Trimestral de Direito Civil, na seção Diálogo com a Doutrina, Erik Jayme testemunhava sua paixão pelo Direito Comparado e o Direito Internacional Privado, suas disciplinas de especialidade, afirmando: “O que me prende é a realidade, o destino humano (*Schicksale*), os caminhos e problemas dos indivíduos”. Os caminhos de Erik Jayme não poderiam ter sido mais férteis: Nascido no Canadá francôfônico, em Montreal, província de Québec, era pois por nascimento ‘un sujet britannique’. Seu pai era alemão, da região de antigo domínio francês. Sua mãe norueguesa também domiciliada no Canadá. Seus pais casaram-se no Estado de Michigan, Estados Unidos. Em resumo, Erik Jayme acostumou-se desde logo ao chamado ‘conflito das leis’. Isto é, quando a norma de mais de um ordenamento jurídico ou de mais de um Estado pode aplicar-se para regular a um só caso da vida privada. Acostumado à diferença e à pluralidade de culturas, optou pela nacionalidade alemã. Apesar do passaporte alemão, para ser professor em Mainz, Münster, Munique e Heidelberg teve que provar sua ‘origem’ e sua identidade cultural. Seus estudos refletem também esta abertura para o outro, o diferente, o estrangeiro, as diferentes culturas e línguas. Realizou seus estudos de graduação, Mestrado e Doutorado em Direito em Frankfurt, Munique, Pavia (Itália) e Berkeley (Estados Unidos). Além do Direito, justamente o Direito Internacional Privado, estudou também História da Arte, em Munique e aperfeiçoou-se em Portugal, onde aprendeu o português. Domina assim o alemão, o francês, o norueguês, o italiano, o inglês, o português e o croácio, além das línguas clássicas, latim e grego. De uma cultura impressionante, caracteriza-o a timidez, a simpatia e a precisão de um pensamento claro, aberto, profundo, sábio. Um dos professores alemães de Direito Internacional Privado mais citados no mundo e no Brasil, Erik Jayme muito tem realizado pelo Direito brasileiro, especialmente através de seus inúmeros artigos publicados, suas palestras e cursos, os vários alunos e professores brasileiros da UFRGS que já orientou e, principalmente, através de suas renovadoras teorias sobre tolerância e humanismo no Direito. Fundador e grande incentivador da Associação Alemã-Lusitana de

Juristas, tem criado pontes entre estas duas culturas, divulgando o direito e a cultura dos países de língua portuguesa. Erik Jayme é membro da Academia das Ciências de Heidelberg, da Academia Nacional Italiana de Ciências, do Instituto Lombardo e da Academia de Ciências Austríaca. Foi Presidente do Instituto de Direito Internacional, Diretor da Associação de Direito Comparado e é atualmente um dos três *Academiciciens* ou Diretores de Direito Internacional Privado da Academia de Direito Internacional de Haia, além de Presidente da Associação Luso-Alemã de Juristas. Diretor da importante revista *IPRAX* tem seus trabalhos publicados na Alemanha, Suíça, Áustria, França, Portugal, Noruega, Itália, Grécia, Hungria e Japão, assim como, entre nós, nos Estados Unidos, Canadá, México, Venezuela, Chile, Argentina e Brasil. Na Alemanha, Erik Jayme recebeu todos os maiores prêmios que um jurista pode alcançar, inclusive o prêmio máximo de pesquisador de Baden-Württemberg. *Doctor honoris causa* pela Universidade de Ferrara, Itália (1991); pela Universidade de Budapest, Hungria (2000) e pela Universidade de Montpellier, França (2001), hoje recebe o mesmo título honorífico das mãos de nossa magnífica Reitora, Profa. Dra. Wlana Pannizzi. Fundada em 18 de outubro de 1386, a Universidade de Heidelberg, Ruperto Carola, a primeira universidade em solo alemão, criada sob o modelo da Universidade de Paris, tem como emblema o leão do Palatinado segurando um livro em que se lê: *semper apertus*, sempre aberto. Na bela Heidelberg, na *Universitätsplatz*, ao lado da Reitoria e do prédio central da Universidade, está localizado o Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado de que é Diretor emérito, com sua maravilhosa biblioteca e amigável acolhida, que encanta e forma pesquisadores do mundo inteiro. Domina a praça da universidade a estátua de Palas Arena, a deusa da sabedoria, que saúda os estudantes à entrada da Universidade com a inscrição: *Dem lebendigen Geist*: ao espírito livre e vivo. Quando completou 600 anos, a Universidade de Heidelberg adotou o lema: “Da tradição ao futuro”. Como sua *alma mater*, assim é Erik Jayme: aberto para o mundo, para o outro, para o diferente, unindo tradição e futuro, mas especialmente um espírito livre, vivo, original.

II – UTOPIA. Para o Programa de Pós-Graduação em Direito e para a Faculdade de Direito, este merecido título é motivo de júbilo. O homenageado, homenageia-nos com sua simpatia e engajamento pela UFRGS e pelo Brasil. Para honrar devidamente este brilhante e renovador jurista, mister conhecer um pouco mais de sua doutrina, que encanta e sensibiliza, em um Direito normalmente tão frio, tão distanciado das pessoas. Utopia, o lugar (*tópos*) que não está (*ouk*), o lugar que desde Thomas Morus queremos alcançar, a sociedade, o Estado Ideal que queremos reconstruir. Qual é, pois, a utopia de Erik Jayme? Dois são os eixos do pensamento deste grande jurista universal: alcançar a Igualdade entre Estados em uma sociedade globalizada, do pequeno ao grande país, criar e manter as bases do tratamento isonômico entre ordenamentos jurídicos de todos os Estados, aplicar as leis de países muçulmanos, europeus, americanos, asiáticos e da Oceânia, sem discriminações, lançando as bases para a paz, criando harmonia nas decisões, respeito pela sentença estrangeira e justiça para os casos privados com conexões internacionais. O segundo eixo é a igualdade material e formal entre indivíduos. Iniciou por seus estudos em favor de uma autonomia de vontade da pessoa



humana, como parte de seu direito fundamental de desenvolver-se como pessoa e como *homo economicus*, que resultaram na Resolução da Basiléia de 1991 do Instituto de Direito Internacional. Sua teoria evoluiu para frisar que o sujeito livre é aquele informado e protegido das pressões do mundo contemporâneo, daí a necessidade do Direito proteger os mais fracos, do Estado não se abster e proteger os vulneráveis, do Direito ser instrumento de reequilíbrio de situações estruturalmente diferentes. Para então, em 1995, no seu Curso Geral de Direito Internacional em Haia lançar a sua mais famosa teoria, a do Direito Internacional como um instrumento de respeito à identidade cultural da pessoa humana. Com seu realismo formidável, afirmava Erik Jayme em sua aula magna: “Temos de olhar o mal nos olhos, para poder vencê-lo.” Assim, defendeu uma atualização necessária do Direito para acompanhar as mudanças, que a pós-modernidade impunha na sociedade, em velocidade impressionante no final do século XX. Este seu curso geral de Haia tem como título: “A identidade cultural e a integração econômica: o direito internacional privado pós-moderno”. Com a utilização da expressão sócio-filosófica “pós-moderno” procura o Professor Erik Jayme demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo e de nosso direito. A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no Direito Internacional Privado, como ramo mais sensível aos contratos humanos internacionais de nosso tempo e as mudanças nos valores e modelos da sociedade. Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva, uma era do vazio e de caos, de desregulamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da “euforia do individualismo e do mercado”, era de globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões para a nova era, em resumo, em uma época de crise pós-moderna, também o direito, como ciência próxima da realidade social e voltada para a sociedade, estaria em crise e deve evoluir. Uma crise de mudança, uma crise de crescimento. Identificar esta nova fase do direito e ajudar na reconstrução da ciência do Direito é o escopo da larga obra de Erik Jayme. Segundo o mestre, quatro seriam as características da cultura pós-moderna que têm reflexos no direito: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Erik Jayme denomina de “*le retour des sentiments*” e a valorização dos direitos humanos. *Pluralismo* de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas. Pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o “*double coding*” e onde os valores são muitas vezes antinômicos. O pluralismo de fontes legislativas é hoje total, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) nascer o novo direito. A *comunicação* é um valor máximo

da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de legitimação (*Sprachspiele*), a ética e a filosofia é discursiva. O consentimento legitimador, alerta o mestre, é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do Direito Internacional Privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis. A *narração* é a consequência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais. Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. Um belo exemplo são estas novas normas do direito contemporâneo, que Erik Jayme denominou “normas narrativas”. Com tal fluidez e narratividade, o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte jurisprudência de valores, estudos críticos e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema geral de direito, mas também – positivamente - na grande influência representada pelos direitos fundamentais no direito privado. Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar a ciência do direito é o que Jayme denomina “*retour des sentiments*”. Seria, de um lado, a volta de uma certa “emocionalidade” no discurso jurídico, de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos, religiosos e/ou fora do sistema, que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser efetivamente encontrada. Dai a necessidade de uma reconstrução: olhar nos olhos e vencer! O *Leitmotiv*, elemento guia da teoria de Erik Jayme são os direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microsistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais imovíveis, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos humanos seriam as novas “normas fundamentais” e estes direitos incluídos nas Constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural. Concluindo: perguntado sobre qual seria a herança do Direito privado para o século XXI, recomendou ‘autonomia’ e ‘transparência’, isto é, que o Direito do futuro vise preservar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, assegurando a transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão! Sua preocupação filosófica com o bem-estar dos indivíduos e de transformar o direito em um instrumento útil de proteção e de respeito à decisão livre deste

plurifacetado ‘sujeito pós-moderno’, ficaram sintetizados em sua aula magna de abertura da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000. Erik Jayme escolheu como tema ‘a proteção da pessoa humana face à globalização e ao direito’. Na entrevista, que está incluída nos Cadernos da Pós-Graduação em homenagem a Erik Jayme, confessa: “tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação.” A crise da pós-modernidade é destruidora de muitos valores e certezas. Erik Jayme, com o brilhantismo que lhe é usual, procura reconstruir a ciência do Direito e assim alcançar a Equidade, a Liberdade, a Autonomia Privada e a Solidariedade. Uma utopia, uma bela utopia que conquistou muitos seguidores no mundo. Como afirma Heinz Peter Mansel, de um encontro com Erik Jayme todos saímos enriquecidos, mais abertos, mais tolerantes, mais sábios. E até o abalado Direito, em plena crise da pós-modernidade, revisita a Utopia, preenche-se de novos valores do “Zeitgeist” e renasce como instrumento de procura da Igualdade, da Justiça, do respeito ao outro, ao diferente, ao mais fraco, respeito e tolerância com a identidade cultural do outro. Saudar Erik Jayme é saudar o que há de bom no Direito: compromisso com a realidade e sonho de uma sociedade melhor! Muiri obrigado, *lieber Doktorvater* Erik Jayme!” Após aplausos, a Sra. Reitora fez o seguinte pronunciamento: “Caro Vice-Reitor, Professor JOSÉ CARLOS FERRAZ HENNEMANN; Excelentíssimo Senhor Diretor da centenária Faculdade de Direito, Professor Plínio de Oliveira Corrêa; Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Professor Sérgio Porto; ex-Diretores desta Faculdade, Professor Almiro do Couto e Silva, Professor Peter Ashton; Professor Emérito, Eloy Julius Garcia; Sr. Embaixador, Jorge Ribeiro, Representante do Ministério das Relações Exteriores que nos honra com sua presença neste Ato; Sr. Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira; aos demais membros do nosso egrégio Conselho Universitário; a todos os membros do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão; membros do Conselho de Curadores; Pró-Reitores; membros da nossa Administração; Professores da Faculdade de Direito e ao saudá-los, saúdo também o Professor Eugenio Hernández-Bretón que veio da Venezuela e que participa de atividades junto a nossa Faculdade de Direito; senhores técnico-administrativos da nossa Universidade; estudantes e, de um modo especial, os estudantes da Faculdade de Direito, tão ciosos que são pelo significado deste momento que estamos vivendo, todos os senhores e senhoras presentes e meu caro Professor Erik Jayme. No plano de gestão da nossa Universidade, a partir de agora, sua Universidade também, começamos dizendo que a Universidade Pública, importante patrimônio social, caracteriza-se pela sua dimensão de universalidade na produção e na transmissão de experiência cultural e científica da humanidade. Isto está fundamenrado no Art. 2º do Estatuto da nossa Universidade. O Senhor, Professor Erik Jayme, com sua presença em nossa Universidade, agora de maneira mais efetiva e mais formal, é a expressão exemplar dessa dimensão de universalidade, de experiência cultural e científica que ao longo de mais de 100 anos esta Universidade vem perseguindo. Sua presença nos possibilita reafirmarmos, não só a nossa identidade enquanto uma Instituição acadêmica e científica, mas enquanto Instituição que busca também promover o desenvolvimento em todas as formas de expressão da nossa sociedade, da sociedade

gaúcha e latino-americana. Sua presença significa a possibilidade de avançarmos, não só nesse caráter de universalidade que deve marcar uma grande Universidade, mas também de reafirmarmos que uma Universidade é grande na exata medida em que é capaz de interagir e de se relacionar, de forma a buscar viver em toda a extensão da palavra a experiência dessa internacionalização. O Senhor, Professor, e a Universidade que represento neste Ato, tem nos permitido manter essa cooperação internacional, marcada sobretudo por trocas e um diálogo entre iguais. O Senhor tem nos permitido estabelecer relações entre o hemisfério sul e o hemisfério norte, entre diferentes continentes, a velha Europa e a América Latina, não de forma submissa, mas a partir da troca, onde todos crescemos. Estas relações são a ponte entre a velha universidade europeia, com sua larga história, e a jovem universidade brasileira. A nossa Universidade é uma Universidade centenária porque tem a Faculdade de Direito acompanhada pelas Faculdades de Engenharia, de Medicina e de Farmácia com mais de 100 anos, mas é uma Universidade que completará no próximo ano 70 anos como tal. Esta jovem universidade brasileira se torna mais rica com a sua presença, adquire e reafirma este caráter de permanência, de combate ao efêmero. Uma permanência que se renova constantemente, para que efetivamente se coloque como valor imutável, como uma coisa que é duradoura e que é capaz de dar solidez a esta Instituição e a todos os profissionais que ela forma e que aqui vivem. O nosso homenageado de hoje, dizia a Professora Cláudia Lima Marques, nos homenageia. Esta jovem Universidade que no Brasil começou com o esforço de buscarmos a modernidade, aquela modernidade que nos coloca sempre na condição de que somos aprendizes, que temos que crescer, que temos que trocar, mas que temos também que preservar. A Universidade tem a função de ser a grande preservadora da ciência, da cultura e dos valores. Tem que ser aquela grande mediadora, especialmente num continente como o nosso. O Senhor sabe muito bem o significado que tem para todos nós buscarmos e sermos mediadores também para que o Direito cumpra esta função que a Professora Cláudia lembrava como expressão sua: “O Direito como expressão cultural de um povo”. O Direito como expressão cultural de um povo tem que significar também que é a expressão desta função de mediadora da Universidade, entre aquilo que fazemos, que produzimos, que pensamos, que avançamos, que descobrimos, com aquilo que vive a nossa sociedade nas suas diferentes formas de organização, seja de forma coletiva, seja de forma individual. Isto é um aspecto importante que tem a Universidade como preservadora, como mediadora, mas também a Universidade como aquela que antecipa. Esta é uma função que é dada à Universidade. Aquela que percebe as grandes modificações do mundo, da sociedade e que é capaz, com muito rigor científico de sistematizar estas reflexões e desenvolver a sociedade para que ela, com este rigor científico, não deixe escapar o rigor da sensibilidade, caso contrário se afastará demais da nossa realidade e, conseqüentemente, perderá suas funções básicas. Esta é a visão de Universidade que temos perseguido. Esta visão de Universidade encontra no Senhor, permita-me dizer: um grande parceiro, um grande amigo. Aquele que quer possibilitar a todos nós, a renovação enquanto Instituição, enquanto unidade produtora de direito, enquanto professores, pesquisadores, servidores públicos e estudantes. É isto que nos renova permanentemente. É isto que nos dá, mostrada através da sua Universidade também,

este caráter da interdisciplinariedade tão importante que deve sempre desalojar da profunda tentação que todos temos, de olharmos para os nossos projetos, para a nossa disciplina, para a nossa especialidade, enfim olharmos para os nossos interesses específicos. A sua presença aqui nos dá a possibilidade de olharmos para toda a nossa atividade acadêmica e para as atividades do Direito como alguma coisa capaz de ultrapassar limites, capaz de nos propiciar a formação de um profissional plural. É este profissional plural que terá mais tolerância, mais respeito às diferenças, com uma visão que fará com que a Universidade se reafirme também enquanto instituição heterogênea, diversificada, o lugar de polêmica, porque isto é uma Universidade e sua presença nos possibilita isto. Quero aqui também ressaltar Professor Erik Jayme, que o Senhor vem de uma Universidade que, ao longo da nossa pequena história, tem trazido a esta casa uma colaboração intensa, na área do direito, da filosofia, da biofísica, da economia, da educação física, das letras e em outras tantas áreas. Nós dizemos com muita honra que nossa Universidade é uma das mais qualificadas entre as universidades brasileiras, e às vezes poderão dizer: mas como uma Reitora diz isso de forma tão clara e tão objetiva. Ela diz isso porque sabe que seu trabalho é resultante de gerações que nos antecederam. Porque sabe também que esta Universidade não começou conosco e não acaba conosco. E vemos isto quando olhamos para jovens professores, muitos dos quais o senhor ajudou a formar, como a Professora Cláudia. Eu lia ontem e precisei dedicar muito tempo para ler todo o seu currículo, todas as suas atividades e vi a contribuição imensa que deu na formação dos nossos professores e dos nossos estudantes, possibilitando a muitos esta grande e invejável oportunidade de poder buscar uma formação e viver em sua secular Universidade. É isto que qualifica esta casa, e nos possibilita, portanto, uma constante renovação e nos faz acreditar que temos um grande futuro. E se temos bons amigos, bons parceiros, enquanto indivíduos, enquanto professores, bons parceiros enquanto instituição, enquanto Universidade, nós temos a certeza de um grande futuro. E que alguns séculos adiante as pessoas olharão para a nossa história e verificarão que esta Universidade só é grande porque soube se abrir e acatar a grande generosidade de todos os senhores que a ajudaram. No dia de hoje, esta Universidade sente-se feliz, honrada, de poder recebê-lo numa sessão que, como lhe disse antes, é bem menos formal do que aquelas outras tantas que o Senhor está acostumado a viver e da qual o Senhor recebeu outros títulos, mas com certeza tem o caráter e o simbolismo igual a todas as outras. É marcada, sobretudo, pelo sentido profundo de que este título é conferido àqueles que, depois de uma longa vivência acadêmica, profissional e cidadã, são merecedores desta homenagem e de nosso afeto. O que seria das nossas academias e do nosso conhecimento se ele não fosse marcado também pelo afeto, que não é a banalização da pós-modernidade, mas a efetiva expressão de que aquilo que produzimos não é resultado de um trabalho individual, ao contrário, tem sentido coletivo e ao mesmo tempo tem sentido público. Parablenizo a nossa Faculdade de Direito por essa decisão, a partir de proposta feita pelos professores Cláudia Lima Marques, Manuel André da Rocha, Vera Maria Jacob de Fradera e outros tantos professores, pautados pelo apoio dos estudantes. A concessão deste título enriquece a nossa Faculdade de Direito e, portanto, a todo nós.

Ganhamos todos. Repito aqui as palavras da Professora Cláudia: “O nosso homenageado, nos homenageia”. É com muita honra, portanto, que nós o recebemos aqui na nossa Universidade, agora, também como Doutor Honoris Causa, nosso Professor muito especial. É com muita honra Professor, que em nome da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, eu quero fazer chegar às suas mãos, o Título de Doutor Honoris Causa da nossa Universidade”. A seguir, a Magnífica Reitora, Professora Wraha Maria Panizzi, passou às mãos do homenageado o diploma referente ao Título de Doutor Honoris Causa e uma medalha com o brasão da Universidade, bem como uma aquarela com a reprodução do prédio da Faculdade de Direito da UFRGS. Na sequência, o Doutor Honoris Causa da UFRGS, Professor Erik Jayme fez o seguinte pronunciamento: “Magnífica Reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora Dra. Wraha Maria Panizzi; *honorabilis* Vice-Reitor, Professor José Carlos Ferraz Hennemann; Excelentíssimo Senhor Ditetor da Faculdade de Direito, Plínio de Oliveira Corrêa; Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Professor Sérgio José Porto; caríssima Professora Dra. Cláudia Lima Marques; Senhoras e Senhores Conselheiros do Conselho Universitário da UFRGS; minhas senhoras e meus senhores. Receber hoje o Título de Doutor Honoris Causa desta prestigiosa Universidade é motivo de minha profunda gratidão. É também uma grande honra para minha Universidade de Heidelberg, parceira perpétua desta Universidade. Há mais de dez anos que fundamos a Associação Jurídica Alemã-Lusitana com a finalidade de promover o diálogo entre a cultura jurídica alemã e a cultura jurídica dos países lusófonos vista como um fenômeno mundial, que compreende todos os continentes. É uma grande satisfação de ver os frutos do nosso empenho, a troca de estudantes e docentes e a promoção de pesquisas luso-alemãs, com doutoramentos excelentes como o da Professora Cláudia Lima Marques em Heidelberg e a promoção de pesquisas luso-alemãs. O tema escolhido para esta *lectio doctoralis* é o seguinte: “A dimensão cultural do Direito - seu significado para o Direito Internacional Privado e o Direito Comparado”. A dimensão cultural do direito aparece hoje em vários contextos. O tema tem conjuntura e reflete os sentimentos da hora atual (*Zeitstimmung*). Falar da dimensão cultural do direito pressupõe a consciência de as culturas serem diferentes e de os sistemas jurídicos constituírem as expressões das culturas nacionais. É bastante pensar nas divergências entre os sistemas jurídicos da cultura islâmica e da cultura ocidental. Os elementos culturais que influenciam o direito são, sobretudo, a religião, a língua, as tradições de um país e os costumes do povo. Daí compreende-se o papel importante da dimensão cultural do Direito no âmbito do Direito Internacional Privado, que tem a missão de resolver os conflitos de leis. Além disso, a reflexão sobre a dimensão cultural do direito conduz a novos métodos da comparação jurídica, que tendem a evidenciar a identidade cultural dos sistemas jurídicos. Vou falar na primeira parte desta conferência sobre a importância atual da dimensão cultural do direito nas discussões da política do direito. A segunda parte concerne ao papel do Direito Internacional Privado para a solução de conflitos culturais nas situações concretas. Na terceira e última parte, tratarei de algumas questões da comparação de culturas jurídicas. Começo com as atualidades da política do direito. O contexto no qual a dimensão cultural do direito

é propagada, refere-se à globalização. Este fenômeno é visto, muitas vezes, como um fato exclusivamente econômico de proveniência norte-americana, a qual se opõe à dimensão cultural européia. Assim o grande autor da “História do Direito”, Paolo Grossi, Professor da Universidade de Florença, em 07 de março de 2002, confessou em frente da Academia Nacional Italiana, em Roma, na sua conferência “Globalização, Direito e Ciência Jurídica”, que o Direito tem uma dimensão cultural. Pensa ele que a globalização significa a entrada irresistível de valores jurídicos da *Common Law* no direito continental europeu, fenômeno sobre o qual não se deve mais silenciar. Paolo Grossi visualiza aqui um desafio, de um lado positivo, como uma chance de quebrar estruturas imóveis; de outro lado, denuncia criticamente o atual significado do poder econômico, que o chega até a determinar quais vão ser os valores jurídicos. Vejamos: Em um momento de transição para uma estrutura mundial ou global do Direito, a dimensão cultural do direito e do nosso próprio ordenamento jurídico, direito com o qual estamos acostumados, família de Direito a qual pertencemos, ficam cada vez mais claros. Aqui “cultural” aparece como contrário de “econômico”, é um entendimento não racional, mas tradicional do Direito, que em tempos de globalização retorna com mais força em nossa consciência. Ao mesmo tempo os juristas agora temem frente à preponderância dos economistas pela independência de sua ciência. A dimensão cultural parece ser aqui realmente “jurídica” do Direito. Em sentido convergente, observa-se os estudos franceses dos Arquivos de Filosofia do Direito de 2001, em inúmeros artigos, sobre a chamada “Americanização do Direito”. Na Alemanha, também, no último número da Revista da Ciência Jurídica Comparada, um conhecido autor publicou um artigo sobre as vantagens do direito alemão frente aos modelos de contratos norte-americanos. Desta maneira, a discussão do direito comparado, no âmbito da globalização, retorna ao tema perpétuo da comparação entre o sistema da *Civil Law* e da *Common Law*. A dimensão cultural do Direito parece, num outro contexto, como limite à harmonização legislativa nas comunidades regionais no sentido do princípio da subsidiariedade. Quando estudamos os limites da harmonização legislativa, por exemplo, entre os países da União Européia, a questão da dimensão cultural retorna. Aqui devemos considerar inicialmente o princípio da subsidiariedade presente no Arr. 5,2 do Tratado de Roma. Este princípio vem sendo interpretado como autorizando que a cultura nacional do direito possa defender-se contra uma unificação dos direitos. Em uma Tese de Doutorado apresentada em Heidelberg, recentemente, podemos ler a seguinte frase: “Uma vez que representa as necessidades da pós-modernidade, o princípio da subsidiariedade que tem o efeito protetor na relação aos pilares culturalmente mais consolidados no direito nacional, significa um limite à harmonização legislativa e como que barra nestas matérias o avanço da harmonização dos Direitos europeus, até que, em virtude de uma concorrência entre ordens jurídicas, uma nova base para a harmonização legislativa seja criada”. Além disso, existem estudos que comprovam que a diferença cultural de cada uma das ordens jurídicas nacionais dos Estados membros da União Européia leva a divergências na transposição de Diretivas, que são as leis modelos da União Européia. Significa como afirma Martin Gebauer: “daí a suspeita que cada ordem jurídica de um dos Estados forma um seu

próprio, “direito privado europeu”, o qual nesta forma é único e existe em nenhum dos outros Estados Membros da União Européia. Mesmo em Direito Comercial, o entendimento de institutos jurídicos tradicionais pode ser tão diferente, que o direito harmonizado venha apenas para estabelecer *standards* mínimos, os quais complementam as diferentes regras, mas não as tornam unitárias, sequer aproximadas. O princípio da subsidiariedade aparece no mais como uma redescoberta da pós-modernidade. Pensado foi em primeira linha um direito do indivíduo à diversidade. Mas também os sistemas jurídicos podem defender a diversidade deles próprios. Desta maneira chegamos a pergunta sobre a dimensão cultural dos sistemas jurídicos. Segundo o Art. 6, 3 do Tratado da União Européia, deve esta união respeitar “a identidade nacional dos Estados Membros”. Aqui inclui-se o sistema jurídico de cada país, enquanro parte da identidade nacional. Esta norma refere-se - assim interpreta a doutrina - a certas regras jurídicas enraizadas culturalmente naquele Estado, sobretudo no âmbito do Direito Constitucional. O Direito Privado praticamente até agora não se articulou sobre o tema. Em uma conferência em Frankfurt sobre a dimensão cultural do sistema italiano de direito procurei demonstrar com algumas normas, quais as que pertencem à identidade cultural concreta e utilizei como exemplo as normas sobre a proibição dos pactos sucessórios recíprocos e de testamentos conjuntivos de um casal na Itália e, ao contrário, a total abertura do Direito Alemão para tais institutos. As mesmas proibições encontram-se no Direito Brasileiro. Nada reflete mais a identidade cultural de um sistema que as normas jurídicas que regulam estas relações em caso de morte do indivíduo. No Direito Italiano encontramos um outro conceito de liberdade do indivíduo. O Direito Alemão auroriza uma ral vinculação, pois lá a segurança jurídica é considerada um valor básico da sociedade alemã. O Direito Italiano assegura a liberdade individual, até a morte. Estas divergências dos sistemas jurídicos baseadas sobre dimensões culturais diferentes do direito nacional, opõem-se à harmonização do direito civil na Europa. Frente a tais divergências dos sistemas jurídicos surge a questão de saber quais são as razões da diversidade dos princípios do direito privado nos vários países. A resposta clássica é a seguinte; mostram-se as diferentes visões da pessoa humana. Daí nasce a possibilidade de estabelecer a dimensão cultural do direito, se recorrermos às diferentes visões de pessoas que estão na base destes direitos. Zweigert e Kotz incluíram na sua obra sobre Direito Comparado um capítulo intitulado “O estilo das famílias de Direito”, em que compararam ao estilo planejado e organizado dos direitos da Europa Continental ao estilo “improvisado” dos ingleses. Da mesma forma podemos comparar as noções sobre os critérios para determinar a concepção de consumidor. Na Alemanha, aparece o consumidor “fugaz” e pouco informado. Na França, porém, o consumidor “mediamente atento”. No Brasil, a visão também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades, que usam e abusam da pobreza das crianças. Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates que animava as crianças a arrombar um supermercado. A reação do direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres. A concepção de consumidor no Brasil ficava assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não poderia ser



esquecido, mesmo se a noção também usada de “observador menos atento” encontra sua origem no direito alemão. Uma outra visão bem diferente da dimensão cultural do direito é dada quando se observa os conflitos de cultura, que hoje povoam a visão política de mundo na atualidade. A relação entre o mundo laico do ocidente e o direito dos Estados islâmicos, um direito fortemente influenciado pela religião, ganha destaque. A religião aparece como uma dimensão cultural destes direitos, o que em conflitos internacionais do direito privado parece dar-lhes uma nova legitimidade. Esta legitimidade, por sua vez, tem a sua fonte no fato que, dentre os princípios básicos das Constituições dos países ocidentais encontrar-se a liberdade religiosa, e para o exercício desta liberdade religiosa temos que reconhecer ou utilizar justamente as normas religiosas, como as do Código de Direito Canônico, do qual um bom exemplo encontra-se na Convenção da ONU dos Direitos da Criança de 1989. Para tratar de crianças abandonadas ou sem pais, deve-se considerar entre outras possibilidades a concessão de guarda em família substituta, a *kafala* do direito islâmico, a adoção ou a colocação em Instituições especiais. A fonte desta norma encontra-se na proibição que o Alcorão lança sobre a adoção. O instituto que o substitui é a *kafala*, uma espécie de guarda permanente para menores que tem sua fonte na declaração de vontade dos pais substitutos. O Art. 20, 2 da convenção da ONU sobre os direitos da criança determina: “Na escolha entre as medidas deve-se levar em conta a continuidade na educação da criança, bem como sua origem étnica, religiosa, cultural e lingüística”. Com isto a medida correta para crianças islâmicas não deve ser a adoção, mas sim a *kafala* como a instituição jurídica mais adequada. Da mesma maneira a Espanha em 1996 reformou seu direito de proteção das crianças e adolescentes e no Art. 173 do Código Civil Espanhol inclui as várias medidas protetivas possíveis, inclusive a *kafala*. Já em outros países ocidentais, a *kafala* é um constante problema de direito internacional privado, especialmente como aplicar-se as muitas e detalhadas normas dos países islâmicos sobre o tema, como por exemplo a recente lei marroquina de 03 de junho de 2002. Aqui o conflito de culturas fica bastante evidente. Basta observar o Art. 2º da lei marroquina: “A *kafala* não concede à criança o direito de filiação, nem de sucessão”. A adoção, ao contrário, assegura para a criança justamente estes direitos, mas a origem religiosa e cultural da criança chama à aplicação da *kafala*. O interesse material da criança em ter alimentos e de ser herdeira, restringe-se a um segundo plano. Peso especial é dado ao bem estar espiritual e cultural da criança. Por fim, para concluir este panorama de contextos nos quais aparece a dimensão cultural do direito, essa alcança a atualidade face ao crescente número de normas culturalmente orientadas. O Direito da Arte e o Direito da Cultura começam a estabelecerem-se como disciplinas jurídicas autônomas. Cite-se que a “*cultural exception*”, é uma das poucas exceções aceitas à livre circulação de mercadorias nos sistemas regionais e globais, como a Organização Mundial do Comércio – OMC. Objeto de proteção são os bens culturais que para a identidade cultural de um povo são de importância. Dentre os quais inclui-se a língua falada naquele país. Como na nova lei polonesa sobre a língua de 2002, aqui devem ser protegidos não só o tráfico jurídico, mas a linguagem jurídica. Também codificações como o Código Civil Francês de 1804, com a sua clareza cartesiana e o novo Código Civil Brasileiro, com as suas

inserções de normas de forma lírica e poética, refletem o estilo e o espírito da cultura de um país e, portanto, em muitos sentidos podem ser vistos como bens culturais daquela nação. Especialmente interessante aqui é a chamada proteção cultural dos consumidores. Assim, por exemplo, segundo o Art. 483 do Código Civil alemão, pode o consumidor que concluiu um contrato de multipropriedade ou *time-sharing*, exigir uma cópia, não só na língua do país onde o imóvel se encontra, mas também na língua do país onde ele, o consumidor, pertence. Trata-se de um direito geral. Qual a língua que ele efetivamente domina melhor ou se talvez ele entenda a língua da outra parte contratante não é levada em conta. Como primeiras conclusões parciais podemos afirmar que a dimensão cultural dos direitos está presente em muitos momentos. Trata-se neste momento, geralmente, de destacar as diferenças, que têm sua fonte em relações culturais metajurídicas. Adicione-se a reflexão que muitas normas jurídicas existem, as quais de forma roda especial estão vinculadas com a identidade cultural de um país, enquanto outras são regras mais técnicas, que justamente por sua pouca ligação com o cultural, são trocadas mais facilmente. Voltamos ao Direito Internacional Privado e aos conflitos de leis. Para o Direito Internacional Privado minha tese é que o método conflitual do direito internacional privado pode e deve levar em consideração estas ligações culturais. Na ciência do Direito Comparado, assim é a minha tese, hoje desponta muito menos o heurístico princípio da "*praesumptio similitudinis*" e mais da presunção da diferença. Seguidamente comenta-se hoje que o Direito Comparado é um instrumento que ilumina a consciência sobre as identidades culturais. Visto politicamente, parece que a cultura é como um ponro de discórdia, como demonstra o forte debate atual na Europa sobre a entrada ou não da Turquia na União Européia. Pergunta-se que fatores seriam estes que moldam a dimensão cultural do direito. E, desde Vico e Montesquieu existem formas já fixadas para descrever os fatores e objetivos, que influenciam o conteúdo das normas e os respectivos ordenamentos jurídicos e para chegar às diferenças. Importam, segundo estes filósofos, o clima, a região, a língua, a raça, os costumes, a história e as religiões. No século XIX foram desenvolvidos ainda os fatores subjetivos que aportam uma consciência de conexão cultural. Mancini considerava como elemento constitutivo da nacionalidade a "consciência da nacionalidade". O mesmo pode se dizer hoje. Carlos Fuentes, um dos mais influentes pensadores do nosso tempo, afirmava há pouco no III Fórum Ibero-Americano, em Toledo: "Nos unem as línguas ibéricas português e espanhol, mas também a vontade de dar-lhe conteúdo às palavras". Se pensamos no direito, podemos afirmar o mesmo, mas somente para aquelas normas jurídicas que apresentam conteúdo ou cor cultural. E são os juristas, em primeira linha, aqueles que transferem e reproduzem essa consciência, a aplicar o direito, mas para lá dos juristas, todo um povo. Neste sentido, parafraseando a opinião de Antunes Varela sobre o "compromisso de compra e venda", este negócio jurídico seria o "mais brasileiro" de todos os contratos civis. Aqui a promessa, um contrato de compra e venda de imóvel, é feita para o futuro. Para um brasileiro, muitas vezes, este é o contrato mais importante de sua vida e especialmente para as classes mais pobres, um visível instrumento de esperança de propriedade e de bem-estar, ao mesmo tempo, para o co-contratante, um

objeto de especulação. Em apenas cinco artigos, o novo Código Civil Brasileiro regula secamente o “contrato preliminar”, refletindo, porém, mais de seis décadas de controvérsias e evolução, na jurisprudência e na legislação, desse instituto jurídico. Impossível não sentir entre as linhas, as lágrimas e os esforços de toda uma geração. A alcançada flexibilidade de forma, as quatro palavras: “exceto quanto à forma do Art. 462, e daí oriunda proteção da confiança daquele que assinou o negócio, mesmo sem o requisito da escritura pública. Uma confissão apoiada pela prática da jurisprudência da evolução do direito brasileiro na direção da proteção da pessoa no Direito Civil. Encontramos assim, na memória coletiva dos brasileiros, uma figura de memória no direito privado. Se aplicamos o direito internacional privado, é interessante observar uma fonte quase não estudada: as perguntas e os questionamentos dos juizes aos Institutos de Direito Comparado. Na Alemanha, a averiguação da lei estrangeira aplicável segundo as normas do direito internacional privado efetua-se *ex officio*. Os juizes, normalmente, requerem pareceres aos Institutos Universitários. Talvez não compreendam todos os detalhes das fontes do direito internacional privado, mas demonstram de qualquer maneira uma sensibilidade, uma maneira de ver dos magistrados que merecem exame. Vejamos um exemplo: trata-se de uma família no Sirilanka, um casal da Península de Jafra, que perrenchem à religião induístra. O marido deixa o país por razão dos acontecimentos políticos, vai à Alemanha e encontra trabalho. Sua mulher e dois filhos continuam em Sirilanka. Ele visita a família algumas vezes. A família vive da parte de seu salário que lhes é enviada. Agora o marido requer, depois de muitos anos, o divórcio frente a um juiz alemão. A esposa responde não ser culpada de nenhuma violação aos deveres conjugais. O juiz elabora para o *expert* três perguntas, quais sejam: se há comperência internacional para julgar este caso na Alemanha, qual o direito dele ser aplicado (do Sirilanka ou direito alemão) e, se o divórcio alemão será reconhecido ou não em Sirilanka. A regulamentação europeia sobre casamentos é aqui brutal. O direito comunitário europeu encontra aplicação mesmo se o réu tem seu domicílio em um país fora da União Européia. Com isto, basta que a residência habitual do autor seja por mais de um ano em um país da União Européia, como a Alemanha, para que se dê a chamada competência internacional do juiz alemão. Diferentemente da lei alemã, o direito europeu não se imporra com a capacidade ou não desta decisão ser reconhecida no país de domicílio da parte ré. O modelo escandinavo de um rápido, irresistível e unilateral divórcio determinou o conteúdo do direito comunitário europeu. Rápido e sem burocracias, assim deve ser o divórcio. No princípio objetivo da ruptura natural, a culpa não importa. É favorecido o autor. Observa-se, pois, que importante foi a pergunta do juiz sobre a possibilidade ou não de reconhecer seu julgamento no Sirilanka, demonstrando assim, sua abertura para uma outra cultura. Quanto ao direito aplicável, aplica-se na Alemanha ainda o princípio da nacionalidade. O direito de divórcio do Sirilanka tem muitas raízes, além daquelas ligadas às diferentes religiões pessoais, qual sejam os *Roman Dutch Law* e o antigo direito inglês. Por isso utiliza até hoje o princípio da culpa. Quando em 1977 o legislador do Sirilanka introduziu a possibilidade de divórcio após sete anos de separação de corpos, o judiciário interpretou a lei conforme as suas raízes. Assim a

Suprema Corte do Sri Lanka considerou que somente o cônjuge não culpado pelo divórcio pode o requerer. “... *it is shocking to judicial conscience that a party who defies the moral laws can obtain a divorce on the ground of his own matrimonial offence of malicious desertion. It is unconceivable that a responsible legislature would have intended... to lend sanction to such proceeding... (such) an interpretation destabilises the institution of marriage and undermines the moral and social functions of our society.*” Aqui encontramos novamente o princípio jurídico, que se encontra profundamente enraizado na consciência dos juízes. Enquanto em direito de família e de sucessões a dimensão cultural do direito aparece através do sentimento das partes e também do juiz, em matéria de obrigações, são os fatores objetivos que aparecem. Aqui, podemos notar a existência de usos e costumes comerciais com raízes culturais. Um bom exemplo é o direito turco de proteção ao consumidor, que encontra a aplicação no dia a dia dos tribunais alemães em casos de compra de tapetes, efetuada por turistas alemães na Turquia. Na Turquia, a Diretiva sobre contratos concluídos fora do estabelecimento comercial foi incorporada no Art. 8º da lei de proteção dos consumidores. Mas o direito de arrendamento não existe, se é “uso e costumes” que este tipo de venda seja realizada pelos vendedores fora do estabelecimento comercial. O direito comunitário europeu considera que comerciantes devem ter normalmente um local comercial, no qual o consumidor então fará suas compras. Em outros locais, não espera o consumidor fazer negócios, daí a necessidade de ser protegido de forma especial. Em países não europeus, a realidade é outra, as mercadorias são oferecidas em aberto, na rua. O local de comércio *stricto sensu* não existe. Oferece fora do estabelecimento comercial não tem nada de surpreendente nestes países, o que cria um conflito de leis. O turista e consumidor alemão não conhece os costumes comerciais turcos. Mas quem por iniciativa própria viaja para o estrangeiro deve adaptar-se aos costumes e usos estrangeiros. Esta é a solução do Art. 5º da Convenção de Roma. Quanto ao Direito Comparado, se queremos nos aproximar da dimensão cultural do direito devemos nos esforçar, não só em procurar soluções comuns, mas sim procurar as divergências entre os Direitos. Um estudo que conseguiu realizar este intento foi o do Instituto Max-Planck de Hamburgo sobre “O status das uniões homossexuais”. A evolução mais atual sobre o tema é a Decisão da Corte de Direitos Humanos de Strasburgo de 26 de fevereiro de 2002. Sobre a pergunta se uma pessoa de orientação homossexual podia adotar uma criança, resolveu a corte que não existe nenhum princípio geral e que as jurisdições nacionais estão mais aptas para decidir. Aqui a existência de permissão legal em normas representa a dimensão cultural deste direito para aquela sociedade em especial. Como complementação do mencionado estudo, escolho duas originais leis portuguesas de 11 de maio de 2001, que sobre a proteção das pessoas, que vivem em uniões econômicas e a outra em uniões de fato. As duas leis retiram do viver em comum consequências jurídicas. O que está em harmonia com outras leis dos países da família lusitana dos direitos, como por exemplo, o Código de Família do Cabo Verde. No Brasil, a proteção da união estável encontrou guarida constitucional. Arraís da lei portuguesa regulam-se as uniões de fato entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Assim como as uniões

econômicas de duas ou mais pessoas. No Brasil, a jurisprudência utilizou analogicamente as regras sobre uniões estáveis para regular casos de uniões homossexuais. Aqui observa-se o modelo conhecido de direito comparado de recepção ou importação de soluções entre ordenamento jurídico semelhantes ou aparentados. O especial das leis portuguesas é que estas asseguram somente alguns direitos frente a terceiros ou ao mundo exterior, por exemplo, de locação, de impostos, de previdência. As leis não prevêm deveres internos da união. Esta solução é desconhecida nos outros países europeus, mas reflete bem a mentalidade portuguesa. Se pessoas estabeleceram seu próprio caminho de vida em comum ou vida econômica em comum, então o direito protege esta união frente aos outros. Já internamente, a regra é determinação própria dos parceiros e tolerância. Quem determina sua própria lei interna, então o direito mantém e protege. Chego a uma breve conclusão: em um dos mais belos quadros do pintor espanhol José de Ribera, “Ascensão de Maria”, na Igreja de “La Purísima”, em Salamanca, indica-se o pintor neste quadro elaborado em Nápoles, no ano de 1635, como um “espanhol, valenciano”. Relembra assim que ele não era apenas espanhol, mas pertencia ao grupo dos cidadãos de Valência. Na pós-modernidade estamos novamente abertos a estas duplas identificações. Cada cidadão europeu pertence também a um estado da União Européia. Assim, o “*double coding*” não se encontra apenas na arquitetura, mas se revela um dos princípios básicos do nosso entendimento contemporâneo. O Direito pode refletir ambos, a fria racionalidade dos instrumentos de transação e de contabilidade de custos e, de outro lado, a profunda relação da identidade cultural de um país. Um não exclui o outro. Ao Direito Internacional Privado e ao Direito Comparado está colocada a tarefa de alcançar um certo equilíbrio entre os dois lados do Direito. Agradeço a todos”. Após aplausos, a Sra. Presidente agradeceu a presença de todos e declarou encerrada, às 11h45min, a sessão solene, do que, para constar, foi lavrada a presente Ata que após lida e aprovada será assinada pela Sra. Presidente.

WRANA MARIA PANIZZI,  
Reitora.

Transcrição e Redação: Margarida Testa  
Digitação: Renata Fernandes da Silva

APROVADA EM: 16.04.04 – Sessão nº 1005

## LAUDATIO PARA ERIK JAYME – MEMÓRIAS E UTOPIA

---

**Entrega do Título de Doutor Honoris causa pela UFRGS  
Porto Alegre (Brasil), 14.03.2003 por Claudia Lima Marques,  
Professora Titular de Direito Internacional Privado da  
UFRGS**

**Coordenadora do PPGDir./UFRGS,  
Doutora em Direito (Heidelberg)**

Magnífica Reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora  
Doutora Wlana Maria Panizzi

Exmo.Sr. Vice-Reitor Prof. Dr. José Carlos Hennemann

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Plínio de Oliveira

Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Prof. Sérgio José Porto

Caríssimo Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme,

Caríssimos Conselheiros do Conselho Universitário da Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul

Senhoras e Senhores presentes

É com grande prazer e honra que apresento o mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Professor Titular emérito da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Econômico e Privado daquela Universidade irmã, justamente quando a Universidade Federal do Rio Grande do Sul oferece a este grande professor o título de *Doutor Honoris causa* UFRGS.

Erik Jayme, Professor catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg é um dos maiores juristas de nossa época, internacionalista reconhecido mundialmente, famoso por seu brilhantismo e por seu profundo humanismo.

Com especial carinho pelo Brasil e pela UFRGS, contribuiu em muito para a manutenção e desenvolvimento do Convênio de Cooperação entre a Universidade de Heidelberg e a UFRGS e, especialmente, para o Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, onde ajudou a criar a linha de pesquisa sobre direito e pós-modernidade. Minha tarefa aqui é apresentar este que, em sua aula magna de despedida de 16 de julho de 2002,<sup>1</sup> em Heidelberg, foi aplaudido de pé por toda a universidade e ovacionado pelos estudantes, enquanto o Reitor da Ruperto Carola, Prof. Dr. Dr. Peter Hommelhoff, homenageava-o denominando o verdadeiro Ministro da Relações Exteriores da Universidade de Heidelberg. Efetivamente, Erik Jayme, com sua original doutrina, seu engajamento pela academia e sua abertura para o mundo, transcende a Faculdade de Direito ou o Instituto de Direito Estrangeiro, que por tantos anos dirigiu.

Erik Jayme reúne as qualidades dos grandes mestres, uma formação geral humanística, incluindo 8 línguas e arte, uma cultura formidável, uma visão de presente realista e crítica, com um pensamento voltado – de forma muito ímpar – para o futuro. Sua aula magna de despedida tinha como título “Memórias e Utopia”, que, com a vênica do mestre, utilizarei para dividir esta pequena exposição.

## I – Memórias

Na entrevista que concedeu a Revista Trimestral de Direito Civil, na seção Diálogo com a Doutrina, Erik Jayme testemunhava sua paixão pelo Direito Comparado e o Direito Internacional Privado, suas disciplinas de especialidade, afirmando: “*O que me prende é a realidade, o destino humano (Schicksale), os caminhos e problemas dos indivíduos.*”<sup>2</sup> Os caminhos de Erik Jayme não poderiam ter sido mais férteis:

Nascido no Canadá francofônico, em Montreal, província de Québec, era pois por nascimento ‘un sujet britannique’. Seu pai era alemão, da região de antigo domínio francês. Sua mãe norueguesa também domiciliada no Canadá. Seus pais casaram-se no estado de Michigan, Estados Unidos. Em resumo, Erik Jayme acostumou-se desde logo ao chamado ‘conflito das leis’. Isto é, quando a norma de mais de um ordenamento jurídico ou de mais de um Estado pode aplicar-se para regular a um só caso da vida privada. Acostumado à diferença e à pluralidade de culturas, optou pela nacionalidade alemã. Apesar do passaporte alemão, para ser professor em Mainz, Münster, Munique e Heidelberg teve que provar sua ‘origem’ e sua identidade cultural. Seus estudos refletem também esta abertura para o outro, o diferente, o estrangeiro, as diferentes culturas e línguas. Realizou seus estudos de graduação, mestrado e Doutorado em Direito em Frankfurt, Munique, Pavia (Itália) e Berkeley (Estados Unidos).

<sup>1</sup> Ainda não publicada, gentilmente cedida por Christian Schindler e Niko Geiben do Instituto de Direito Estrangeiro da Universidade de Heidelberg, Alemanha, a quem agradeço.

<sup>2</sup> Revista Trimestral de Direito Civil -RTDC, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289.

Além do Direito, justamente o direito internacional privado, estudou também História da Arte, em Munique e aperfeiçoou-se em Portugal, onde aprendeu o português. Domina assim o alemão, o francês, o norueguês, o italiano, o inglês, o português e o croácio, além das línguas clássicas, latim e grego. De uma cultura impressionante, caracteriza-o a timidez, a simpatia e a precisão de um pensamento claro, aberto, profundo, sábio.

Um dos professores alemães de Direito Internacional Privado mais citados no mundo e no Brasil, Erik Jayme muito tem realizado pelo Direito brasileiro, especialmente através de seus inúmeros artigos publicados, suas palestras e cursos, os vários alunos e professores brasileiros da UFRGS que já orientou e, principalmente, através de suas renovadoras teorias sobre tolerância e humanismo no Direito. Fundador e grande incentivador da Associação Alemã-Lusitana de Juristas, tem criado pontes entre estas duas culturas, divulgando o direito e a cultura dos países de língua portuguesa.

Erik Jayme é membro da Academia das Ciências de Heidelberg, da Academia Nacional Italiana de Ciências, do Instituto Lombardo e da Academia de Ciências Austríaca. Foi Presidente do Instituto de Direito internacional, Diretor da Associação de Direito Comparado e é atualmente um dos três *Academiciens* ou Diretores de Direito Internacional Privado da Academia de Direito Internacional de Haia, além de Presidente da Associação Luso-Alemã de Juristas. Diretor da importante revista IPRAx, tem seus trabalhos publicados na Alemanha, Suíça, Áustria, França, Portugal, Noruega, Itália, Grécia, Hungria e Japão, assim como, entre nós, nos Estados Unidos, Canadá, México, Venezuela, Chile, Argentina e Brasil.

Na Alemanha, Erik Jayme recebeu todos os maiores prêmios que um jurista pode alcançar, inclusive o prêmio máximo de pesquisador de Baden-Württemberg. *Doctor honoris causa* pela Universidade de Ferrara, Itália (1991); pela Universidade de Budapest, Hungria (2000) e pela Universidade de Montpellier, França (2001), hoje recebe o mesmo título honorífico das mãos de nossa magnífica Reitora Profa. Dra. Wrena Pannizzi.

Fundada em 18 de outubro de 1386, a Universidade de Heidelberg, Ruperto Carola, a primeira universidade em solo alemão, criada sob o modelo da Universidade de Paris, tem como emblema o leão do Palatinado segurando um livro em que se lê: *semper apertus*, sempre aberto.<sup>3</sup> Na bela Heidelberg, na *Universitätsplatz*, ao lado da Reitoria e do prédio central da Universidade, está localizado o Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado de que é Diretor emérito, com sua maravilhosa biblioteca e amável acolhida, que este encanta e forma pesquisadores do mundo inteiro. Domina a praça da universidade a estátua de Palas Atena, a deusa da sabedoria, que saúda os estudantes a entrada da Universidade com a inscrição: *Dem lebendigen Geist*: ao espírito

<sup>3</sup> Veja "Universitätseblem", HAPP, Sabine e MORITZ, Werner, Die Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Sutton Verlag: Erfurt, 2003.p. 2.



livre e vivo.<sup>4</sup> Quando completou 600 anos, a Universidade de Heidelberg adotou o lema: “Da tradição ao futuro”.<sup>5</sup> Como sua *alma mater*, assim é Erik Jayme: aberto para o mundo, para o outro, para o diferente, unindo tradição e futuro, mas especialmente um espírito livre, vivo, original.

## II - Utopia

Para o Programa de Pós-Graduação em Direito e para a Faculdade de Direito, este merecido título é motivo de júbilo. O homenageado, homenageia-nos com sua simpatia e engajamento pela UFRGS e pelo Brasil. Para honrar devidamente este brilhante e renovador jurista, mister conhecer um pouco mais de sua doutrina que encanta e sensibiliza em um Direito normalmente tão frio, tão distanciado das pessoas.

Utopia, o lugar (*tópos*) que não está (*ouk*), o lugar que desde Thomas Morus<sup>6</sup> queremos alcançar, a sociedade, o Estado Ideal que queremos re-construir. Qual é, pois, a utopia de Erik Jayme?

Dois são os eixos do pensamento deste grande jurista universal: alcançar a Igualdade entre Estados em uma sociedade globalizada, do pequeno ao grande país, criar e manter as bases do tratamento isonômico entre ordenamentos jurídicos de todos os Estados, aplicar as leis de países muçulmanos, europeus, americanos, asiáticos e da Oceânia, sem discriminações, lançando as bases para a paz, criando harmonia nas decisões, respeito pela sentença estrangeira e Justiça para os casos privados com conexões internacionais. O segundo eixo é a igualdade material e formal entre indivíduos. Iniciou por seus estudos em favor de uma autonomia de vontade da pessoa humana, como parte de seu direito fundamental de desenvolver-se como pessoa e como *homo economicus*, que resultaram na Resolução da Basileia de 1991 do Instituto de Direito Internacional. Sua teoria evoluiu para frisar que o sujeito livre é aquele informado e protegido das pressões do mundo contemporâneo, daí a necessidade do Direito proteger os mais fracos, do Estado não se abster e proteger os vulneráveis, do Direito ser instrumento de equilíbrio de situações estruturalmente diferentes. Para então, em 1995, no seu Curso Geral de Direito Internacional em Haia lançar a sua mais famosa teoria, a do Direito Internacional como um instrumento de respeito à identidade cultural da pessoa humana.

<sup>4</sup> Doação do consulado norte-mericano para a Universidade, em 1930, SELLIN, Volker, SCHLECHTER, Franz, *Dem Lebendigen Geist- Die Universität Heidelberg*, Edition Braus, Heidelberg, 1993, p. 44.

<sup>5</sup> No original alemão: “Vom Tradition zur Zukunft”.

<sup>6</sup> Thomas Morus escreveu em 1516 a sua obra “Utopia”, veja sobre as origens da expressão Utopia, Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1999, p. 851.

Com seu realismo formidável, afirmava Erik Jayme em sua aula magna: “Temos de olhar o mal nos olhos, para poder vencê-lo.” Assim, defendeu uma atualização necessária do Direito para acompanhar as mudanças, que a pós-modernidade impunha na sociedade, em velocidade impressionante no final do século XX. Este seu curso geral de Haia tem como título: “A identidade cultural e a integração econômica: o direito internacional privado pós-moderno”.<sup>7</sup>

Com a utilização da expressão sócio-filosófica “pós-moderno”<sup>8</sup> procura o Professor Erik Jayme demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo e de nosso direito.<sup>9</sup> A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado,<sup>10</sup> como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo<sup>11</sup> e as mudanças nos valores e modelos da sociedade.<sup>12</sup> Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo,<sup>13</sup> sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito.<sup>14</sup> Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-

<sup>7</sup> JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 33 e seg.

<sup>8</sup> Veja Lyotard, Jean-François, *Das postmoderne Wissen - Ein Bericht*, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, p. 13: “Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Künste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben.”

<sup>9</sup> Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995*, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 36 e seg.

<sup>10</sup> Veja Jayme, Cours, p. 28 e seg. e também Brilmayer, Lea “Post-modernism in American Choise of Law, *Mélanges François Laurent*, p. 695 e seg.

<sup>11</sup> Assim também conclui Ciuro Caldani, Miguel, *Lineas de semejanza entre el Derecho Internacional Privado clasico y el Derecho de la postmodernidad*, in *Boletim del Centro de Investigaciones, UNR*, nr. 6, 1997, p. 65 e seg.

<sup>12</sup> Assim Jayme, p. 2 (Avant-propos) e Sánchez Lorenzo, *Postmodernismo y Derecho Internacional Privado*, in *Rev. Esp. de Der. Int.*, 1994, p. 557 e seg.

<sup>13</sup> Veja também Sánchez Lorenzo, p. 557: “El Derecho es un producto cultural. Como tal, responde necesariamente a las características de un determinado momento histórico y evoluciona paralelamente a otras manifestaciones o productos de determinada cultura.”...und p. 577 “El Derecho y el DIPr en particular se convierten entonces en un canal o medio de comunicación y de intercambio de valores hacia un mejor orden mundial.”

<sup>14</sup> Neste sentido nossas conclusões na Tese de Doutorado, Lima Marques, Claudia, “Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht”, Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997, p. 363.

estruturalista e discursiva,<sup>15</sup> uma era do vazio e de caos,<sup>16</sup> de desregulamentação, de privatizações,<sup>17</sup> de forte exclusão social,<sup>18</sup> da “euforia do individualismo e do mercado”,<sup>19</sup> era de globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência,<sup>20</sup> o fim dos valores e outras catastróficas previsões para a nova era,<sup>21</sup> em resumo, em uma época de crise pós-moderna também o direito,<sup>22</sup> como ciência próxima da realidade social<sup>23</sup> e voltada para a sociedade,<sup>24</sup> estaria em crise e deve evoluir.<sup>25</sup> Uma crise de mudança, uma crise de crescimento.<sup>26</sup>

<sup>15</sup> Lyotard, p. 19., afirma sobre a chamada sociedade pós-industrial e a cultura pós-moderna que: “Dieser Übergang beginnt spätestens mit dem Ende der fünfziger Jahre, das für Europa das Ende seiner Wiederaufbauphase bezeichnet. Es geht, entsprechend den Länder und innerhalb dieser entsprechend dem Wirtschaftsbereich, mehr oder weniger schnell vor sich: daher die generelle Dischronie, die nicht leicht ein Gesamtbild abgibt.” Já Harvey, David, *The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge/Massachusetts 1994, p.3 e 42 identifica os anos 60 e 70 como os anos desta mudança. Outros preferem o final da segunda guerra mundial, os anos 50 como o início do movimento pós-moderno, assim Jameson, Frederic, *Pós-Modernismo - A lógica cultural do capitalismo tardio*, Arica, São Paulo, 1996, p. 27.

<sup>16</sup> Assim o instigante Lipovetsky, Gilles, *La era del vacío- Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Anagrama, Barcelona, 1996, em especial, p. 6 a 8.

<sup>17</sup> Assim Ciufo Caldani, Miguel, *Privatización y Derecho Privado*, in *Boletim del Centro de Investigaciones*, UNR, nr. 20, 1995, p. 119 e seg.

<sup>18</sup> Veja Tourraine, Alain, *Uma Visão Crítica da Modernidade*, in: *Cadernos de Sociologia*, vol. 5, pg. 36 e 37.

<sup>19</sup> Ghersi, Carlos Alberto, *La Posmodernidad Jurídica*, Buenos Aires, 1995, p. 27: “No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda le euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, alidai al placer y a la felicidad consumista.”

<sup>20</sup> Como explica Vattino em sua introdução, “O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...”, veja Vattino, Gianni, *O fim da modernidade- niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pg. VII.

<sup>21</sup> Como afirma Habermas, reconhecer, nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e, mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a frequente utilização na literatura atual desta denominação “pós”, mas, por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do “Zeitgeist”, do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança. Veja Habermas, p. 12.

<sup>22</sup> Segundo Santos, Boaventura de Souza, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Graal, Rio de Janeiro, 1989, p. 11: “A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna.”

<sup>23</sup> Veja por todos, Gellner, Ernest, *pós-modernismo, razão e religião*, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, pg. 11 e seg.

<sup>24</sup> Veja Harvey, p. 3 e seg. e Kaufmann, Arthur, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, München 1994, p. 224 e seg.

<sup>25</sup> Concorda também Lemouland, Jean-Jacques, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin*, in: *Dalloz*, 1997, nr. 18, *Chronique*, 1.05.97, p. 133 e seg.

<sup>26</sup> Veja Habermas, Jürgen, *Nachmetaphysisches Denken*, Ed.Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 35.

Identificar esta nova fase do direito<sup>27</sup> e ajudar na reconstrução da ciência do Direito é o escopo da larga obra de Erik Jayme. Segundo o mestre, quatro seriam as características da cultura pós-moderna que têm reflexos no direito: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Erik Jayme denomina de “*le retour des sentiments*” e a valorização dos direitos humanos.<sup>28</sup>

*Pluralismo* de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas.<sup>29</sup> Pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso,<sup>30</sup> onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o “*double coding*”<sup>31</sup> e onde os valores são muitas vezes antinômicos. O pluralismo de fontes legislativas é hoje total, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) nascer o novo direito.<sup>32</sup>

A *comunicação* é um valor máximo da pós-modernidade, associado a valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de legitimação (*Sprachspiele*), a ética e a filosofia é discursiva.<sup>33</sup> O consentimento legitimador, alerta o mestre, é só aquele informado e

<sup>27</sup> Zippelius, Reinhold, *Rechtstheorie*, 3. Ed. Beck, Munique, 1994, p. 258.

<sup>28</sup> Jayme, *Recueil des Cours*, p. 36.

<sup>29</sup> Veja sobre o pluralismo de fontes Friedman, Lawrence, *The Republic of Choice - Law, Authority and Culture*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994 pg. 11.

<sup>30</sup> Sobre o chamado “diálogo” das fontes, veja Jayme, Erik, *Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht*, Vortrag in der Tagung “Kinder im Recht” - Kindschaft und Völkerrecht im europäischen Kontext, Evangelische Akademie Tutzing, 20. Januar 1996, in *IPRAX* 1996 (4), p. 237-246 e sobre a internacionalidade e convivência de fontes nacionais e internacionais, van Loon, J.H.A., *The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law*, in: *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.), Amsterdam 1990, p.105.<sup>31</sup> Expressão do direito pós-moderno, introduzida por Jayme, *Recueil de Cours*, p. 36 e seg. e que utilizo em meu livro de doutorado, orientado pelo grande mestre, Marques, Claudia Lima, *Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht*, Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997p. 124 e seg.

<sup>32</sup> Jayme, *Recueil des Cours*, p. 247 e seg.

<sup>33</sup> Sobre o discurso e seus jogos escreve Lyotard, p. 36 e seg.: “Wenn Wittgenstein die Erforschung der Sprache ab ovoideraufnimmt und seine Aufmerksamkeit auf die Wirkungen der Diskurse konzentriert, so nennt er die verschiedenen Arten von Aussagen, die er dabei auffindet und von welchen wir eben einige aufgezählt haben, Sprachspiele. Er gibt mit diesem Terminus zu verstehen, daß jede dieser verschiedenen Aussagenkategorien durch Regeln, die ihre Eigenschaften und ihren möglichen Gebrauch spezifizieren, determinierbar sein muß, genauso wie sich das Schachspiel durch einen Komplex von Regeln definiert, der die Eigenschaft der Figuren oder auch die erlaubte Art, sie zu bewegen, bestimmt.”

esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a re-valorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis.<sup>34</sup>

A *narração* é a consequência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais.<sup>35</sup> Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. Um belo exemplo são estas novas normas do direito contemporâneo, que Erik Jayme denominou “normas narrativas”.<sup>36</sup> Com tal fluidez e narratividade, o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte Jurisprudência de valores, estudos críticos e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema geral de direito,<sup>37</sup> mas também –positivamente– na grande influência representada pelos direitos fundamentais no direito privado.<sup>38</sup>

Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar a ciência do direito é o que Jayme denomina “*retour des sentiments*”.<sup>39</sup> Seria, de um lado, a volta de uma certa “emocionalidade” no discurso jurídico,<sup>40</sup> de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos, religiosos e/ou fora do sistema, que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto a solução a ser efetivamente encontrada.<sup>41</sup>

Dai a necessidade de uma reconstrução: olhar nos olhos e vencer!

O *Leitmotive*, elemento guia da teoria de Erik Jayme são os direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e

<sup>34</sup> Jayme, Recueil des Cours, p. 247 e seg.

<sup>35</sup> Veja Jayme, Narrative Normen, p. 16 e seg. e as observações de Sánchez Lorenzo, p. 558: “...el postmodernismo parece, antes que una filosofía del Derecho o una particular metodología jurídica en sentido amplio, una teoría del razonamiento jurídico en la línea de la tópica o nueva retórica, partidaria de la narrative consistence frente a la normative consistence, en la distinción de R. Dworkin retenida por E. Jayme.”

<sup>36</sup> A definição de normas narrativas é de Jayme, Erik, Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Mohr: Tübingen, 1993, p. 16.

<sup>37</sup> Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 280 e seg.

<sup>38</sup> Jayme, Recueil des Cours, p. 247 e seg.

<sup>39</sup> Jayme, Recueil des Cours, p. 36.

<sup>40</sup> Veja a Draft Resolution for Buenos Aires elaborada pela International Law Association (1994) que expressamente combate esta nova emocionalidade no direito e requer na adoção internacional: “The development of non-emotive standards for the application of the subsidiarity principle.”

<sup>41</sup> Assim Jayme, Recueil des Cours, p. 261: “Ce qui frappe, c’est le recours, dans les arrêts des tribunaux, à la référence aux sentiments des personnes intéressées comme raisons pour résoudre des conflits de lois.”

microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais imovíveis, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos humanos seriam as novas “normas fundamentais”<sup>42</sup> e estes direitos incluídos nas Constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural.

## Observações finais

Concluindo: perguntado sobre qual seria a herança do Direito privado para o século XXI, recomendou ‘autonomia’ e ‘transparência’, isto é, que o Direito do futuro vise preservar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, assegurando a transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão!

Sua preocupação filosófica com o bem estar dos indivíduos e de transformar o direito em um instrumento útil de proteção e de respeito à decisão livre deste plurifacetado ‘sujeito pós-moderno’, ficaram sintetizados em sua aula magna de abertura da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000. Erik Jayme escolheu como tema ‘a proteção da pessoa humana face à globalização e o direito’. Na entrevista<sup>43</sup>, que está incluída nos Cadernos da Pós-Graduação em homenagem à Erik Jayme, confessa: *“tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação.”* A crise da pós-modernidade é destruidora de muitos valores e certezas. Erik Jayme, com o brilhantismo que lhe é usual, procura reconstruir a ciência do Direito e assim alcançar a Equidade, a Liberdade, a Autonomia Privada e a Solidariedade. Uma Utopia, uma bela utopia que conquistou muitos seguidores no mundo.

Como afirma Heinz Peter Mansel,<sup>44</sup> de um encontro com Erik Jayme todos saímos enriquecidos, mais abertos, mais tolerantes, mais sábios. E até o abalado Direito, em plena crise da pós-modernidade, revisita a Utopia, preenche-se de novos valores do “Zeitgeist” e renasce como instrumento de procura da Igualdade, da Justiça, do respeito ao outro, ao diferente, ao mais fraco, respeito e tolerância com a identidade cultural do outro. Saudar Erik Jayme é saudar o que há de bom no Direito: compromisso com a realidade e sonho de uma sociedade melhor!

Muito obrigado, *lieber Doktorvater* Erik Jayme!

por Claudia Lima Marques, UFRGS

Porto Alegre (Brasil), 14.03.2003.

<sup>42</sup> Assim Lorenzetti, p. 249 e seg.

<sup>43</sup> Publicada pela primeira vez, com o título de “Diálogo com a Doutrina”, in Revista trimestral de Direito Civil -RTDC, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289-293

<sup>44</sup> Mansel, Heinz-Peter, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, IPRAX 2003, p. 184.



## ENTREVISTA COM O PROF. ERIK JAYME

---

Entrevista exclusiva para a **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, dirigida pelo Prof. Dr. Gustavo Tepedino (UERJ), para a seção “*Diálogo com a Doutrina*”, Ed. Padma, Rio de Janeiro, tradução de Claudia Lima Marques. Republicação autorizada.

Fonte: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289-293

Erik Jayme

Catedrático da Universidade de Heidelberg, Alemanha

Diretor do Instituto para Direito Estrangeiro, Direito Internacional Privado e Direito Econômico da Universidade de Heidelberg, Alemanha

**RTDC1.** Quais são as suas principais lembranças sobre os seus estudos universitários? Quem foram os mestres que mais o influenciaram, qual era o método didático utilizado e como se dava a relação entre professores e alunos? Que peso teve a sua formação universitária no desenvolvimento de sua vida profissional?

– Estudos universitários: Eu estudei três semestres na Faculdade de Direito de Frankfurt, então 5 semestres Direito e História da Arte na Universidade de Munique. Depois do primeiro exame de Estado, estudei um ano na Universidade de Pavia (Itália), onde escrevi meu Doutorado. Depois do segundo Exame de Estado, estudei um ano na Universidade de Berkeley, California e recebi o título de Master of Law (LL.M.).

O mestre, que mais influenciou meu pensamento, foi Albert A. Ehrenzweig, que ensinava Direito Internacional Privado em Berkeley. Ele vinha da Áustria, possuía um forte influência filosófica e uma impressionante maneira de vincular os problemas jurídicos com perguntas e questionamentos vindos da Psicologia. Ele via o Direito como um todo, trabalhava interdisciplinarmente. Hoje eu visualizo o Direito através das tendências - pós-modernas- da Filosofia. Eu agradeço a Ehrenzweig a coragem, para isto fazer. Eu aprendi também como se escreve cientificamente em Direito. Juntos publicamos dois livros em inglês.

A técnica do Direito Internacional Privado agradeço à Murad Ferid (Munique), de quem fui mais tarde sucessor - e à Rodolfo De Nova (Pávia). De Hans G. Fisker (Mainz) aprendi a não excluir o Direito da Arte.



Meus modelos encontrei no passado. Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), liberal, aberto para o mundo, professor, ministro da Justiça e Advogado, foi o grande ídolo de minha vida, mais tarde também, para o Direito Comparado, Emerico Amari (1810-1879). O ideal vínculo entre Arte e Direito está no grande pintor Antonio Canova (1757-1822).

**RTDC 2. Como comparar a Universidade alemã de ontem com a de hoje? No decorrer de sua experiência didática foram perceptíveis os momentos de transição, as inflexões relevantes no currículo, as alterações importantes de rumo?**

— Quando eu tive a oportunidade de estudar, alcançavam a universidade apenas 5% dos alunos de Ginásio. Os estudantes vinham das classes mais altas e cultas da Burguesia; eu tinha estudado em um Ginásio Humanístico e aprendido 5 línguas (9 anos de Latin, 7 anos de grego, 5 anos de inglês, 3 anos de francês e 2 anos de Italiano). Hoje os estudantes (aproximadamente 50% de todos os alunos de ginásio, na Alemanha, chegam na Universidade) trazem uma formação totalmente diferente. Meu estilo de ensinar foi extremamente influenciado por minha passagem nos Estados Unidos. Incentivar e conduzir as aulas com perguntas. Eu prefiro a Aula através do Diálogo. Na minha época de estudante, falávamos apenas nos seminários, nunca nas aulas magistrais dos professores.

**RTDC 3. Ao longo de sua experiência científica, como doutrinador, manteve-se fiel ao método apreendido durante sua formação acadêmica ou decidiu adotar outros critérios e perspectivas de investigação? A eventual mudança deveu-se a algum acontecimento particular, político ou pessoal?**

— Até 1980 eu utilizava os métodos tradicionais da Dogmática civilística e os métodos de pensamento conflituais do Direito Internacional Privado. Então voltei-me, por algum tempo, totalmente para a evolução das Idéias Jurídicas, pois as idéias mudam a realidade. Minha simpatia voltou-se para os questionamentos, que também movimentavam minha pessoa e meu tempo, sobretudo a identidade cultural do indivíduo.

**RTDC 4. A literatura, a poesia, as artes em geral contribuíram para a sua formação de jurista? Quem são os seus autores preferidos? Que leituras recomendaria às novas gerações? Que autores clássicos não devem deixar de ser conhecidos?**

— Escritos jurídicos, que influenciaram minha vida, foram, por exemplo, Mancini, *Il principio di nazionalità come fondamento del diritto delle genti* (1851) ou Ehrenzweig, *Psychoanalytic Jurisprudence* (1971). Somente com mais idade consegui unir minhas duas áreas de interesse através do “Direito da Arte” (*Kunstrecht*). Eu amo ópera (Vincenzo Bellini, Richard Strauss), leio com prazer a literatura austríaca (Hugo von Hofmannstahl, Robert Musil). Meu interesse principal é a pintura, da Renascença (Giorgione) até à pós-modernidade (Rainer Fetting). As

jovens gerações recomendaria eu, a leitura “*Bildungsromane*” (leitura sobre a formação do próprio indivíduo, do ser), recomendaria a leitura, por exemplo, de a Montanha Mágica de Thomas Mann.

### **RTDC 5. O que despertou seu interesse para o Direito Civil e o Direito Internacional Privado?**

– Inicialmente me fascinou o Direito Internacional Público. Foi Ferid Murad que despertou meu interesse pelo Direito Civil Comparado e o Direito Internacional Privado. O que me prende é a realidade, o destino humano (*Schicksale*), os caminhos e problemas dos indivíduos. Dai ter eu iniciado com o Direito de Família.

### **RTDC 6. Quais as suas impressões sobre os novos “movimentos” da civilística atual, em particular, a descodificação, os microsistemas, a constitucionalização do direito civil?**

– Na Alemanha estamos agora recentemente incluindo as leis esparsas de proteção dos consumidores no Código Civil Alemão (BGB), especialmente na Parte Geral (§ 13 Definição de Consumidor).<sup>1</sup> Codificações claras facilitam, em minha opinião, a aplicação e interpretação do Direito (*die Rechtsfindung*). No mais, defendo o “Diálogo das Fontes”.

### **RTDC 7. São conhecidos seus estudos acerca da codificação, e, de outro lado sobre a influência da cultura pós-moderna no direito. Neste sentido, entende ser oportuno e/ou necessário promulgar novos Códigos gerais?**

– A existência de codificações diminui as antinomias e as contradições na ordem jurídica (*die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*). No atual Código Civil Brasileiro, eu admiro a Parte Geral, que inclui também os atos ilícitos.

### **RTDC 8. Em tempos pós-moderno, de pluralismo de fontes nacionais e internacionais, normas cogentes e normas de inspiração, duas idéias suas têm chamado a atenção dos brasileiros, o que denominou “normas narrativas” e a necessidade de “diálogo das fontes”. O senhor poderia esclarecer melhor estas suas expressões e teorias?**

– Com a idéia de “normas narrativas” tento eu descrever alguns fenômenos. No Direito Internacional Privado alemão houve uma reforma em 1986 que duplicou os textos, Tratados Internacionais e uma codificação. Normas narrativas têm o sentido de indicar outros textos para aplicar. Então descobri normas que nenhum outro fim têm, senão descrever valores (por ex. Art.3,2 Convenção de Bruxelas de 1968). Normas narrativas nesse sentido

<sup>1</sup> No original: “BGB- § 13 Verbraucher - Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.” (BGB- § 13- Consumidor - Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional).

são normas que trazem valores (*Wertträgernormen*), as quais ajudam no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklung des Rechts*) com orientações e ajudas. Dai retirei o vínculo com a “soft law”, os códigos de conduta, deontológicos, ou as normas criadas por cientistas, como as normas de “*création savante*” (UNIDROIT), que não obrigam, apenas “iluminam”. Finalmente conclui a ponte entre a Narração e o pós-moderno. Isto tem dois significados. Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. Valores só serão usados, quando são descritos e narrados. Por isro podemos entender o grande significado das Diretivas Europeias. Elas contém inicialmente um descrição de sua finalidade e são elas mesmos um modelos de regra para as legislações nacionais. O “diálogo das fontes” significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente as vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos.

O Direito Civil hoje é determinado por cláusulas gerais, como Boa-fé, Equidade, Bons Costumes, Ordem pública. Minhas reflexões partem da pergunta, como são estas cláusulas gerais concretizadas, com por exemplo standards vindos do Direito Comparado (Veja meu trabalho *Métodos de Concretização da ordem pública* de 1989) ou através dos Direitos Humanos (Veja meu trabalho, *A Ordem pública nacional e a Integração europeia*, Viena 2000).

**RTDC9. Outro tema recorrente em sua obra é o *revival* dos direitos humanos como *Leitmotiv* do direito da pós-modernidade. No cenário atual, como poderíamos buscar um maior equilíbrio entre as liberdades fundamentais e a implementação dos direitos sociais, especialmente nos países tidos como periféricos? Como harmonizar, tanto no plano interno como internacional, os princípios consagrados nas constituições nacionais com as diretrizes comunitárias?**

– Meus escritos mais recentes contém uma crítica à livre circulação na Europa como valor máximo do Direito de Família europeu. Direitos das pessoas, em minha opinião, não podem ser tratados como mercadorias... Hoje direitos humanos estão incluídos no Art. 6, 2 do Tratado da União Europeia como princípios gerais do Direito Comunitário Europeu.

Em minha aula na academia de Direito Internacional de Haia em 2000, “A proteção da pessoa humana face à globalização e o direito internacional privado”, renrei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação.

**RTDC 10. Qual é a herança mais preciosa que os estudos do Direito Civil oferecem ao séc. XXI?**

– Para o novo século recomendaria eu dois valores: Autonomia e Transparência.

## **NOVAS PUBLICAÇÕES DO PROF. ERIK JAYME**

Langue et Droit (Bruxelas, Ed. Bruylant 2000)

Rechtsvergleichung - Ideengeschichte von Emerico Amari zur Postmoderne (Heidelberg 2000) (Direito Comparado e história das Idéias de Emerico Amari até a Pós-modernidade)

Nationaler order public und europäische Integration (Viena 2000) (Ordem pública nacional e Integração europeia)

Rechtsschutz für ikonographische Programme historischer Gärten (Conferência Viena 2000)

(Proteção jurídica de programas iconográficos)

Zum Jahrtausendwechsel: Das Internationale Privatrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, IPRAx 3/2000, p. 165 e seg. (Mudança do século: O Direito Internacional Privado entre Pósmodernidade e Futurismo)

Antonio Canova: die politische Dimension der Kunst (Frankfurt/Main 2000)  
(Antonio Canova: A Dimensão Política da Arte)



## FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO POR PARTE DOS JUÍZES: A EXPERIÊNCIA AMERICANA E ALEMÃ ATÉ 1986\*

---

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Erik Jayme

Sumário: I. Introdução. – 1. Norma de conflito. – 2. Novas normas materiais e produção do direito internacional privado. – 3. *Fortbildung* de normas materiais estrangeiras por parte dos juízes alemães? – 4. *Rechtsfortbildung* e decisão baseada sobre a particularidade de cada caso. – 5. Cláusulas de exceção. – 6. Critérios. – II. O princípio da igualdade no *Grundgesetz* e a *Rechtsfortbildung* do direito internacional de família. – 1. O direito internacional do divórcio. – 2. Direito internacional das relações patrimoniais entre cônjuges. – III. O direito internacional da ilicitude civil. – 1. Seguro no mesmo Estado e residência habitual comum no mesmo Estado. – 2. Relações familiares de fato. – 3. Motivos e critérios da *Rechtsfortbildung* – Critério de conexão específica para ressarcimento de danos morais? – IV. O direito internacional dos contratos. – V. O direito transnacional. – VI. Resumo e observações finais.

Nota da Revisora: Este artigo clássico de Erik Jayme de 1986, merece publicação em 2003 no Brasil e em sua forma original, apesar das inúmeras modificações no direito material e direito internacional privado na Alemanha de 1986 a 2003, justamente porque examina a força de adaptação da jurisprudência, quando a lei material evolui ou muda, como com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro em 2003, sem que a norma de conflitos de leis no espaço seja modificada, como ocorre com a manutenção da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.

---

\* Tradução livre dos integrantes do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS, Ana Gerdau de Borja, Luciana Quinto, Maitê de Souza Schmitz, Marília Zanchet, Rafael Pellegrini Ribeiro, Ricardo Castro e Tâmara Joana Biolo Soares e revisão atualizadora da Profa. Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS). Texto publicado in *Contratto e impresa*, vol. IV (1988), n. 2, p. 423-458, com o título “Formazione progressiva del diritto internazionale privato da parte dei giudici: l’esperienza americana e tedesca.” Para a sua publicação no Brasil, a parte V do texto original, referente ao Direito internacional privado europeu foi retirada, tendo em vista a extensão do texto e uma vez que a base legislativa usada neste texto de 1986 do direito comunitário europeu sofreu profundas modificações.

## I - Introdução\*\*

1 - A *Rechtsfortbildung*, isto é, a produção de direito, pressupõe um direito passível de ser produzido. Aqui, a princípio, contempla-se um direito escrito, cujas lacunas vêm sendo preenchidas pela sentença do juiz.<sup>1</sup> Por outro lado, a atual codificação do direito internacional privado, contida na EGBGB-1896, Lei de introdução ao Código Civil alemão, descuida quase completamente de áreas jurídicas inteiras, tais como o direito dos contratos e os direitos reais.<sup>2</sup> Mas também aqui poderá se falar em *Rechtsfortbildung* somente à medida que as decisões dos juízes abandonem certos princípios já consolidados e os substituam por novos.

A questão da produção judicial resguarda, portanto, seja as normas de conflito codificada, seja as normas sobre conflitos de leis, consolidadas no direito consuetudinário através da aplicação por parte dos tribunais.<sup>3</sup>

2 - No âmbito das normas de conflito, surgem novos problemas, no momento em que a reforma de normas materiais guarda consigo a questão se essas normas materiais encontram aplicação também em casos que aprensam momentos de conexão com um direito estrangeiro. No direito alemão - diferentemente de muitos outros direitos estrangeiros<sup>4</sup>

---

\*\* Esta contribuição foi escrita em virtude de um período passado na Universidade de Berkeley da Califórnia. Agradeço o bibliotecário de direito internacional, Sr. Thomas Reynolds, por sua permanente ajuda. Muitos estímulos e indicações devo aos meus interlocutores nesse período, Hanns Hohmann e Chibli Mallat, como também ao meu assistente, Valentin Boll.

Observação - 1988. Este artigo aparece, em 1986, na Festschrift no âmbito de jurisprudência do 600º aniversário da Universidade de Heidelberg (C.F. Muller-Verlag). Em razão do pronunciamento da corte constitucional, que havia declarado a inconstitucionalidade de algumas normas do EGBGB, como também do § 606 b do ZPO, o Bundestag, ao final, reformou o direito internacional privado. A reforma da lei entrou em vigor em 1º de setembro de 1986. A nova lei, contudo, constitui apenas modificação parcial (V. Jayme, *Il nuovo diritto internazionale tedesco e le relazioni commerciali italo-germaniche*, in Riv. Dir. civ., 1987, II, p.1). A lei concerne à parte geral do direito internacional privado, às pessoas físicas, ao direito de família e sucessões. Ademais, a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais é recebida como lei nacional. Restam, pois, validar outras observações envolvendo outras matérias, sobretudo as obrigações extracontratuais. O legislador acolheu, além disso, muitas soluções elaboradas pela jurisprudência, a exemplo daquelas do âmbito do divórcio. Por fim, restam sempre os problemas de caráter geral que trataram de ser, após, investigados, através de exemplos práticos (v. até último JAYME/BISSIAS, *Auskunftsanspruch und ausländisches Ehegüterrechtsstatut - Zur Fortbildung reichsischen Rechts durch deutsche Gerichte*, in IPRAX, 1988, p. 94).

<sup>1</sup> Ver, p. ex., LARENZ, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem* in NJW, 1965, p. 1 ss.

<sup>2</sup> ARNAT in ERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1982, ao artigo 7 EGBGB redação 1; MESSEN, *Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts*, in AöR, 110 (1985), p. 298 ss. O. 405 ss.

<sup>3</sup> Esta contribuição concerne à produção das normas abstratas, seu conflito de lei, veja sobre criação jurídica concreta Wengler, *Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse*, in RabelsZ. 16 (1950), p. 1 ss. a p. 30 s. Ver pelo resto Juenger, *Wandel und Wandlungen des Internationalen Privatrechts*, in Holl/Klincke (ed.) *Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, p. 91 ss.

<sup>4</sup> Ver, por ex., Jayme, in IPRax, 1983, p. 305 ss., com respeito à nova lei italiana de adoção. Um ótimo exemplo é também o Matrimonial and Family proceedings Act 1984 inglês (Family Law 49:3), que

– o legislador apenas em raros casos guarneceu novas leis com regras de conflito.<sup>5</sup> Neste sentido, as várias leis de reforma do direito de família, que fizeram desta área algo completamente novo, não contêm nenhuma regra de conflito.<sup>6</sup> Na abordagem do EGBGB, evidenciam-se contrastes, que levaram ao surgimento de novas regras a partir da jurisprudência.<sup>7</sup> Isto é verdade, acima de tudo, no tratamento de filhos havidos fora do casamento.<sup>8</sup> Ademais, a doutrina discute a *Rechtsfortbildung* do direito internacional privado, principalmente, no que toca às regras de qualificação, ou seja, ao enquadramento de novas questões jurídicas no sistema já existente.<sup>9</sup> Parece-me que os conceitos gerais do EGBGB são já suficientemente amplos para viabilizar uma interpretação correta também de institutos jurídicos de direito interno, por exemplo, o *Versorgungsausgleich*.<sup>10</sup> Apenas em casos excepcionais as novas normas materiais conduzem a lacunas no direito internacional privado, que serão, por conseguinte, supridas através da aplicação por analogia de normas existentes, ou mediante a produção de novas regras.<sup>11</sup> Após, aqui será, portanto, tratada primordialmente a produção das mesmas normas de conflito, e não tanto a sua extensão a novas questões objetivas.

3 – O direito internacional privado apresenta, no âmbito da *Rechtsfortbildung*, outra particularidade, que depende do modo de solução de uma controvérsia com momentos de conexão com um direito estrangeiro. Isso é, tal solução verificar-se-á em duas fases<sup>12</sup>: na

regula detalhadamente as consequências do divórcio depois do fim do matrimônio no exterior. Ver, além disso, a lei finlandesa sobre os sobrenomes de agosto de 1985 que no capítulo 6 contém um detalhado regulamento do direito internacional ao nome.

<sup>5</sup> O exemplo muito importante é a AGB-Gesetz (Lei sobre condições gerais dos contratos) §§ 10 Nr. 8, 12; Ver também a lei sobre ensino por correspondência de 26 de agosto de 1976 (BGB I, 2525) § 11.

<sup>6</sup> Ver Jayme, *Eherechtsreform und Internationales Privatrecht*, in NJW, 1977, 1378 ss.

<sup>7</sup> A respeito do Versorgungsausgleich, ver BGH, 7 de novembro de 1979, in BGHZ 75, 241; BGH, 8 de Junho de 1983, in BGHZ 87, 359 e JZ 1984, 139, nota Lüderitz; Jayme, *Der Versorgungsausgleich im internationalen Privatrecht*, in Zacher (ed.) *Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und der zwischenstaatlichen Praxis*, 1985, p. 101 ss.; Nolte-Scharting, *Der Versorgungsausgleich in Fällen mit Auslandsberührung*, 1984

<sup>8</sup> Kropholler, *Die Kollisionsregeln des BGH für die Feststellung und Anerkennung der Vaterschaft*, in NJW, 1976, p. 101 ss.

<sup>9</sup> MünchKomm/Sonnenberger, 1983, *Einleitung IPR*, nn. 300-302; Wengler, *Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht*, in Festschrift Martin Wollf, 1952, p. 337 ss. Referindo-se a um “procedimento de classificação que, por sua natureza, é um procedimento normativo”.

<sup>10</sup> Ver Jayme, *Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung und Theorie des Internationalen Privatrechts*, in Zacher, (ed.), op. cit. à nota 7, à p. 424.

<sup>11</sup> No caso de normas materiais estrangeiras, no passado se preferiria julgar que, na ausência de conformidade com o direito material alemão, essa não seria subordinada às regras de direito internacional privado alemãs (ver Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932, p. 118 ss.), e por isso se falava de “lacuna”; ver M. Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 1954, p. 57; ver também genericamente Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, 1964, p. 184; ver, por ex., Galvão, *Rückverweisung in deutsch-portugischen Legitimationsfällen?* In IPRax, 1984, p. 257 ss., 258 s.

<sup>12</sup> A “teoria das duas fases de direito internacional privado”, por resolver situações de conflito, pretende, além disto, considerar o direito estrangeiro como fato também na segunda fase. Ver sobre esse tema



primeira fase, uma regra de conflito fará remissão a normas materiais; após, o caso deverá ser decidido com referência à norma de direito assim individualizada. Em cada uma dessas fases, a *Rechtsfortbildung* poderá ocupar seu papel específico.

A título de exemplificação, cita-se uma sentença do *Amstgericht* de Charlottenburg, de 13 de janeiro de 1981<sup>13</sup>: tratava-se de controvérsia relativa a alimentos entre cônjuges turcos separados que viviam em Berlim.<sup>14</sup> A mulher pleiteava uma antecipação das custas judiciais, não prevista expressamente no direito turco, em virtude da aplicação do Art. 14 do EGBGB. O pedido fundava-se no fato de que as custas processuais na Turquia seriam, claramente, muito menores do que na Alemanha.<sup>15</sup> O Tribunal pronunciou-se no sentido de que o juiz alemão “poderá desenvolver, ulteriormente, o direito estrangeiro em casos específicos, se desconhecidos pelos tribunais do país”, acolhendo a demanda. Tratava-se, pois, da produção de direito turco por parte dos tribunais alemães.<sup>16</sup> O *Amstgericht* Charlottenburg referiu-se, neste caso, também à norma, acolhida no direito turco, do Art. 1, § 2 do ZGB (Código Civil Suíço), segundo a qual se é inviável a extração de norma a partir da lei, o juiz há de decidir consoante o direito consuetudinário e, na falta deste, seguir a regra que adotaria na qualidade de legislador.<sup>17</sup>

Hessler Sachliche Generalklausel und internationales Familienrecht – Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts, 1985; Jayme, in Zacher (ed.) op. cit. à nota 7, p. 424 s.; sobre o direito das obrigações ver Stoll, Deliktsstatut und Tatbestandswirkung ausländischen Rechts, in Festschrift Lipstein, 1980, p. 259ss.; Ractke, Schldstatut und Eingriffsrecht, in ZvgIRWiss, 84(1985), p. 325 ss., a p. 341 ss.

<sup>13</sup> IPRax 1983, 128; ver sobre esse tema Rumpf, Zur “Fortbildung” türkischen Unterhaltsrechts durch deutsche Gerichte – Prozesskostenvorschusspflicht unter Türkischenehegatten, in IPRax, 1983, pp. 114-116. ver também ord. AG Kitzingen, 30 de novembro de 1984 – F. 252:84 - ; o pedido de perícia, através do outro, era orientada também no sentido de “se fosse admitida uma sentença em conformidade ao § 1672 BGB como produção do direito turco”.

<sup>14</sup> Na Turquia era no curso de uma ação de divórcio. Esta duplicação dos juízos era de reputar-se ao fato de que a Turquia, no passado, afirmava exclusivamente a jurisdição do tribunal turco pelo divórcio de cônjuge turco, independentemente se vivia na Turquia ou no exterior. Este fato, por sua vez, teve como consequência que os tribunais alemães eram privados de competência internacional, faltando o reconhecimento da sentença alemã de divórcio na Turquia (ver § 606 b ZPO). Em seguida à reforma de direito internacional privado e processual na Turquia (1982) uma tal competência exclusiva não subsistiu mais. Ver Krüger, Das türkische IPR-Gesetz von 1982, in IPRax, 1982, p. 252 ss.; Ansay, Zur Scheidung von Türken in der Bundesrepublik Deutschland nach Inkrafttreten des neuen IPR-Gesetzes, in StAZ, 1983, p. 29 s.; Krüger, Anerkennung deutscher Scheidung türkischer Eheleute, in IPRax, 1985, p. 370 s.

<sup>15</sup> Ver RUMPF, op. cit. à nota 13, p. 114 N° 13.

<sup>16</sup> De forma similar, OLG Oldenburg, 23.06.1981, in FamRZ, 1981, p. 1176 s., com devolução ao *Rechtsfortbildung* do direito suíço.

<sup>17</sup> Para um caso de aplicação do artigo 1 do ZGB suíço na jurisprudência italiana, ver Trib. Torino, 27 de Julho de 1948, in Giur. It., 1949, I, 2, c. 273. Ver sobre esse tema, CANSACCHI, Qualificazione e richiamo della legge straniera, in Giur. It., 1949, I, 2, c. 273 55., a cc. 277-278; JAYME, Die italienische Rechtsprechung zum internationalen Privat- und Prozeßrecht 1945-1966, in RabelsZ, 31 (1967), 446 ss. 464. Sobre a importância do artigo 1 ZGB para os casos estrangeiros, ver, além disso, VISCHER, Der Richter als Gesetzgeber im internationalen Privatrecht, in Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht, volume XII, 1955, pp. 75 ss., 82 s., assim como a jurisprudência suíça mais recente, Zivilgericht Basel-Stadt, 17 de Julho de 1981, in ZZW 53 (1985), pp. 37455, 376 (mudança de sexo de uma senhora francesa).

Esses e demais problemas similares surgem, continuamente, quando da aplicação do direito estrangeiro, visto que o juiz alemão muitas vezes se confronta com um caso particular, não proposto aos tribunais daquele país em que o direito deveria ser aplicado. Surgiria um outro problema se, por exemplo, fosse lícito ao juiz valorar o direito estrangeiro na medida da Constituição estrangeira; nesse caso, deveria ser respeitada a competência absoluta da Corte Constitucional estrangeira.<sup>18</sup>

Há juristas que rejeitam em geral a *Fortbildung* criativa do direito estrangeiro por parte do juiz interno.<sup>19</sup> Todavia, observa-se justamente que o reenvio envolve também aquelas normas estrangeiras que autorizam o juiz à *Rechtsfortbildung*.<sup>20</sup>

4 – Um problema central na produção judicial do direito é representada, contudo, no questionamento *se e como* o juiz interno poderia elaborar as próprias regras de conflito. Aqui, apresenta-se um problema particular: na teoria mais recente do direito internacional privado há posicionamentos que convidam o juiz a prescindir da produção abstrata de normas e a determinar a “norma do caso”<sup>21</sup> significativa, com ajuda de método embasado no conflito de normas materiais do caso concreto.<sup>22</sup> É difícil, a meu ver, definir tal criação caso a caso do direito como *Rechtsfortbildung*.

Sobre o assunto, cito o caso *Frummer v. Hilton Hotels International Inc.*, da jurisprudência do estado de Nova Iorque<sup>23</sup>: um nova-iorquino visitou Londres, hospedando-

<sup>18</sup> Ver a esse respeito, BayOBLG, 21 de fevereiro de 1969, in FamRZ, 1969, 341 ss., 343 (não há remessa à corte constitucional italiana por parte de um tribunal alemão). Ver, genericamente, a esse respeito, KUNZ, Das richterliche Prüfungsrecht im internationalen Staatsrecht, in NiemeyersZ. 32 (1924), p. 26 ss.

<sup>19</sup> NEUMAYER, Fremdes Recht und Normenkontrolle, in RabelsZ., 23 (1958), pp. 573 ss., 592-593.

<sup>20</sup> Assim, CAN5ACCHI, op. cit. à nota 17, c. 278. ver, também, em contexto análogo, DE NOVA, Legge Straniera e controllo di costituzionalità, in Foro pad., 1955, IV, C. 1 5S. ac. 5-7; VON HOFFMANN, «Lex mercatoria» vor internationalen Schiedsgerichten, in IPRax, 1984, p. 106 ss. ap. 107-108. Entretanto, são superficiais e limitados sobre a questão da determinação do direito substitutivo frente à impossibilidade de estabelecer o conteúdo do direito estrangeiro. Ver a esse respeito, WENGLER, Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht in JR. 1983, p. 221 ss., a p. 225.

<sup>21</sup> Sobre a teoria da “norma do caso”, ver FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, vol. IV, 1977, p. 202 ss.

<sup>22</sup> Ver, por exemplo, Brainerd CURRIE, Survival of Actions: Adjudication versus Auto-mation in the Conflict of Laws, in Stanford L. Rev., 10 (1958), p. 205 ss., a p. 218 ss.; SEDLER, The Governmental Interest Approach to Choice of Law: An Analysis and a Reformulation, in UCLA L. Rev., 25 (1977), p. 181 ss., a p. 208. O caso mais famoso por este método é Babcock v. Jackson, 191, N.E. 2d 279 (Ct. App. N.Y. 1963). Ver também, porém, REESE, Choice of Law: Rules or Approach, in Cornell L. Rev., 57 (1971-72), p. 315 ss.; JUENGER, Möglichkeiten einer Neuorientierung des internationalen Privatrechts, in NJW, 1973, p. 1521 ss., a p. 1524. Obter a solução da norma nos conflitos de leis da interpretação da norma material, como atividade de “criação do direito” por parte do juiz (EHRENZWEIG, Festschrift Wengler, Vol. 2, 1973, p. 251 ss., a p. 259); no caso normal, porém, não se trata de *Rechtsfortbildung*.

<sup>23</sup> *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 304 N. Y.S., 2d 335 (Sup. Ct. 1969): ver sobre esse tema, JAYME, Zur Krise des «Governmental-Interest Approach», in Festschrift Kegel, 1977, p. 359 ss., a p. 363-364. Anteriormente a questão da competência internacional do juiz de Nova Iorque era estado decisivo em sentido positivo: *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 281 N. Y.S. 2d 41 (Ct. App. 1967). De modo análogo ao juiz de Nova Iorque decide a Supreme Court of Mississippi no caso *Mitchell v. Craik*, 211 So. 2d 509, 514 (Miss. 1968); ver sobre esse tema, CAVERS, The Value Of Principled Preferences, in Texas L. Rev. 49 (1971) 211,214-215.

se no Hotel Hilton. Enquanto se preparava para tomar banho, caiu na banheira, descrita na *Court of Appeals* de Nova Iorque como uma “modernistic type bathtub”.<sup>24</sup> Alegou ter sofrido graves lesões, demandando uma indenização de 150.000 dólares. A Ré excepcionou, entre outros, a con-culpa do Autor que, segundo as leis de Nova Iorque, teria afastado completamente o direito à indenização.<sup>25</sup> O direito inglês, por outro lado, previa uma repartição do dano a partir da “*comparative negligence rule*”. Seguindo-se o método aplicado no estado de Nova Iorque, o tribunal examinou, em preliminar, a finalidade das respectivas normas materiais e, num segundo momento, o interesse dos países considerados no atinente à aplicação das regras de conflito: ao fim, aplicou o princípio da “*better law*”, decidindo que o direito inglês era o melhor. A norma de Nova Iorque já era superada e por demais restritiva nos casos de dano.<sup>26</sup>

Uma escolha assim entre dois direitos possíveis, que implica a criação de direito, não é de todo estranha nem mesmo ao Direito Internacional Privado alemão. O *Amtsgericht* Ebersberg, por exemplo, teve de enfrentar a questão se um marido egípcio devia responder pelas dívidas de sua esposa.<sup>27</sup> Segundo o art. 16 do EGBGB isso dependia da análise se, em relação ao terceiro, o direito alemão (no caso o § 1357 do BGB) seria “mais favorável” que o direito egípcio aplicável.

Me parece, porém, que não se trata aqui de *Rechtsfortbildung*, porque certas regras podem ser extraídas gradualmente também através de repetidas concretizações<sup>28</sup>.

5 – Nos métodos do direito americano predominantes na década de 80, exprime-se uma divergência em relação ao direito internacional privado clássico. Desejava-se assim dar maior destaque aos objetivos das normas materiais, e também impedir o emprego de conceitos abrangentes demais nas regras de conflito, para todos os problemas em questão. Por isso, foi desenvolvida uma série de instrumentos para melhor satisfazer as exigências do caso particular, instrumentos introduzidos também na Europa. Menciona-se, como exemplo, o “*dépeçage*”, ou seja, a aplicação de diversos direitos a questões diversas oriundas da mesma situação de fato<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 281 N. Y.S. 2d, 41, 42 (Ct. App. 1967).

<sup>25</sup> Relativo à «contributory negligence» ver PROSSER & KEETON, *On the Law of Torts*, 1984, p. 451 ss., a p. 468 (“The doctrine appears...to be a dying one...”).

<sup>26</sup> O «better-law approach» de Leflar. Ver, LEFLAR, *Choice-Influencing Considerations in conflicts Law*, in N.Y.U.L. Rev. 41(1966) 267ss.

<sup>27</sup> Ver JAYME, *Rechtsvergleichung im internationalen Privatrecht*, in Festschrift Schwind, 1978, p. 103.

<sup>28</sup> Ver a esse respeito a teoria dos conflitos de lei de David Cavers baseada sobre “principles of preference”: CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, 1965, e, a esse respeito EHRENZWEIG, *A Counter-Revolution in Conflicts Law? From BEALE to CAVERS*, in *Harvard L. Rev.*, 80 (1966), pp. 377 ss., 387, 390 ss.; CAVERS, *The Choice of Law-Selected Essays, 1933-1983*, Duke University Press, Durham, 1985, p. 149 ss.; o mesmo CAVERS, op. cit. na nota 23, pp. 211, 215, rejeita, todavia, o critério da “better law” como “principle of preference”. Para ele importa a “conflicts justice”: ver CAVERS, *Cipolla and Conflicts Justice*, in *Duquesne L. Rev.*, 9 (1971), p. 360 ss., isto é, ele relaciona os objetivos das normas materiais às particularidades do caso concreto de conflito de leis e rejeita uma apreciação de comparação abstrata.

<sup>29</sup> Ver a esse respeito WILDE, *Dépeçage in the Choice of Tort Law*, in *Southern California Law Review*, 41 (1968), p. 329 ss.; REESE, *Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law*, in *Columbia L.*

Na *Rechtsfortbildung*, uma figura jurídica assume um significado particular, qual seja a chamada “cláusula de exceção”<sup>30</sup>. Aqui se trata da situação em que o juiz de um caso particular pode decidir segundo a equidade; ou seja, é conferida a ele a possibilidade de enunciar uma nova regra diferente daquela codificada. Hoje, a pátria da norma de exceção é a Suíça<sup>31</sup>. Mas também o projeto de lei alemão de 1983 para a revisão do direito internacional privado contém cláusulas de exceção que provêm dos Tratados de Roma da CEE sobre o direito aplicável às relações obrigacionais derivadas do contrato (1980). No art. 28 do EGBGB, segundo o texto do projeto de 1983, são previstos para os contratos (na falta de escolha da parte) certos critérios objetivos de conexão<sup>32</sup>. Afirmar-se, então, no § 5º da mesma norma: “As previsões dos §§ 2º, 3º e 4º não valem quando, da totalidade das circunstâncias, resulta que o contrato tenha conexões mais estreitas com um outro Estado”. Uma regra semelhante existe para os contratos de trabalho no art. 30, § 2º, última parre, EGBGB, do projeto de reforma<sup>33</sup>.

Essas cláusulas de exceção, em tese, estão se tornando possíveis na prática face a necessidade de lidar melhor com a multiplicidade dos estados internacionais de fato<sup>34</sup>. Deveria ser, porém, o caso particular, a meu ver, o ponto de partida para a criação de uma nova regra. A cláusula de exceção é vista desse mesmo modo também na doutrina suíça, a qual reafirma que o juiz deve criar uma regra *modo legislatoris*, a qual deverá ser aplicável também nos casos

Rev. 73 (1973), p. 58 ss.; LAGARDE, Le “dépeçage” dans le droit international privé des contrats, in Riv. dir. int. priv. e proc., 1975, p. 649 ss.; LAGARDE, The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia, in Virginia Journal of International Law, 22 (1981), p. 91 ss., 96.

<sup>30</sup> Ver a esse respeito SCHURIG, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, p. 338 ss.; DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, Genebra, 1983; NADELMANN, Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause, in Am. Journ. Comp. Law, 33 (1985), p. 297 ss.; CAMPIGLIO, L'esperienza svizzera in tema di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato, in Riv. dir. int. priv. proc., 1985, p. 47 ss.

<sup>31</sup> VISCHER, Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience, in Law & Contemporary Problems 41, N.º 2 (1977), p. 131 ss.; BUCHER, Auslegungsregeln in der neueren Gesetzgebung des schweizerischen internationalen Privatrechts, in Festschrift Meier-Hayoz, 1982, p. 45 ss.; KNOEPFLER, Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé, in Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel, 1982, p. 113 ss. Um estudo/investigação/pesquisa/exame sobre o tema está em VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, in Recueil des Cours, 176 (1982-III), p. 9 ss., p. 186 ss.

<sup>32</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, in BT-Drucksache, 10/504 (20/10/1983), p. 12.

<sup>33</sup> Ver a esse respeito GAMILLSCHEG, Ein Gesetz über das Internationale Arbeitsrecht, in Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1983, p. 307 ss., a p. 307 ss., a p. 330 (“decisão sábia”); KRONKE, Das Arbeitsrecht im Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, in DB, 1984, p. 404 ss., a p. 405 (“em cada caso necessário”).

<sup>34</sup> Segundo KREUZER, Berichtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht, in Festschrift Zajtay, 1982, p. 295 ss., a p. 315, trata-se aqui de “impor a idéia de equidade no sentido da justiça do caso concreto”. Na minha opinião a cláusula de exceção deveria tornar possível uma produção mais fina da regra. Concebendo-a mais no sentido da justiça do caso concreto corre-se o risco de que a aplicação da norma geral sobre os conflitos de lei deve ser sempre legitimada. Por isso deveria-se deixar a “correção” no caso concreto às normas materiais aplicáveis: assim exatamente BHG, 26 de maio de 1982, in IPRax, 1983, 180 ss., a p. 184 para § 1587 c do BGB.

posteriores similares<sup>35</sup>. A cláusula de exceção se torna, assim, o instrumento de uma *Rechtsfortbildung* institucionalizada. No que tange ao direito alemão, contudo, não há ainda uma experiência em que foi aplicada a cláusula de exceção<sup>36</sup>.

6 – Antes de nos determos sobre questões particulares, é necessário enfrentar, ainda, o problema dos critérios da produção judicial no direito internacional privado<sup>37</sup>.

Parece exemplar aqui uma sentença do *Reichsgericht*<sup>38</sup>: tratava-se do divórcio de um casal de cônjuges islandeses. A autora era, originalmente, de nacionalidade alemã, mas adquirira, com o casamento, a nacionalidade islandesa do marido, perdendo a alemã. O seu pedido tinha sido informado ao marido em 03 de setembro; em 07 de outubro o marido denunciou ao cartório do Município de sua residência a sua mudança de domicílio dentro da Islândia<sup>39</sup>.

Segundo o art. 17 § 1º do BGB, era aplicável o direito islandês. Nas causas matrimoniais e familiares, porém, a Islândia segue o princípio da residência<sup>40</sup>. Portanto, fazia um reenvio ao direito alemão (art. 27 EGBGB). Ao contrário, permanecia incerto o momento julgado decisivo da norma islandesa sobre os conflitos de lei. O *Reichsgericht* pronunciou-se a favor do reenvio: poderiam ser originadas desvantagens “caso se ligasse a uma mudança de residência do demandado, verificada apenas após a proposição da demanda, a consequência de provocar a mudança da disciplina legal do divórcio aplicável no início da ação. O requerido teria o poder de negar à parte autora o direito ao divórcio”. O *Reichsgericht* assim prosseguiu<sup>41</sup>:

“Nenhum elemento faz crer que o direito islandês queira recusar-se a reconhecer essas considerações que emergem da natureza do litígio. Na falta de disposições explícitas dever-se-á admitir que corresponde também à *ratio* do direito islandês o fato que, inobstante uma mudança de residência do réu verificada no curso da ação, seja mantida aplicável, também após, a mesma disciplina legal do divórcio aplicável no início da ação, mesmo quando, como aqui, o demandado tenha transferido a sua residência na mesma Islândia.”

<sup>35</sup> Vischer, op. cit. à nota 31, p. 139; Bucher, op. cit. à nota 31, p. 61; von Overbeck, op. cit. à nota 31, p. 205; Jayme, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 177 (1982-IV), p. 9 ss., a p. 84.

<sup>36</sup> Ver, entretanto, também Nadelmann, op. cit., nota 30 considerando aí o precedente histórico

<sup>37</sup> Do ponto de vista pelo advento da cláusula de exceção somente data de Vischer, op. cit. à nota 31, p. 139-140, e de Kreuzer, op. cit. à nota 34, p. 322 e ss.

<sup>38</sup> RG, 6 de Abril de 1936, in RGZ, 151, 103.

<sup>39</sup> A corte aceita a *perpetio fori* no sentido de uma *perpetuatio jurisdictionis*; ver sobre esse tema, porém, Damrau, *Fortdauer der internationalen Zuständigkeit trotz Wegfalls ihrer Voraussetzungen?*, in *Festschrift Bosch*, 1976, p. 103 ss.; relativo à situação da causa cfr. Zöller/Geimer, ZPO14, 1984, in IZPR, p. 633-634.

<sup>40</sup> Eyjóltsson, *Das Eherecht Islands*, in Leske/Loewenfeld, *Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, vol. IV, 1937, p. 750 ss., a p. 761; Löning, *Die Ehescheidung von isländern vor deutschen gerichten*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 9 (1935), p. 405 ss., a p. 410; ver, além disso, Bergmann/Ferid, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Island, p. 4 ss.

<sup>41</sup> Cit. supra, nota 38, p. 109. O BGB, 26 de maio de 1982, in IPRax 1983, 180 ss., a p. 184, toma em consideração a mudança de nacionalidade durante a ação de divórcio no âmbito da norma material; ver sobre esse tema, Jayme, op. cit. à nota 7, p. 424s. Relativo ao “*Rechtsfortbildung*” na base a natureza della cosa, ver genericamente Larenz, op. cit. À nota 1, p. 5-7.

Percebe-se que o *Reichsgericht* tentava introduzir uma regra válida no âmbito internacional para a mudança de disciplina legal. A produção do direito estrangeiro sobre os conflitos de leis e o desenvolvimento dos princípios gerais da natureza do litígio convergem, especialmente porque aqui se devia decidir sobre a aplicabilidade de normas materiais alemãs. A possibilidade de internacionalização da nova regra torna-se um critério fundamental que guia, ou pelo menos deveria guiar, a *Rechtsfortbildung* no direito internacional privado<sup>42</sup>.

## II – O princípio da igualdade do Grundgesetz e a Rechtsfortbildung do direito internacional de família

O motivo principal para a criação de novas normas sobre conflitos de leis por parte da jurisprudência deveu-se ao fato de que muitas normas do EGBGB não correspondem ao princípio da igualdade (isonomia) consagrado na Constituição (art. 3, § 2º, *Grundgesetz*), uma vez que estão ligadas à nacionalidade do marido ou do pai<sup>43</sup>. Enquanto parece fácil declarar a inconstitucionalidade de uma norma, difícil se torna substituí-la por uma nova<sup>44</sup>. Esse terá sido o motivo mais importante pelo qual a prática (apoiada em parte da doutrina)<sup>45</sup>, por um longo período, conservava as normas antigas<sup>46</sup>. Isso ocorria ainda que a Corte constitucional federal tivesse declarado, na sentença dos espanhóis (*Spanienfall*) de 04 de maio de 1971, o princípio segundo o qual as normas de direito internacional privado alemão devem ser harmonizadas com os direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Havia, contudo, também algumas sentenças de juízes que, de forma cautelosa, ousaram praticar uma *Rechtsfortbildung*, especialmente para o regime jurídico dos efeitos pessoais do casamento e a aquisição do sobrenome do marido por parte da esposa<sup>48</sup>. A

---

<sup>42</sup> Ver sobre esse tema a “opinião dissidente” do Juiz Breitel in *Frummer v. Hilton Hotels International, Inc.*, 281 N.Y.S. 2d, 41, 46 ss., 51-52 (Ct. App. N.Y. 1967); ver também BGH, 8 janeiro de 1985, in VJZ 1985, 441, 442 “Deve, entretanto, haver também o correspondente desenvolvimento das normas de conflito de leis de outros ordenamentos jurídicos (a esse respeito Hohloch, JuS. 1980, 18, 19 s.) e o dever de harmonização assim codificado”; BGH, 8 de março de 1983, in BGHZ 87, 95, 100, e ver sobre esse tema, Weick, Das Tatortprinzip und seine Einschränkung bei internationalen Verkehrsfällen, in NJW, 1984, 1993 ss., 1994 s.

<sup>43</sup> Ver sobre o tema Sturm, Durchbruch der Grundrecht in Fällen mit Auslandsberührung, in Fam R, 1972, p. 16 ss.

<sup>44</sup> Cfr. Henrich, Art. 15 EGBGB nichtig: Was nun?, in IPRax, 1983, p. 208 ss.

<sup>45</sup> Ver a prova in Sturm, Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht, in Festschrift Heidelberg, 1967, p. 155 ss., 157, N° 8.

<sup>46</sup> Ver, por exemplo, BGH, 9 de julho de 1980, in IPRax, 1981, 23 ds.; ver sobre esse tema, Otto, Güterrecht und IPR, in IPRax, 1981, p. 11 ss.

<sup>47</sup> BverfG, 4 de maio de 1971, in BverfGE 31, 58; ver sobre esse tema Müller-Freienfels, “Spanierheiraten” Geschiedener im Meinungsstreit, in Festschrift Kegel, 1977, p. 55 ss.

<sup>48</sup> Ver STURM. Der Name der Ehefrau aus kollisionsrechtlicher Sicht, in FamRZ, 1972, p. 394 ss.; HENRICH. Alternativen zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt in gemischt-nationalen Ehen, in IPRax. 1983, p. 62 ss.

verdadeira e própria abertura ocorreu apenas quando as propostas de reforma concentraram-se em projetos de lei nos quais se podia modelar a introdução de novas normas<sup>49</sup>.

Esse processo de reforma está ainda em andamento (para citar Beitzke)<sup>50</sup> e trouxe uma gradual desconstrução do direito internacional de família<sup>51</sup>.

1 - O exemplo mais significativo de uma *Rechtsfortbildung* que teve um bom fim é o divórcio nos casamentos de nacionalidade mista. Na base do art. 17 do EGBGB está o princípio da nacionalidade. Para o divórcio, vigorava o direito nacional do marido no momento da demanda judicial (art. 17, § 1º do EGBGB)<sup>52</sup>. Entretanto, as mulheres alemãs podiam sempre obter o divórcio segundo o direito alemão *ex vi* art. 17, § 3º do EGBGB. À jurisprudência apresentava-se a questão de como formar o direito internacional do divórcio com referência ao princípio da igualdade da Constituição, quando os cônjuges possuíam nacionalidades diversas.

A sentença do *Bundesgerichtshof* de 08 de dezembro de 1982 tratava do divórcio de um austríaco com uma americana, a qual, até 1969, possuía um passaporte austríaco<sup>53</sup>. A Corte de Apelação federal estabeleceu que o art. 17, § 1º do EGBGB contrariava o art. 3, § 2º GG, e, quanto ao direito aplicável, fez referência à nacionalidade do marido no caso do casamento misto entre cidadãos de nacionalidade diversas. A corte, portanto, estabeleceu a norma de que o divórcio e as suas consequências serão determinados segundo o direito do estado no qual ambos cônjuges tenham tido suas últimas nacionalidades durante o casamento, sendo que ao menos um dentre os dois deve continuar a possuí-la. Assim, era aplicável o direito austríaco. O recurso constitucional da esposa, a qual, evidentemente, tentava obter um *Versorgungsausgleich* (Compensação de aqüestos) segundo o direito alemão<sup>54</sup>, não foi acolhido na corte constitucional.

<sup>49</sup> Ver infra notas 58, 80. Ver em contexto similar, BAR, *Exklusivnonnen und Ausländer unter deutschem Personalstatut*, in IPRax. 1985. p. 272 s., que se opõe a uma conexão fundada na sua residência pelo motivo "isso parece sem necessidade e em desarmonia com a tendência do futuro direito internacional privado relativo ao *Versorgungsausgleich* alemão".

<sup>50</sup> BEITZKE, *Sukzessive Demontage familienrechtlichen Kollisionsrechts*, in IPRax. 1985. p. 268 ss.

<sup>51</sup> Ver sobre esse tema HELDRICH, *Reform des internationalen Familienrechts durch Richterspruch*, in FamRZ, 1983, p. 1079 ss.; ver BAR, *Das internationale Eherecht auf dem Prüfstand der Verfassung*, in NJW, 1983. p. 1929 ss.; JAYME, *Private International Law in Matters of Divorce in Recent German Case Law*, in *Current Trends of Conflicts of Laws in Central Eastern Europe*, Trieste. 1985, p. 45 ss.; BVerfG, 3 de dezembro de 1985, in NJW, 1986, 658, nota GEIMER (§ 606 b ZPO).

<sup>52</sup> A Corte Constitucional Federal, 8 de janeiro de 1985. in JZ, 1985. 382; in IPRax, 1985, 290 s., declarou inconstitucional o artigo 17. § 1 EGBGB.

<sup>53</sup> BGH, 8 dezembro 1982. in BGHZ, 86.57; in IPRax, 1983. 236 ss.; ver sobre esse tema JAYME, *Zur Neubestimmung des Scheidungsstatuts für gemischtnationale Ausländererehen*, in IPRax. 1983. p. 221 ss.

<sup>54</sup> BVerfG, 23 de junho de 1983, in FamRZ. 1983, 1211; in IPRax. 1984.207; ver sobre esse tema HENRICH, *Die Scheidung gemischtnationaler Ausländererehen*, in IPRax. 1984,186.

Na doutrina, houve uma quantidade de propostas sobre a norma que deveria ter substituído o art. 17, § 1º do EGBGB, inconstitucional<sup>55</sup>. A Corte Federal referia-se ao “resíduo conforme a constituição” da norma, isto é, ao princípio da nacionalidade<sup>56</sup>. Do art. 17 do EGBGB foi possível destacar, outrossim, o princípio de que “o critério de conexão baseado na nacionalidade não deve pertencer completamente ao passado, mas o seu efeito deverá continuar no presente para pelo menos um dos cônjuges”<sup>57</sup>. A nova regra referente à última nacionalidade comum, corresponde, além disso, às propostas de reforma já registradas<sup>58</sup> naquele período.

A sentença mostra claramente os fatores que se tornaram decisivos para a produção do direito internacional privado. Na maior parte, são os elementos estruturais das regras de conflito em vigor — aqui, o princípio da nacionalidade — que encontram aplicação concreta com a antecipação de futuras soluções legislativas, já presentes como propostas de reforma. Isso apresenta a vantagem de, nas longas fases de transição em que a antiga codificação é abalada, conservar uma certa continuidade, enquanto a nova codificação não entra ainda em vigor.

Embora convincente *in abstracto*, a solução da suprema Corte Federal se apresenta problemática no contexto dos fatos decididos. Na verdade, a aurora tinha duas nacionalidades durante o casamento, a austríaca e a americana, portanto, era binacional. A Corte levou em consideração apenas a nacionalidade austríaca para decidir se os cônjuges tinham uma nacionalidade comum durante o casamento, afirmando:

“A questão, se nesse contexto, referente a pessoas com dupla nacionalidade, leva em consideração a nacionalidade efetiva, pode ficar aberta (...), porque a nacionalidade austríaca da mulher, embora mantendo sua nacionalidade americana, não era privada de efeitos. No seu caso, aprestava relações com a Áustria não apenas através do marido, mas também diretamente. Ainda depois da separação do casal, construiu uma casa na Áustria e lá viveu temporariamente, além de utilizar o passaporte austríaco até 1969.”<sup>59</sup>

Segundo os princípios gerais, o *Bundesgerichtshof* deveria ter verdadeiramente examinado quais das duas nacionalidades era a prevalente<sup>60</sup>. Entretanto, na verdade existe o risco de impor-se novamente a nacionalidade do marido — como demonstram outras sentenças<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Veja JAYME, op. cit. à nota 6. p. 379. N. 13; OLG München, 17 de dezembro de 1979. in IPRax. 1981. 22.

<sup>56</sup> BGH. 8 de dezembro de 1982, in BGHZ, 86. 57.

<sup>57</sup> Nota prec., à p. 67.

<sup>58</sup> Alusão in BGH, 8 de dezembro de 1982, in BGHZ. 86, 57, 65.

<sup>59</sup> Ivi, p. 69.

<sup>60</sup> Ver o BGH, 20 de junho de 1979, in BGHZ, 75, 32, 39, com provas.

<sup>61</sup> Ver no contexto do estatuto dos bens matrimoniais LG Kempten, 3 de abril de 1984, in IPRax, 1985, 167; REINHART, Zum Güterstand gemischt-nationaler Ehen, in BWNöZ, 1985, 97 ss., 98 s.



Na seguinte sentença de 11 de janeiro de 1984, a Corte Federal não podia mais manter o princípio da nacionalidade<sup>62</sup>. Tratava-se da dissolução de um matrimônio no qual a esposa era cidadã da União Soviética, e o marido, de Angola<sup>63</sup>. A esposa vivia na Alemanha, e o marido tinha retornado à sua pátria. Os cônjuges, portanto, não tinham nem uma nacionalidade comum, nem uma vivência habitual comum. A Corte Federal estabeleceu o seguinte princípio:

“O divórcio e as conseqüências do divórcio determinam-se, até o momento em que não é possível determinar uma nacionalidade comum dos cônjuges, segundo o direito daquele Estado, no qual ambos os cônjuges tenham tido domicílio habitual ou no qual ambos tenham tido o seu último domicílio durante o matrimônio, se um dos dois continua a ter lá a sua própria residência.”

Tal regra levou à conseqüência de que um matrimônio celebrado na Rússia entre uma cidadã russa e um cidadão angolano, o qual, ao momento do divórcio vivia em Angola, tivesse sido desfeito segundo o direito alemão, porque a última residência do casal tinha sido na Alemanha, onde a mulher continuava ainda a viver.

Esta passagem do princípio da nacionalidade àquele do domicílio habitual, para o divórcio nos casamentos com nacionalidade mista, representa uma das produções judiciais mais importantes do direito internacional privado. Resta aberta, entretanto, a questão se as regras desenvolvidas para os casamentos de estrangeiros com nacionalidade mista também valeria para quando um dos cônjuges possuísse nacionalidade alemã<sup>64</sup>. O *Bundesgerichtshof* desenvolveu a regra especial da combinação do disposto nos §§ 1º e 3º do art. 17 do EGBGB, segundo o qual, no caso de casamento com nacionalidade mista, em que um dos cônjuges é alemão, o pedido de divórcio de cada cônjuge é da jurisdição nacional desse cônjuge<sup>65</sup>. Pelas conseqüências do divórcio, deverá ser aplicado, em cada caso, o direito alemão<sup>66</sup>. O regime do divórcio para casamentos com nacionalidade mista é portanto diferente, caso os dois cônjuges sejam alemães, ou caso um dos cônjuges seja cidadão alemão; porque, neste último caso, o direito alemão é aplicado, sem atenção, à residência habitual comum dos cônjuges<sup>67</sup>.

A Corte Constitucional Federal declarou inconstitucional o art. 17, § 1º do EGBGB, na sentença de 8 de janeiro de 1985<sup>68</sup>. Por isso, questiona-se a possibilidade de ser mantida a

<sup>62</sup> BGH 11 de janeiro de 1984, in BGHZ, 89, 325; in IPRax, 1984, 208.

<sup>63</sup> Ver também as decisões das instâncias precedentes: AG Wenningsen/Deister, 14 de outubro de 1981, in IPRspr., 1981, n. 102; OLG Celle, 7 de abril de 1982, in FamRZ, 1982, 813.

<sup>64</sup> Ver a este respeito RAUSCHER, Nichts Neues zu Art. 17 EGBGB, in JZ, 1985, 518 ss.; WINKLER VON MOHRENFELS, Die Anknüpfung des Scheidungsstatuts nach Nichtigerklärung des Art. 17 I EGBGB, in NJW, 1985, p. 1264 ss.

<sup>65</sup> BGH, 8 de junho de 1983, in BGHZ 87, 359; in IPRax, 1983, 239. Ver HENRICH, Probleme bei der Scheidung einer gemischt-nationalen Ehe, wenn ein Ehegatte Deutscher ist, in IPRax, 1983, p. 161 ss.

<sup>66</sup> BGH, 8 de junho de 1983, cit. nota prec.; Ver a este respeito JAYME, cit. à nota 53, p. 222 s.

<sup>67</sup> Ver AG Kelheim, 2 de fevereiro de 1984, in IPrax, 1985, 109.

<sup>68</sup> BverfG, 8 de janeiro de 1985, in JZ, 1985, 382; in IPRax, 1985, 290 s., Ver a este respeito BEITZKE, cit. à nota 50; RAUSCHER, cit. À nota 64; WINKLER VON MOHRENFELS, cit. à nota 64.

regra especial para os casamentos, com nacionalidade mista, nos quais um dos cônjuges é alemão. A única base para tal regra é, atualmente, o art. 17, § 3º do EGBGB, que prevê para o pedido de divórcio da mulher alemã a aplicabilidade do direito alemão. Essa norma é de ser considerada, porém, inconstitucional, pois a esposa alemã é privilegiada.

Contudo, restou intacto um “resíduo” conforme a Constituição, no sentido de que a cônjuges alemães deveria ser assegurada, possivelmente, a aplicabilidade do direito alemão<sup>69</sup>. Esta idéia poderá ser pouco desejável do ponto de vista internacional; não infringe, porém, o princípio da igualdade de direitos dos cônjuges. Parece-me que poderiam ser conservadas, portanto, as regras especiais desenvolvidas pelo BGH (Corte Federal Civil), ainda depois da nulidade do art. 17, § 1º por parte da Corte Constitucional Federal.

2 – Enquanto o direito internacional do divórcio foi reformulado sobre uma nova base, o direito internacional das relações patrimoniais entre os cônjuges está ainda esperando uma *Rechtsfortbildung* consolidada.

A Corte Constitucional Federal declarou inconciliável o art. 15, § 1º e § 2º da primeira parte do EGBGB com o art. 3º, § 2º do *Grundgesetz*, considerando-o, portanto, *verfassungswidrig*<sup>70</sup>, porque estava ligado à nacionalidade do marido<sup>71</sup>. A questão sobre quais regras devem substituir a norma inconstitucional é controversa<sup>72</sup>. Orientando-se sobre o “resíduo” da norma, é necessário, a meu ver, manter a imutabilidade do regime de bens *de lege lata*<sup>73</sup>. É necessário, dessarte, acertar um regime de bens entre os cônjuges no momento da celebração do casamento. Se os cônjuges, no momento da celebração do casamento, não tinham a nacionalidade comum, é de se considerar a primeira residência habitual do casal<sup>74</sup>.

A prática, contudo, deve enfrentar o difícil problema de como administrar as repercussões da sentença da Corte Constitucional Federal<sup>75</sup>. Em parte, os tribunais têm-se

<sup>69</sup> BGH, 11 de janeiro de 1984, in BGHZ 89, 325, 335: “A solução divergente para o matrimônio no qual um cônjuge é alemão, faz referência à estrutura da disciplina especial que contem as normas para tais casos e que tem a finalidade de submeter até que possível o cônjuge ao seu direito nacional.”

<sup>70</sup> BverfG, 22 de fevereiro de 1983, in BverfGE, 63, 181; in IPrax, 1983, 223; Ver a este respeito HEIRINCH, cit. à nota 44; v. BAR, cit. à nota 51; Ver ainda SONNENBERGER, IPR-Reform und Verfassungswidrigkeit von Art. 15, ABS. 1 EGBG, in IPRax, 1984, 5 ss.

<sup>71</sup> O caso relativo ao regime de bens de um casal no qual a mulher era alemã, o marido no momento da celebração do matrimônio, iraquiano, mas foi mais tarde naturalizado. Depois da morte do marido, questionou-se se a mulher poderia fazer valer o incremento da quota hereditária prevista nos §§ 1931, 3, 1371, 1 do BGB. A aplicação do estatuto de bens nesta questão pressupõe que a questão seja comumente qualificada como relativa ao regime patrimonial. Ver STAUDINGER v. BAR, 12ª ed., 1983, art. 15, Rdz. 100-104.

<sup>72</sup> Ver sobre esse tema HELDRICH, Zur Neubestimmung des Güterrechtsstatuts, in IPRax, 1984, 143 ss.; SCHURIG, Das Verhältnis von Staatsangehörigkeitsprinzip und Unwandelbarkeit im gegenwärtigen und künftigen deutschen Ehegüterrecht, in JZ, 1985, p. 559 ss.; REINHART, cit. nota 61.

<sup>73</sup> Assim HELDRICH, cit. à nota precedente, p. 144; SONNENBERGER, cit. à nota 70, p. 7 (“limite do Rechtsfortitung possível”); REINHART, cit. à nota 61, p. 100; A.A. SCHURIG, nota precedente.

<sup>74</sup> REINHART, cit. à nota 61, p. 99 com provas.

<sup>75</sup> REINHART, cit. à nota 61, p. 100-1001. O governo federal fez a seguinte proposta na sua réplica à posição do conselho federal (BT-Drucksache 10/504 de 20 de outubro de 1983, p. 104 ss, 107): “Os efeitos da relação

inclinado – por compreensíveis motivos de segurança jurídica<sup>76</sup> – no sentido de conservar o regime de bens acordado na origem, fazendo referência à nacionalidade comum dos cônjuges, também quando a nacionalidade da esposa tenha sido adquirida apenas *iure matrimonii*, sem indagar-se a respeito da efetividade dessa nacionalidade<sup>77</sup>.

### III – O direito internacional do ilícito civil<sup>78</sup>

O setor principal, no qual encontra aplicação o direito internacional do ilícito civil, diz respeito aos acidentes de trânsito com conexão com o estrangeiro<sup>79</sup>. Os outros grupos de casos, mesmo sobre a responsabilidade do produtor<sup>80</sup> – passam em segundo plano<sup>81</sup>. As normas alemãs escritas sobre os conflitos de leis conhecem apenas duas exceções, que são o art. 12 do EGBGB e o § 1º do *Rechtsanwendungsverordnung* (disposições sobre a aplicação da lei) de 1942<sup>82</sup>. Ambas prevêm o princípio da *lex loci delicti*. Segundo o art. 12 do EGBGB, não se pode fazer valer pretensões maiores por um ato ilícito cometido no estrangeiro por um alemão, das quais se estabelecem nas leis alemãs. O decreto sobre a aplicação do direito prevê a aplicação do direito alemão para ilícitos cometidos no estrangeiro, quando tanto aquele que provocou o dano, como aquele que o sofreu, são alemães. O princípio da *lex loci delicti* foi contestado já há muito tempo: estabelecia-se uma “rigidez” do regime do ilícito<sup>83</sup>. O *Bundesgerichtshof*

patrimonial no matrimônio celebrado antes de 9 de abril de 1983, são regulados até 8 de abril de 1983 pelo direito daquele Estado de cujo o marido era cidadão no momento da celebração do matrimônio; pelo período sucessivo é aplicável o art. 15, segundo o qual, o 09 de 1983 substitui o momento da celebração do matrimônio. Resta intacto o patrimônio dos cônjuges existente na data de 08 de abril de 1983, art. 15". Ver também v. BAR/IPSEN, Die Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im internationalen Ehegüterrecht, in NJW, 1985, p. 2849 ss.

<sup>76</sup> Ver contudo MAGNUS, Verfassungswidrige Kollisionsnormen und Vertrauensschutz, in NJW, 1982, p. 1922 s.

<sup>77</sup> OLG Düsseldorf, 23 de dezembro de 1983, in IPRax, 1984, 156, LG Kempten, 3 de abril de 1984, in IPRax, 1985, 167.

<sup>78</sup> Ver este respeito HOHLOCH, Das Deliktstatut, 1984; LORENZ, Einige Überlegungen zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts, in Festschrift Coing, 1982, p. 257 ss.; v. BAR, Grundlagen des internationalen Deliktsrechts, in JZ, 1985, p. 961 ss.

<sup>79</sup> Ver HEPTING, "Gastarbeiterunfälle" in der neuesten Rechtsprechung zum internationalen Deliktsrecht, in DAR, 1983, p. 97 ss.

<sup>80</sup> Ver este ponto BGH, 17 de março de 1981, in IPRax, 1982, 13, ver também KREUZER, Apfelschorf im "Alten Land" – Kollisionrechtliche Probleme der Produkthaftung, in IPRa, 1982, p. 1 ss. Nos Estados Unidos, ver JAYME, Produkthftpflicht ausländischer Hersteller und internationale Zuständigkeit der Gerichte in Kalifornien, in IPRax, 1986, p. 193 s.

<sup>81</sup> Sobre a responsabilidade por lesão a direito da personalidade, Ver LÜDERITZ, Ehrenschutz im internationalen Privatrecht, in NYW, 1692, 2142 ss.; HELDRICH, Persönlichkeitsverletzungen im internationalen Privatrecht, in CAEMMERER (ed.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse, 1983, p. 361.

<sup>82</sup> Com jurisprudência constante, o BGH reteve a persistente validade do decreto, conforme BGH, 2 de fevereiro de 1961, in BGHZ, 34, 222, 224 ss. Todavia são exceções da aplicação do decreto sobre ilícitos da concorrência desleal; Ver SCHRICKER, Etikettierung beim Weinexport und internationales Wettbewerbsrecht, in IPRax, 1983, p. 103 ss, a p. 105.

<sup>83</sup> BINDER, Zur Auflockerung des Deliktsstatuts, in RabelsZ, 20 (1955), p. 401 ss.

ateve-se, num primeiro momento – até onde foi possível<sup>84</sup> – ao princípio do lugar do ilícito. Apenas recentemente produziu regras de direito internacional privado sobre o ilícito para dois importantes grupos de casos.

1 - A sentença de 8 de janeiro de 1985 tratava de um acidente de trânsito ocorrido em Portugal<sup>85</sup>. O autor era um cidadão alemão em viagem de férias; a demandada, ao contrário, a seguradora alemã de responsabilidade civil de um cidadão espanhol que vivia há 9 anos na Alemanha. A Corte Superior Federal (BGH) julgou ser aplicável o direito alemão e declarou o seguinte princípio:

“Quando, no caso de um acidente de trânsito, a residência habitual compartilhada pelo autor do dano e por aquele que o sofreu envia novamente a um ordenamento jurídico diferente daquele vigente no lugar do ilícito, e quando, considerando a nacionalidade, nenhuma das partes em causa tem relações com o estado no qual se encontra o lugar do ilícito, segundo o direito alemão dos conflitos de lei sobre a responsabilidade por ilícito e por risco, aplicar-se-á o direito da residência habitual comum, no caso em que o causador e o sofredor do dano sejam Estados envolvidos no acidente com automóveis matriculados e assegurados no Estado de residência.”

Esta evolução parcial para o princípio da residência habitual comum representa uma importante elaboração do direito internacional da responsabilidade civil. Ainda no *leading case* de 5 de outubro de 1976 a Corte Federal tinha declarado:

“Nem o estatuto assegurado em comum, nem a comunidade da residência habitual fazem parecer “casual” o princípio do lugar do ilícito.”<sup>86</sup>

Todavia, no caso em espécie, a vítima do dano era cidadão do Estado no qual tinha ocorrido o acidente, razão pela qual as duas decisões não resultaram contraditórias.

Na nova sentença o *Bundesgerichtshof* – BGH podia apoiar-se nas propostas mais recentes de reforma<sup>87</sup>. Um peso particular competia ao projeto de lei para a integração do direito internacional privado (relações obrigacionais extracontratuais e direitos reais) de 15 de maio de 1984<sup>88</sup>, que segundo

<sup>84</sup> Ver a este respeito HOHLOCH, Grenzen der Auflockerung des Tatortprinzips im internationalen Deliktsrechts, in IPRax, 1984, p. 15 ss.

<sup>85</sup> BGH, 8 janeiro 1985, in JZ, 1985, 441, nota W. LORENZ. Em primeira instância pronunciou-se o LG München, 3 agosto 1982, in IPRax, 1983, 244, nota VON HOFFMANN, em segunda instância o OLG München, 10 dezembro 1982, in VersR, 1984, 745, nota MANSSEL. Ver a este respeito JAYME, Verkehrsunfälle in Portugal und deutsches internationales Deliktsrecht, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Antônio de Arruda Ferrer Correia, Coimbra, 1986, p. 233 ss.

<sup>86</sup> BGH, 5 outubro 1976, in NJW, 1977, 496 ss., 498.

<sup>87</sup> Ver VON CAEMMERER, (ed.), cit. a nota 81.

<sup>88</sup> Trata-se do projeto, não publicado, do Ministério Federal da Justiça. Tiveram restituições..... algumas partes, Ver SPICKHOFF, Zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts, in VersR, 1985, 124 s.; Ver Também BEIER/SCHRICKER/ULMER, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-Urheber-und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), in GRUR Int., 1985, p. 104 ss.

seu art. 40 § 2º, é determinante o direito daquele estado onde, no momento do acidente, tinham a própria residência habitual ou aquele que tem a obrigação de ressarcimento ou o que sofreu o dano.

2 - Para um grupo posterior de casos o *Bundesgerichtshof*<sup>89</sup> introduziu uma derrogação na regra do lugar do ilícito, a saber por uma família de fato residente na Alemanha, que havia tido um acidente de trânsito durante uma viagem empreendida conjuntamente em um Estado com o qual não existiam outras relações. A sentença de 13 março 1984 tratava de um acidente de trânsito ocorrido na Áustria. Todos os interessados eram cidadãos iugoslavos moradores na Alemanha em uma família de fato<sup>90</sup>. A Corte federal declarou a seguinte máxima:

“Quando, no caso de um acidente de trânsito, o lugar do ilícito, a residência habitual, seja do causador, seja do sofredor do dano, além da nacionalidade deles, levam respectivamente a ordenamentos jurídicos diferentes, segundo o direito alemão dos conflitos de lei, é determinante para a responsabilidade civil o direito da residência habitual comum nos casos em que, durante a viagem, o causador e a vítima do dano tenham tido relações entre eles.”

Talvez esses casos, e outros similares ainda, podem justificar-se também com um acordo tácito sobre direito do ilícito civil aplicável<sup>91</sup>.

3 - Na discussão que se desenvolve em todo o mundo em torno da nova definição do estatuto do ilícito civil, as normas materiais estiveram, antes de tudo, a exercitar uma influência predominante<sup>92</sup>. Tratava-se da exclusão da responsabilidade ou da limitação do ressarcimento dos danos à máxima garantia<sup>93</sup>; a compaixão pela vítima do acidente tinha um efeito tal sobre as

<sup>89</sup> Consideração das normas de conflito na responsabilidade civil por questões considerando a família Ver JAYME, Interspousal Immunity: Revolution and Counterrevolution in American Tort Conflicts, in Southern California Law Review, 40 (1967), p. 307 ss. Aplicam o direito da residência conjugal: Potter v. St.Louis-San Francisco Ry. Co., 622 F.2d 979, 981-983 (8th Cir. 1980); Robertson v. McKnight, 609 S.W. 2d 534 (Texas 1981); em sentido contrário McMillan v. McMillan, 253 S.E. 2d 662 (Va. 1979); além disso no caso de compensação contra o cônjuge enquanto devedor solidário Krick v. Carter, 477, F. Supp. 152 (M.D. Pa. 1979). Bons exemplos fornece a jurisprudência australiana, Ver Warren v. Warren (1972) Queensland Reports 386 (aplicada lex domicilii, o automóvel é registrado no estado de residência); Corcoran v. Corcoran, (1974), Victoria Reports 164 (Supreme Court of Victoria 1973) (aplicação enquanto satisfaz as pretensões entre cônjuges, do direito de lugar de residência comum dos cônjuges onde também estava matriculado o automóvel no lugar da lex loci delicti do Novo Galles meridional); Ver A este respeito também PHEGAN, Tort Defences in the Conflict of Laws - The Second Condition of the Rule in Phillips v. Eyre in Australia, L. J., 1984, p. 24 ss., a. p. 35; NYGH, Conflict of Laws in Australia, 1984, p. 282 s.

<sup>90</sup> BGH, 13 março 1984, in BGHZ, 90, 294; in JZ, 1984, 669, nota V. BAR; analogamente Nevader v. Deyo, 489 N.Y.S. 2d 420 (App. Div. 1985) (coitativa de viagem composta de três pessoas entre as quais uma dupla de cônjuges de New York, acidente em Quebec, aplicável ao direito de New York).

<sup>91</sup> Ver W. LORENZ, cit. na nota 85.

<sup>92</sup> Ver A este respeito EHRENZWEUG-JAYME, Private International Law, vol 3, 1977, p. 102 ss.

<sup>93</sup> Ver p. ex. Hurtado v. Superior Court of Sacramento County, 522 P. 2d 666 (Cal. 1974) (a responsabilidade ilimitada do direito californiano impõe-se sobre a responsabilidade limitada do direito vigente no estado mexicano de Zacatecas). Analogamente ocorre também que para a determinação da jurisdição; Ver Recentemente Pindling v. National Broadcasting Corporation, 31 Canadian Cases on the Law of Torts, 251 ss., 261 (Ontario Supreme Court 1984): “the real advantage to the plaintiff in bringing the

regras de conflito, a ponto de estabelecer regras particulares que, mais ou menos abertamente, direcionavam a uma solução favorável ao sofrendor do dano<sup>94</sup>.

No direito internacional privado alemão vige já o princípio que favorece a vítima nos casos em que o local do evento e o local das consequências se encontram em estados diferentes<sup>95</sup>. De outro lado, impressiona o fato de que a evolução para o princípio da residência nas duas sentenças mencionadas do *Bundesgerichtshof* encontrar-se em casos nos quais se tratava de ressarcimento de dano não patrimonial (dano moral).

Porém, a divergência dos ordenamentos jurídicos é considerável<sup>96</sup>. Recentemente a Corte Suprema de Portugal, em uma sentença de 19 junho 1984, julgou adequado um ressarcimento do dano moral de 150.000 Escudos (ca. DM 3.000 = US 1.500) pela morte de uma criança de dois anos<sup>97</sup>. Parece injusta uma tal valoração para casos nos quais a família atingida não vive no estado do acidente. Aqui se põe a questão se nos casos internacionais, relativamente ao ressarcimento do dano moral, não se deveriam aplicar técnicas especiais do direito internacional privado. A Corte Federal, na sentença de 9 novembro 1965, considerou como ilícito a parte ter ocasionado dor aos parentes da vítima do acidente e como lugar das consequências aquele em que eles tiveram conhecimento disso (distribuição do aviso de falecimento)<sup>98</sup>. O lugar do acidente era a Itália, onde a filha da autora encontrara a morte: para o ressarcimento do dano moral, a Corte Federal aplicou o direito suíço. A meu ver, poder-se-ia genericamente sustentar uma conexão específica do ressarcimento do dano moral com o domicílio do interessado<sup>99</sup>.

action in Ontario is that it is not necessary to establish 'actual malice'" (O autor era o Primeiro Ministro das Bahamas, enquanto a demandada era uma sociedade radiofônica americana com sede em Delaware, o programa podia ser escutado também em Ontario).

<sup>94</sup> Ver p. ex. *Spearing v. National Iron Co.*, 770 F 2d 87,92 (7th Cir. 1985): "... in doubtful conflict of laws situations Wisconsin prefers to give effect to its own policy of allowing the victim of an injury to recover common law damages..."; SEDLER, *Rules of Choice of Law versus Choice-of-Law Rules: Judicial Method in Conflict Tort Cases*, in *Tennessee L. Rev.*, 44 (1977), 975 ss., 1034 ss. Ver também REESE, *American Trends in Private International Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 33 (1980), 717 ss., 736 s.

<sup>95</sup> Sobre o princípio da vantagem maior Ver v. BAR, cit. na nota 78, p. 963 s.; OLG Saarbrücken, 22 outubro 1957, in *NJW*, 1958, 752.

<sup>96</sup> Ver p. ex. BÖHM, *Der immaterielle Schaden in europäischen Reiseländern*, in *DAR*, 1983, p. 116 ss.

<sup>97</sup> Supremo Tribunal de justiça, 19 junho 1984, in *B.M.J.*, NO. 338 (1984), 391.

<sup>98</sup> BGH, 9 novembro 1965, in *FamRZ*, 1966, 28 ss., 30-31; porém aqui, de qualquer modo, deveria-se levar em consideração o direito alemão, sendo o demandado cidadão alemão (Art. 12 EGBGB).

<sup>99</sup> Assim recentemente também v. BAR, cit. na nota 78, p.968. Obtém-se um resultado análogo, se a determinação do ressarcimento dos danos morais é calculada entre as cláusulas de equidade por meio das quais, como moral datum, é aplicável a *lex fori* (Ver MANSEL, in *VersR* 1984, p. 746 ss., 748); mas também os critérios referidos ao lugar de residência da família poderiam ser vistos como Local data a serem considerados no âmbito da norma material do estatuto do ilícito. Sobre a teoria dos dados ver JAYME, cit. na nota 85; ver além disso OLG München, 10 dezembro 1982, in *VersR*, 1984, 745, 746. Para um exame sobre variadas técnicas de tratamento separado do ressarcimento dos danos morais Ver LORD WILBERFORCE, in *Boys v. Chaplin* (1971) *A.C.*, 356, 384 ss., p. 392-393 (acidente de dois

## IV – O Direito Internacional dos Contratos

O direito internacional dos contratos em 1986 é ainda em grande parte um direito consuetudinário<sup>100</sup>. Jurisprudência e doutrina desenvolveram uma classificação de conexões. O estatuto contratual é, em primeiro lugar, a lei escolhida pelas partes, com declaração expressa ou com um comportamento concludente. Na falta de uma escolha da lei, liga-se a assim chamada vontade hipotética das partes, que é individualizada sobre a base de um confronto objetivo de interesses<sup>101</sup>. “A âncora de salvação” (Kegel)<sup>102</sup> é a conexão com o lugar da prestação que, todavia, no caso dos contratos a prestações corresponsivas contratuais pode mostrar-se desvantajoso, conduzindo a uma cisão do estatuto contratual.

Agora, caso se questione qual tem sido a produção do direito internacional dos contratos por parte da jurisprudência alemã, parece-me que foi abandonado o critério de conexão baseado no lugar do cumprimento das respectivas obrigações a favor de um estado contratual unitário<sup>103</sup>.

A pedra de toque dessa evolução é a sentença da Corte Federal de 19 setembro 1973<sup>104</sup>. A autora era uma sociedade de Illinois que tinha comprado da ré alemã uma retificadora para cilindros. O maquinário foi entregue nos EUA. A autora reclamava vícios e pedia o ressarcimento do dano. Estava em questão se seriam aplicáveis as normas alemãs (§ 477 BGB, § 377 HGB) sobre a prescrição e o dever de denúncia dos vícios do maquinário. Os juízes de primeiro e segundo grau e a Corte superior aplicaram a lei do vendedor e, com isso, o direito alemão. A Corte federal, todavia, não se referia expressamente ao direito vigente na sede do vendedor, mas encontrava fundamento na vontade hipotética das partes para resolver o problema. Aqui, além da sede do vendedor, podem adquirir significado também outros momentos de conexão. Implica, pelo contrário, a negação da cisão do estatuto contratual:

“A importância de um estatuto contratual unitário com base na vontade hipotética das partes implica, por necessidade conceitual, que prevaleça o direito daquela parte em cujo campo de atividade encontra-se inequivocamente o fulcro espacial da relação contratual, e portanto o direito do vendedor quando ali está o fulcro.”<sup>105</sup>

soldados ingleses em Malta; aplicado o direito inglês para a compensação de pain and suffering); para este caso Ver CARTER, Tort in English Private International Law, in The British Year Book of International Law, 1981, pp. 9 ss., 22 ss.

<sup>100</sup> MünchKomm/MARTINY, 1983, antes do Art. 12, RdNr.2.

<sup>101</sup> Provas em MünchKomm/MARTINY, 1983, antes do Art. 12, RdNr. 34 N. 139.

<sup>102</sup> KEGEL, International Privatrecht, 1977, p. 295.

<sup>103</sup> Ver já BGH, 9 dezembro 1964, in BGHZ, 43, 21, 23: “À pergunta se um contrato tem sido cumprido não se pode dar resposta contrastante, desde que esteja em questão a obrigação de uma ou de outra parte do contrato”

<sup>104</sup> BGH, 19 setembro 1973, in BGHZ, 61, 221; in IPRSpr, 1963, No. 11.

<sup>105</sup> IPRS 1973, No. 11, p. 32.

O *Bundesgerichtshof* mencionava o projeto preliminar de um tratado da CEE de 6 dezembro 1972<sup>106</sup> sobre as relações obrigacionais contratuais e extracontratuais, que faz prevalecer o direito do Estado no qual a parte que executa a prestação caracterizante tenha a própria residência habitual ou a própria sede. Esta regra encontra-se no Tratado de Roma da CEE sobre direito aplicável às relações obrigacionais contratuais, de 19 junho 1980<sup>107</sup>. A Corte Federal ilustrou o contraste com a jurisprudência anterior do *Reichsgericht*<sup>108</sup> e com a mesma Corte<sup>109</sup>, pronunciando-se pela solução europeia. A *Rechtsfortbildung* é feita sob a cobertura da referência a uma cláusula geral, a saber, a vontade hipotética das partes.

Depois dessa sentença, prevaleceu o estatuto contratual unitário<sup>110</sup>. A conexão com a prestação característica ou típica da profissão aparece hoje com maior frequência na jurisprudência<sup>111</sup>; todavia, não está ainda consolidada como norma jurídica.

## V - O Direito Transnacional

Observando a *Rechtsfortbildung* do direito internacional privado, não se pode ignorar a questão de como interagem as regras de conflito estatais e o direito do comércio internacional

<sup>106</sup> Cfr para este projeto: SIEHR, Zum Vorentwurf eines EWG-Ubereinkommens über das Internationale Schuldrecht, in AWD, 1973, p. 569 ss.; LANDO, The EC-Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, in *abelsZ*, 38 (1974), p. 6 ss.; FOYER, L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles e non contractuelles, in *Clunet*, 103 (1976), p. 555 ss.

<sup>107</sup> Art. 4: Ver a este respeito FALLON, Un "Restatement" européen du droit des conflits de lois en matière de contrats: la Convention de Rome du 10 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in *Assuntos Europeos* (Lisboa), 1984, pp. 155 ss., 161 s.; LAGARDE, The European Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia, in *Virginia Journal of International Law*, 22 (1981), p. 91 ss., a p. 97-98; JUENGER, The European Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations, in *Virginia Journal of International Law*, 22 (1981), p. 123 ss., a p. 132-143. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, in *Am. J. Comp. L.*, 25 (1977), p. 303 ss., critica a conexão com a prestação caracterizante. Sobre os problemas conexos à defesa do consumidor Ver KROEGER, Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im Internationalen Vertragsrecht, 1984, p. 168.

<sup>108</sup> RG, 28 abril 1900, in RGZ 46, 193, 195; RG., 19 abril 1910, in RGZ 73, 379, 390; RG., 4 fevereiro 1913, in RGZ 81, 273, 275: "Pelo contrário, não seria admissível por exemplo etiquetar o direito do vendedor nos contratos de compra e venda como direito unitário só pelo motivo DE que a obrigação do vendedor de prestar a coisa é mais complexa do que a obrigação do adquirente de pagar o preço e mais facilmente dá início a controvérsias." A opinião contrária se impõe sobre a "esfera social" do contrato; Ver SCHNITZER, Die Zuordnung der Verträge im internationalen Privatrecht, in *RabelsZ*, 33 (1969), p. 17 ss., 23 s., IULIANO/LAGARDE, Bericht Recht, in *Abl EG C* 282 (31/10/1980), p. 20 (conexão com o ambiente "sócio-econômico").

<sup>109</sup> BGH, 14 fevereiro 1958, in NJW, 1958, 750; BGH, 9 junho 1960, in NJW, 1960, 1720.

<sup>110</sup> Recentemente o LG Hannover, 7 novembro 1985 - 16 S 17/85, declarou a prescrição do direito de um vendedor italiano pelo pagamento do preço da aquisição da parte de um adquirente alemão segundo o direito do lugar de cumprimento, a saber tramite os §§ 269, 270 BGB baseado no direito alemão. O tribunal, todavia, não se ocupou da jurisprudência do BGH.

<sup>111</sup> Sobre o contrato de trabalho Ver AG Mainz, 23 fevereiro 1983, in IPRax, 1983, 299.



“à formação espontânea”.<sup>112</sup> Aqui há interconexões problemáticas. A autonomia privada e os controles estatais<sup>113</sup> podem entrar em colisão. A jurisprudência arbitral pode ser considerada um sismógrafo da internacionalidade. Talvez a decisão mais importante dos últimos tempos, que operou uma produção árdua de direito neste âmbito, venha dos Estados Unidos. É o caso *Mitsubishi Motors Corporations v Soler Chrysler-Plymouth Inc.* de 2 de julho de 1985. A sentença tratava da questão se as controvérsias sobre os cartéis podiam ser demandadas aos árbitros. A Suprema Corte dos Estados Unidos respondeu a esta questão de maneira afirmativa, contrariamente ao que até então vinha sendo decidido de forma unânime pela jurisprudência das cortes federais.<sup>114</sup>

O autor era um produtor japonês de automóveis, a requerida era uma sociedade de venda de Porto Rico. A sociedade autora era constituída como uma *joint-venture*, à qual eram associadas a suíça *Chrysler International* e uma outra sociedade japonesa. O contrato de venda continha uma cláusula compromissória segundo a qual todas as controvérsias deviam ser reguladas por um tribunal arbitral, no Japão, em conformidade com as normas da Associação Japonesa para os árbitros comerciais. A autora japonesa fez valer sua pretensão fundada no inadimplemento contratual e pediu o adimplemento da cláusula compromissória. O requerido propôs uma reconvenção fundada, entre outros motivos, sobre a norma *antitrust* do *Sherman Act* e sobre a norma de proteção de Porto Rico.<sup>115</sup> A *Supreme Court* decidiu, em primeiro lugar, que a cláusula devia ser interpretada, segundo a vontade das partes, de modo a incluir, também, as controvérsias que versassem sobre os cartéis, e, em segundo lugar, que esta cláusula era válida e eficaz segundo o *Federal Arbitration Act*. A Corte referia-se aqui à jurisprudência precedente que tinha reconhecido a eficácia de uma cláusula compromissória em um *truly international agreement*, embora tratasse de questões sujeitas ao *Securities Exchange Act*.<sup>116</sup> A difícil questão se a corte arbitral teria, de qualquer modo,

<sup>112</sup> Veja BONELL, *Le regole oggettive dei commercio internazionale*, 1976; STEHR, *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria*, in HOLL/KLINKE (00.), cito nota 3, p. 103 ss. Cfr. BONELL, *Die Bedeutung der Handelsbriuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980*, in J.B.I., 1985, p. 385 ss.; VON HOFFMANN, cito nota 20; v. BAR, *Typen des internationalen Einheitsrechts und das Internationale Privatrecht*, in *Recht und Wirtschaft* (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, vol. 1), 1985, p. 19 ss.; JAYME, *Moderne Vertragsformen und klassisches Internationales Privatrecht*, in *Heidelberger Jahrbücher*, XXIX (1985), pp. 15 ss., 25 ss.

<sup>113</sup> *Lake Communications, Inc. v. ICC Corporation*, 738 F.2d 1473, 1477 (9th Cir. 1984).

<sup>114</sup> 105 S. Ct. 3346 (1985); os juízes STEVENS, BRENNAN e MARSHALL eram de uma dissenting opinion; ver sobre esse tema LANGE/WIESSNER, *Die Schiedsfähigkeit internationaler Antitrust-Streitigkeiten*, in RIW/AWD, 1985, p. 757 55. Ver também a decisão de segundo grau *Mitsubishi Motor Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 723 F.2d 155 (1st Cir. 1983), referente § 91, 1 do GWB alemão (163).

<sup>115</sup> *Lake Communications, Inc. v. ICC Corporation*, 738 F.2d. 1473, 1479 (9th Cir 1984) com muitas provas assim como comentários sobre o tratado de amizade americano-coreano com seria bom em 28 novembro 1956.

<sup>116</sup> Sobre os problemas de aplicação de norma inderrogável de proteção, mas os mediadores, ver a dissenting-opinion, 3374 (*Automobile Dealer's Day in Court Act*, 15 V.S.C. §§ 1221-1225), assim como, genericamente, KLEINSCHMIOT, *Zur Anwendbarkeit zwingenden Rechts im internationalen Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Absatzvermittlungsverträgen*, München, 1985.

aplicado o direito americano no tema dos cartéis – em particular, o contrato continha a escolha do direito suíço – foi colocada, pelo tribunal, em uma longa nota de rodapé.<sup>117</sup>

A *Supreme Court* americana supera assim, de muito, nos casos internacionais, a solução alemã do parágrafo 91, 1 GWB, que considera nula as cláusulas compromissórias sobre questões nos temas envolvendo cartéis “quando não conferem a cada um dos interessados o direito de requerer, no caso concreto, a decisão de um tribunal ordinário, ao invés daquela de um tribunal arbitral.” No caso dos cartéis para exportação, porém, há a possibilidade de que a função dos cartéis enseje uma permissão.

A manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos deixa, segundo o Tratado de Nova Iorque sobre o reconhecimento e sobre execuções de sentenças arbitrais estrangeiras (1958), a possibilidade de recorrer durante a execução da sentença arbitral à *ordre public* nacional do Estado que confere o reconhecimento<sup>118</sup> para salvaguardar assim o próprio direito *antitrust*. Além disso, abre uma outra perspectiva: a idéia de conceder uma nova ação no caso em que o tribunal arbitral não devesse tratar das pretensões relativas ao *antitrust*<sup>119</sup>. Por outro lado, a solução reforça, em grande medida, porém, o papel da autonomia das partes no direito comercial internacional com eventuais efeitos múltiplos<sup>120</sup>. Ao passo que recentemente o limite entre autonomia das partes e as normas imperativas parecia posicionar-se a favor destas últimas<sup>121</sup>, contudo, agora, o pêndulo oscila em sentido oposto. O caso analisa a relação entre dois gigantes econômicos, Estados Unidos e Japão, mostrando, ao mesmo tempo, a particular atenção que

<sup>117</sup> Scherk v. Alberto-Culver Company, 417 U.S. 512, 515 (1974); ver sobre esse tema DIETRICH, Internationale Schiedsvereinbarungen vor amerikanischen Gerichten, in RabelsZ, 40 (1976), p. I 55. Por um entendimento similar da US-Supreme Court no caso de acordos internacionais sua jurisdição vedam M/S Bremen v. Veja nota 129, p. 3360. Da jurisprudência alemã cfr. BGH, 25 outubro 1966, in BGHZ 46, 365, 367 com provas posteriores; BGH, 27 fevereiro 1969, in WuW, 1969, 504 (WuW/E BGH, 1000); in BB 1969, 461, 692, nota P. ULMER; in ZZP, 84 (1971) 203, nota HABSCHEID (o artigo 85 do tratado CEE faz parte da “ordem pública”).

<sup>118</sup> Aqui a US-Supreme Court faz sua idéia de sincronismo traz a competência e o direito aplicável: “We merely note that in the event of choice-of-forum and choice-of-clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy” (nota 133). De modo similar, mas em contexto diverso BGH, 12.03. 1984, in IPRax, 1985, 216, e sobre esse tema ROTH, International zwingender Rechtsschutz: materiell und prozessual, in IPRax, 1985, p. 198 ss.; HAUSER-WELTER, Nationale Gestaltungsschranken bei ausländischen Borsentermingeschäften, in WM, 1985, N° 43 de 26.10.1985.

<sup>119</sup> Remontando à sentença Mitsubishi Ia V.S. International Trade Commission abandonada sua pesquisa, a concorrência fica num caso em cujos interessados, uma sociedade suíça e uma americana, havendo concordado, no contrato de licença, uma cláusula arbitral segundo a qual a controvérsia deve ser composta com um procedimento arbitral da Câmara de Comércio Internacional. Certain Fluidized Bed Combustion Systems, Inv. NU 337-TA-213 (início em 14 dezembro 1984).

<sup>120</sup> Ver, por exemplo, a sentença Índia BGH, 30 de maio de 1983, in NIW, 1983, 2272, e sobre esse tema a crítica de MANN, Die Gültigkeit der Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel und das internationale Privatrecht, in NIW, 1984, p. 2740 ss.

<sup>121</sup> Ver, por exemplo, as descrições aprofundada da estrutura de empresa multinacional japonesa in Bulova Walch Company Inc. v. K. Hatlari & C., Ltd., 508, F. Supp., 1322 (E.D.N.Y. 1981).

nos Estados Unidos é dedicada ao direito japonês<sup>122</sup>. O caso poderia, porém, adquirir importância também para as relações jurídicas com a Europa e na Europa<sup>123</sup>.

## VI – Resumo e Observações Finais

Observando “formas, papel e limites da *Rechtsfortbildung*” do direito internacional privado, verificamos que o ponto de partida da *Rechtsfortbildung* operada pelos juízes foi favorável. Regras de conflito incompletas e mais tardes declaradas inconstitucionais requeriam novas regras que – no silêncio do legislador – deviam ser criadas pela jurisprudência.

Os efeitos resguardam, de um lado a análise com a legislação nacional e de outro lado a estrutura do tráfego jurídico que se estende ao das fronteiras. As *Rechtsfortbildungen* criadas em tempos recentes fizeram surgir a idéia que o legislador nacional possa ser supérfluo<sup>124</sup>; mas aqui, sob meu ponto de vista, apresenta, efetivamente, um perigo, porque o direito do “caso por caso” não deve substituir um sistema codificado aos fins da certeza do direito<sup>125</sup>, e contudo as modificações objetivamente necessárias podem ser realizadas apenas em medida limitada. De outro lado, a jurisprudência orientou as próprias soluções sobre projetos de leis para um futuro direito internacional privado, considerando-se como “auxiliar” em uma fase de passagem entre as duas codificações. Visto no contexto internacional as soluções correspondem freqüentemente àquelas práticas ao exterior<sup>126</sup>.

No que se refere aos limites da *Rechtsfortbildung*, a meu ver, o conteúdo residual do EGBGB permanece como uma barreira, como se observou quanto ao princípio da nacionalidade, que restou como ponto de partida para o desenvolvimento de novas soluções. As valorações operadas em pontos nodais das normas sobre conflitos de leis não as desfiguraram.

O papel ativo que a jurisprudência se afirmou no direito internacional privado. Isto significa, também, que o direito alemão autônomo dos conflitos de lei é hoje, em parte, o direito dos juízes (*Richterrecht*). Existe uma certa esperança que em virtude disso o legislador empreenda uma reforma parcial do direito internacional de família e parta, também, para o direito internacional privado<sup>127</sup>. Portanto, convida a algumas observações genéricas.

<sup>122</sup> Veja *Bulova Watch Company Inc. v. K. Hattori & Co., Ltd.*, 508, F. Supp., 1322 (E.D.N.Y. 1981).

<sup>123</sup> Sobre a questão do recurso a tribunal arbitral internacional no caso de controvérsia no caso de controvérsia de sociedade de navegação aérea (caso *Laker*) ver REIMER, *Zur Zuständigkeit von US-Gerichten bei internationalen Streitigkeiten*, in ZLW, 34 (1985), p. 130 ss.

<sup>124</sup> Um “attimo di respiro” é de HELDRICH, cit. à nota 51, p. 1086.

<sup>125</sup> Contra a codificação do direito internacional privado se pronuncia EHRENZWEIG, in *Prospettive del diritto internazionale privato*. Milano, 1968, p. 301 ss.

<sup>126</sup> Isso vale antes de tudo pela solução do direito internacional ao divórcio.

<sup>127</sup> O projeto de lei do governo federal (supra, nota 32) resguarda antes o direito contratual, mas a comissão CEE nutre dúvidas por uma tal revita ao Tratado de Roma de 19 junho 1980 (supra, nota 112), ver IPRax, 1985, 178 ss.

Nos Estados Unidos persiste uma discussão que, de vez em quando, reascende-se sobre o papel da *Supreme Court* em uma democracia na qual devem ser verdadeiramente as leis aprovadas pela maioria para determinar o direito. Duas importantes monografias – de Ely<sup>128</sup> e de Choper<sup>129</sup> – foram recentemente elaboradas e, por vias divergentes, chegaram a resultados análogos. Nas legislações, o indivíduo é muito pouco representado; dificilmente o é em grau para impor seus interesses. O fim da *judicial review*, ou seja da formação judicial progressiva do direito como auxílio à Constituição, está, antes de mais nada, em proteger o direito das minorias e dos indivíduos, face a lei imposta pela maioria.

Transferindo este pensamento ao direito internacional privado alemão, e observando a reforma das leis que se busca a décadas, é fácil constatar que o direito internacional privado tem necessidade, particularmente, de atenção dos tribunais. O interesse político pelo direito internacional privado não é grande, contudo este setor jurídico, aparentemente um tanto distante, confunde-se não raramente com o direito dos estrangeiros. Nos setores do direito em cuja *Rechtsfortbildung* teve um grande papel, geralmente não se pode encontrar maioria para uma solução legislativa. No direito internacional privado acontece o contrário. Uma cortesia desinteressada do legislador, ainda que difusa, faz que a legislação completa de direito internacional não seja algo urgente. As últimas sentenças da Corte Constitucional Federal<sup>130</sup> parecem fazer sentir como uma pressão particular. O indivíduo e o seu caso ao exterior são abandonados aos tribunais. Até mesmo o gigante econômico que determina suas próprias decisões aré os limites claros e unívocos da liberdade contratual fica sem resposta. Tanto mais agradecido deve-se ser às praxes que se adotam tão energicamente hoje para desenvolver soluções convincentes no campo internacional.

---

<sup>128</sup> ELY, *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*, 1980.

<sup>129</sup> CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process - A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, 1980 (ed. de bolso 1983); do ponto de vista alemão, ver T. RAISER, *Rechtssoziologische und rechtspolitische Bemerkungen zur richterlichen Rechtsbildung im Zivilrecht*, in ZRP, 1985, p. 111 ss.

<sup>130</sup> *Supra*, notas 47, 52, 68.



# SOCIEDADE MULTICULTURAL E NOVOS DESENVOLVIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO\*

---

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Erik Jayme

Sumário: 1. A sociedade multicultural. - 2. A proteção das minorias. - 3. Direito de Família. - 4. Novas técnicas do direito internacional privado. - 5. A “zweistufige Theorie”. - 6. Criação de novas normas substanciais para a sociedade multicultural. - 7. A Autonomia das partes. - 8. Conclusões.

## I – A sociedade multicultural

Assistimos, no mundo de hoje, a migrações enormes de determinados grupos étnicos que deixam a sua terra, onde viveram por séculos, para se transferirem para outros países<sup>1</sup>. Fogem da miséria causada pela guerra ou pela fome para estabelecerem-se em zonas de “bem estar”. São quase cinquenta mil pessoas estrangeiras que pediram asilo na Alemanha no mês de outubro deste ano, direito garantido como fundamental pela Constituição Alemã (art. 16, 1º, parágrafo)<sup>2</sup>.

---

\* Tradução para o português do original em italiano, intitulado “*Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*”, extraído do livro JAYME, Erik, *Rechtsvergleichung- Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, C.F. Müller: Heidelberg, 2000, p.137 a 146, inicialmente publicado in ‘*Il Diritto dei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall’Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza, Genova, 5-7 novembre 1992*’, CEDAM: Milão, 1994, p. 343-356. Tradução, livre e autorizada pelo autor, da pesquisadora-voluntária Júlia Barros Schirmer (UFRGS) e da Profa. Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS), revisão inicial da bolsista Luciana Goulart Quinto (FAURGS/UFRGS), como atividade de iniciação científica do Grupo de Pesquisa CNPq ‘Mercosul e do Consumidor’/UFRGS.

<sup>1</sup> Ver Basedow/Diehl-Leistener, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland – Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht*, in Jayme/Mansel (ed.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, 1990, p. 13 e seg.

<sup>2</sup> Na primeira metade de 1992, 187.455 estrangeiros requisitaram asilo na Alemanha, ver *Asylbewerber gegenüber 1991 verdoppelt*, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 1992, p.98. Ver também Prouvez, *Europe, terre d’asile? in African Journal of International and Comparative Law* 4 (1992), p. 816-834, 821 ff.

Esses grupos étnicos não se integram facilmente na nova pátria: eles conservam sua língua, a religião e certos costumes. Isso influi, sobretudo, sobre o direito de família, em que a religião exerce uma forte influência sobre as regras de direito<sup>3</sup>; pensa-se em particular nas pessoas provenientes do mundo islâmico<sup>4</sup>.

Desse modo, os países do mundo ocidental movem-se, mais ou menos voluntariamente, em direção a uma sociedade multicultural.

Além destas imigrações, percebe-se também que as minorias étnicas desenvolvem sempre mais uma consciência da sua particularidade, que vem a ser defendida com todas as forças, transformando esses grupos em verdadeiras nações. Pasquale Stanislao Mancini, em seu célebre discurso inaugural de 1851 sobre nacionalidade como fundamento do direito das gentes, apontou a consciência de ser uma nação como elemento constitutivo do próprio conceito jurídico de nação<sup>5</sup>.

Essas nações alcançam consciência de si e requerem à Comunidade Internacional serem reconhecidas como Estados.

Países que pareciam pacíficos como a Iugoslávia ou o Canadá, dissolvem-se<sup>6</sup>.

Em outros países as minorias étnicas ou religiosas procuram obter uma certa autonomia mesmo no que se refere ao direito de família<sup>7</sup>.

Pensa-se na Itália, onde o matrimônio pode ser celebrado em cinco modos; além do matrimônio civil e do matrimônio concordatário, há o matrimônio segundo o rito da mesa valdesa, o matrimônio hebraico e o matrimônio católico<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Ver Kotzur, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen*, 1988.

<sup>4</sup> Ver Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel)*, Recueil des Cours, vol. 211 (1988-IV), p. 9 e seg.; Elwan, *L'Islam et les systèmes de conflits de lois*, in Carlier/Verwilghen (Hrsg.), *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 313 e seg.

<sup>5</sup> Ver Pasquale Stanislao Mancini, *Della nazionalità come fondamento Del diritto delle genti*, in *Diritto internazionale. Prelezione con um Saggio su Machiavelli*, Napoli 1873, p. 35 e seg.; Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)*, *Die Nation als Rechtsbegriff im Internationalen Privatrecht*, in *Juristische Schulung* 1988, p. 933 e seg.

<sup>6</sup> Para o impacto desse desenvolvimento sobre o direito internacional privado ver *AG Böblingen*, 16.1.1992, *IPRax* 1992, p. 333 (casal iugoslavo; marido pertencente à República Bósnia e Herzegovina, mulher croata).

<sup>7</sup> Para a minoria indiana no Quênia ver Derret, *Comments with reference to Hindu Law*, in 5 (1969) *East African Law Journal*, 21 ff.; Bakari, *Africa's Paradoxes of Legal Pluralism in Personal Laws: A Comparative Case Study of Tanzania and Kenya*, in *African Journal of International and Comparative Law* 4 (1992), 816-834 e seg.

<sup>8</sup> Ver Jayme, *Die Revision des Konkordats zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl und das deutsche Internationale Privatrecht*, in *Jahrbuch für Italienisches Recht* 2 (1989), p. 3 e seg., 5; ver também Jayme, *Zur Revision des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und Italien – Auswirkungen auf deutsch-italienische Familienrechtsfälle*, in *Festschrift Ferid* 1988, p. 197 e seg.

Na Europa, é necessário mencionar, sobretudo, o exemplo da Espanha onde as leis “forales” mantiveram a sua importância no campo do direito de família mesmo depois da Constituição de 1978 que garantiu o desenvolvimento destas leis<sup>9</sup>.

A Catalunha, por exemplo, reformou, em 1992, também o direito das sucessões<sup>10</sup>, e os países bascos promulgaram uma nova compilação das suas leis civis<sup>11</sup>.

Por outro lado, e esse é o terceiro fato que conduz inevitavelmente a uma sociedade pluricultural, podemos notar que se constituem sempre mais frequentemente famílias pluriétnicas, o que comporta uma abertura para valores jurídicos de outros países<sup>12</sup>.

A esse desenvolvimento o direito reage em diversos planos.

## II – A proteção das minorias

O direito internacional reconhece, em muitos casos, a necessidade de proteger as minorias étnicas, isto é, que o Estado onde moram deve lhes garantir uma certa autonomia.<sup>13</sup>

Enquanto antigamente favorecia-se a integração destes grupos na nova pátria, no sentido de sua gradual assimilação<sup>14</sup>, prevalece hoje a proteção da identidade cultural da pessoa.

Basta pensar na declaração da Comissão para a proteção dos Direitos do Homem de Estrasburgo, que elaborou, no âmbito do artigo 8, o qual protege a esfera privada, um direito da pessoa à proteção de um estilo de vida próprio.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Ver art. 149.1.8. da Constituição espanhola. O Estado tem competência exclusiva para a legislação civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autonomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Ver Arce Janáriz, *Constitucion y derecho civiles forales*, Madrid 1987. Ver também Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid 1988; Jayme, *Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis*, *Rabels Zeitschrift* 55 (1991), p. 303 e seg., p. 308-309.

<sup>10</sup> Lei 40/1991, de 30 de dezembro. *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya*, in Egea Fernandez/Ferrer Riba, *Legislació Civil Catalana*, Barcelona 1992, p. 141 e seg. Sobre a aplicação do direito de sucessões da Catalúnia por parte dos tribunais alemães, ver decisões do LG Mosbach 11.11.1986, IPRax 1989, 300; OLG Karlsruhe, 9.12.1987, IPRax 1989, 301; Jayme, *Spanisches interregionales und deutsches internationales Privatrecht*, IPRax 1989, p. 287-288.

<sup>11</sup> Ley 3/1992, de 1 de Julio, *Del Derecho Civil Foral del País*, in: B.O. del Parlamento Vasco de 10.07.1992 n° 50, p. 320 e seg.

<sup>12</sup> Ver *Australian Law Reform Commission, Multiculturalism: Family Law* (january 1991). Ver também Menhofer, *Enfant et patrimoine dans la rencontre des civilisations*, in Cartier/Verwilghen (ed.), *Le Statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 355 e seg. Na Alemanha, existe um periódico dedicado aos problemas da família pluriétnica: *IAF-Informationen*, publicado pela *Verband bi-nationaler Familien und Partnerschaften, Interessengemeinschaft der mit Ausländer verheirateten Frauen* (Frankfurt).

<sup>13</sup> Ver Salerno, *Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere*, *Rivista di diritto internazionale* 1990, p. 257 e seg.; Kimminich, *Ansätze für ein europäisches Volksgruppenrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 28 (1990), p. 1 e seg.

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, Conetti, *Non discriminazione e legge applicabile allo stato delle persone e ai rapporti di famiglia*, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1991, 462 s.

<sup>15</sup> Decision 3.10.1983 (Aplic. n° 9278/81 e 9415 71) – G. na E.v. Norway, D.R.35, p. 30 e seg., 35: “The Commission is of the opinion that, under Article 8, a minority group is, in principle, entitled to claim the right



O caso resguardava dois lapões, um caçador e um pescador, que haviam citado o Reino da Noruega em Estrasburgo para impedir – nas circunstâncias do caso, sem sucesso – a construção de um lago artificial no norte da Noruega.

A continuidade cultural da pessoa torna-se, em tal declaração, um valor protegido pelo ordenamento jurídico internacional.

Este desenvolvimento é confirmado em muitos Estados que, aos pouco, dão-se conta de serem das sociedades multiculturais.

Nos Estados Unidos as tribos indígenas são reconhecidas como “nations”.<sup>16</sup>

Na Austrália, uma comissão oficial na mesma época publicou um estudo sobre possíveis mudanças do direito de família exatamente depois de considerar a nova concessão do Estado australiano como sociedade multicultural.<sup>17</sup>

A *plurietnicidade* está na base da constituição dos ordenamentos plurilegislativos em quase todos os Estados africanos.<sup>18</sup>

Este desenvolvimento, que coloca em crise a idéia de um direito uniforme e universal comum a todos os homens, corresponde à base filosófica da idade pós-moderna, a qual favorece e protege sempre mais a pessoa nas suas manifestações externas, isto é, no âmbito da sociedade.<sup>19</sup>

Neste contexto podemos mensurar também as previsões especiais do Ato de Helsinki que visam a facilitar os matrimônios mistos. A família pluricultural é considerada, no programa do Ato de Helsinki, como garantia da paz.<sup>20</sup>

E aqui entra em jogo, além do direito de família, também o direito internacional privado.

Podemos, portanto, constatar que ao desenvolvimento das sociedades multiculturais corresponde o reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico internacional, da identidade cultural da pessoa como valor jurídico.

to respect for a particular life style it may lead as being 'private life', 'family life' or 'home'. Ver também a declaração comum da República Popular da China e da República de Portugal sobre a questão de Macau do dia 26 de março de 1987, que garante à população de Macau a continuidade do 'modo de vida' (Art. 2º, IV), in *China aktuell* 1987, p. 323. De maneira similar, o acordo franco-indiano sobre a restituição de Pondicherry (ver texto do acordo, in *Minattur, Justice in Pondicherry*, Bombay 1973, p. 145).

<sup>16</sup> Ver, por exemplo, *Sac and Fox Nation vs. Oklahoma Tax Comission*, 967 F. 2d 1425 (10<sup>th</sup> Circ. 1992).

<sup>17</sup> *Australian Law Reform Comission* (1991), op. cit..

<sup>18</sup> Ver Uche, *Conflict of Law in a Multi-Ethnic Setting – Lessons from Anglophone Africa*, Recueil des Cours, vol. 228 (1991- III), p. 275 e seg.

<sup>19</sup> Ver Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 1990, p. 40 e seg. (“Die Person als die ‘antologische’ Grundrelation des Rechts”); ver também Koslowski, *Die postmoderne Kultur*, 2ª ed., 1988, p. 64 e seg.

<sup>20</sup> Ver Jayme, *Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts*, in *Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück* 2 (1991/1992), p. 8 e seg., p. 11-12. Ver também Jessurun D’Oliveira, *Krypto-Internationales Privatrecht*, in *ZfRv* 27 (1986), 246-262, 261 e seg.; aplica-se o direito “Adad” para o cidadão proveniente das Ilhas Molucas, na Indonésia, independentemente da cidadania ou do domicílio: Hoge Raad, 9.6.1978, *Nederlandse Juristenblad* 1978, 517.

Para demonstrar os efeitos desse reconhecimento — aqueles já visíveis e aqueles desejados no futuro — concentrar-me-ei, neste estudo, sobre o direito de família e sobre o direito internacional privado.

Tratarei primeiro dos conflitos de lei no âmbito do direito de família, e após das novas técnicas elaboradas pelo direito internacional privado para resolvê-los.

### III – Direito de Família

O direito de família, no mundo atual, parecia mover-se em direção a uma sempre crescente uniformidade sobre a base do princípio da igualdade dos cônjuges e da paridade de tratamento do filho nascido na constância do matrimônio e daquele nascido fora do matrimônio.<sup>21</sup>

Facilita-se o divórcio e procura-se garantir ao cônjuge economicamente mais frágil a possibilidade de manter um certo nível de vida, mesmo depois da dissolução do próprio matrimônio.

Por outro lado, há novos desenvolvimentos que ampliam a liberdade do indivíduo, mesmo no âmbito do direito de família.

Na Alemanha, a Corte Constitucional, pela sentença de 31 de janeiro de 1989, reconheceu o direito fundamental de conhecer a própria origem, isto é, os próprios genitores.<sup>22</sup>

Este direito vem configurado como integrante do “Allgemeines Persönlichkeitsrecht”.

A Corte declarou a inconstitucionalidade de certas normas do Código Civil alemão (BGB) que limitavam a ação do filho no caso de desconhecimento de paternidade.

A origem — sempre segundo a Corte Constitucional — dá importantes pontos de referência para a compreensão e o desenvolvimento da individualidade da pessoa e, por isso, insere-se no âmbito do direito fundamental da proteção do livre desenvolvimento da personalidade.

Esta criação de um direito ao conhecimento da própria origem tem repercussões em outros campos do direito, como por exemplo os referentes à adoção; ou seja, este direito favorece a revalorização da adoção “menos plena”, adoção que não faz extinguir os vínculos do filho com a família de origem.

Em uma outra recente decisão, a Corte Constitucional alemã reconheceu, de maneira indireta, a relevância jurídica da convivência de fato, declarando a inconstitucionalidade do § 1738 do BGB, que fazia com que a mãe perdesse, no caso de legitimação da petição do pai, o direito ao pátrio poder.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Ver Jayme, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts – Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, FamRZ 1981, p. 221 ss; Rieg, *L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?*, in *Conflits et harmonisation (Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck)*, Fribourg 1990, p. 473-499, 494 e seg.

<sup>22</sup> BVerfG, 31.1.1989, BVerfGE 79, p. 256.

<sup>23</sup> BVerfG, 7.5.1991, FamRZ 1991, p. 913. Ver, para outros aspectos da convivência de fato, Ferrari, *Der neue deliktische Schutz der eheähnlichen Lebensgemeinschaft in Italien – Eine rechtsvergleichende Kritik*, Rabels Zeitschrift 56 (1992), p. 757 e seg.

Reconhecendo, neste modo, o poder dos dois pais nos confrontos do filho ilegítimo, sempre que esses convivam com o filho, a Corte dava à família de fato, relevância jurídica no âmbito do direito de família.

Estas decisões inserem-se na tendência atual, que confirma a atitude liberal do direito do mundo ocidental baseado em valores jurídicos do iluminismo, dos países europeus e dos Estados Unidos da América.

Por outro lado, estes avanços contrastam com certos preceitos religiosos de outros países, sobretudo com aqueles do mundo islâmico, em que a família patriarcal predomina ainda hoje no direito de família.<sup>24</sup>

Enquanto se estava normalmente habitado, no mundo europeu, a excluir a aplicação dos direitos islâmicos que violavam certos preceitos constitucionais como fazendo parte da ordem pública internacional<sup>25</sup>, é interessante ver que, recentemente, os países extra-europeus invocam, para uma tal aplicação das regras religiosas, os direitos do homem, sobretudo a liberdade de religião, para defender a aplicabilidade do direito pessoal segundo a respectiva religião da pessoa.<sup>26</sup>

Na França, a reforma do divórcio de 1975 introduz novas regras de direito internacional privado.

Se os dois cônjuges vivem na França, aplica-se o direito francês.<sup>27</sup>

Muitos autores dos países islâmicos, sobretudo do Marrocos, reprovavam, na nova disciplina francesa, a falta de sensibilidade para a lei pessoal.<sup>28</sup>

Com efeito, o velho princípio de Mancini de nacionalidade revela-se mais adaptado às atuais exigências de proteção da identidade cultural da pessoa do que o princípio da aplicabilidade da lei do domicílio, sempre no âmbito do direito de família.<sup>29</sup>

Um outro conflito surge se se pensa no direito dos países asiáticos, que é caracterizado por um forte impacto do confucionismo sobre o direito de família.

No direito japonês ou tailandês, por exemplo, o divórcio fundamenta-se, de regra, sobre o mútuo consenso dos cônjuges, que vem registrado por um oficial do estado civil, sem que se deva recorrer a um procedimento judiciário.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Ver Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, 1990, e Jayme, FamRZ 1992, p. 1023-1024; Abu-Sahlieh, *Unification des droits arabes et ses contraintes*, in *Conflits et harmonisation* (op. cit.), 177-204, 189 e seg.

<sup>25</sup> Ver, por exemplo, sobre repúdio BayOblG, 30.11.1981, IPRax 1982, p. 104; Heinrich, *Internationales Familienrecht*, 1989, p. 115; sobre "patria potestà", ver OLG Karlsruhe, 2.10.1991, FamRZ 1992, 255 e seg., 248-259.

<sup>26</sup> Ver Kohler, *Zur praktischen Bedeutung exotischer Rechte im internationalen Privatrecht*, in Eisenmann/Zieger, *Zur Rechtslage Deutschlands - Innerstaatlich und international*, 1990, p. 255 e seg., 248-259.

<sup>27</sup> Art.310, § 2º, Code Civil (Loi n. 75-617 du 11 juillet 1975).

<sup>28</sup> Ver Monégér, *La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*, *Revue critique de droit international privé*, 1984, p. 29 e seg., p. 267 e seg.

<sup>29</sup> Para a Suíça, ver Sturm, *Die Entrechtung der Auslandsschweizer im neuen IPR-Gesetz*, in *Festschrift Keller*, Zurique, 1989, p. 529 e seg.

<sup>30</sup> Ver Heinrich, *Privatscheidungen im Ausland*, IPRax, 1982, p. 94-95.

Nestes países, o direito cede frente aos costumes; só raramente o matrimônio vem a ser dissolvido pelo juiz, enquanto que, no mundo ocidental, o divórcio vem pronunciado exclusivamente pelo juiz.

A Corte Federal Alemã afrontou a questão da validade do divórcio de dois tailandeses, divórcio baseado no mútuo consenso dos cônjuges, declarado na Alemanha e registrado na embaixada tailandesa em Bonn.<sup>31</sup>

A Corte qualificou a questão como processual e, baseando-se no princípio da aplicabilidade da *lex fori* em relação ao procedimento, decide que tal divórcio, se ocorrido na Alemanha, era nulo.

A máxima da decisão tornou-se, em seguida, lei positiva na reforma do direito internacional privado alemão de 1986 (art. 17, parágrafo segundo, do EGBGB).

Na minha visão, a não-aplicação do direito tailandês nos confrontos de um casal tailandês constrangido, contra os próprios costumes, para obter uma declaração judicial, é incompatível com as tendências atuais viando a proteção da identidade cultural da pessoa.<sup>32</sup>

Por isso, coloca-se o problema de identificar quais são as técnicas internacionais-privadas que melhor correspondem a esta necessidade de proteção da pessoa.

#### IV – Novas técnicas do direito internacional privado

O direito internacional privado atual é caracterizado por um compromisso entre as técnicas clássicas da indicação da lei aplicável (“*Verweisungsrecht*”) e uma certa “materialização” das regras para os conflitos de lei, soluções que visam chegar a um certo resultado material ou substancial.

Podemos mensurar, no direito internacional alemão, a conexão alternativa para favorecer, por exemplo, a constituição da paternidade (art. 20, primeiro parágrafo do EGBGB).<sup>33</sup>

Mais que isso, foram elaborados métodos para considerar, no âmbito da lei aplicável, regras de outros sistemas jurídicos como fatos.

Tais métodos prestam-se, sobretudo, para a proteção da identidade cultural da pessoa.

<sup>31</sup> BGH, 14.10.1981, BGHZ 82, p. 34 = IPRax 1983, p. 37; ver Kegel, *Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechts-geschäft*, IPRax, 1983, p. 22 e seg. Para problemas análogos na Itália, ver Tribunal de Milão, 5.10.1991, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1992, p. 123; Rimini, *Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbinico italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, ibidem, p. 55 e seg.

<sup>32</sup> Ver Jayme, *Menschenrechte*, op. cit., p. 22-23.

<sup>33</sup> Ver Heinrich, *Internationales Familienrecht* 1989, p. 195-196.

## V – A “zweistufige Theorie”

Iniciamos a falar da teoria internacional privatista, assim dita, dos dois níveis ou dois degraus (*zweistufige Theorie*).<sup>34</sup>

Trata-se de uma teoria desenvolvida na Alemanha baseada em teorias americanas.<sup>35</sup>

O primeiro passo é aquele de resolver um conflito de leis indicando uma das leis em conflito.

O segundo passo conduz a considerar como fato da lei colocada de lado (*accantonatta*), no processo de integração da lei material indicada inicialmente.

Cito um exemplo da praxe alemã. A Corte federal, na sentença de 28 de janeiro de 1987, afrontou o problema da validade de um acordo entre uma mulher árabe de religião muçulmana, cidadã do Estado de Israel e o marido alemão, convertido ao Islã.<sup>36</sup>

O acordo referia-se ao pagamento de um “mahr”, isto é, de uma soma de dinheiro da parte do marido: o acordo – segundo o direito islâmico – faz parte do contrato de casamento.<sup>37</sup>

Em muitos casos esta soma vem prometida no momento do casamento para depois ser paga em caso de divórcio, e em particular, no caso de repúdio à mulher por parte do marido.

No nosso caso, seguindo a declaração de divórcio regida por um juiz alemão, a mulher requer o pagamento da soma pactuada, mais de 100 mil marcos alemães; o marido, por sua vez, objetivava a invalidade, segundo o direito alemão, de tal acordo.

A Corte resolveu, inicialmente, a questão do conflito de leis. Como os cônjuges tinham vivido na Alemanha, era aplicável – em referência a todos os aspectos deste instituto jurídico desconhecido pelo ordenamento alemão – a lei alemã. Em um segundo passo, a Corte, antes de enviar o caso à Corte de Apelação, sugeriu qualificar este acordo como pacto de manutenção depois do divórcio.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Ver Jayme, *Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung und Theorie des Internationalen Privatrechts*, in Zacher (ed.), *Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis*, Berlin 1985, p. 423 e seg., p. 424-425; Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel und internationalen Familienrecht – Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, Munique 1985; Egon Lorenz, *Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue Versorgungsausgleichsrecht*, FamRZ 1987, p. 645 e seg.; para desenvolvimentos similares na Itália ver Rimini, *Il ripudio*, op. cit.

<sup>35</sup> Ver Jayme, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtung zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, in Jayme/Kegel (ed.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweigs* 1976, p. 35 e seg.; Hessler, *Datum-Theorie und Zweistufigkeit des Internationalen Privatrechts*, in Albert A. Ehrenzweigs und das Internationale Privatrecht, Heidelberg 1986, p. 137 e seg.; Jayme, *Internationales Familienrecht heute*, in Festschrift Müller-Freienfels, 1986, p. 341 e seg., p. 367-370.

<sup>36</sup> BGH, 28.1.1987, IPRax 1988, p. 109; ver Hessler, *Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht*, IPRax 1988, p. 95 e seg.

<sup>37</sup> Ver Krüger, *Ehe – und Brautgabe – Rechtliche Probleme bei Ehen mit Angehörigen islamischer Staaten, dargestellt am Beispiel Tunesiens*, FamRZ 1977, p. 114 e seg.

<sup>38</sup> BGH, 28.1.1987, IPRax 1988, p. 109 e seg., p. 113.

A Corte considerou o matrimônio islâmico, surgido segundo as regras religiosas, como condição de validade para tal pacto.<sup>39</sup>

Esta técnica internacional privatista que exclui, em um primeiro momento, a relevância das normas religiosas, enquanto observa a indicação da lei aplicável, para considerá-la depois, em um segundo momento, na interpretação da lei material indicada aplicável, presta-se bem, em minha opinião, ao direito de família da sociedade multicultural.

Esta técnica pode também operar ao inverso: afirma-se primeiro a aplicabilidade da lei estrangeira que, depois, vem interpretada considerando o direito alemão.

Como exemplo, pode-se citar o divórcio de dois cônjuges marroquinos, declarado pela Corte de Apelação de Hamm, com sentença de 10 de fevereiro de 1992.<sup>40</sup>

Segundo o direito marroquino aplicável em conformidade com o direito internacional privado alemão, a mulher pode pedir o divórcio se prova que era maltratada pelo marido.

No caso em exame, este último objetivava que as circunstâncias, conforme os costumes do Marrocos, não justificavam o divórcio.

A Corte, ao invés, interpretou a noção de mau tratamento prevista na lei marroquina conforme o direito alemão, visto que a mulher sempre viveu na Alemanha.

A teoria internacional privatista dos dois 'degraus' permite, como observa-se, encontrar um compromisso entre valores contrastantes.

## VI - Criação de novas normas substanciais para a sociedade multicultural

Na mesma direção, move-se também a tendência atual a criar novas normas substanciais de direito familiar para a sociedade multicultural.

O matrimônio poligâmico, por exemplo, foi regulado, no Reino Unido, com uma lei especial.<sup>41</sup>

A doutrina propôs a elaboração de um código de direito de família válido para as pessoas de religião islâmica que vivem na Europa.<sup>42</sup>

As soluções mais promissoras são provavelmente aquelas previstas nas convenções bilaterais entre a França e os países da África do Norte.

Como, por exemplo, pode-se citar a convenção bilateral franco-algerina de 21 de junho de 1988, "*relativa às crianças de casais mistos, franco-enagaleses, separados*".<sup>43</sup>

<sup>39</sup> BGH, 28.1.1987, IPRax 1988, p. 109 e seg., p. 112.

<sup>40</sup> OLG Hamm, 10.2.1992, FamRZ 1992, p. 1180-1181.

<sup>41</sup> Saunders/Walter, *The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, in *International and Comparative Quarterly* 21 (1972), p. 781 e seg.

<sup>42</sup> Ver Menhofer, *Islamisches Recht in westlichen Staaten*, IPRax 1990, p. 419 e seg.

<sup>43</sup> No original: "*relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens*". Dalloz Sirey 1988 L.p. 407 s. (entrada em vigor em 1º de agosto de 1988). Ver Mebroukine, *La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés - le point de vue d'un Algérien*, *Revue critique de droit international privé* 80 (1991), p. 1 e seg.; Menhofer, *Das grenzüberschreitende Besuchsrecht in europäisch-islamischen Kindschaftsfällen - Der algerisch-französische Staatsvertrag als Modell*, IPRax 1991, p. 353 e seg.

A convenção pressupõe as divergências insuperáveis do direito francês e do direito islâmico no exercício do pátrio poder depois da separação.

No direito islâmico prevalece quase sempre o pai, enquanto que no direito francês se decide na base dos interesses do filho, interesses que, de costume, coincidem com aqueles da mãe francesa.

Qualquer que seja a solução nacional, a Convenção cria um direito de visita transnacional em favor do cônjuge que perdeu, segundo as leis nacionais aplicáveis pelo respectivo juiz, a titularidade ou o exercício do pátrio poder.<sup>44</sup>

Garante-se, além disso, o retorno do filho, depois da visita no país do outro genitor, à sua residência, permitindo a este, assim, o desenvolvimento da sua identidade pluricultural.

## VII – Autonomia das partes

Estes avanços tendentes à elaboração de métodos complexos para resolver os conflitos entre culturas diversas não excluem, portanto, de dar relevância, com a finalidade de proteger a identidade da pessoa, as técnicas clássicas do direito internacional privado.

Deve-se pensar, a este propósito, no princípio da autonomia da vontade das partes de escolher a lei aplicável, princípio que pode ser estendido, cautelosamente, também ao direito de família.<sup>45</sup>

No caso do casal tailandês, que deseja divorciar-se na Alemanha por consenso mútuo segundo a própria lei nacional<sup>46</sup>, o monopólio dos tribunais alemães de declarar divórcios sobre o território alemão deve ceder, em minha opinião, à idéia da autonomia das partes.

## VIII – Conclusões

Chego às conclusões. O direito de família em uma sociedade pluricultural requer, caso procure-se reconhecer um direito da pessoa à proteção da sua identidade cultural, uma certa “personalização” das respectivas regras para resolver os conflitos de lei.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Ver *Cour de Cassation*, 16.4.1991, *Revue critique de droit international privé* 81 (1992), p. 328, nota Bertrand Ancel.

<sup>45</sup> Ver Gannagé, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique de droit international privé* 81 (1992), p. 425 e seg. OGH (austriaca), 12.12.1991, IPRax 1992, p. 329; ver, entretanto, a crítica de Schwind, *Rechtswahl und Personalstatut im österreichisch-jugoslawischen Scheidungsrecht*, IPRax 1992, p. 334-335; BGH.

<sup>46</sup> Ver Sturm, *Die Entrechtung der Auslandsschweizer im neuen IPR-Gesetz*, op.cit.

<sup>47</sup> Ver Rainer Becker, *Integration und kulturelle Identität – Entwicklungen des IPR in Europa – Symposium in Trier*, IPRax 1992, p. 336.

Sobre o plano do requerimento à lei estrangeira, pode-se prospectar uma autonomia das partes mais ampla e uma certa revalorização do princípio de Mancini da nacionalidade como fundamento do direito das “gentes”.<sup>48</sup>

Além disso, precisa-se desenvolver, para resolver os problemas interculturais, novas técnicas que considerem, sobre o plano da aplicação da lei material indicada pelas normas de conflito, os preceitos e costumes culturais.

---

<sup>48</sup> Ver Pasquale Stanislao Mancini, *Della nazionalità come fondamento Del diritto delle genti*, in *Diritto internazionale, Prelezione con un Saggio su Machiavelli*, Napoli 1873, p. 35 e seg.; Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)*, op. cit. ; ver também Treggiari, *Nationales Recht und Recht der Nationalität*, in Jayme/Mansel (ed.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, 1990, p. 145 e seg.





## DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E CULTURA PÓS-MODERNA

---

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS, Excelentíssimo Coordenador do Mestrado em Direito/UFRGS e Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Diretor da Escola Superior da Magistratura do RS, caros colegas, senhoras e senhores:

Anres de falar do rema Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna desejo agradecer profundamente esse convite da Faculdade de Direito da UFRGS, falando também em nome de meu assistente Alexander Geckler. Nossas Universidades têm estreitas relações de colaboração e estamos aqui para discutir problemas os mais recentes de direito, os quais se apresentam muitas vezes como semelhantes em nossos países.

Pessoalmente, seja-me permitido mencionar que é a primeira vez que venho ao Brasil e há muito tempo desejava vir. O Brasil é o país dos meus sonhos, país que eu conheci na literatura, nos filmes e, naturalmente, do direito civil e direito internacional privado. Agradeço particularmente à Professora Cláudia Lima Marques, que esteve em Heidelberg para o seu doutorado e que preparou minha primeira estada brasileira.

Durante esta semana teremos várias lições sobre o direito de família alemão atual no âmbito da pós-modernidade e espero muitas discussões sobre as questões suscitadas nestas lições.

Senhoras e senhores, passo à conferência:

O objeto - um pouco temerário - dessa conferência é o seguinte: direito internacional privado e cultura pós-moderna.<sup>2</sup> Durante este curso na UFRGS, serão abordados o direito

---

<sup>1</sup> Versão da aula apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do rio Grande do Sul, em 2 de setembro de 1996, como abertura do Curso "Direito Patrimonial de Família na Pós-Modernidade". Tradução livre, autorizada e não revista pelo autor, de Lisiane Feiten Wingert (Bacharel em Direito pela UFRGS, Mestranda/UFRGS, Bolsita da CAPES), revisão e notas da Profa. Dra. Claudia Lima Marques, Professora Titular de Direito (UFRGS). A forma oral foi preservada e acrescentadas notas, com base no texto publicado no ano seguinte por Erik Jayme, "Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur, in ZfVR-Zeitschrift für die Rechtsvergleichung (Viena) 1997, p. 230-236.

<sup>2</sup> Veja Erik Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours* 251(1995), 9 ss.

de família e também de contratos, em torno da questão geral do direito internacional privado e da cultura pós-moderna.

De início, algumas considerações preliminares: o direito faz parte da cultura geral. Tem raízes profundas na tradição, mas também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, nosso direito atual é, em certa medida, uma reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer, da cultura pós-moderna.<sup>3</sup>

Se nós falamos do pós-modernismo ou da condição pós-moderna – como chama o autor francês Lyotard<sup>4</sup> – nós pensamos inicialmente na arquitetura de nossos dias e em nossa arte.<sup>5</sup>

A arte abstrata da arquitetura do cubismo, concebida ao conhecimento da arte figurativa.<sup>6</sup> No que concerne à arquitetura de prédios, descreve sua função pelos seus elementos clássicos, bem como pela fachada. De outra parte, podemos notar um pluralismo de estilos, que podemos chamar mesmo de ecletismo, isto é, os artistas escolhem os elementos clássicos, que então são misturados ou combinados com outros elementos modernos.<sup>7</sup> Encontramos também movimentos similares na literatura e na filosofia.

O ponto de encontro entre a cultura pós-moderna e o direito são os valores que têm em comum.<sup>8</sup> Para essa conferência, permito-me escolher quatro valores ou elementos demonstrados na cultura pós-moderna.

O primeiro deles, já mencionado, é o pluralismo (*Pluralismus*). Não apenas o pluralismo de formas, mas também de estilos. E também de estilos de vida, é a idéia de autonomia em escolher seu próprio modo de vida. O mundo pós-moderno é caracterizado por um “direito à diferença” (*droit à la différence*), para citar a expressão do senhor professor R.-J. Dupuy, do colégio de França, atualmente presidente do Instituto de Direito Internacional.<sup>9</sup>

O segundo valor: o mundo pós-moderno é caracterizado pela comunicação (*Kommunikation*) e por não ter mais fronteiras. De outra parte, não são apenas os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informação e imagens, mas também a vontade (*Wille*) e o desejo (*Wunsch*) de se comunicar dessas pessoas. Esse desejo emerge como valor comum.<sup>10</sup>

A terceira característica é a “narração” (*Narration*)<sup>11</sup>: comunicar é também descrever, contar, narrar, observe-se o já alto nível da arte figurativa.

<sup>3</sup> Veja Remo Ceserani, *Raccontare il postmoderno* (Torino, 1997), p. 127.

<sup>4</sup> Veja Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne* (Paris 1979), p. 8ss.

<sup>5</sup> Sobre a volta de elementos clássicos na arquitetura de Berlim, veja reportagem “Hauptstadt Renaissance: Aldo Rossis Berlin”, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 9.9.1997, p. 42.

<sup>6</sup> Sobre arte figurativa e as recordações, Jayme, *ZfRV* 1997, p. 232.

<sup>7</sup> Veja sobre o elemento central da arquitetura pós-moderna, o ‘double coding’, Charles Jencks, *What is Postmodernism?* (3.Ed., Londres/New York 1989), p. 14.

<sup>8</sup> Lyotard, nota 88: “La science postmoderne comme recherche des instabilités.”

<sup>9</sup> Expressão de René-Jean Dupuy, *La clôture du système international- La cité terrestre* (Paris 1988), p. 115.

<sup>10</sup> Veja detalhes in Erik Jayme, e “Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur, in *ZfVR-Zeitschrift für die Rechtsvergleichung* (Viena) 1997, p. 231.

<sup>11</sup> A narração legítima também a ciência, veja discussões de Lyotard e Steven Connor, in *Postmodernist Culture* (Oxford 1989), p. 2 e seg.

O quarto valor é o retorno dos sentimentos (*le retour des sentiments, Rückkehr der Gefühle*),<sup>12</sup> algumas vezes descrito em um sentido pejorativo, como emergência de um novo irracionalismo. Podemos, porém, constatá-lo em relação à identidade cultural, que pode conduzir a conflitos culturais, baseados em um sentimento forte de defesa de sua própria identidade cultural, de sua religião e de todas as outras expressões do individualismo.

A escolha desses quatro valores da cultura pós-moderna – pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos – pode parecer arbitrária, mas essa escolha permite pôr em evidência a ligação entre o direito e a cultura pós-moderna.<sup>13</sup>

Entre as matérias de direito,<sup>14</sup> escolho o direito internacional privado – o direito do conflito das leis – que compreende hoje em dia também o conflito de jurisdição, as questões de processo em matéria de competência e execução de julgamentos estrangeiros.<sup>15</sup>

O Direito Internacional Privado clássico tem como finalidade principal a garantia da harmonia na comunidade jurídica internacional e na execução de decisões estrangeiras. É um ideal formal e objetivo, devido à autoridade de grandes autores do século XIX como, por exemplo, Savigny. A justiça conflitual baseia-se na idéia de conexão (*Anknüpfung*), no caso concreto, com um país, que justifique a aplicação do direito desse país, qualquer que seja o resultado concreto da aplicação dessa norma.<sup>16</sup>

Crítica a essa idéia desenvolveu-se na doutrina moderna, sobretudo com os autores americanos, que favoreceram com uma certa materialização (*Materialisierung des Kollisionsrechts*) do direito internacional privado, no sentido de que a melhor lei (em inglês, *better law*)<sup>17</sup> – a lei mais favorável ao sujeito mais vulnerável – deve ser a aplicada. Por exemplo, a lei que melhor protege a vítima de um acidente. Aqui, a finalidade material da norma (*Sachnormen und ihre Zwecke*) tem precedência e leva à flexibilização dos métodos do direito internacional privado.<sup>18</sup>

Passamos agora ao tema objetivamente proposto para esse trabalho.

As coisas mudaram: existem fenômenos novos na visão pós-moderna do direito internacional privado e que refletem os quatro valores expostos no início dessa apresentação.

<sup>12</sup> Veja Jayme, *Recueil des Cours*, p. 36 e 261ss. E veja também Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* (Heidelberg 1990), p. 6.

<sup>13</sup> Veja defesa desta decisão in Jayme, *Recueil des Cours*, p. 36ss.

<sup>14</sup> Veja por exemplo Ladeur, *Post-modern Constitutional Theory: A prospect for the self-organising society*, *The Modern Law Review* 60 (1997), p. 617.

<sup>15</sup> Veja detalhes in Jayme, *ZfRV* 1997, p. 232.

<sup>16</sup> Jayme, *ZfRV* 1997, p. 232.

<sup>17</sup> Veja Erik Jayme, *Diritto comparato e teoria del progresso*, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazione*, nr. 1-2/3-4 (gennaio-aprile) 1995, p. 45ss.

<sup>18</sup> Assim Jayme, *ZfRV* 1997, p. 232: "Das Internationale Privatrecht hatte nach der klassischen eine moderne Phase. Diese bestand in einer gewissen Materialisierung des Kollisionsrechts. Waren in der klassischen Zeit die Kollisionsnormen Instrumente eines autonomen Verweisungsrechts, so traten in der moderne die Sachnormen und ihre Zwecke in den Vordergrund. Es kam zu einer Vermischung der Kategorien. Die Suche nach der Gerechtigkeit des Einzelfalles verdrängte übergeordnete Ziele, wie die Rechtssicherheit und die Vorherrschbarkeit. Ergebnisbestimmte, flexible Kollisionsnormen waren die Folge."

Para ilustrar esse fenômeno, permito-me mencionar dois casos da Corte Federal alemã (BGH): um caso alemão-brasileiro e uma decisão inglesa.

O primeiro caso, datado de 28 de fevereiro de 1996, da Corte Federal alemã,<sup>19</sup> concerne ao seguinte: um alemão demanda o pagamento de uma soma em dinheiro e a restituição de alguns bens, entre os quais um automóvel, em razão de ruptura de noivado. A demandada, uma brasileira, domiciliada na Espanha.

A pretensão se baseava em vários dispositivos, como enriquecimento sem causa, responsabilidade por delito e revogação de doação.

As partes viveram juntas por um período e por duas vezes fixaram a data para a realização da cerimônia de casamento. A parte demandada, a brasileira, não apenas renunciou ao casamento no último momento, como também teve um filho no Brasil - cujo pai não era o noivo, mas outro homem.

A primeira questão importante é saber se os tribunais alemães eram competentes para apreciar esse caso, uma vez que há limites quanto à competência internacional dos tribunais alemães em questão de eventual responsabilidade delitual da parte ré - apesar de que os outros fundamentos, sobretudo a demanda baseada no enriquecimento sem causa, não se incluíam na competência dos tribunais alemães.

A Corte motivou sua decisão da seguinte maneira: primeiro, explicou que a Convenção de Bruxelas sobre jurisdição e execução de julgamentos não é aplicável a esse caso, uma vez que as causas que derivam de rupturas da noivados estão excluídas do campo da aplicação dessa convenção; em segundo lugar, porque, ao momento da demanda, a Convenção de Bruxelas não estava em vigor entre a Espanha e a República Federal da Alemanha. A Corte, então, aplicou a lei nacional, quer dizer, o Código de Processo Civil alemão. De outra parte - e nós nos aproximamos agora do pós-modernismo - a Corte aplicou normas da Convenção por analogia.<sup>20</sup>

A Convenção de Bruxelas não favorece o demandante. Existem algumas exceções como, por exemplo, formas contratuais, lugar de execução das obrigações etc. Mas essas exceções são interpretadas pela Corte de Justiça da Comunidade Européia de maneira restritiva. A Corte justificou a aplicação desse princípio da Convenção de Bruxelas pelo interesse da comunidade dos estados europeus em alcançar princípios comuns e uniformes nos procedimentos civis.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> BGH 28.2.1996, *NJW* 1996, p. 1411, também in *IPRAX* 1997, p. 187; veja Peter Mankowski, Verlöbnisbruch, konkurrierende Deliktsansprüche und Rückforderung von Geschenken im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, *IPRAX* 1997, p. 174.

<sup>20</sup> O texto da decisão, no original reproduzido in *ZFRV* 1997, p. 233 é: "Das gebietet das Interesse des internationalen Rechtsanwendungseinklang und der Einheitlichkeit der Auslegung von Staatsverträgen (...). Es wäre nicht verständlich, eine internationale Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs in Fällen, die der Geltung des EuGVÜ unterliegen, auszuschließen, sie dagegen in Fällen ausserhalb seines Geltungsbereichs allgemeinen zuzulassen, obwohl das Interesse der Europäischen Staatengemeinschaft gerade darauf abzielt, in Fällen mit auslandsbezug zu möglichst einheitlichen Verfahrensgrundsätzen zu gelangen."

<sup>21</sup> Veja também Erik Jayme, Staatsverträge als ratio scripta im Internationalen Privatrecht, in: *Collisio Legum*, Fs Broggin (Mailand 1997), p. 211.

Senhoras e senhores: à primeira vista, a aplicação de uma convenção internacional que não está em vigor pode parecer um absurdo. Por outro lado, esse método (normas narrativas)<sup>22</sup> faz parte do direito internacional privado pós-moderno.

As regras de um tratado internacional assumem duas funções: a primeira função, no que concerne às questões da própria convenção, onde tem força obrigatória; a segunda função, narrativa. Isto quer dizer, os princípios enunciados pela Convenção podem ser tomados em consideração, para decidir questões que a Convenção reserva ao direito nacional.

Afirmar que esse fenômeno é narrativo - e não é o único caso. Existem outros casos com o mesmo método, inclusive o que um caso recente da Corte Suprema Austríaca, em que foi aplicada a Convenção de Lugano, a qual não estava em vigor ao momento da decisão.<sup>23</sup>

É chegado o momento de efetuar algumas observações no que tange à teoria: o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência - o direito deve evitar contradição. O juiz, na presença de duas fontes - uma européia transnacional e outra nacional - com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*).<sup>24</sup>

O direito europeu agora favorece o réu, conforme o princípio geral da Convenção de Bruxelas, que indica o domicílio do réu; enquanto o direito alemão nacional favorece - um pouco, mas favorece claramente - a parte demandante.

Há um conflito de valores e a Corte Federal resolveu esse conflito de valores da seguinte maneira: preferiu o direito europeu, a fim de buscar uma uniformidade de soluções no sistema europeu.<sup>25</sup>

Existem nesse julgado outras questões interessantes: mencionei o problema de ruptura do noivado, onde se trata também de determinar a lei aplicável a essa ruptura. A Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB) não prevê regra escrita sobre a lei aplicável a noivados. De outro lado, a Corte Federal favoreceu o princípio da nacionalidade, quer dizer, aplicada a lei da nacionalidade da demandada, brasileira.

É muito interessante observar a Corte alemã aplicando a lei brasileira, justamente porque a demandada com domicílio na Espanha tem nacionalidade brasileira. Vê-se que no mundo do direito internacional privado há um conflito eterno entre o princípio da nacionalidade (do direito alemão) e o princípio do domicílio (do direito brasileiro).

Em tempos pós-modernos, para proteger a identidade cultural (*kulturelle Identität*),<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Veja a criação desta expressão, in Erik Jayme, *Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht* (Tübingen 1993). E também Rouhette, Le style de la loi: normes narratives et normes contraignantes, in *Académie Internationale de Droit Comparé, Rapports généraux XIVe Congrès Internationale Athènes 1994* (Athen/Den Haag 1996), p. 37.

<sup>23</sup> Veja casos anteriores in Erik Jayme e Alexander Geckler, *österreich und das Europäische Kollisionsrecht: Die Parallelität als Rechtsfrage*, IPRAX 1993, p. 131 e seg.

<sup>24</sup> Jayme, ZfRV 1997, p. 235.

<sup>25</sup> Jayme, Staatsverträge als ratio scripta im Internationalen Privatrecht, in: *Collisio Legum*, Fs Broggini (Mailand 1997), p. 211.

<sup>26</sup> Jayme, ZfRV 1997, p. 234.

preferimos novamente o princípio da nacionalidade - que está sendo renovado e renascendo - tal como vemos nessa decisão da Corte Federal Alemã que indicou aplicável a lei brasileira ao caso de ruptura de noivado, em virtude da nacionalidade da demandada.

Retornando ao valor “narração”, gostaria de mencionar também um caso inglês, recente e muito interessante, no qual encontramos a mesma técnica de normas narrativas.<sup>27</sup> Trata-se de um conflito de competência inter-local, uma vez que o Reino Unido tem diferentes unidades territoriais com leis próprias – a Inglaterra e a Escócia, nesse caso.

Em um tribunal inglês, um banco inglês foi demandado para restituição de uma soma paga por uma autoridade escocesa, com base num contrato, que era nulo. A questão era saber se um juiz inglês é competente para o julgamento de um caso como esse. O Reino Unido, em lei especial, prevê a aplicação de regras da Convenção de Bruxelas também para a resolução de conflitos inter-locais.

A parte ré, domiciliada na Escócia, tem uma única possibilidade de encontrar uma base para competência judicial de juízes ingleses, que é o artigo 5, número 1<sup>28</sup> da Convenção de Bruxelas, que prevê para as obrigações contratuais, a competência no lugar de execução de contratos.

O ponto em questão é determinar se essa disposição deve ser considerada, ainda que nulo o contrato, no sentido do que prescreve o art. 5º, 1 da Convenção de Bruxelas incorporada no Reino Unido. Ou seja, uma obrigação constante de um contrato nulo é uma obrigação contratual, ou não?

A Corte decidiu que juízes ingleses eram competentes, tomando em consideração a Convenção de Roma sobre as Leis Aplicadas às Obrigações Contratuais, assumindo as consequências da nulidade do contrato quanto à lei aplicável ao contrato.

Dessa maneira, a Corte resolveu a questão da competência judicial nesse caso inglês-escocês, em relação a duas convenções européias - a de Bruxelas e de Roma. O direito convencional assumiu, assim, um papel de argumentação, figurando essa disposição como norma narrativa.<sup>29</sup>

Vemos essa tendência de tomar em consideração as convenções nos casos nacionais - aos quais não seriam aplicáveis - como parte do pós-moderno, porque as normas assumem duas funções: obrigatória e narrativa.

<sup>27</sup> Caso relatado in Jayme/Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 1997- Vergemeinschaftung durch Säulenwechsel?* IPRAx 1997, p. 385 ss.

<sup>28</sup> Convenção de Bruxelas: artigo 5º, 1 - Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida; em matéria de contrato individual de trabalho, esse lugar é o lugar onde o trabalhador efetua habitualmente o seu trabalho e, se o trabalhador não efetuar habitualmente o seu trabalho no mesmo país a entidade patronal pode igualmente ser demandada perante o tribunal do lugar onde se situa ou se situava o estabelecimento que contratou o trabalhador.

<sup>29</sup> Veja Erk Jayme, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIII, 1997, nr. 6- parte prima, p.816ss.

Após analisar estes dois exemplos da jurisprudência, passo agora a tratar de uma figura nova. O contrato pós-moderno por excelência, o contrato de time-sharing, que é a multi-propriedade.<sup>30</sup>

No momento, este modelo contratual tem recebido muita atenção da jurisprudência na Europa, tendo sido objeto de uma enormidade de casos e muitas decisões ou julgados que buscam solucionar o problema da lei aplicável e também o problema da competência jurisdicional aplicável a essa matéria.<sup>31</sup>

O time-sharing é um contrato que normalmente tem elementos de estraneidade porque, geralmente, são turistas de países do norte da Europa, os quais adquirem um imóvel situado num país no mar mediterrâneo, ou nas ilhas canárias. Nesse contrato – cujo imóvel está comumente perto de uma praia ou sítio turístico – deve-se considerar os problemas de proteção do consumidor adquirente desse imóvel, em caso de conclusão desse contrato fora do local comercial da venda.<sup>32</sup>

Esse contrato consiste na transferência de um direito de uso (ou habitação) de um imóvel por um período determinado. Trata-se de um contrato complexo, que inclui normalmente alguns serviços, pois o adquirente paga uma soma para a manutenção do prédio, para a administração do imóvel, etc.

É uma associação de troca que pode proporcionar uma semana na Espanha ou em Portugal, por exemplo. É um contrato que apela também ao sentimento, porque o turista permite ‘sentir-se’ proprietário por uma semana de uma casa perto de uma praia.<sup>33</sup>

Esse contrato, o contrato de time-sharing, é pós-moderno, pois é misto e de difícil classificação, uma vez que não observa a distinção clássica entre móvel e imóvel.

Na Europa existem países que dispõem de uma legislação especial em matéria de multi-propriedade – sobretudo Portugal, que regulou de maneira exaustiva esses problemas que concernem à multi-propriedade –, dando-se conta da necessidade de proteção do adquirente na comunidade europeia.<sup>34</sup>

Existe ainda uma diretiva da Comunidade Europeia, de 26 de outubro de 1994, concernente à proteção do adquirente em alguns aspectos do contrato de aquisição de direito de utilização por tempo parcial de propriedade imobiliária.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Jayme, *Recueil des Cours*, pg. 247 e seg.

<sup>31</sup> Veja Jayme/Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht – Der Dialog der Quellen*, *IPRAX* 1995, p. 343.

<sup>32</sup> Veja detalhes in Erik Jayme, “Europäische Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken”, *Europäische Binnenmarkt, IPR und Rechtstangleichung*, Hommelhoff/Jayme/Mangold (Ed.), C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 42-43.

<sup>33</sup> Veja Erik Jayme, *Neues Internationales Privatrecht für Time-Sharing-Verträge- Zum Teilzeit-Wohnrechtsgesetz vom 20.12.1996*, *IPRAX* 1997, p. 233.

<sup>34</sup> Jayme, *ZfRv* 1997, p. 235.

<sup>35</sup> Diretiva 94/47/CE de 26 de outubro de 1994.



Mister algumas palavras sobre a diretiva: afinal, o que é uma diretiva no direito europeu? Bem, a Diretiva é um ato legislativo da comunidade que vincula os Estados ao que concerne à finalidade da diretiva, obrigando os Estados-Membros a transpô-la nos sistemas nacionais. Os Estados, porém, ficam livres para determinar que medidas serão tomadas para atender essa diretiva.

É uma legislação – podemos afirmar pós-moderna – porque há três textos que assumem simultaneamente importância para resolver os casos: em primeiro, há a lei nacional, que transpõe a diretiva; em segundo, a diretiva em si e suas normas, porque o juiz é livre para interpretar a lei nacional à luz do direito europeu (logo, da Diretiva); em terceiro, existem os considerandos das diretivas (preâmbulos semelhantes aos dos Tratados Internacionais), os quais fixam sua finalidade e são importantes porque motivam a norma internacional.

Os considerandos são muitos importantes, porque no direito comunitário europeu, as diretivas sem motivação são nulas.

Então, são três textos a consultar para resolver um só caso.

A diretiva, a qual mencionei, sobre multi-propriedade, contém uma regra de direito internacional privado.<sup>36</sup> O artigo 9 dessa diretiva afirma que os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para - qualquer que seja a lei aplicável no caso de time-sharing - que a pessoa que o adquire não fique desprovida da proteção da diretiva europeia (mínimo standard de proteção europeu), quando o imóvel estiver situado no território de outro Estado-Membro.

No direito internacional privado pós-moderno, esta é uma regra unilateral, que protege o adquirente, considerado a parte mais vulnerável, porque é ‘pressionada’ pelo desejo de ter uma propriedade no estrangeiro dessa forma.

Por outro lado, a diretiva visa também uma finalidade completamente diferente: promover o bom funcionamento do mercado interno, evitando distorções de concorrência nos mercados nacionais. Sob essa ótica, tem sentido limitar essa proteção sobre contratos concernentes a imóveis situados em certos territórios na Europa.<sup>37</sup> O ‘double coding’ – principal característica da arquitetura pós-moderna - emerge claramente aqui em direito internacional privado.

Passo a um outro ponto da diretiva que é uma questão – também muito interessante – da proteção ao adquirente por meio da determinação da língua utilizada na redação de um contrato, que também está regulada pela Europa.

O contrato é documento que porta informações prescritas pela diretiva e – eu cito - deve ser redigido em uma das línguas oficiais da Comunidade Europeia, numa língua de um dos Estados-Membros, para proteger o adquirente, que não deve ser privado do uso da língua que conhece.

<sup>36</sup> A Veja Jayme, Erik, *Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, vergleichendes Übersetzen, Time-Sharing-Verträge, IPRAX* 1995, pg. 135.

<sup>37</sup> Jayme ZfRV 1997, p. 235.

Com efeito, é a língua nacional que se impõe, para protegê-lo, bem como a língua do país onde reside ou que escolheu. É uma regra inovadora, protegendo a identidade cultural do consumidor. É uma inovação, podemos dizer, em direito europeu comunitário.

Passo agora ao último ponto dessa conferência, que é o direito internacional privado das obras de arte. Logo ao início da conferência, mencionei a arte pós-moderna. É muito interessante verificar que o fenômeno pós-moderno é cultural. As obras de arte tornaram-se objetos com regra especial no direito internacional privado.<sup>38</sup>

Na concepção clássica do direito internacional privado, as obras de arte, como as pinturas, por exemplo, eram consideradas coisas móveis. Em geral, se aplicaria a lei do local da situação da coisa, para determinar, por exemplo, a questão da propriedade.

Na Europa, agora, temos uma diretiva relativa à restituição de bens culturais ilegalmente exportados, datada de 1993, e que possui disposição especial de conflito de leis.<sup>39</sup> O regramento da propriedade cultural e também de sua restituição é regulado pela legislação do Estado-Membro.<sup>40</sup>

Segundo essa disposição, aplicamos, então, a lei do país de origem da obra de arte.<sup>41</sup> É uma inovação, devido à proteção das obras de arte nacionais: o bem cultural assume grande importância para a identidade cultural das pessoas que formam a nação. Essa idéia é uma idéia pós-moderna.

É muito interessante observar que o Tratado de Roma de instituição da Comunidade Européia (Tratado de Roma) tem no artigo 36 uma regra sobre a proteção desses bens culturais (Exceção à livre circulação de bens na comunidade), reservando-a aos Estados nacionais. Ou seja, a legislação nacional é a que importa.<sup>42</sup>

É uma idéia pós-moderna, porque essa disposição bem reflete o respeito à identidade cultural das pessoas e aos sentimentos das pessoas que formam uma nação. Naturalmente, existem muitos problemas para determinar a nacionalidade de uma obra de arte. Temos discutido bastante na Europa o problema da nacionalidade das obras de arte, e vocês podem imaginar como é difícil de determinar a nacionalidade delas.<sup>43</sup>

Em direito internacional privado, a regra clássica era a da situação da coisa, ou seja, a aplicação da lei de onde está localizado o bem (*lex loci rei sitae*). Daí ser muito importante esta exceção, a qual determina a aplicação da lei de origem do bem cultural, sendo uma inovação que reflete o espírito pós-moderno.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Erik Jayme, The Status of cultural Property in German Private International Law, in Erik Jayme (Ed.) *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens* 1994, Heidelberg, p. 8ff.

<sup>39</sup> Richtlinie 93/7/EWG über die Rückgabe von unrechtmässig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern, Abl EG L 74, p. 74.

<sup>40</sup> Veja Mussnug, Das Kunstwerk im internationalen Recht, in *Kunst und Recht*, Heidelberg, 1985, p. 15ss.

<sup>41</sup> Veja Erik Jayme, Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im Internationalen Privatrecht, in *Études de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, Basileia, 1993, p. 717ss.

<sup>42</sup> Jayme, *Études de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, p. 720.

<sup>43</sup> Jayme, *Études de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, p. 723.

<sup>44</sup> Jayme, *Études de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, p. 719.

Senhoras e senhores, chego à conclusão.

Mencionei quatro elementos característicos da cultura pós-moderna: o pluralismo, a narrativa, a comunicação e o retorno dos sentimentos - um certo irracionalismo dos tempos pós-modernos. Observamos que esses fenômenos, que caracterizam o mundo pós-moderno, transformaram, em certa medida, o nosso direito internacional privado.

O pluralismo reforçou a idéia de autonomia da vontade das partes. Por outro lado, protege-se identidade cultural da pessoa, de um nacional, por exemplo, e da nacionalidade das obras de arte. Essa idéia de pluralismo encontrou um lugar de honra no direito internacional privado pós-moderno. A comunicação, segundo os valores do pós-modernismo, conduz à idéia de integração. A jurisprudência alemã e inglesa citadas bem demonstram este desejo de atingir soluções uniformes na Europa. A técnica nova do diálogo entre fontes legislativas: existem as convenções internacionais, a lei nacional e as diretivas - as quais, por sua vez, dispõem de três textos. Esse diálogo das fontes é um fenômeno novo e impactante, porque antes se considerava apenas a idéia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas.

Também as convenções internacionais assumem dupla função: regulam conflitos, que podemos chamar de inter-regionais, porque na Europa agora pensamos nesses termos; mas também servem como modelo para transformar os sistemas nacionais.

O terceiro valor, a narração, demonstra-se na emergência de normas narrativas. Isto quer dizer que, nas regras de direito, o juiz deve considerar várias normas como, por exemplo, a questão dos três textos das diretivas, para resolver um só caso prático.

O quarto valor: o retorno dos sentimentos e a proteção da identidade cultural, têm uma certa influência no direito internacional privado, tal como se viu no caso brasileiro, no qual, segundo a Corte, deve-se aplicar a lei nacional à senhora brasileira domiciliada na Espanha para determinar a sua responsabilidade. É o renascimento do princípio da nacionalidade, em virtude da proteção da identidade cultural do indivíduo.

Gostaria, ao fim dessa conferência, de salientar que devemos muito aos autores da América Latina no que concerne à discussão sobre a relação entre a cultura pós-moderna e o direito.<sup>45</sup> Na Espanha, também se discute muito esses problemas: há alguns meses, uns jovens professores de Granada publicaram um artigo sobre o direito internacional privado e pós-modernismo.<sup>46</sup>

É um tema apaixonante e eu agradeço muito à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul de ter escolhido esse tema para a primeira conferência que faço no Brasil. Muito obrigado.

<sup>45</sup> Veja, por todos, Ghersi, Carlos Alberto, *La Posmodernidad Jurídica*, Buenos Aires, 1995.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Postmodernismo y Derecho internacional privado, Revista española de Derecho internacional XLVI (1994), 557 ss

## VISÕES PARA UMA TEORIA PÓS-MODERNA DO DIREITO COMPARADO<sup>1</sup>

---

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Erik Jayme

### I – Prática e Teoria do Direito Comparado

O Direito Comparado aplicado (*die angewandte Rechtsvergleichung*) é hoje um direito de evidências e quase-obviedades.<sup>2</sup> Não segue nenhuma Teoria, mas sim, uma tarefa prática de organização. Seja no exame de um caso de Direito internacional privado com elementos de estraneidade (*Auslandsfall*)<sup>3</sup>, ou de um projeto de lei, seja na preparação para uma planejada uniformização de leis, seja na decisão de uma nova pergunta em um caso concreto: em todos estes momentos - e para citar ZWEIGERT<sup>4</sup> - o direito comparado serve ao auto-controle e à afirmação da própria solução proposta (*Kontrolle und Bestätigung der eigenen Lösungen*).

Cada vez mais, são raras as reflexões sobre a função e o método do Direito Comparado como ciência. Como ciência, trata-se - nas palavras de RABEL - de *Erkenntnis*, de conhecimento.<sup>5</sup> O conhecimento é inicialmente livre de uma finalidade: ele deve aumentar nossa visão, multiplicar nosso saber científico (*Wissen*). Este efeito multiplicador só é possível através de novas indagações, como a que estamos propondo.

<sup>1</sup> Tradução para o português da Conferência apresentada em Osnabrück, em 5 de Junho de 1997, publicada no Brasil in Revista dos Tribunais (São Paulo), nr. 759, ano 88, janeiro 1999, p. 24 a 40. A forma da apresentação foi mantida pelo Autor, que agradece as contribuições de seu Assistente Sr. Florian Wagner. Tradução livre e autorizada da Professora Dra. Claudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil. A tradução realizada pode ser considerada “livre”, pois tentou manter a forma original narrativa e quase literária do texto, sem deixar de mencionar as várias idéias sugeridas através da precisão alemã dos conceitos jurídicos e filosóficos usados e de bem humorados jogos de palavras, que se perderiam em uma tradução literal.

<sup>2</sup> Sobre a diferença entre Direito comparado “angewandter” e “spekulativer”, veja SANDROCK, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, Frankfurt am Main/Berlin 1966, pg. 12 ss., 23 ss.

<sup>3</sup> Veja JAYME, Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht, Festschrift Schwind, Wien 1978, pg. 103 ss.

<sup>4</sup> ZWEIGERT, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15(1949/50), 5 ss., 17.

<sup>5</sup> RABEL, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13(1924), 279 ss., citado aqui segundo Gesammelte Aufsätze III (1967), pg. 1 ss., 6.

## II – Teses para um Direito Comparado Pós-moderno

A Pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da Modernidade, que ela não quer ser.<sup>6</sup>

Para que se construa uma visão dos reflexos da pós-modernidade no direito, mister propor algumas teses, discuti-las e analisá-las, como as observações a seguir pretendem ser e reascender.

A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno 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. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*).

A segunda Tese afirma 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*). Menos para o que ficou, para aquilo que a história desenvolveu, e sim, mais, para o atual, para o contemporâneo (*Zeitgenössische*), cujo destino histórico e permanência ainda são incertos.

A terceira Tese de trabalho é interdisciplinar e afirma que: o objeto da 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-modernos (*postmoderne Werte und Denkstrukturen*).

Estas três Teses exigem um exame aprofundado, uma maior análise, quanto mais se refletimos sobre as perguntas práticas que propõem.

## III – A Unidade Substancial (“Unità sostanziali”) de Vico até a atualidade

O direito comparado moderno inicia realmente já com o filósofo VICO, nascido em 1668 em Nápoles, Itália. Na sua obra “Scienza Nuova”, que somente foi conhecida em 1725, encontra-se como décimo-terceira “*degnità*” o seguinte dogma (*Lehrsatz*):<sup>7</sup> “*Idee uniformi nate appo intieri popoli tra essoloro non conosciuti debbon avere un motivo comune di vero.*” Em Português: idéias uniformes nascidas nos povos inteiros, que entre si não se conhecem, devem ter um motivo comum de verdade.

Em sua obra, na qual ele desenvolve da natureza das nações um direito natural dos povos, refere-se VICO à 13ª “*degnità*” como um “*gran principio*”.<sup>8</sup> O “*senso comune del gener umano*” é que faria tal “*unità sostanziali*” aparecer.

Destas considerações para a hoje majoritária noção de Direito comparado, não estamos longe. Trara-se de uma teoria antropológica: afinal, o homem reage a determinadas exigências (*Anforderungen*) de maneira semelhante.

<sup>6</sup> Veja KOSLOWSKI, Die postmoderne Kultur, 2. Ed. München 1988, pg. 48, 88, 151; CESERANI, Raccontare il postmoderno, Turin 1997, pg. 127.

<sup>7</sup> Giambattista VICO, La scienza nuova ( Paolo Rossi Org.), Rizzoli 1977, pg. 179.

<sup>8</sup> VICO, idem. Veja sobre o tema CONSTANTINESCO, Rechtsvergleichung, tomo I, 1971, pg. 87.

Emerico AMARI (1810 - 1870) criou com sua obra monumental “Critica di una scienza delle legislazioni comparate” - aparecida em Genova em 1857 - e com base nas idéias de VICO, um Sistema de Direito Comparado como ciência.<sup>9</sup> Note-se que AMARI usa como escala de comparação, um fator alheio ao direito mesmo examinado, o que tem sempre fascinado a discussão metodológica. AMARI chama este fator de “o melhor social” (*das soziale Beste*).<sup>10</sup> Mais tarde, referem-se os autores à idéia de justiça (*Gerechtigkeitsidee*).<sup>11</sup> Onde o comum não era encontrado, o diferente era considerado passageiro ou irrelevante. A idéia de progresso está ligada àquelas normas jurídicas (*Rechtssätzen*), cuja aceitação universal era considerada apenas um pergunta de tempo.<sup>12</sup>

#### IV - Nietzsche: A época da comparação

Da mesma forma pensava Friedrich Nietzsche. Em sua obra “Menschliches, Allzumenschliches - Ein Buch für freie Geister”, que aparece em 1878, seu 23º Aforismo possui o título “Das Zeitalter der Vergleichung” (a época da comparação). Aqui encontramos as seguintes frases:<sup>13</sup> *Jetzt wird eine Vermehrung des ästhetischen Gefühls endgültig unter so vielen der Vergleichung sich anbietenden Formen entscheiden: sie wird die meisten - nämlich alle, welche durch dasselbe abgewiesen werden - absterben lassen. Ebenso findet jetzt ein Auswählen in den Formen und Gewohnheiten der höheren Sittlichkeit statt, deren Ziel kein anderes, als der Untergang der niedrigeren Sittlichkeiten sein kann. Es ist das Zeitalter der Vergleichung!*

Fatos comuns nascem aqui a custa dos mais fracos. Trata-se de uma comparação parecida com o darwinismo: os costumes e regras jurídicas comparam-se a si mesmas.<sup>14</sup> Algumas desaparecerão, outras sobreviverão. AMARI menciona de forma semelhante a “biologia das leis”.<sup>15</sup>

Ponto alto deste direito comparado científico-antropológico é a definição de KOHLER sobre o método do direito comparado:<sup>16</sup> “Trata-se, portanto, de compreender

<sup>9</sup> JAYME, Emerico Amari (1810 - 1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft, Festschrift Firsching 1985, pg.143 ss.

<sup>10</sup> Veja JAYME, idem, pg. 160.

<sup>11</sup> Sobre “droit idéal relatif”, veja ZWEIGERT, ob. cit. na nota 4 acima, 19 ss.

<sup>12</sup> Veja JAYME, Rechtsvergleichung und Fortschrittsidee, in: Schwind (Org.). Österreichs Stellung heute in Europarecht, IPR und Rechtsvergleichung, Wien 1989, pg. 175 ss. = Diritto comparato e teoria del progresso, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 1995, 39 ss.

<sup>13</sup> NIETZSCHE, Werke - Kritische Gesamtausgabe ( Colli/Montinari, Org.), Vierte Abteilung, Tomo II, Berlin 1967, pg. 40.

<sup>14</sup> Veja JAYME, Das Zeitalter der Vergleichung - Emerico Amari (1810 - 1870) und Friedrich Nietzsche (1844-1900), in: MAZZACANE/SCHULZE (Org.), Die deutsche und die italienische Rechtskultur im “Zeitalter der Vergleichung”, Berlin 1995, pg. 21 ss.

<sup>15</sup> Emerico AMARI, Critica di un scienza delle legislazioni comparate (1857), citado aqui segundo a edição de Frosini, Palermo 1969, Tomo 2, pg. 161 : “...la legislazione comparata diventa una biologia universale delle leggi...”.

<sup>16</sup> KOHLER, Ueber die Methode der Rechtsvergleichung, GrünhutsZ 28(1901), 273 ss., 276.

cada direito nacional como uma linha adequada (*Glied*) para a cultura das pessoas, e de esclarecer sua contribuição para a formação da humanidade.”

O positivismo reprimirá um pouco estas idéias. Mais tarde, a doutrina procurará novamente este fim comum e procurando - como no projeto de Cornell - o “*common core*” das ordens jurídicas.<sup>17</sup> ZWIEGERT e KÖTZ formulam como princípio heurístico uma *praesumptio similitudinis*, a presunção de similitude das soluções jurídicas.<sup>18</sup> O direito comparado funcional, que não se preocupa com o sistema, mas sim com o concreto resultado para uma questão jurídica, conclui com a ajuda da pesquisa de fatos jurídicos concretos (*Rechtstatsachenforschung*) novas semelhanças. Hoje, em tempos de União Européia, é vista como tarefa principal da ciência descobrir, conceituar e daí criar um direito privado europeu, como Kötz em sua recente obra “*Europäischen Vertragsrecht*” formula.<sup>19</sup> A cultura jurídica européia, que retorna às mentes com a ajuda do direito comparado, parece ser um instrumento, uma nova guia, uma nova “diretiva de interpretação” (*Interpretationsdirektive*).<sup>20</sup>

## V – A Pós-modernidade: Valores e Formas

A pós-modernidade vive de outros pensamentos. O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor. A identidade cultural do indivíduo, como a dos povos, é que necessita de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico (*Rechtswert*); as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes.

Com isso, nos aproximamos da segunda tese, qual seja, do interesse da pós-modernidade no acontecimento contemporâneo, momentâneo, confirmando uma nova maneira de perceber a comparação.

O choque do novo passa a ser visível, especialmente na arquitetura, na pintura e na arte. Tratava-se inicialmente de uma nova valoração da expressão construída (*Neubewertung der Ausdrucksformen des Bauens*). “*Learning from Las Vegas: The Forgotten Symbolism of Architectural Form*” foi o título de um escrito que Robert VENTURI com dois co-autores publicou em 1972, hoje considerado um dos livros de culto (*Kultbuch*) da pós-modernidade.<sup>21</sup> A - abstrata e ao bel prazer - possível

<sup>17</sup> Veja Werner LORENZ, *Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts*, JZ 1962, 269 ss., 273 ss.; SACCO, *Un metodo di lavoro nuovo: Il seminario di Cornell*, *Rivista di diritto civile* 1972 II, 172 ss.

<sup>18</sup> ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tomo I: *Grundlagen*, 2. Ed. 1984, pg. 41; crítico GROSSFELD, *Rechtmethoden und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 55 (1991), 4ss., 6.

<sup>19</sup> KÖTZ, in: KÖTZ/FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht*, Tomo I, Tübingen 1996, VI. Caminhos semelhantes são percorridos pela moderna história do Direito; veja sobre o tema de um lado ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 1992, 8 ss., e de outro BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?*, Rom 1997.

<sup>20</sup> Veja MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, JZ 1991, 529 ss., 534.

<sup>21</sup> VENTURI/SCOTT BROWN/IZENOUR, *Learning from Las Vegas: The Forgotten Symbolism of Architectural Form*, Cambridge (Mass.), London, 13. Reimpressão 1994.

troca de partes e funções do edifício com a finalidade, que o construído narre e demonstre seu sentido, seu fim, leva a que, por exemplo, um restaurante, que deseja fazer publicidade para seu pato assado, seja construído em forma de pato: “The Long Island Duckling” - antes motivo de chacota, agora respeitado- aparece como expressão de uma nova alegria de viver, que quer ser contada.<sup>22</sup> A nova vivência (*Erlebnisdichte*) exige uma narração, quer narrar suas experiências.

Ao mesmo tempo, momentos básicos da história passam a ser utilizados e mostrados. Construções passam a ter, o que JENKS considera o conceito central da arquitetura pós-moderna, um “double coding”, um sentido duplo, sentido múltiplo: uma citação nostálgica encontra-se ao lado de uma narração, de uma descrição feita pelo próprio edifício.<sup>23</sup>

Da mesma forma, a pintura após o moderno. O choque das exposições da “Am Moritzplatz” de Berlim no final dos anos 70 transforma-se rapidamente em sucesso mundial. A pintura de objetos retrocede, substituída por uma arte-rascunho de abstratos acasos e longe do sentido (*sinnenferne Konzeptkunst der abstrakten Zufälligkeiten*).<sup>24</sup> O corpo humano - por exemplo, na obra de Rainer FETTING<sup>25</sup> - passa a ter a importância, que desde os gregos antigos possuía.

## VI – Direito Comparado Pós-moderno: Definição

A doutrina sobre a pós-modernidade e seus reflexos no Direito já preenche algumas prateleiras das Bibliotecas.<sup>26</sup> Apesar do perigo da arbitrariedade, é possível escolher algumas linhas e modelos de pensamento básico para este tema.<sup>27</sup> Destes pensamentos básicos é de se destacar, em primeiro lugar, a pluralidade das formas de vida (*Pluralismo*), em segundo, a narração como prazer na descrição e na informação (*Narração*), ainda a fuga da categoria, do igual (“*Flucht aus der Kategorie*” de Gamm<sup>28</sup>) e por último, o que o jusfilósofo Arthur Kaufmann denomina de

<sup>22</sup> VENTURI/SCOTT BROWN/IZENOUR, idem, pg. 87 seg.

<sup>23</sup> JENKS, What is Post-modernism?, 3.Ed., New York 1989, pg. 14. Veja sobre a aplicação prática do “double coding” através do arquiteto Philip Johnson: Franz SCHULZE, Philip JOHNSON - Life and Work, Chicago 1994, pg. 349-350; veja também VENTURI, Complexity and Contradiction in Architecture, 1966, 2. Ed. 1977, Reprint 1992, pg. 34 ss.

<sup>24</sup> Veja o capítulo “Malerei der Postmoderne - die Neuen Wilden”, in: KLOTZ, Kunst im 20. Jahrhundert - Moderne, Postmoderne, Zweite Moderne, München 1994, pg. 94 ss.

<sup>25</sup> Veja M. FAUST, Rainer FETTING, in: Ausstellungskatalog Berlin/Weimar 1990, pg. 22 seg.

<sup>26</sup> Mister diferenciar entre Teoria Jurídica pós-moderna e direito pós-moderno; sobre a primeira veja, por exemplo, DOUZINAS/WARRINGTON/MCVEIGH, Postmodern Jurisprudence, Paperback, New York 1993; LADEUR, Postmoderne Rechtstheorie, 2. Ed., Berlin 1995; veja também SÁNCHEZ LORENZO, Postmodernismo y Derecho internacional privado, Revista española de Derecho internacional XLVI (1994), 557 ss.; GHERSI, La posmodernidad jurídica, Buenos Aires 1995.

<sup>27</sup> Veja JAYME, Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours 251(1995), 9 ss., 247.

<sup>28</sup> Gerhard GAMM, Flucht aus der Kategorie - Die Positivierung des Unbestimmten als Ausgang der Moderne, Suhrkamp 1994.



“Revival do irracional” (“Wiederkunft des Irrationalen”),<sup>29</sup> o que se poderia de forma positiva compreender também como o “Retorno dos sentimentos” (*Rückkehr der Gefühle*).<sup>30</sup>

Com isto alcançamos um **Definição** provisória: O direito comparado pós-moderno pesquisa as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como formas de expressão contemporânea de valores (*Werten*) e estilos de pensar (*Denkstilen*).

Para melhor compreensão, alguns exemplos:

## VII – Pluralidade como Valor jurídico

Dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage an universelle Ansprüche eigener Anschauungen*). Isto pode ser dito de forma mais radical: É a aceitação do não conciliável (*Hinnahme des Unvereinbaren*). LYOTARD escreve:<sup>31</sup> “Le savoir postmoderne n’est pas seulement l’instrument des pouvoirs. Il raffine notre sensibilité aux différences et renforce notre capacité de supporter l’incommensurable.” Em português: O saber, a condição pós-moderna não é somente um instrumento de poder. Ele desenvolve, refina nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incommensurável, o inconciliável (*das Unvereinbare zu ertragen*).<sup>32</sup>

Na teoria do direito encontramos tentativas de explicação para as grandes diferenças; como se a causa original (*Entstehungsursachen*) para determinadas regras fosse a “path dependence” ou o jogo de coincidências no sentido da Teoria do Caos.<sup>33</sup> O que chama atenção, porém, que não só se reconhece esta interdependência, mas sim a aceita. Uma explicação racional poderia ser o fato que as diferenças fomentam a concorrência. Por trás de tudo, porém, está a idéia da pluralidade.

Na linguagem do direito, o pluralismo significa ter à disposição alternativas, opções, possibilidades, como demonstrou a pouco LEMOULAND no seu artigo “Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?”<sup>34</sup> Este autor afirma: “La loi ne dirige plus. Elle gère.”<sup>35</sup> O que poderíamos traduzir livremente como: A lei não mais conduz, ela administra. É o que Koslowski denomina a força normadora da vida (“*die normsetzende Kraft des Lebens*”).<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nachneuzeit*, Heidelberg 1990, pg. 6.

<sup>30</sup> Veja sobre o tema Gerhard HOFFMANN/Alfred HORNUNG (Org.), *Emotion in Postmodernism*, Heidelberg 1997.

<sup>31</sup> LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris 1979, pg. 8 -9.

<sup>32</sup> LYOTARD, *idem*, joga com a dupla significação da palavra “incommensurable”, que significa tanto “incommensurável”, como também “sem medida”.

<sup>33</sup> Veja ROE, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, Harvard L. Rev. 109 (1996), 641 ss.

<sup>34</sup> LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?*, Dalloz, *Chronique*, 1997, 133ss.; veja também JAYME, *Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in: *Il Diritto dei nuovi mondi*, Mailand 1994, pg.343 ss.

<sup>35</sup> LEMOULAND, *idem*, pg. 135.

<sup>36</sup> KOSLOWSKI, *ob. cit.*, pg. 152.

Pensado é aqui não só a pequena autonomia dos indivíduos, mas sim significa a convivência, lado a lado, ao mesmo tempo, dos diferentes, do estrangeiro (*das Nebeneinander des Fremden*), é a adaptação dos contrapostos. Comparação pós-moderna significa então estudar a posição dos vários sistemas jurídicos nestas questões.

Aqui se inclui estudar as diferentes intensidades do respeito dos Estados com relação à individualidade e aos costumes dos seus povos nativos.<sup>37</sup> A proteção da identidade cultural das minorias é apenas um aspecto da maneira pós-moderna de ver, onde cada indivíduo pode pretender e alcançar um direito a ser diferente (*droit à la différence*).<sup>38</sup>

## VIII – Direito Matrimonial

Um bom exemplo pode ser o direito de contrair matrimônio. O direito matrimonial foi reformado recentemente em muitas ordens jurídicas. Na Alemanha foi apresentado um projeto de lei de reforma geral do direito de contrair matrimônio (*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts*) de 9 de fevereiro de 1996.<sup>39</sup>

Começemos pela **Espanha**, cujo direito matrimonial é bem conhecido na Alemanha através do *leading case* “Spanier-Entscheidung” da Corte Constitucional Federal de 4.5.1971. Atualmente não só o casamento civil foi introduzido ao lado do casamento religioso, como o Estado espanhol concluiu um convênio de cooperação e reconhecimento com três religiões, o qual foi aprovado através da normativa notarial de 10.11.1992.<sup>40</sup> Agora, portanto, tem efeitos civis os casamentos religiosos realizados pelo rito mulçulmano, se este casamento for corretamente inscrito no Registro Civil. Sendo assim convivem hoje na Espanha cinco formas de celebração do casamento: a canônica, a forma civil, a islâmica, a judaica e a protestante-evangélica.

A **Itália** chega a superar, em matérias de formas de celebração de casamentos válidos, a Espanha. Protestantes-waldenses, protestantes-metodistas, protestantes-adventistas, protestantes-evangélicos e judeus podem casar segundo seus ritos.<sup>41</sup> Estes casamentos tem efeitos civis com o registro civil. Estas formas de casamento possuem como base os convênios do Estado italiano celebrados com estas respectivas igrejas e aumentam as já tradicionais outras formas de celebração do casamento: as três formas do casamento da Concordata

<sup>37</sup> Assim, por exemplo, Austrália e Nova-Zelândia, assim como o status dos índios nos EUA e Canadá. Veja por todos a excelente compilação de Masaji CHIBA (Org.), *Asian Indigenous Law*. In *Interaction with Received Law*, London, New York 1986.

<sup>38</sup> René Jean DUPUY, *La clôture du système international - La cité terrestre*, Paris 1989, pg. 115: “.. le droit à la différence. Son apparition est le signe d’une transformation radicale dans la perception de l’humanité.”

<sup>39</sup> BR-Drucks. 79/96 ( 9.2.1996).

<sup>40</sup> Veja Marchal ESCALONA, *Matrimonio religioso y la instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección de los Registros y del Notariado*, La Ley XVII, Nr. 4175 (27.11.1996), pg. 1 ss.; GARCÍA RODRIGUEZ, *Non-Catholic Religious Marriages in Spain*, *Spanish Yearbook of International Law* II (1992, publicado em 1996), pg. 32 ss.

<sup>41</sup> CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile* 5. Ed. Padova 1995, pg. 296 -298 (Com. ao Art. 83 C.c.it.).

(casamento católico) e o casamento civil.<sup>42</sup> Os detalhes são múltiplos e complicados. Dentre as condições para a celebração do casamento está incluída a nacionalidade italiana do celebrante em algumas religiões.<sup>43</sup> Pluralidade significa, portanto, uma complexa construção normativa.

O direito alemão não conhece uma semelhante pluralidade. A regra é o casamento civil (§ 11 EheG), com a única exceção do casamento entre estrangeiros previsto no Art. 13 parágrafo 3, segunda frase, da Lei de Introdução ao Código Civil alemão (EGBGB). Aqui não estão sendo previstas mudanças. As regras alemãs sobre a celebração do casamento tem como princípios básicos a facilitação administrativa e a economia de custos. Assim explicam orgulhosos os servidores do Ministério da Justiça, que trabalharam o projeto de reforma, que a mudança legal irá “poupar 33333 horas de trabalho.”<sup>44</sup> Na exposição de motivos do governo encontramos no que se refere à celebração do casamento a seguinte surpreendente frase:<sup>45</sup> “Efeitos desta lei sobre preços individuais, sobre nível de preços e especialmente sobre preços ao consumidor não são de se esperar, uma vez que as regras previstas não refletirão em aumento de custos para a economia e para o consumidor.”

Nenhuma palavra sobre a necessidade de pluralidade, que na sociedade e na consciência coletiva já é um consenso.

Esta comparação demonstra que, entre Alemanha e Espanha, uma enorme diferença existe. O direito comparado pós-moderno se contenta com isto. Uma valoração não é trazida. O direito segue a identidade cultural de um país. A Espanha agradece a sua existência como nação à Reconquista e à luta dos católicos contra os reis mouros; mas o testemunho da cultura árabe é tão forte que se tornou parte da atual Espanha. Na Itália permanecem os casamentos islâmicos sem efeito civil. Na Alemanha a celebração do casamento parece fazer nascer problemas econômicos. No mais, a preocupação principal é a criação de uma união monetária na Europa.

## IX - Direito de Família Narrativo

Ficaremos um pouco mais com a Espanha. Se compramos em Granada a coletânea de leis usada pelos estudantes da Faculdade de Direito chamada “Leyes civiles especiales”, então encontraremos na rubrica “direito de Família” um Decrero da Comunidade Autónoma de Andalusia de 9.1.1996, o qual cria um registro legal para uniões fáticas, denominadas “*uniones de hecho*” ou “*uniones afectivas*”.<sup>46</sup> Uniões para a vida, uniões estáveis e fora do

<sup>42</sup> Sobre o casamento da concordata, veja JAYME, Die Revision des Konkordats zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl und das deutsche Internationale Privatrecht, Jahrbuch für Italienisches Recht 2 (1988), pg. 3 ss.

<sup>43</sup> Veja sobre o tema SAGUTO, La disciplina del matrimonio nelle intese tra Repubblica Italiana e confessioni religiose diverse dalla cattolica, Diritto di famiglia e delle persone 1994, 778 ss., 784 (uma exceção seria o pastor waldense -Seita do século XII considerada herética-, o qual não necessita ter a nacionalidade alemã para ser celebrante no sentido da “intese”).

<sup>44</sup> Apud BOSCH, Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts, FamRZ 1997, 65 ss., 70.

<sup>45</sup> BR-Drucks. 79/96 (9.2.1996), pg. 37.

<sup>46</sup> RUIZ-Rico RUIZ (Org.), Leyes civiles especiales, Granada 1996, pg. 525 seg.

casamento – hetero ou homossexuais – podem se deixar aqui registrar. Preenchem os requisitos para o registro também as dissoluções de tais uniões e os contratos sobre os efeitos pessoais e patrimoniais de tais relacionamentos.

Andalusia não possui nenhuma competência para legislar sobre Direito de Família.<sup>47</sup> Pergunta-se então qual é o significado de tal lei, sem dúvida tem efeito simbólico e demonstra o reconhecimento de uma sociedade. encontramos aqui um fenômeno pós-moderno de primeira linha, isto é, um texto legal sem nenhum efeito direito ou reconhecido. Sua finalidade é um apelo à consciência. Aparece a norma “narrativa”, que narra, não tem coerção, não manda...<sup>48</sup>

Pensemos, a contrário, no papel e função do notariado alemão e percebe-se porque uma regra semelhante não teria nenhuma possibilidade na Alemanha.

## X – Sentimento e direito pós-moderno

Uma das características da pós-modernidade é abertamente confessar-se ao sentimento.<sup>49</sup> É o irracional que pressiona para a superfície.<sup>50</sup> A este movimento se aproxima na arquitetura a chamada “volta ao privado” (“*Rückzug auf das Private*”), que Stefan Grundmann tão magistralmente demonstrou.<sup>51</sup> Assim também o Castelo-hotel “Vier Jahreszeiten” em Berlin, projetado por Karl Lagerfeld que bem representa a arquitetura de sonhos da pós-modernidade, que com pedaços de lembranças e memórias visa atingir os sentimentos embevecidos dos hóspedes.

Direito e emoção parecem não compatíveis, como se excluíssem um ao outro, logo, devemos perguntar como o direito reage a tais valores.

O *Code civil* francês em matéria de direito das crianças conhece uma nova regra (Art. 311-13), segundo a qual as partes, que perderem um processo envolvendo um criança, mas que criaram faticamente a respectiva criança até este momento, recebem um direito de visira, sempre que isto representar o interesse de bem-estar do menor. A Corte de Cassação utilizou-

<sup>47</sup> Isto se relaciona com o fato de que em Andalusia não existe Direito Foral. O Decreto se baseia no Art. 12 do Estatuto de Autonomia, sem discriminar exatamente as matéria. Em consideração viria, no máximo, “El fomento de la calidad de vida del pueblo andaluz” (Nr.5). Veja PÉREZ ROYO, Constitución española - Estatuto de autonomía para Andalucía, Sevilla 1995 pg. 107. Sobre divisão (Rechtsspaltung) do direito de família espanhol, veja JAYME, Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis, RabelsZ 55(1991), 303 ss.

<sup>48</sup> Veja JAYME, Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 1993.

<sup>49</sup> Veja sobre o tema a coleção “Emotion in Postmodernism”, ob. cit. na Nota 30. O “Moderno” ao contrário pode ser descrito no título do lendário album “Birth of the Cool” (Miles Davis 1950); com este título ocorreu em 1997 o Festival de Zurique com a exposição da pintura norte-americana desde 1945.

<sup>50</sup> Com uma visão política, veja HUNTINGTON, The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order, New York 1996.

<sup>51</sup> Stefan GRUNDMANN, Moderne, Postmoderne und nun Barock - Entwicklungslinien der Architektur des 20. Jahrhunderts, Stuttgart 1995, pg. 85 ss.

se desta norma em recente acórdão no qual o antigo marido da mãe da criança recebeu um direito de visita por dois finais de semana por mês, quando se divorciou da mãe da criança. note-se que a criança não era filho natural de tal divorciado e a criança fora legitimado pelo novo casamento da mãe com o seu pai natural.<sup>52</sup> Isto aconteceu contra a vontade dos pais naturais da criança. Lê-se na sempre sucinta argumentação da corte de Cassação francesa que laços afetivos ligavam o antigo padastro à criança: “M.Y. avait prodigué affection et soins personnels au jeune Brice..”

Uma comparação com o direito alemão seria interessante. Um tal resultado seria, seguindo-se o direito atualmente em vigor, impossível.<sup>53</sup> A noção de ordem da família é bastante estrita. Mencionamos por vezes a “família social”,<sup>54</sup> mas com isto não visamos os relacionamentos múltiplos. A jurisprudência alemã recorre as vezes a tais aproximações para reconhecer e constituir um direito de visitas aos avós.<sup>55</sup> Somente, porém, em caso de abuso do direito dos pais, direito este de pátrio-poder que será então parcialmente reduzido pelo Tribunal.

Já no direito francês o “amor” pode ser parte da hipótese legal ou suporte fático (*Tatbestandsvoraussetzung*) de uma norma jurídica. Os sentimentos, que podem ser significativos para o aparecimento de um direito subjetivo, não são simples, uma vez que empatias e carinho (*Zuneigungen*) podem se dividir e ser distribuídos a muitas pessoas.

As pessoas na Alemanha sentem, por suposto, o mesmo que na França. Isto apenas não consegue refletir-se no direito. Direito de Família na Alemanha também Direito de Organização e Ordem (*Ordnungsrecht*).<sup>56</sup>

## XI – Visões diferentes do consumidor

Quando escolhemos a pessoa, o ser humano, como ponto de referência, abrem-se um fascinante campo para a comparação. Nenhuma ordem jurídica pode sobreviver sem a figura criada da pessoa média (*Durchschnittsperson*). São as expectativas e visões de mundo desta figura irreal (*Kunstfigur*) que ajudam a interpretar e concretizar os conceitos de direito, os conceitos indeterminados e cláusulas gerais. É esta construção humana a projeção das valorações e visões nacionais, que podem ser bastante diferentes de nação para nação.

Um exemplo disto são os diversas e divergentes concepções ou visões de consumidor (*divergierenden Verbraucherleitbilder*). No direito francês aparece, em matéria de publicidade

<sup>52</sup> Cass., 17.5.1993, D.1995.276.

<sup>53</sup> Veja o § 1685 Abs. 2 BGB na sua versão modificada pelo Projeto de Reforma do Direito das Crianças (*Kindschaftsreformgesetz*), BR-Drucks. 180/96 (22.3.1996), pg. 21.

<sup>54</sup> Veja por exemplo VerfG 12.10.1988, NJW 1989, 519.

<sup>55</sup> Veja PALANDT-DIEDERICHSEN, BGB, 56. Ed. 1997, § 1634 Rdnr. 7 com citações.

<sup>56</sup> Das zeigt sich auch in den deutschen Reformvorschlägen, welche zwar ein Umgangsrecht nichtelterlicher Bezugspersonen einführen möchten, aber solche Rechte klar auf gewisse Personen beschränken, BR-Drucks. 180/96 (22.3.1996), pg. 117.

enganosa, o “*consommateur moyennement avisé*”, o consumidor mediamente informado, mediamente atento.<sup>57</sup> No direito alemão a visão é outra. Assim conclui o Tribunal de primeira instância de Dusseldorf (LG Düsseldorf) em sua decisão sobre a publicidade de uma viagem de última hora ou de ocasião (“*Last-Minute-Reise*”):<sup>58</sup>

“Publicidades comerciais, as quais como esta se dirige a um vasto público, são raramente lidas com atenção e espírito crítico. Para isto falta normalmente o tempo e a vontade. No rápido ler, no olhar ou no ouvir absorve-se a mensagem de forma imprecisa, incompleta e sem observação crítica, não se absorve ou reconhece detalhes gramaticais ou filológicos.” Logo, “o ponto de partida é a capacidade de observação de um leitor casual, daquele que escuta casualmente, daquele que absorve a mensagem publicitária voluntariamente e sem crítica.”

No Brasil, a visão também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades, que usam ou abusam da pobreza das crianças.<sup>59</sup> Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates, que animava as crianças a arrombar um Supermercado.<sup>60</sup> A reação do direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres (*Würde der Armen*).<sup>61</sup> A concepção de consumidor (*Verbraucherleitbild*) no Brasil ficava assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não podia ser esquecido, mesmo se a noção também usada de “observador menos atento” encontra sua origem no direito alemão.<sup>62</sup>

## XII – Bem-estar da criança e “*kafalah*”

As diferenças entre as ordens jurídicas são especialmente claras quando um texto normativo único existe, possui esta norma origem internacional e exige pluralidade.<sup>63</sup> norma semelhante é o Art. 20 da Convenção da ONU sobre os direitos da criança de 1989, o qual além da adoção prevê outras formas de cuidados com as crianças e colocações em famílias substitutas para as crianças que necessitam destes cuidados. O Art. 20 menciona também a “*kafalah*” do direito islâmico, um tipo de guarda permanente, uma vez que o Coran considera a adoção proibida.

<sup>57</sup> TGI Paris, 11.12.1996, Contrats-Concurrence-Consommation, Juris-Classeur April 1997, pg. 20.

<sup>58</sup> LG Düsseldorf, 30.8.1995, NJW-RR 1996, 167. No original: “Geschäftliche Ankündigungen, die sich wie hier an ein breites Publikum richten, werden selten aufmerksam und kritisch gelesen. Dazu fehlen gewöhnlich Zeit und Lust. Bei flüchtigem und ungezwungenem Lesen oder Hören pflegt man aber eine Ankündigung weder genau, vollständig und kritisch zu würdigen, noch grammatikalische oder philologische Überlegungen anzustellen.” Es ist “daher grundsätzlich vom Eindruck des flüchtigen Durchschnittsbetrachters oder-hörers auszugehen, der eine Werbebehauptung ungezwungen und unkritisch wahrnimmt.”

<sup>59</sup> Veja Art. 37 § 2 Código de Defesa do Consumidor.

<sup>60</sup> Porto Alegre, 22.9.1991, Revista Direito Consumidor Tomo 1 (Sao Paulo, Jan./Abril 1992), pg. 221 ss.

<sup>61</sup> Veja hierzu auch Ghersi, La posmodernidad jurídica - Una aproximación al análisis de los excluidos en el Derecho, in: La Ley (Buenos Aires) LXI Nr. 88 (8.5.1997), pg. 1ss., 3seg.

<sup>62</sup> Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Sao Paulo 1992, pg. 140.

<sup>63</sup> Veja hierzu Jayme, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1996, 237 ss.

Dispõe o Art. 20, III, 2 linha da Convenção da ONU:

“Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.”<sup>64</sup>

Em virtude da Convenção da ONU a Espanha modificou em 1996 todo o seu direito da Infância e Juventude. Na Exposição de Motivos desta Lei de 15.1.1996 a Convenção será mencionada e destacada como a que determina a “nueva filosofía en relación con el menor”.<sup>65</sup> O Art. 173 bis do Código Civil Espanhol prevê três tipos de guarda (*acogimiento familiar*), a simples e temporária, a permanente e a guarda pré-adoptiva. Seguindo-se a decisão do Tribunal de Justiça da Província de Granada, a qual considerou em 1995 que uma *kafalah* concedida a pais espanhóis no Marrocos era forma registrável no registro civil espanhol.<sup>66</sup> Há que se notar que a adoção plena é aqui apenas uma das várias formas de proteção da criança. E na escolha da forma de proteção decidem não somente argumentos materiais, mas também o sentimento religioso.

Na Alemanha, a guarda, ao contrário, não teve seus contornos modificados. O § 1632 Abs. 4 do BGB (Código Civil Alemão) não é adequado para tal realidade. A projetada mudança do Direito das Crianças também não prevê mudanças substanciais neste setor. Trata-se sobretudo de reforçar os direitos parentais.<sup>67</sup> Nessa linha, encontra-se a recente decisão da Corte Federal Constitucional alemã que, na questão, se o filho não oriundo do casamento tinha uma pretensão contra a mãe de identificação e informação do nome de seu pai, ponderou estarem em conflito os direitos fundamentais da mãe e do filho.<sup>68</sup> O direito do filho de relacionamento com ambos os pais, como se deduz da Convenção da ONU, foi aqui reduzido por respeito ao direito fundamental da mãe. Os valores são contraditórios. Na Alemanha, pós-moderno é de todas as maneiras a fragmentação dos projetos de textos normativos, os quais no momento encontram-se, para apreciação, no *Bundestag* (Câmara baixa do Parlamento Alemão) e modificação nas Comissões Parlamentares nove diferentes textos.<sup>69</sup>

Efetivamente, a jurisprudência alemã é rica e múltipla.<sup>70</sup> O Tribunal de Justiça (OLG) de Karlsruhe utilizou, em uma decisão inovadora a “*kafalah*” marroquina como alternativa no sentido da Ordem Pública alemã e citou como base para esta inclusão e recepção do instituto marroquino a Convenção da ONU.<sup>71</sup> Já a Corte de Cassação italiana considerou um tal argumento improcedente.<sup>72</sup> Para uma criança, que vive na Itália, encontra-se à disposição o instituto da

<sup>64</sup> Nota da Tradutora: Utilizamos nesta tradução o Texto do Decreto 99.710/90 que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança de 20.11.1989 no Brasil.

<sup>65</sup> Código Civil, Aranzadi 1996, pg. 704.

<sup>66</sup> Aud.Prov. Granada, 25.4.1995, Revista española de Derecho internacional 47 (1995), 415, Anm. Moya Escudero.

<sup>67</sup> Veja die Begründung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, oben Note 53, pg. 64 seg.

<sup>68</sup> BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90 -.

<sup>69</sup> Veja Schwab, Gesetzgebung als Verwirrspiel, FamRZ 1997, 406 seg.

<sup>70</sup> Veja hierzu Menhofer, IPRax 1997, Heft 4.

<sup>71</sup> OLG Karlsruhe, 25.11.1996 - 11 Wx 79/96.

<sup>72</sup> Cass., 4.11.1996, n. 9576, Giustizia civile 1996 I, 3131 ss., 3132 seg.

adoção, não a *kafalah*. Contrariamente decidiu-se na França. A reação do legislador francês foi especialmente sutil. A nova Lei sobre adoção de 5 de Julho de 1006 permite a modificação da adoção plena em adoção simples (*adoption simple*).<sup>73</sup>

As diferenças entre as ordens jurídicas são visíveis. Novamente a Espanha mostra-se próxima do Islã. Pluralidade como a convivência simultânea de contraditórios inconciliáveis é necessidade de vida atual. Igual na França, diferente na Alemanha e na Itália. A Alemanha, como é sabido, optou por fazer uma “Declaração de Esclarecimento” (*Erklärung*)<sup>74</sup> ao ratificar a Convenção da ONU sobre Direitos das Crianças, segundo a qual a Convenção não teria aplicabilidade imediata (*nicht unmittelbare Anwendung*) internamente na Alemanha.<sup>75</sup>

### XIII – Direito Judaico nos Estados Unidos da América

A identidade cultural de um ordenamento jurídico é bem demonstrada pela posição tomada por este frente a pluralidade, como comprovam os diferentes estados federados dos Estados Unidos da América. No Estado de Nova York, em 1993, a *New York Court of Appeals* tomou uma decisão de líder no que se refere à aplicação do direito de família judaico.<sup>76</sup> Tratava-se do “ketubah”, um acordo entre cônjuges judeus, segundo o qual deixava-se ao Tribunal de Rabinos a determinação da quantia a ser paga, como devolução do dore (*Morgengabe*), neste divórcio. O tribunal superior do Estado de nova York decidiu com aperrada maioria, que tal documento escrito deveria ser visto como um compromisso arbitral (*Schiedsvereinbarung*), cuja execução poderia ser requerida através dos Tribunais do Estado. Na Alemanha, - como já decidiu um Tribunal de primeira instância<sup>77</sup> - o exame e a análise do direito religioso judaico, ao contrário, são essencialmente estranhos aos Tribunais esratais, exigindo-se para os divórcios no país uma decisão judicial (Art. 17 Abs. 2 EGBGB).

Ainda mencione-se que existem ordens jurídicas fora destas discussões, em um estado quase virginal: Um Tribunal da Califórnia teve de decidir um caso de „ketubah” acordado entre imigrantes Iranianos, acordo este baseado na regras do Talmut.<sup>78</sup> O marido se comprometera a deixar para a esposa, em caso de divórcio, a casa localizada em Sunnyvale assim como U\$ 50.000 ou a metade do seu patrimônio, caso este à época fosse superior. O Trihunal decidiu que tal acordo era contrário à ordem pública. O acordo violava a “public

<sup>73</sup> Nach Art. 360 Abs. 1 CC wurde folgender Satz eingefügt: “S’il est justifié de motifs graves, l’adoption simple d’un enfant ayant fait l’objet d’une adoption pleniére est permise.”

<sup>74</sup> Nota da Tradutora: a expressão utilizada foi “Erklärung” para evitar a expressão Reserva (Vorbehalt), mas muitos autores alemães consideram que trata-se de uma reserva à Convenção, ou aos efeitos diretos desta no ordenamento jurídico interno alemão. Veja sobre o assunto a obra coletiva de Steindorf, Caroline (Ed.), Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten, Berlin 1994.

<sup>75</sup> BGBl. 1992 II, 990.

<sup>76</sup> Avitzur v. Avitzur, 459 N.Y.pg.2d 572 (Ct.App. 1983).

<sup>77</sup> KG, 11.1.1993, FamRZ 1994, 839seg.; vgl. auch Henrich, Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen, IPRax 1995, 86 ss.

<sup>78</sup> In re marriage of Noghrey, 215 Cal. Rptr. 153 (Ct.App. 1985); vgl. Jayme, Zur Morgengabe in Kalifornien, IPRax 19986, 258.



policy”, pois facilitava o divórcio. Em um Estado como a Califórnia, no qual a sorte terrena, a felicidade momentânea assume quase caráter religioso, encontra-se “Sunnyvale” em posição de destaque, enquanto o quase dois mil anos antigo Talmut deve ceder lugar.

#### XIV – Estilos de Pensamento e Formas de Manifestação

Parece relativamente simples listar os valores e tendências principais da sociedade pós-moderna - como por exemplo, a tendência de Pluralidade -, assim como analisar as diferentes posições dos ordenamentos jurídicos sobre estas perguntas. Mais difícil é, porém, quando queremos utilizar estilos de pensamento e formas de manifestação pós-modernos. Enquanto em outros países a dimensão estética do direito manifesta-se normalmente, temos nós vergonha de trazer estes argumentos. Em verdade, existem vínculos associativos entre o direito e outras manifestações da cultura de um povo que se destacam.

Dentre as visíveis modificações que a arquitetura pós-moderna trouxe consigo encontra-se o revival dos elementos formais clássicos (*Rückkehr zu klassischen Formelementen*).<sup>79</sup> Os edifícios modernos, divididos de forma técnico funcional, passam a ser considerados como sem brilho. Ângulos, *Giebel*, Fachadas aparecem novamente cobrindo com um manto de forma as construções.<sup>80</sup>

Transformando isto para o Direito, podemos nos perguntar, se uma tal retorno à forma ou formalismo existe também em matéria jurídica. Ao cientista americano, professor na Cornell University, Robert Summers deve-se a importante iniciativa de ter elaborado um grande projeto denominado “Forma e Direito”, o qual tem despertado crescente interesse por sua análise desta ligação.<sup>81</sup>

#### XV – Do Anti-formalismo à rigidez formal

Para os civilista é o negócio jurídico que está em primeiro plano. Zweigert escreveu na *Festschrift Yntema*, em 1961, o seguinte:<sup>82</sup>

“Como elemento silencioso dos direitos continentais-europeus está uma tendência para o Antiformalismo, uma marcha contrária a formalizar a vida jurídica é do seu âmago. Expressão positiva deste elemento silencioso encontramos no moderno direito privado,

<sup>79</sup> Veja Jenks, *Die Postmoderne - Der neue Klassizismus in Kunst und Architektur*, Stuttgart 1987.

<sup>80</sup> Zur *Rückkehr der Fassade* vgl. Klotz, *Einleitung*, in Klotz (Org.), *Revision der Moderne - Postmoderne Architektur 1960 - 1980*, München 1984, pg. 9 seg., zum “Zwerganbau” bei Wolkenkratzern vgl. Stefan Grundmann, oben Note.

<sup>81</sup> Summers berichtete hierüber in einem Vortrag in Heidelberg am 10.6.1997 unter dem Titel “How law is formal and why it matters”; vgl. auch die ihm gewidmete *Festschrift* “Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems” (Krawietz, MacCormick, von Wright, Org.), Berlin 1994.

<sup>82</sup> Zweigert, *Zur Lehre von den Rechtskreisen*, XXth Century Comparative and Conflicts Law, Leyden 1961, pg. 42 ss., 50.

que a declaração de vontade em consenso expressa de qualquer forma já vincula contratualmente - com uma palavra: no consensualismo.”<sup>83</sup>

Nesta manifestação do grande comparatista chama a atenção como está ele muito influenciado pelo espírito de seu tempo. 1961: foi o grande momento da Informalidade na pintura. A frase de Zweigert poderia constar de qualquer manifestação sobre a arte no momento pós-guerra. A informalidade era a expressão da nova conquistada liberdade. Demonstra também que para Zweigert era normal utilizar um conceito da história da arte no direito comparado. O que trouxe para o referido autor uma severa crítica de Constantinesco, o qual em seu artigo “Über den Stil der Stiltheorie in der Rechtsvergleichung” sentencia arrasador: “Esta Theoria possui talvez valor literário, mas não possui nenhum valor científico”.<sup>84</sup> Constantinesco não considerava possível, que cientistas e juristas renovassem suas questões, perquirições, dúvidas e perguntas básicas com fontes externas.

Neste momento gostaria de trazer um testemunho pessoal de experiência. No ano passado fui árbitro em um Tribunal Arbitral alemão-português. A cláusula arbitral previa que os três árbitros indicados deveriam dominar ambas as línguas, o português e o alemão. Meus dois outros colegas eram portugueses. Aplicável era o direito português. Nossas conversas e contatos duraram o ano inteiro. O que me enodava era a maneira formalista de pensar o direito. O direito processual português, com sua influência no sistema de Camelutti, a hierarquia de normas de interpretação prevista nos artigos 236 a 239 do Código Civil Português, tudo era exatamente o contrário da tendência antiformalista prevista por Zweigert. Formas são lá não formais ou formalistas, mas são a raiz mesmo da idéia de Justiça e Equidade.

## XVI - A Tese pós-moderna: “Formaequitativa” (*Formgerechtigkeit*)

É pois interessante propor uma pergunta pós-moderna: como reagem hoje os ordenamentos jurídicos aos requisitos de forma? A rese heurística seria a seguinte: estamos próximos de uma certa volta (revival) da rigidez formal ou, no mínimo, de uma tendência forte de fundamentação dos resultados, de embasamento das soluções, na forma. Aqui, porém, mostra-se um profunda diferença entre as ordens jurídicas.

Olhando para a nossa casa, Alemanha. Aqui a Corte Federal Constitucional mudou com sua decisão de 29.2.1996 - como ela mesmo afirma - uma orientação jurisprudencial de dezenas de anos em matéria de assinatura em branco de avais ou garantias de crédito (*Blankbürgschaft*).<sup>85</sup> A assinatura em branco em combinação com a autorização oral não é

<sup>83</sup> Nota da Tradutora: O Texto original de Zweigert, em alemão, é o seguinte: “Zu den Stilelementen der kontinentalen Rechte gehört auch der Zug zum Antiformalismus, das Angehen gegen die Formalisierung des Rechtslebens um ihrer selbst willen. Seinen positiven Ausdruck findet dieses Stilelement im modernen Privatrecht darin, daß die irgendwie geäußerte Willensübereinstimmung schon vertragliche Bindungen erzeugt - mit einem Wort: im Konsensualismus.”

<sup>84</sup> ZVglRWiss 78(1979), 154 ss., 171. No original: “Diese Theorie besitzt wahrscheinlich einen belletristischen, aber keinerlei wissenschaftlichen Wert”.

<sup>85</sup> BGH, 29.2.1996, NJW 1996, 1467.

mais suficiente para o preencher as exigências do § 766 do Código Civil alemão (BGB). Esta decisão tem muitas fontes, que vinculam-se a hoje diferenciada visão e valoração dos riscos envolvidos com este tipo de garantia e quem deve suportá-los. É de se destacar, porém, como seriamente foi tomada a rigidez de forma (*Formstrenge*).

## XVII - Intrepretação de declarações escrita e fixação na literalidade (*Wortlautgebundenheit*)

Conclusivo é, em semelhante matéria, a interpretação feita no atual jurisprudência italiana de textos contratuais escritos.

A Corte de Cassação italiana enfrentou em sua decisão de 18 de abril de 1995 um caso, no qual as partes elaboraram um acordo escrito sobre compensação e perdas e danos.<sup>86</sup> Segundo a versão da vítima o documento não exprimia o acordo realizado por ambas as partes. A Corte recusou, de pronto, cada argumento que tinha como base „o que as partes realmente queris”, a vontade “real” das partes. Decisivo seña apenas e somente a clara literalidade do texto escrito, as palavras do acordo escrito. Irrelevante o comportamento outro das partes. Assim, lamenta um primeiro comentário da decisão, que a regra “*falsa demonstratio non nocet*” não tenha nenhuma relevância mais na Itália.<sup>87</sup> Basta a “*demonstratio*”, é ela sozinha que expressa toda a vontade das partes. Mais não seria necessário provar ou perquerir.

A lei, isto é o Art. 1362, 1 do Código civil italiano, que é semelhante ao § 133 BGB, assim como a antiga jurisprudência interpretam em sentido exatamente contrário os textos escritos.<sup>88</sup> Na Itália utilizasse seguidamente a regra “*In claris non fit interpretatio*”. A pergunta é, se um enunciado, um texto é claro, ou se necessitamos utilizar-nos de outros elementos para aclará-lo. Um original e distante frio permeia esta decisão. Note-se que não se trata de um caso isolado. Uma posterior decisão da corte de Cassação recai sobre argumentação semelhante.<sup>89</sup>

Neste caso é interessante o contraste com a jurisprudência alemã, que de modo pacífico mesmo em contratos solene faz prevalecer a regra “*falsa demonstratio non nocet*”.<sup>90</sup>

A mesma solução prevalece no uso dos dois instrumentos objetivos, que os juízes têm a sua disposição em matéria de direito dos contratos, a interpretação integrativa (*ergänzende Vertragsauslegung*) e a quebra da base do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Já no direito italiano, a “*eccessiva onerosità*” do Art. 1467 Código Civil italiano conduz à resolução, não à adaptação, modificação ou revisão do conteúdo dos contratos pelo juiz em virtude da modificação das circunstâncias.

<sup>86</sup> Cass., 18.4.1995, n. 4333, Giustizia civile 1996 I, 1451.

<sup>87</sup> Costanzo, Osservazioni sul principio in claris non fit interpretatio e sul criterio interpretativo del “comportamento complessivo”, Giustizia civile 1996 I, 1452 ss., 1455 ss.

<sup>88</sup> Costanzo, vorige Note, 1453 mit Nachweisen.

<sup>89</sup> Cass., 6.10.1995, n. 10521, Giustizia civile 1996 I, 67.

<sup>90</sup> Veja z.B. BGH, 25.3.1983, BGHZ 87, 150.

## XVIII – Portugal: Forma e Racionalidade

O direito português aproximasse, em sua codificação sobre a revisão em caso de quebra da base do negócio (Art. 437 CCP) e regra de interpretação contratual (Art. 239 CCP), mais ao direito alemão e italiano. Assim, queremos trazer no final desta reflexão uma recente decisão do Tribunal de Justiça de Coimbra.<sup>91</sup> Tratava-se de um contrato de parceria pecuária entre o proprietário de 300 ovelhas, 6 carneiro und 25 cabras e seu co-contratante que cuidava dos animais como pastor. A divisão dos lucros e perdas encontrava-se minuciosamente regulada neste contrato, quando ums espécie de milagre aconteceu. Sobre o rebanho caiu a Chuva-dourada dos prêmios e subsídios da Comunidade Européia. A quem competiam este dinheiro, ao proprietário ou ao pastor? O contrato silenciava. As partes tinham regulado tudo minuciosamente, mas não pensaram em tal ajuda externa. O Tribunal considerou que tais pagamentos não eram “lucros” no sentido estrito, uma vez que eram recebidos sem contra-prestação. Os juizes recorrem a uma hipotética vontade das partes, e repartem o “presente de Bruxelas”, o subsídio da Comunidade Européia em partes iguais entre os parceiros contratuais. Uma tal decisão convence mais por sua salomônica racionalidade do que por todas as exigências formais de interpretação.

## XIX – Considerações finais

Com isto chegamos ao final. A teoria pós-moderna do direito comparado não perturba o existente ou comprovado. Ela deseja encontrar e enfrentar novas perguntas e inquietações. Esras pergunras originam-se, por um lado, do exame e prova de como os valores pós-modernos realizam-se e efetivam-se nas ordens jurídicas. Estes valores são a Pluralidade, a coexistência de diferentes culturas, a Narração e a Comunicação, assim como o significado existencial de sentimentos e sensações. Por outro lado, novas perguntas do direito comparado podem ser feitas com base na análise e descrição das modificações culturais de nosso tempo e nos seus reflexos jurídicos.

O material do direito comprado pós-moderno é o presente em sentido estrito, o contemporâneo, o direito de nossos dias. Não se trata aqui de Constantes e Visões, mas sim do Hoje e Agora, do passageiro, em toda a sua volaticidade (*Flüchtigkeit*).

Princípio heurístico da pós-modernidade é a procura por diferenças, que se pressupõe que existam. O lema de Lyotard “suportar o incomensurável” (“*supporter l'incommensurable*”) se pode aqui utilizar positivamente. O incomensurável, o inconciliável não é aqui para ser suportado, mas sim transforma-se em fonte do conhecimento.

---

<sup>91</sup> Relação de Coimbra, 23.4.1996, Colectânea de jurisprudência 1996 II, 39 ss.



## O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DO NOVO MILÊNIO: A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA FACE À GLOBALIZAÇÃO<sup>1</sup>

---

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Erik Jayme

### INTRODUÇÃO

#### A globalização: possibilidades e problemas para a pessoa humana<sup>2</sup>

A globalização do mundo<sup>3</sup>, e sobretudo o comércio internacional, suscitou, recentemente, preocupações profundas, que se tornaram expressas e manifestas quando das reuniões da Conferência das Nações Unidas sobre o comércio e o desenvolvimento, organizadas em Seattle (1999) e em Bangkok (2000). Estas conferências foram acompanhadas de protestos e demonstrações de rua, algumas vezes violentas, dos chamados adversários de um comércio sem fronteiras. Teme-se que a globalização viole a dignidade da pessoa humana, particularmente dos povos ainda menos desenvolvidos. É a identidade cultural do indivíduo que se sente ameaçada pela mundialização do comércio e que se opõe a esta.

Assim também, a passagem para o novo milênio parece ter sido marcada mais pelos problemas e dúvidas do que pelas possibilidades e esperanças.<sup>4</sup> Na França, o “processo

---

<sup>1</sup> Conferência Magna de Abertura do Curso da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000, pronunciada em 21 de julho de 2000, no Palácio da Paz, Haia, e publicada no *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tomo 282 (2000), p. 9 a 40. Tradução livre do francês, autorizada pelo autor, e realizada pela Profa. Dra. Claudia Lima Marques, UFRGS (primeira parte e notas) e Profa. Dra. Nádia de Araujo, PUC-/Rio (segunda parte e conclusão).

<sup>2</sup> N. da T. – Nesta tradução deu-se preferência a manter o jogo de palavras e o aspecto retórico-poético do texto original (“chances et craintes de la personne humaine”), do que o sentido literal.

<sup>3</sup> Para uma definição de globalização, veja Jost Delbrück, “Globalization of Law, Politics, and Markets- Implications for Domestic Law- A European Perspective”, *Indiana Journal of Global Studies*, 1(1993), pp. 9 ss., pp. 10-11. Veja também Eric Loquin e Catherine Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit*, Dijon, 2000.

<sup>4</sup> Veja Hans-Peter Martin e Harald Schumann, *Die Globalisierungsfalle- Der Angriff auf Demokratie und Wohlstand*, Hamburgo, 1998.

Bové”, que se refere ao ataque a um restaurante MacDonald, resultou em uma “festa anti-globalização”, à qual o jornal *Le monde* dedicou quatro páginas centrais.<sup>5</sup>

Efetivamente, nós assistimos a fenômenos contraditórios: de um lado, qualquer um pode facilmente se libertar das marras de sua existência limitada: velocidade, ubiqüidade, liberdade; o espaço, para a comunicação, não existe mais.<sup>6</sup> Hoje os eventos de alegria e tristeza unem os seres humanos em um sentimento global de solidariedade que era desconhecido das gerações anteriores. De outro lado, cada catástrofe, apesar de parecer bastante distante da esfera dos negócios de cada um, acaba, em realidade, a repercutir na vida privada de cada um. Experimentamos um sentimento de perda da segurança de uma existência protegida pelas instituições tradicionais, como o Estado e os juízes estatais.

Em verdade, a globalização é caracterizada pelo fato dos Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana.<sup>7</sup> Os Estados estão cedendo grande parte de seus poderes aos mercados. As regras da concorrência determinam a vida e o comportamento dos seres humanos.<sup>8</sup> A existência de um mercado global permite fusões de grandes empresas, resultando em um poder econômico gigantesco, que deixa aberta a questão da proteção do indivíduo que gostaria de manter seu posto de trabalho,<sup>9</sup> proteção tradicionalmente fornecida pelo Estado. Para preencher este vazio legal, os juristas reclamam a criação de um sistema mundial de proteção contra as práticas anti-concorrenciais.<sup>10</sup>

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,<sup>11</sup> mesmo se as Nações Unidas também se ocupam do tema.<sup>12</sup> Se nós pensamos a proteção do meio ambiente, a globalização modificou nossa consciência: existe um interesse global, por exemplo, de manter o clima da Terra ou de proteger a qualidade da água, interesses que importam à vida dos indivíduos.

<sup>5</sup> Le Monde, data de 30 de junho de 2000, pp. 1, I-IV.

<sup>6</sup> St. Hobe, “Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung”, *Archiv des Völkerrechts*, 37 (1999), pp. 253 ss., p. 254.

<sup>7</sup> Veja K. Dicke, W. Hummer, D. Girsberger, K. Boele-Woelki, Ch. Engel, J. Frowein, “Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System- Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen”, *Bericht der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 39, Heidelberg, 2000.

<sup>8</sup> Veja S. Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996.

<sup>9</sup> Veja C. di Turi, “Globalizzazione dell’economia e diritti fondamentali in materia di lavoro”, *Rivista di diritto internazionale*, 2000, pp. 13 ss.

<sup>10</sup> Veja Jürgen Basedow, *Weltkartellrecht, Ausgange und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1998; Kathleen Luz, “Note- The Boeing/Macdonnell Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System”, *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 32 (1999), pp. 155 ss.

<sup>11</sup> De tais organizações surgiram os temas estudados recentemente, veja, por exemplo, Stephan Hobe, “Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht”, *Archiv für Völkerrecht*, 37 (1999), pp. 152.

<sup>12</sup> Veja Jost Delbrück, “The Role of the United Nations in dealing with global problems”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 4 (1997), pp. 277ss.

No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu próprio programa, e o fato de não conhecer seu adversário preocupa ainda mais. Os juristas combatem as práticas fraudulentas através dos instrumentos clássicos da responsabilidade civil delitual, enquanto os malfeitores escapam a todos os controles e se protegem em um espaço virtual. De outro lado, o comércio eletrônico levanta a questão do sistema jurídico de proteção efetiva dos consumidores.<sup>13</sup>

Observe-se, agora, o direito internacional privado, destinado a tornar-se uma das matérias-chave para a proteção da pessoa humana, sendo este objetivo considerado a razão mesmo de ser do direito privado, ainda mais uma vez que as soluções dos conflitos de leis pressupõem um diálogo intercultural, a respeitar a diversidade dos indivíduos. Nós devemos, pois, nos perguntar qual é e qual deveria ser a reação do direito internacional privado face à globalização, sobretudo no que concerne a proteção do indivíduo.

Para este fim, eu me permito relembrar as três características de nosso tempo: ‘velocidade, ubiqüidade, liberdade’, de acordo com o manifesto futurista de Tomaso Marinetti enunciado no início do século XX.<sup>14</sup> Nós assistimos ao fato da velocidade mesmo 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.<sup>15</sup> De outro lado, a velocidade e a ubiqüidade caracterizam os procedimentos relativos à execução de sentenças estrangeiras destinadas a facilitar a ‘livre circulação de decisões’. A pessoa humana, que reage menos rapidamente, parece ficar sem proteção.

A primeira parte desta conferência será, por conseguinte, consagrada a uma crítica das tendências atuais. Na segunda parte, procurarei desenvolver um sistema de proteção baseada na autonomia da vontade dos indivíduos e sobre as idéias de proteção da identidade cultural da pessoa humana.

## I – Crítica às tendências atuais do Direito Internacional Privado

### 1. A velocidade: o Divórcio na Europa

A tendência atual na Europa coloca o direito internacional privado a serviço da integração, de forma a criar um espaço único de direito.<sup>16</sup> A convenção sobre a competência,

<sup>13</sup> Veja F. Vischer, L. Huber, D. Oser, *Internationales Vertragsrecht*, 2.ed., Berna, 2000, p. 342.

<sup>14</sup> Veja E. Jayme, “Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRAX* 2000, pp. 165 ss.

<sup>15</sup> Veja O. Hartwig e J.Grunert, “Bedarf und Möglichkeiten provisorischer Eilverfügungen im E-Commerce”, *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, pp. 721 ss, 727: “Jeder der zuvor skizzierten Versuche muss sich an seiner ‘Schnelligkeit’ messe lassen.”

<sup>16</sup> Veja Ch. Kohler, “Interrogations sur les sources du droit internationale privé européen après le traité d’Amsterdam”, *Rev. crit.dr.int.pr.*, 1999, pp. 1ss.



o reconhecimento e a execução das decisões em matéria matrimonial de 1998<sup>17</sup>, que está em vias de ser transformada em Regulamento comunitário europeu<sup>18</sup>, é o exemplo mais marcante desta tendência.

A idéia base desta convenção é a seguinte: a livre circulação das pessoas- uma das quatro liberdades fundamentais do direito comunitário europeu- será assegurada de forma mais eficaz se uma pessoa, que se transfere do território de um Estado para outro Estado membro da União Européia, pode manter consigo sua situação familiar. Partindo desta idéia é que se facilita a circulação de sentenças de divórcio. As decisões, que rejeitam um pedido de divórcio, ao contrário, não se beneficiam de inclusão na referida Convenção<sup>19</sup>. Ainda, a incompetência do juízo não se encontra entre os motivos de não-reconhecimento da sentença estrangeira. Da mesma forma, as disparidades (ou falhas) da lei aplicada também não. Assim, dispõe o art. 17 da Convenção:

*“O reconhecimento de uma decisão em matéria de divórcio, de separação de corpos ou de anulação do casamento não pode ser recusada pelo fato da lei do Estado membro de reconhecimento não permitir o divórcio, a separação de corpos ou a anulação do casamento em casos idênticos”*<sup>20</sup>

A Convenção fixa também a competência dos juízes. Dentre os elementos-chave aparece a “residência habitual do autor se ele reside pelo menos há um ano imediatamente antes da ação.” (Art. 2, parágrafo 1, letra ‘a’).

Estas regras novas não são compatíveis com os princípios do direito internacional clássico. Elas favorecem o esposo que deseja o divórcio. A visão do cônjuge que continua em seu país de origem e deseja manter seu casamento não interessa mais ao legislador europeu. Se o cônjuge emigra para um país e lá resida por um ano, ele pode regular seus ‘negócios’ de família conforme deseje. Uma certa restrição existe, quanto ao cônjuge que retorna ao seu país de origem. Ele deve esperar seis meses até poder entrar com a ação de divórcio, enquanto o outro cônjuge, que fica no país do último domicílio conjugal pode requerer o divórcio imediatamente. De um outro lado, o cônjuge que fica, praticamente, fica obrigado a agir nestes seis meses, para evitar a ação do outro. Assim, a Convenção favorece ela a velocidade, assim como uma verdadeira “ubiquidade” do divórcio.

É igualmente significativo o fato anteriormente que as falhas na aplicação (disparités) da lei indicada aplicada não devem ser mais um obstáculo ao reconhecimento do divórcio<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> “Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale”, JOCE, n. L221, de 16 de julho de 1998, p. 2, Rev. crit.dr.int.pr., 1998, pp. 776ss.

<sup>18</sup> Veja Regulamento (CE) n. 1347/2000 do Conselho de 29 de maio de 2000, JOCE n. L 160, de 30 de junho de 2000, pp. 19s. O regulamento entrará em vigor em primeiro de março de 2001.

<sup>19</sup> Veja W. Hau, “Internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union”, FamRZ, 1999, pp. 484ss, p. 487.

<sup>20</sup> No original citado em francês: “La reconnaissance d'une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage ne peut être refusée que la loi de l'Etat membre requis ne permettra pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques.”

<sup>21</sup> Veja art. 27, n. 4 da Convenção de Bruxelas (21 de setembro de 1968).

Isto como que convida à prática do forum shopping; o cônjuge mais rápido juridicamente, ganha a batalha...

Assim, pensa-se na elaboração de regras uniformes de direito internacional privado em matéria de divórcio, tais regras ficaram já esvaziadas de conteúdo, pois que sem influência decisiva sobre o reconhecimento de sentenças.

A finalidade clássica do Direito internacional privado era a de garantir a igualdade entre as pessoas e entre sistemas jurídicos e salvaguardar a harmonia de decisões através da escolha de um elemento de conexão comum mais próximo da família. Em nossos dias, o efeito integrativo da livre circulação de pessoas é mais importante que os valores da estabilidade e da continuidade das famílias. O estado das pessoas é tratado, por estas regras comunitárias, como uma mercadoria...

Certamente, podemos retornar aos valores anteriores, porém, a questão que se põe é de saber qual a solução mais apropriada para salvaguardar a pessoa humana, questão esta que procurarei responder na segunda parte desta conferência.

## **2. A ubiqüidade: a localização do comércio eletrônico e os conflitos de leis e de jurisdição.**

### **a) A localização dos negócios relativos à Internet**

Em se tratando do comércio eletrônico e dos litígios relativos aos negócios comerciais que tem como base a Internet, a ubiqüidade deste meio de comunicação enseja muitas questões jurídicas, particularmente em matéria de conflitos de leis e de conflitos de jurisdição, onde pressupõem-se conexões territoriais.<sup>22</sup>

Em matéria de contratos concluídos pela Internet, a questão que se coloca é a de saber se as empresas que oferecem seus serviços por Internet, assim como os provedores, podem ser atraídos para o tribunal de domicílio de cada um dos usuários. As regras de competência judiciária, tais quais as conhecemos, por exemplo, na Convenção de Bruxelas de 1968, protegem o consumidor em lhe dando a faculdade de iniciar a demanda contratual no tribunal de seu domicílio<sup>23</sup>. Esta faculdade não pode ser excluída por uma cláusula "Internet", que atribuiria a jurisdição da sede da empresa que fornece a mercadoria ou serviço por este meio<sup>24</sup>.

A mesma questão é posta quanto à lei aplicável a estes contratos. As leis imperativas do Estado no qual o consumidor tem seu domicílio<sup>25</sup> não podem ser excluídas.

No que concerne aos atos ilícitos cometidos através da Internet, a ubiqüidade deste instrumento de comunicação conduz igualmente a perguntas sobre a possível localização dos litígios.

<sup>22</sup> Ceja Peter Mankowski, "Das Internet Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht", *Rebels Zeitschrift*, vol. 63 (1999), pp. 203ss.

<sup>23</sup> Veja art. 14, alínea 1, da Convenção de Bruxelas.

<sup>24</sup> Veja art. 17, alínea 4, da Convenção de Bruxelas.

<sup>25</sup> Veja art. 5 da Convenção de Roma.

## b) Contratos

Em matéria de contratos, as empresas e seus fornecedores de Internet procuram se proteger através de condições gerais contratuais, que figuram em suas páginas ou sites. Na Alemanha, um fornecedor de vendas e leilões de obras de arte inclui em suas cláusulas uma que dispõe o seguinte: “os princípios do direito internacional privado ou dos conflitos de leis ficam excluídos deste contrato”<sup>26</sup>. Tais cláusulas são nulas, não podendo-se excluir toda a aplicação do direito internacional privado. Estas cláusulas, porém, bem demonstram o receio das empresas de ter de responder demandas judiciais em todas as partes do mundo. A Internet é caracterizada pelo fato de também os pequenos operadores do comércio eletrônico poderem ter acesso ao mercado. A idéia tradicional de um desequilíbrio econômico e social entre a grande empresa e o pequeno consumidor, o fundamento das regras especiais de conflitos de leis e de jurisdição, que protegem a parte mais fraca, não tem plena correspondência no comércio eletrônico.

## c) Responsabilidade delitual

Em matéria delitual, o lugar do delito é o critério decisivo para determinar, seja o foro competente, seja a lei aplicável. A Internet propõe problemas específicos por causa da sua ubiquidade.

Com relação à responsabilidade da imprensa por violações à personalidade do indivíduo – situação comparável àquela da Internet – a Corte de Justiça das Comunidades Europeias multiplicou os lugares do delito como motivos de competência<sup>27</sup>. A “vítima pode intentar contra o editor uma ação de reparação, seja perante a jurisdição do Estado contratante do lugar do estabelecimento do editor da publicação difamatória, competente para reparar integralmente os danos resultantes da difamação, seja perante a jurisdição de cada Estado contratante no qual a publicação seja difundida ou onde a vítima pretenda ter sofrido um atentado à sua reputação, competentes para conhecer somente os danos causados no Estado da jurisdição escolhida”<sup>28</sup>.

Entretanto, é preciso notar que somente o foro do editor é competente para conhecer da totalidade dos danos. O que resulta, portanto, é a ubiquidade dos foros dos delitos,

<sup>26</sup> Leilões da Yahoo/Alemanha: “Anwendbares Recht. Diese Geschäftsbedingungen wie auch die sonstigen Beziehungen zwischen dem Nutzer und Yahoo! unterliegen dem deutschen Recht; kollisionsrechtliche Grundsätze sind ausgeschlossen.”

<sup>27</sup> Decisão de 7 de março de 1995, C 68/93, Fiona Shevil c. Presse Alliance, Recueil, 1997, I, p. 417, pp. 450 ss., p. 465.

<sup>28</sup> N.da T.: No original: “La victime peut intenter contre l’éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l’Etat contactant du lieu d’établissement de l’éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l’intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l’Etat de la juridiction saisie.”

solução que servirá também para as publicações na Internet. Cada local onde se encontre o computador pelo qual o usuário pode tomar conhecimento da publicação deve ser considerado como local do delito. Se seguirmos esta linha da jurisprudência e da doutrina europeias, cada Tribunal terá competência para conhecer os litígios relativos à Internet.

A jurisprudência americana elaborou certas restrições a este respeito. Tomemos o exemplo de uma decisão recente de uma Corte de Apelação Federal<sup>29</sup>. Os fatos eram os seguintes: o proprietário de um clube de jazz, *The Blue Note*, em New York citou num Tribunal daquele estado a propósito de uma ação de proibição do uso do nome *Blue Note*, contra o proprietário de um cabaré em Columbia, no Mississippi. A ação se fundava, *inter alia*, na violação das regras de concorrência. A parte acionada havia colocado o nome *The Blue Note* na Internet, em uma publicidade que podia ser vista em New York. A questão que se punha era se os tribunais de New York eram competentes para conhecer a causa. Os juízes julgaram improcedente a demanda. O simples fato de que a parte adversa, domiciliada em outro estado, utilize o nome *The Blue Note*, numa publicidade que pode ser vista em New York, não é suficiente para fundamentar a competência dos Tribunais de New York.

As decisões dos juízes europeus demonstram um claro contraste com a jurisprudência americana.

Tomemos o exemplo de um julgamento recente de um Tribunal de Munique, relativo ao litígio entre uma empresa alemã e uma holandesa sobre o uso de uma marca na Internet<sup>30</sup>. O juiz fundou a competência dos Tribunais alemães segundo o critério do lugar do delito que, para a Internet, se encontra em cada lugar onde o site da marca registrada pode ser visualizada por um usuário<sup>31</sup>. Era uma coisa normal que o juiz alemão aplicasse sua própria lei.

#### d) Crítica

As soluções do direito europeu, em minha opinião, não são satisfatórias. Em matéria de contratos, as regras tradicionais da proteção do consumidor são demasiadamente amplas. Basta um “clique” para que o consumidor possa se valer dos seus próprios tribunais. De outra parte, o critério clássico, do lugar de execução de um contrato não é apropriado, se os contratos são realizados *on line*<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> *Bensusan Restaurant Corporation v. King*, 126 F3d 25 (2nd cir. 1997).

<sup>30</sup> LG Munique, I, 21 de setembro de 1999, *Recueil der Internationalen Wirtschaft*, 2000, pp. 466ss. Tratava-se de uma medida provisória. Sobre o domain name como ‘marca de fato’, veja A. Palazzolo, “Il domain name- La nuova giurisprudenza civile commentata”, 2000, II, pp. 167 ss., p. 176.

<sup>31</sup> Veja LG Munique, I, 21 de setembro de 1999, *Recueil der Internationalen Wirtschaft*, 2000, p. 466: “Nach ständiger Rechtsprechung des angegangenen Gericht ist Ort der unerlaubten Handlung bei Kennzeichnungsverletzung durch das Internet Internet jeder Ort, an welchem die Internet Internet-Domain bestimmungsgemäß abgerufen werden kann.”.

<sup>32</sup> Conferência de Haia de direito internacional privado, “Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé!”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p. 875.

No que concerne os delitos, poder-se-ia justificar a ubiquidade da competência pela proteção das vítimas. Mas os acusados também merecem ser considerados: as ações sem fundamento podem perturbar seus negócios e suas vidas.

Voltarei a estes problemas na segunda parte da conferência.

### 3. A liberdade: as obras de arte pertencentes à herança comum da humanidade.

Abordemos agora a terceira característica das tendências atuais do direito internacional privado: a influência da nova liberdade do comércio. Tomemos como exemplo uma matéria muito sensível para o interesse público, o comércio internacional das obras de arte<sup>33</sup>.

Uma grande decisão da Corte europeia de Direitos Humanos (Cour européenne des Droits de l'homme), de 5 de janeiro de 2000 – *Beyler v. Itália* – concerne ao conflito entre os interesses do Estado em salvaguardar o patrimônio cultural e a liberdade do comércio internacional. Um comerciante suíço havia adquirido, na Itália, uma obra de van Gogh intitulada *O Jardineiro*, realizada em Saint Rémy-de-Provence em 1889. Essa pintura fora registrada na Itália como bem, que apresentava um interesse histórico e artístico, fato que determinava um direito à preempção por parte do Estado italiano. Este direito foi exercido alguns anos após a venda.

A Corte decidiu que o comportamento das autoridades italianas violava o artigo 1 do Protocolo nº 1 da Convenção europeia de Direitos Humanos, segundo a qual “toda pessoa física e jurídica tem o direito ao respeito dos seus bens”<sup>34</sup>. Por um lado, a Corte admitiu “o caráter legítimo da ação de um Estado que acolhe de modo lícito em seu território obras de arte pertencentes ao patrimônio cultural de todas as nações e que vise privilegiar a solução mais apta a garantir uma grande acessibilidade em benefício do público, no interesse geral da cultura universal”<sup>35</sup>.

Por outro lado, a Corte assinalou que “os poderes públicos devem reagir em tempo útil, de modo correto e com a maior coerência”<sup>36</sup>.

O que se destaca, inicialmente, é o fato da Itália reclamar uma obra de van Gogh como parte do patrimônio cultural italiano. No que concerne o direito

<sup>33</sup> Veja P. Lagarde, “Commerce et protection des biens culturels en droit international privé”, Journée de la société de législation comparée 1986, Paris, pp. 423ss. K. Siehr, “International Art Trade and the Law”, Recueil des cours, tomo 243 (1993), pp. 9ss; G. Carducci, La restitution des biens culturels et des objets d'art volée ou illicitement exportés, Paris, 1997.

<sup>34</sup> A corte fez reserva da questão sobre uma ‘satisfaction équitable’ de acordo com o Art. 41 da Convenção. O requerente havia reclamado dans materiais e morais, p. 32, n. 132.

<sup>35</sup> N. da T.: No original: “le caractère légitime de l'action d'un Etat qui accueille d'une façon licite sur son territoire des oeuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations et qui vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de la culture universelle.”

<sup>36</sup> N. da T.: no original: “les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence.”

internacional privado, a decisão é muito interessante. A Corte aplicou, para determinar a propriedade do requerente, a lei italiana como lei da ‘situação’ da obra de arte. Para a aplicação do artigo 1 do protocolo, portanto, bastava um “interesse patrimonial” como bem protegido. Desta maneira, a regra clássica da *lex rei sitae* cede aos direitos humanos. De uma parte é um primeiro passo na direção da liberalização do comércio de obras de arte. De outra parte, o interesse público da comunidade nacional ou internacional e os direitos do indivíduo parecem inconciliáveis. Não se pode imaginar apresentar um recurso perante a Corte de Estrasburgo cada vez que uma pessoa deseje exportar uma obra de arte de um país a outro. É preciso encontrar outras soluções para garantir um equilíbrio entre estes interesses divergentes.

A questão que se põe é saber se a autonomia da vontade pode representar um papel para este fim.

## SEGUNDA PARTE - PROPOSTAS E SUGESTÕES

Na presente parte da conferência volto aos temas da primeira parte, avençando propostas e sugestões para soluções adequadas ao novo milênio. De modo geral, na minha opinião, é preciso proteger a pessoa humana mais por um reforço de sua autonomia do que mediante leis imperativas que se impõem sem levar em consideração as necessidades do indivíduo.

### 1. O divórcio: a autonomia da vontade dos cônjuges

Se retomamos o tema do divórcio internacional, temos que levar em conta o fato que o direito internacional privado não passa de sombra do direito substantivo-essencial. O direito europeu, como vimos, deveria fundar um sistema de conflitos de leis sobre o reconhecimento das decisões judiciais. Sabemos que a outra parte do planeta conhece o divórcio consensual registrado por um oficial do estado civil. Pode-se mencionar o Japão, a Coreia, a Tailândia e a China. Entre outros, o sistema judiciário islâmico e no sistema religioso do Talmude<sup>37</sup>, o divórcio se baseia num aro jurídico privado<sup>38</sup>. Da mesma forma há tendências, na Europa, para admitir o divórcio por consentimento mútuo. A Suíça introduziu este tipo de divórcio, com uma lei recente, deixando ao processo de mediação as negociações relativas aos termos do divórcio, limitando-se a função do juiz a pronunciar a dissolução do casamento. *Le divorce en douceur*, para citar o título de um livro francês<sup>39</sup>, é a solução do futuro.

No que concerne o direito internacional privado, o direito nacional dos países europeus é mais liberal do que a Convenção européia. O Tribunal supremo da Espanha, por exemplo,

<sup>37</sup> Ver Christoph Herfahrt, *Die Scheidung nach jüdischen Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Heidelberg, 2000.

<sup>38</sup> Paras Diwan e Peeyushi Diwan, *Private International Law – Indian and English*, 4ª ed., New Delhi, 1998, pp. 280-281.

<sup>39</sup> Christine e Daniel Richard, *Le divorce en douceur*, Paris, 1997.

reconheceu recentemente um divórcio japonês por mútuo consentimento<sup>40</sup>. Pode-se citar exemplos semelhantes em outros países.

Na minha opinião, o direito internacional privado deveria seguir esta tendência, dando mais autonomia de vontade aos cônjuges para escolher a lei aplicável ao seu divórcio<sup>41</sup>. Além disso, o direito internacional privado não deveria impor um procedimento ao judiciário se a lei à qual os esposos estão culturalmente ligados não o prevê. Uma lei alemã de 1986 proibiu, no interior do país, toda forma de divórcio diversa da pronunciada pelo juiz nacional<sup>42</sup>. Trata-se de uma solução que restringe de maneira desrazoável a autonomia dos cônjuges estrangeiros.

A autonomia de escolha da lei aplicável ao divórcio já foi aceita por diversas legislações<sup>43</sup>. A falta de tal escolha não se poderia pensar na aplicação da lei do último domicílio conjugal. O divórcio por ato privado deveria ser incluído em todas as hipóteses no sistema de conflitos de leis

## 2.A Internet e o juiz virtual internacional

Vimos que o atual estado do direito internacional privado, sobretudo na Europa, favorece a ubiquidade de foros para os litígios relativos aos negócios provenientes da Internet, uma solução que não parece apropriada à manutenção de um justo equilíbrio entre as partes. Mais uma vez, a autonomia da vontade das partes seria uma solução que permitiria a salvaguarda da certeza do direito. As partes podem escolher o foro competente e a lei aplicável, se ambos são profissionais<sup>44</sup>.

Se uma das partes é um consumidor, permito-me avançar duas propostas. A primeira trata de uma restrição da jurisdição e competência judiciária ao domicílio do usuário. Poderíamos adotar uma solução elaborada no âmbito do Mercosul e introduzir um foro do autor, se este efetuou sua prestação, vale dizer, o pagamento do preço<sup>45</sup>. O artigo 7, letra c do Protocolo de

<sup>40</sup> Supremo Tribunal, 18 de maio de 1999, Aranzadi, Repertório de Jurisprudência, 1999, n° 3167. Ver J. Carrascosa González, "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: Práctica del Tribunal supremo", Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, (A. L. Calvo Caravaca e J. L. Iriarte Ángel, dir. publ.), Madrid, 2000, pp. 39 ss.

<sup>41</sup> Ver J. Carrascosa González, Matrimonio y elección de ley – Estudio de Derecho internacional privado, Grenade, 2000, p. 186.

<sup>42</sup> Ver o artigo 17, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao BGB alemão; ver também G. Kegel, "Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft", IPRax, 1983, pp. 22 ss.

<sup>43</sup> Ver, para o direito alemão, os artigos 17, parágrafo 1º, e 14, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao BGB; a autonomia é limitada a certas situações.

<sup>44</sup> Conferência de Haya de Direito internacional privado, "Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé", Rev. crit. dr. int. pr., 1999, pp. 873 ss, p.875. Ver também Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges", em K. Boele-Woelki e C. Kessedjian (dir. publ.), Internet, Deventer, 1998, pp. 89 ss, pp. 122 ss.

<sup>45</sup> Ver Jürgen Samleben, "Das Internationale Prozess- und Privatrecht des Mercosur – Ein Überblick", Rabels Zeitschrift, 63 (1999), pp.1 ss.

Buenos Aires (1994) prevê a jurisdição-competência judiciária dos tribunais do Estado do domicílio ou a sede da parte demandante, se esta comprove haver efetuado a prestação devida. É uma solução nova<sup>46</sup> que leva em conta o fato de que se o demandante cumpriu suas obrigações, merece um foro dentro do seu próprio país. É certo que no Mercosul esta regra não se aplica aos litígios entre os consumidores<sup>47</sup>. Mas poder-se-ia pensar num tribunal do foro do demandante para as causas resultante dos negócios da Internet.

A segunda solução refere-se à nova figura de um juiz virtual internacional competente para os litígios provenientes dos negócios da Internet. Tal juiz corresponderia bem ao justo equilíbrio entre as partes. O usuário da Internet poderia recorrer a este juiz através do seu computador. É uma solução aventada pelas empresas para prevenir as propostas das autoridades comunitárias europeias que prevêem uma extensão do foro do consumidor aos negócios da Internet<sup>48</sup>.

Um juiz virtual para os negócios da Internet se assemelha a um tribunal arbitral competente de acordo com as cláusulas compromissórias estipuladas pelas partes. Na minha opinião, tal juiz resolveria o problema da ubiquidade da internet. As partes permanecem *on line*; Obter-se-ia uma “mundialização dos litígios”<sup>49</sup> sem dar preferência a um juiz “territorial”, que seria seja o do usuário seja o da empresa.

A pessoa humana seria protegida pela sua autonomia de recorrer a um tribunal acessível pelos meios que a Internet oferece para a realização dos negócios.

Pode-se ir mais longe: a *lex informatica* tornar-se-ia talvez a lei aplicável a tais litígios<sup>50</sup>. Ela se constitui de regras transnacionais de comportamento contidas num código de conduta dos usuários da Internet<sup>51</sup>. Sem dúvida, convém que este código seja ainda elaborado<sup>52</sup>.

### 3. O salvo-conduto internacional das obras de arte

Passemos agora ao terceiro problema, o do comércio de obras de arte. Vimos que existe um conflito entre os interesses do Estado para regular o comércio das obras de arte

<sup>46</sup> Jürgen Samtleben, “Ein Gerichtsstandsabkommen für den Südamerikanischen Gemeinsamen Markt (Mercosur)”, IPRax, 1995, pp. 129 ss. e p.131.

<sup>47</sup> Artigo 2º, parágrafo 6º, do Protocolo de Buenos Aires (1994).

<sup>48</sup> Ver também as proposições da Eurocommerce e das Eurochambres, “Der elektronische Marktplatz soll harmonisiert werden”, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27 de junho de 2000, p.25.

<sup>49</sup> Kaufmann-Kohler, Kaufmann-Kohler, Internet, p. 89ss.

<sup>50</sup> Ver St. Hobe, p. 280.

<sup>51</sup> Ver, por exemplo, Le code de conduite d'Eurocommerce (2000). Ver também J. Delbrück, “Von der Staatenordnung über die internationale institutionelle Kooperation zur supraterritorial or global governance: Wandel des zwischenstaatlichen Völkerrechts zur Rechtsordnung des Menschen und der Völker?”, Christiana Albertina, 47 (1998), pp. 5 ss., pp. 13-14.

<sup>52</sup> Ver A. Mefford, “Lex informatica: Foundations of Law on the Internet”, Indiana Journal of Global Legal Studies, 5 (1997), pp. 211 ss. No que concerne o procedimento extrajudicial, ver, para a União Europeia, a recomendação da Comissão, de 30 de março de 1998, sobre os princípios aplicáveis aos órgãos responsáveis pela resolução extrajudicial dos litígios de consumo, JOCE, nº L 115/31 de 17 de abril de 1998. Estes princípios devem ser levados em consideração para os “litígios da Internet”.



para salvaguardar o patrimônio nacional e o interesse do indivíduo em participar de um comércio livre sem fronteiras. Este conflito parece insolúvel, mas a questão é saber se a responsabilidade de tais problemas poderia igualmente residir na revalorização da autonomia das partes, mesmo nesta matéria delicada.

O direito do comércio das obras de arte é uma matéria que está se transformando profundamente. Uma idéia nova é a do salvo-conduto para as obras de arte<sup>53</sup>. A França o introduziu pela lei de 8 de agosto de 1994, a seguinte regra:

“Os bens culturais emprestados por uma potência estrangeira, uma coletividade pública e uma instituição cultural estrangeira, destinadas ao público na França estão livres de arresto pelo período do seu empréstimo ao Estado francês pelo próprio Estado ou por qualquer pessoa jurídica. Uma decisão conjunta do Ministro da Cultura e do Ministro das Relações Exteriores fixa, para cada exposição, a lista dos bens culturais, determina a duração do empréstimo e designa as organizações da exposição”.

A Alemanha seguiu o exemplo francês com a lei de 15 de outubro de 1998<sup>54</sup>. Esta lei introduziu um procedimento processo de obtenção de uma decisão da autoridade competente, decisão que garante a restituição ao prestador do bem cultural. Este ato público tem por efeito proibir, por parte de terceiros, a reivindicação, por parte de terceiros, dos direitos relativos aos bens emprestados.

Na verdade, é sempre o Estado que concede o salvo-conduto internacional de uma obra de arte. Além disso, as leis mencionadas constituem uma resposta a casos especiais de obras emprestadas pelos museus dos países da Europa Oriental, reivindicadas por pessoas privadas expropriadas<sup>55</sup>. Finalmente, ficamos no campo reduzido dos empréstimos para os quais esta solução foi elaborada<sup>56</sup>. Por outro lado, o ato de garantia do salvo-conduto constitui o primeiro passo na direção de um acordo entre as autoridades estatais e as pessoas interessadas no que se refere à migração transfronteiriça de obras de arte.

Pode-se esperar que tal exemplo influenciará também o direito relativo ao mercado de arte.

A autonomia da vontade das partes, fundamento clássico da determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, encontrou um grande apoio numa decisão recente da Corte europeia dos direitos do homem de 5 de janeiro de 2000, que acentuou a necessidade de um justo equilíbrio “entre as exigências do interesse geral da comunidade e os imperativos de salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo”<sup>57</sup>. Esta nova tendência é confirmada

<sup>53</sup> Ver E. Jayme e A. Geckler, “Internationale Kunstausstellungen: Freies Geleit für Leihgaben”, IPRax, 2000, pp. 156-157.

<sup>54</sup> “Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften über die Rückgabe von unrechtmässig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern und zur Änderung des Gesetzes zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung” de 15 de outubro de 1998, Bundesgesetzblatt, 1998, I, pp.3162 ss.

<sup>55</sup> Ver E. Jayme, “La revendication de la propriété d’œuvres d’art – Quelques affaires en Europe”, conferência proferida em Genève (a ser publicada).

<sup>56</sup> Ver N. Palmer, Art Loans, Kluwer, 1997.

<sup>57</sup> Deter-se Beleyer c. Italie, n.14.

pela lei austríaca recente relativa à proteção do patrimônio cultural. No contexto da proteção dos jardins históricos, a lei faz com que a aplicação das regras de direito público dependa da autorização dos proprietários particulares<sup>58</sup>. Os direitos fundamentais dos indivíduos são respeitados. Entre tais direitos figura também a autonomia da pessoa humana de celebrar contratos e de determinar ela mesma as leis aplicáveis a estes contratos.

A idéia do salvo-conduto das obras de arte, obtida por acordos entre as autoridades estatais e as pessoas privadas, favoreceria, além do mais, uma certa “desnacionalização” de bens culturais que, num mundo global, pertencem à toda a humanidade. Na minha opinião, os interesses das nações, como os de salvaguardar os bens culturais ditos “nacionais” estão perdendo sua importância *vis-à-vis* a dos direitos culturais dos indivíduos que reclamam uma participação à herança cultural mundial<sup>59</sup>.

## CONCLUSÕES

### 1. A proteção da pessoa humana por meio da autonomia da vontade das partes

Há, em direito internacional privado, para a proteção da pessoa humana face à globalização, dois enfoques jurídicos. Os Estados podem, para a aplicação de tal proteção, suspender as regras imperativas de aplicação imediata qualquer que seja a lei normalmente aplicável ao contrato. Este enfoque ainda domina os atos legislativos relativos aos conflitos de leis em matéria de contratos individuais de trabalho. Pode-se mencionar leis recentes de países membros da União Européia que concernem a transferência temporária de trabalhadores<sup>60</sup>. O futuro direito do trabalho necessitará de uma flexibilidade mais ampla. Impor, como *lois de police*, as disposições do Estado onde o trabalho se realiza, a meu ver é retrógrado.

Para os conflitos de jurisdição uma tal solução conduziria a foros da parte demandante dita “fraca” e à proibição das convenções atributivas de jurisdição.

Outro enfoque seria o de reforçar a autonomia da vontade das partes que poderiam escolher a lei aplicável e o foro competente para seus litígios, solução pela à qual eu desejaria optar.

<sup>58</sup> “Bundesgesetz, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in den Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung (Denkmalschutzgesetz-DMSG) geändert wird”, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, parte I, 19 de agosto de 1999, par. 3 (5). Na mesma direção exprime-se a decisão da Corte Constitucional Alemã relativa à proteção do patrimônio cultural, sentença de 2 de março de 1999, BVerfGE, n° 100, pp. 226 ss., p. 246.

<sup>59</sup> Ver J. Blake, “On Defining the Cultural Heritage”, International and Comparative Law Quarterly, 49 (2000), pp. 61 ss., pp. 81 ss.

<sup>60</sup> Ver, para o direito alemão, W. Däubler, “Neue Akzente im Arbeitskollisionsrecht”, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2000, pp. 255 ss., pp. 257-259.

Eu percebo sinais para uma tendência que o professor von Overbeck caracterizou como “irresistível extensão da autonomia em direito internacional privado”<sup>61</sup>. As ligações objetivas, como o lugar do delito<sup>62</sup>, são vistas dentro da ótica da vontade das partes que está sendo acolhida mesmo nos sistemas jurídicos que a rejeitam<sup>63</sup>. Além disso, pode-se mencionar a escolha tácita escondida da lei aplicável para a eleição de foros alternativos<sup>64</sup>. Finalmente, a autonomia é realizada em direito africano onde a opção do estatuto é considerada como uma solução de direito adquirido.

O segundo enfoque, quer dizer, a dada autonomia, não deixa a pessoa humana desamparada. É mais “Hilfe zur Selbsthilfe”<sup>65</sup>, ajuda a se auto-ajudar pela garantia de uma informação apropriada que encontramos nos atos comunitários mais recentes em matéria de proteção de consumidores<sup>66</sup>. Velocidade, ubiquidade, liberdade, estas características da globalização não constituem uma ameaça para uma pessoa informada.

## 2. Mensagem para a ciência: comparação global das regras de conflitos

Assim chegamos à finalidade da nossa Academia. Se falamos de informação chegamos também à educação. A mensagem para o ensino da ciência do direito internacional privado é a informação sobre os conflitos de leis e jurisdições com base numa comparação mundial de soluções<sup>67</sup>. E é sobretudo em Haia, sede da Conferência de direito internacional privado que é preciso guardar a vocação de elaborar e de sonhar soluções globais.

<sup>61</sup> A. von Overbeck, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 619 ss. Ver também Javier Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley – Estudio de Derecho internacional privado*, Grenade, 2000; Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 2000, pp. 277 ss. Para o retorno ao valor da autonomia individual, ver A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale – Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milan, 2000, pp. 427 ss. Ver também R. Sacco, “La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)”, *Rivista di diritto civile*, 2000, I, pp. 15 ss., p. 30 (“ampliando ao máximo o âmbito da autonomia contratual e negocial”).

<sup>62</sup> Ver R. Freitag e St. Leible, “Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 EGBGB im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht”, *Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 99 (2000), pp. 101 ss.

<sup>63</sup> Ver Nadia de Araújo, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções internacionais*, 2º ed., São Paulo, 2000.

<sup>64</sup> Ver J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley – Estudio de Derecho internacional privado*, Grenade, 2000, pp. 194 ss.

<sup>65</sup> Sandra Kind, *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information- aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtsgesetz*, Berlin, 1998, p. 539.

<sup>66</sup> Ver também J. B. Harrison e M.-J. Jefferson, “(S)ome (A)ccurate (I)nformation is (B)etter than (N)o (I)nformation (A)t (A)ll: Arguments Against an Exception to the Learned Intermediary Doctrine based on Direct-to-Consumer Advertising”, *Oregon Law Review*, 78 (1999), pp. 605 ss.

<sup>67</sup> Ver M. Reimann, “A New Restatement – for the International Age”, *Indiana Law Journal*, vol. 75 (2000), pp. 575 ss., pp. 583 ss.

## O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A FAMÍLIA NO UMBRAL DO SÉCULO XXI<sup>1</sup>

---

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Erik Jayme

### INTRODUÇÃO

É para mim uma grande honra e um grande prazer retornar a esta Universidade prestigiosa para proferir uma palestra sobre o Direito Internacional Privado. Na conferência anterior, em 1996, analisei as Convenções internacionais como instrumentos de promoção da integração nas comunidades regionais, como a Comunidade Européia e o Mercosul.<sup>2</sup>

O tempo passa rapidamente. Hoje, no direito europeu, as convenções, como instrumento de unificação do direito privado, estão superadas. Foram substituídas, parcialmente, por regulamentos europeus.

O Tratado de Amsterdã introduziu a competência da Comunidade para legislar sobre os conflitos de leis e de jurisdições. Um dos primeiros regulamentos baseado sobre esta nova competência legislativa foi o regulamento nr. 1347/2000 de 29 de maio de 2000, “relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e da regulação do poder paternal em relação dos filhos comuns do casal.” Este regulamento entrou em vigor em 1º (primeiro) de março de 2001.

Para alguns, pode ser surpreendente que a Comunidade (Européia) se ocupe do Direito de Família, porém, neste regulamento, uma nova base para um direito internacional

---

<sup>1</sup> Esta conferência foi proferida pelo Prof. Erik Jayme, no Rio de Janeiro, no dia 15 de março de 2002, no auditório do B-6 da Puc-Rio. O texto foi elaborado pelo Prof. Jayme para sua exposição e está no prelo para ser publicado na Revista do Departamento de Direito/Puc-Rio, sob os cuidados da Profa. Dra. Nadia de Araújo. A forma oral foi preservada. Texto gentilmente cedido pela organizadora para publicação nos Cadernos do Programa da Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, em homenagem ao título de doutor *honoris causa* concedido ao autor, texto sem revisão e adição de notas.

<sup>2</sup> A versão final da palestra de 1996 foi publicado no Brasil. Veja-se JAYME, Erik, “Direito Internacional Privado e Integração” in Integração Jurídica Interamericana, coord. Paulo Borba Casella e Nadia de Araujo, São Paulo, LTr, 1998, pp. 106-116.

privado de família aparece: a livre circulação de pessoas, uma das quatro liberdades fundamentais do Direito Comunitário Europeu.

A liberdade da pessoa de deixar um país e de estabelecer-se em um outro conduz, no âmbito do Direito Internacional privado, ao reconhecimento quase automático do estado familiar desta pessoa. A crítica a este desenvolvimento recente europeu não faltou: fala-se de um estado de família como “mercadoria”, que faria parte da livre circulação dos produtos.

Nesta conferência, vamos tratar esta insólita relação do direito de família com a idéia de favorecer a livre circulação de pessoas.

Nosso outro tema será a proteção da identidade cultural da pessoa humana, como contratendência em relação à integração. Os elementos desta identidade são a língua, a religião, a expressão artística e “o estilo de vida”, como formulou a Comissão para a Proteção dos Direitos do Homem. A proteção da identidade cultural em tempos pós-modernos privilegia o direito de ser diferente.

No âmbito do direito substancial, o direito pós-moderno exprime-se através da tendência dos legisladores de criarem diferentes institutos alternativos de direito de família, com a conseqüente criação de novos conflitos de leis no umbral deste século. Por exemplo, o direito alemão introduziu, há um ano, a união registrada de pessoas do mesmo sexo. Os Países Baixos preferiram, ao invés, permitir o casamento aos homossexuais. Nesta mesma linha, o direito holandês dispõe hoje de dois institutos jurídicos, o casamento e a união registrada, ambos permitidos a pessoas do mesmo sexo e de sexos diferentes. O direito internacional privado, que pressupõe leis diferentes, torna-se assim importante para a eficácia transfronteiriça destas uniões.

O terceiro tema desta conferência é novo e refere-se à identidade cultural dos sistemas jurídicos e à sua proteção. No tratado da União Européia encontramos no Art. 4º (quarto) uma regra geral, segundo a qual a União Européia reconhece a identidade nacional dos Estados Membros.

Esta identidade compreende também certos elementos do sistema jurídico nacional e pode ser configurada como um limite à unificação do direito substancial. Poderíamos perguntar qual será o papel do direito internacional privado para a manutenção de um equilíbrio entre os sistemas nacionais e o direito comunitário. Além disso, aparece o conflito de sistemas como um conflito de civilizações.

Seguindo este caminho temos, pois, três temas:

1. o direito internacional de família e a livre circulação de pessoas;
2. a proteção da identidade cultural da pessoa e a sua autonomia para escolher entre institutos jurídicos diferentes em uma sociedade multicultural;
3. o direito internacional privado e a preservação dos elementos culturais dos sistemas nacionais.

## I – A Livre Circulação de Pessoas

Começaremos com a livre circulação de pessoas como liberdade fundamental. O novo regulamento europeu relativo à competência, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria matrimonial é precedido de detalhadas considerações, entre elas o Considerando nr. 8:

“É oportuno que o presente regulamento preveja medidas coerentes e uniformes que permitam uma circulação de pessoas tão ampla quanto possível. Assim, é necessário aplicá-lo, igualmente, aos nacionais de Estados Terceiros que apresentem um vínculo suficientemente forte ao território de um dos Estados-Membros, em conformidade com os critérios previstos no Regulamento.”

A mobilidade e a livre circulação de pessoas aparece, neste regulamento europeu, como um valor fundamental que excede ao objetivo de integração em um mercado comum.

A técnica seguida pelo legislador europeu é o reconhecimento recíproco, na Europa, dos estados familiares criados nos países da Comunidade. O direito internacional privado é excluído, prevalece o direito processual internacional.

Dispõe o Art. 18 do Regulamento:

“O reconhecimento de uma decisão em matéria de divórcio, separação de pessoas e bens ou anulação do casamento não pode ser recusado em virtude da lei do Estado-Membro requerido não permitir o divórcio, a separação de pessoas e bens ou a anulação do casamento com base nos mesmos fatos.”

As diferenças entre as leis aplicáveis não mais importam. O princípio do reconhecimento recíproco substitui, pois, as normas de conflitos. Para estabelecer a competência basta a residência habitual do requerente, se este estiver aí residindo há pelo menos um ano imediatamente antes do pedido. Este período de tempo será reduzido a seis (6) meses, caso o requerente seja nacional do Estado-Membro em questão.

Como consequência, uma pessoa que deixa a paz do lar familiar pode, em breve tempo, alterar as suas relações familiares e obter a dissolução do casamento, com reconhecimento certo em toda a Europa.

Favorece-se desta maneira o cônjuge “mais móvel”, a recordar a ária “La donna è mobile” da Ópera “Rigoletto” de Verdi, o que parece pouco compatível com o princípio da estabilidade da família; constitui um primeiro passo para uma regulamentação justa dos conflitos de leis em matéria matrimonial. Mencione-se também que já existe um primeiro projeto para um regulamento de conflitos de leis em matéria de divórcio.

Fato é que, no umbral do século XXI, aparece, como fundamento do direito de família internacional, a liberdade individual de livre circulação de pessoas, uma idéia nova, mas com criticáveis consequências. Esta nova tendência conduz à questão de uma autonomia mais ampla de escolha da lei aplicável no âmbito do direito de família. Já, indiretamente, através da escolha do foro competente, o cônjuge requerente pode influenciar o direito aplicável.

O Kammergericht de Berlim foi confrontado com uma petição de divórcio de um casal, que vivia na Espanha. O homem era de nacionalidade austríaca, a mulher, de nacionalidade alemã. Segundo o direito internacional privado alemão, aplica-se ao caso de divórcio de um casal de nacionalidade diferente, a lei da residência habitual comum. Para evitar a aplicação do direito espanhol, pouco familiar a um casal austríaco-alemão, o casal escolheu, em uma declaração de vontade de forma solene, o direito alemão para regular o seu divórcio. Os juizes de Berlim decidiram que a escolha da lei aplicável limitada ao divórcio não seria admissível no direito alemão, o qual permite a escolha da lei aplicável somente ao

regime de bens e aos efeitos gerais do casamento. Esta interpretação estreita e literal das normas de conflito foi criticada pela doutrina.

O caso demonstrou bem as vantagens de uma certa autonomia da vontade, mesmo no âmbito do direito de família e pode ser considerada como a futura melhor solução para o direito europeu.

## II – Identidade Cultural da Pessoa

A contratendência, em resposta às necessidades de uma integração sempre mais intensa na Europa, concerne a proteção da identidade cultural através do direito internacional privado. Na prática quotidiana, observamos uma crescente importância das regras de direito de família de origem religiosa.

Há quatro possibilidades de um juiz ter em conta tais leis religiosas:

1) O direito internacional privado indica aplicável a lei de um Estado que, em seu direito de família, observa as leis de comunidades religiosas, como, por exemplo, o direito islâmico;

2) No âmbito do direito substancial, as cláusulas gerais, como a observância do bem-estar da criança, abrem o caminho para o direito religioso, se este direito religioso corresponde à identidade cultural da criança;

3) A ordem pública pode ser concretizada por normas religiosas, se estas fazem parte do exercício de liberdade religiosa como direito humano.

4) Finalmente, podemos mencionar a recepção dos institutos jurídicos religiosos no direito civil substancial.

Daí surgem conflitos novos. Vou dar alguns exemplos da prática jurídica alemã.

A Relação de Karlsruhe ocupou-se de um pedido de um casal para adotar uma criança marroquina. Os pais adotivos, que viviam na Alemanha, eram ao tempo do casamento ambos marroquinos, mas o cônjuge varão tinha obtido a nacionalidade alemã. A lei aplicável a esta adoção era o direito marroquino, que proíbe a adoção, seguindo as regras do Alcorão. Os juizes alemães normalmente, se a família vive na Alemanha, excluem o direito marroquino, pronunciando a adoção para proteger o bem-estar da criança, baseando esta decisão na ordem pública alemã. A Relação de Karlsruhe, ao contrário, teve em conta, no âmbito da ordem pública, a identidade cultural da criança, sugerindo ao juiz de primeira instância, como solução, a admissibilidade da “kafala”, instituto jurídico do direito islâmico equivalente a uma colhimento familiar com efeitos menores do que uma adoção plena do direito alemão. O Tribunal citou, nesta decisão, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989.

Neste caso, a ordem pública revela um “double coding”: os direitos humanos configurados como valores universais e internacionais concretizam a ordem pública nacional. No centro, está a criança e sua identidade cultural.

Esta nova filosofia inspirou o legislador espanhol a introduzir, recentemente, no Código Civil Espanhol, vários tipos de acolhimento familiar, entre os quais um semelhante

à “*kafalab*”, para o juiz escolher o instituto jurídico mais apto para proteger a identidade cultural da criança.

No mesmo contexto, poderíamos mencionar a nova lei alemã de 5 de novembro de 2001 sobre os efeitos da adoção pronunciada segundo o direito estrangeiro. Essa lei tem em conta o fato já normal de um casal alemão adotar uma criança em um país estrangeiro, muitas vezes na América Latina. Esta lei permite aos pais adotivos escolher, na Alemanha, entre um processo que conduza ao reconhecimento da sentença de adoção estrangeira declarando seus efeitos, segundo o direito estrangeiro, e uma petição visando transformar a adoção estrangeira em adoção plena do direito alemão. Desta maneira, o legislador alemão reconhece, indiretamente, a adoção simples estrangeira, desconhecida no direito substancial alemão.

A transformação de uma adoção estrangeira em uma adoção de direito alemão é admitida somente se os consentimentos necessários a esta adoção subsistem. Neste âmbito, o legislador alemão invoca também a norma geral da ordem pública alemã. Esta lei alemã apresenta alguns fenômenos do direito pós-moderno: uma pluralidade de métodos além das categorias consolidadas, um processo que combina elementos de direito processual e de direito substancial e uma escolha possível entre os diversos institutos jurídicos pelos interessados.

A aplicação do direito religioso, nos demais casos, torna-se mais difícil. O Kammergericht de Berlim recusou o divórcio a um casal de nacionalidade israelense e de religião judaica, apesar de o direito internacional privado alemão remeter à lei da nacionalidade, deixando assim o casal sem acesso aos Tribunais de seu domicílio. Os juízes fundaram a sua decisão no argumento de que, um tribunal estatal não seria competente para aplicar regras religiosas.

De acordo com o direito de Israel, o divórcio consiste em um negócio jurídico privado dos cônjuges precedido de um processo controlado por um tribunal rabínico.

Em minha opinião, o Tribunal alemão pode pronunciar o divórcio em uma sentença, após ter obtido a informação do tribunal religioso de que as regras religiosas foram observadas pelo casal.

O outro problema recente concerne aos diferentes estilos de vida e os institutos jurídicos alternativos.

Um primeiro caso, na Alemanha, envolve um holandês, unido em matrimônio celebrado, nos Países Baixos, com uma pessoa do mesmo sexo. Os dois homens estabeleceram seu domicílio na Alemanha, onde é admitida, para pessoas do mesmo sexo, somente a união registrada, mas não o matrimônio. De outro lado, o legislador alemão introduziu, no ano passado, uma nova regra de conflito, segundo a qual a lei do país de registro é aplicável a uma união de pessoas do mesmo sexo.

Surgem aqui os problemas conhecidos da qualificação de um instituto jurídico estrangeiro desconhecido no ordenamento jurídico nacional. Há duas soluções, ou aplica-se analogamente a lei aplicável ao matrimônio e chega-se à lei nacional das pessoas em questão, ou a lei aplicável às uniões registradas, isto é, a lei do país de registro. Em ambos os casos é aplicável o direito dos Países Baixos, o qual admite o matrimônio de pessoas homossexuais.



Continuamos com os outros elementos da identidade cultural e a sua importância para o direito internacional privado de família.

Gostaria de falar de um caso recente decidido pelo Tribunal de Freiburg. Tratava-se de um divórcio de cônjuges com dupla nacionalidade idêntica – francesa e libanesa – que viviam na Alemanha. Para determinar, quanto ao princípio da nacionalidade, se os cônjuges teriam a mesma nacionalidade, o juiz procedeu a uma interessante análise da efetividade das nacionalidades, chegando à conclusão de que a mulher era francesa e o varão, ao invés, era libanês. O varão tinha adquirido a nacionalidade francesa pelo casamento, falava quatro línguas e a língua francesa tinha uma importância menor em relação à língua árabe. A mulher era de origem francesa, mas tinha vivido durante a infância no Líbano, onde conheceu o seu marido e onde o casal viveu os primeiros anos após a celebração do casamento. As relações atuais da mulher com o Líbano eram fracas. Ela preferiu a França para viajar em suas férias.

Tratando-se, segundo a opinião do juiz, de um casal de nacionalidade diferente aos fins do direito internacional privado, foi aplicado o direito alemão, como lei da última residência comum do casal.

A decisão pode ser criticada. O juiz não teve em conta o fato de que o direito alemão, na falta de uma nacionalidade comum atual, remete à última nacionalidade comum, logo, à nacionalidade libanesa, da mesma forma desconsiderou o fato do casal ter vivido no Líbano durante os primeiros anos após o casamento e tendo sido neste país o primeiro domicílio conjugal.

De outro lado, a decisão bem demonstra que a identidade cultural da pessoa serve para concretizar a efetividade da nacionalidade, nos casos envolvendo pessoas com dupla nacionalidade.

### III – A Preservação dos Elementos Culturais Nacionais

Chegamos ao terceiro tema, o direito internacional privado e a preservação dos elementos culturais dos sistemas nacionais.

Trata-se de um tema novo. No âmbito da unificação do direito substancial nas comunidades regionais surge a questão se a unificação deveria respeitar certos limites postos pela identidade cultural dos sistemas jurídicos nacionais dos Estados-Membros.

Além disso, podemos perguntar qual é o papel do direito internacional privado nos conflitos de civilização que determinam a política mundial de nosso tempo.

Devemos constatar que o direito internacional privado oferece sua própria idéia de Justiça: o tratamento igual das leis diferentes, sempre que o caso apresente uma conexão estreita com o respectivo país. Desta maneira, abre o diálogo intercultural entre sistemas diversos.

Importa no direito de família mencionar que os indivíduos têm um interesse forte no reconhecimento universal de suas relações jurídicas. A família não conhece fronteiras políticas.

O papel do direito internacional privado como um ramo de Direito que estimula o diálogo entre as culturas aparece claramente em uma sentença da Corte Suprema da Bavária

de 28 de novembro de 2001. Um homem e uma mulher de nacionalidade iraniana viviam na Alemanha, o homem como refugiado reconhecido como tal pela Convenção da ONU e a mulher como candidata a asilo. Esperavam um filho. Celebraram o casamento segundo as leis iranianas, no Irã, através de um procurador. O filho nasceu e o oficial do cartório deveria decidir sobre o registro do filho como oriundo ou não do casamento. Esta forma de celebração do casamento não é admitida na Alemanha; a lei iraniana permite mesmo a escolha do cônjuge pelo procurador. Tratava-se de um conflito de civilizações.

A lei aplicável para a substância do casamento foi a lei alemã, como a lei de domicílio de um refugiado; a lei aplicável à forma do casamento foi a lei do Irã. Incumbia decidir se na questão da admissibilidade de um verdadeiro procurador trara-se de substância do ato e não de forma.

De outro lado, no caso concreto ambos os interessados, antes da procuração, já tinham formado um livre consenso visando o casamento, consenso este que permanece a base do sistema ocidental para fundar uma família. A corte decidiu que o matrimônio foi válido, qualificando o caso concreto como pertencente à forma dos atos. Desta maneira, regulado pela lei do Irã. Teve em conta, também, a nacionalidade iraniana de ambos os cônjuges e o interesse do filho de ser filho legítimo.

Como se vê, o direito internacional privado oferece um método e um processo discursivo para dialogar entre as culturas diversas: um instrumento sempre mais importante para chegar a soluções pacíficas.

## CONCLUSÃO

No umbral do século XXI, a família mudou, porém, o direito internacional privado permanece sempre um instrumento eficaz e justo para indicar a lei aplicável aos casos multiconectados e multiculturais.



## BIBLIOGRAFIA

- Araujo, Nadia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções internacionais*, São Paulo, 2000.
- Blake, Janet, "On Defining the Cultural Heritage", *International and Comparative Law Quarterly*, 49 (2000), pp. 61 ss.
- Boele-Woelki, Katharina, "Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?", *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen* (Dicke et al.), Heidelberg, 2000, pp. 307 ss.
- Bucher, Andreas, "Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers", *La semaine juridique* (Genève), 122 (2000), pp. 77 ss.
- Carrascosa Gozález, Javier, "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: Práctica del Tribunal supremo", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 39 ss.
- \_\_\_\_\_, *Matrimonio y elección de ley – Estudio de Derecho internacional privado*, Grenade, 2000.
- Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de la Haye, *CER 1998. Incidences juridiques des télécommunications globales*, la Haye, 1998.
- Däubler, Wolfgang, "Neue Akzente im Arbeitskollisionsrecht" < Recht der Internationalen Wirtschaft, 2000, pp. 255 ss.
- Delbrück, Jost, "Globalization of Law, Politics, and Markets – Implications for Domestic Law – A European Perspective" *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1 (1993), pp. 9 ss.
- \_\_\_\_\_, "The Role of the United Nations in Dealing with Global Problems", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 4 (1997), pp. 277 ss.
- Di Turi, Claudio, "Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro", *Rivista di diritto internazionale*, 2000, pp. 113 ss.
- Diwan, Paras e Peeyushi Diwan, *Private International Law*, 4<sup>ed.</sup>, New Delhi, 1998.
- Freitag, Robert e Stephan Leuble, "Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 EGBGB im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht", *Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 99 (2000), pp. 101 ss.

- Gherzi, Carlos Alberto, *Tercera vía – Ambito jurídico*, Buenos Aires, 2000.
- Hartwig, Oskar e Jens Grunert, “Bedarf und Möglichkeiten provisorischer Eilverfügungen im E-Commerce”, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, pp. 721 ss.
- Herfahrt, Christoph, *Die Scheidung nach jüdischen Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Heidelberg, 2000.
- Hobe, Stephan, “Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung”, *Archiv des Völkerrechts*, 1999, pp. 253 ss.
- Jayme, Erik, “Zum Jahrtausendwechsel: das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRax*, 2000, pp. 165 ss.
- Loquin, Eric e Catherine Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit*, Dijon, 2000.
- Mefford, Aron, “Lex informatica: Foundations of Law on the Internet”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5(1997), pp. 211 ss.
- Naj Oleari, Marella, “Prime pronuncie italiane in un caso di *domain grabbing* su Internet”, *Diritto comunitario e degli sacmbi internazionali*, 1999, pp. 497 ss.
- Nishitani, Yuko, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 2000.
- Palmer, Norman, *Art Loans*, Kluwer, 1997.
- Reimann, Marthias, “A New Restatement – For the International Age”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 75 (2000), pp. 575 ss.
- Roth, Birgit e Götz Schulze, “Verbraucherschutz im Eletronic Commerce”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1999, pp. 924 ss.
- Sacco, Rodolfo, “La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)”, *Rivista di diritto civile*, 2000, I, pp. 15 ss.
- Schauer, Bernd, *E-Commerce in der Europäischen Union*, Vienne, 1999.
- Somma, Alessandro, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale – Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milan, 2000.
- Spindler, Gerald, “Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet”, *MMR (Multi Media Recht)*, 2000, pp. 18 ss.
- Walter, Gerhard e Fridolin M. R. Walther, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Berne, Zurich, Bruxelles, 2000.

## NORMAS EDITORIAIS

Os Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, é uma publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

É um veículo de divulgação científica e cultural, visa servir como meio de difusão de novos conhecimentos e para a troca de idéias entre pesquisadores, estudiosos, profissionais na prática e no desenvolvimento da Ciência do Direito e atividades afins.

É publicado duas vezes ao ano, com periodicidade semestral.

Serão aceitos para publicação ensaios, artigos e resenhas inéditas, aprovados pelo Conselho Editorial.

O Conselho Editorial, reserva-se o direito de realizar as alterações nos originais necessárias à homogeneidade formal da publicação, podendo também solicitar reformas aos autores.

Os textos deverão ser entregues, gravados em disquete, acompanhados de uma cópia impressa, com, no máximo, trinta laudas, em papel A4, fonte arial, corpo 12, entrelinhamento 1,5 cm.

O título do artigo deverá ser breve, específico e descritivo.

O resumo deverá ser de, no máximo, sessenta palavras, e vir acompanhado de até cinco palavras-chave.

Ilustrações, fotos, tabelas e outros materiais gráficos deverão ser acompanhados da especificação de sua fonte e da permissão para reprodução, quando for o caso.

As notas bibliográficas deverão ser especificadas pelo sistema autor, data, página. Mesmo que o autor não faça uso de notas, deverá indicar as referências bibliográficas, cuja exatidão é de sua responsabilidade.

Os trabalhos devem seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), especialmente as mencionadas abaixo:

NBR 6023 - Referências Bibliográficas

NBR 6024 - Numeração Progressiva das Seções de um Documento

NBR 6028 - Resumos

NBR 10520 - Apresentação de Citações em Documentos

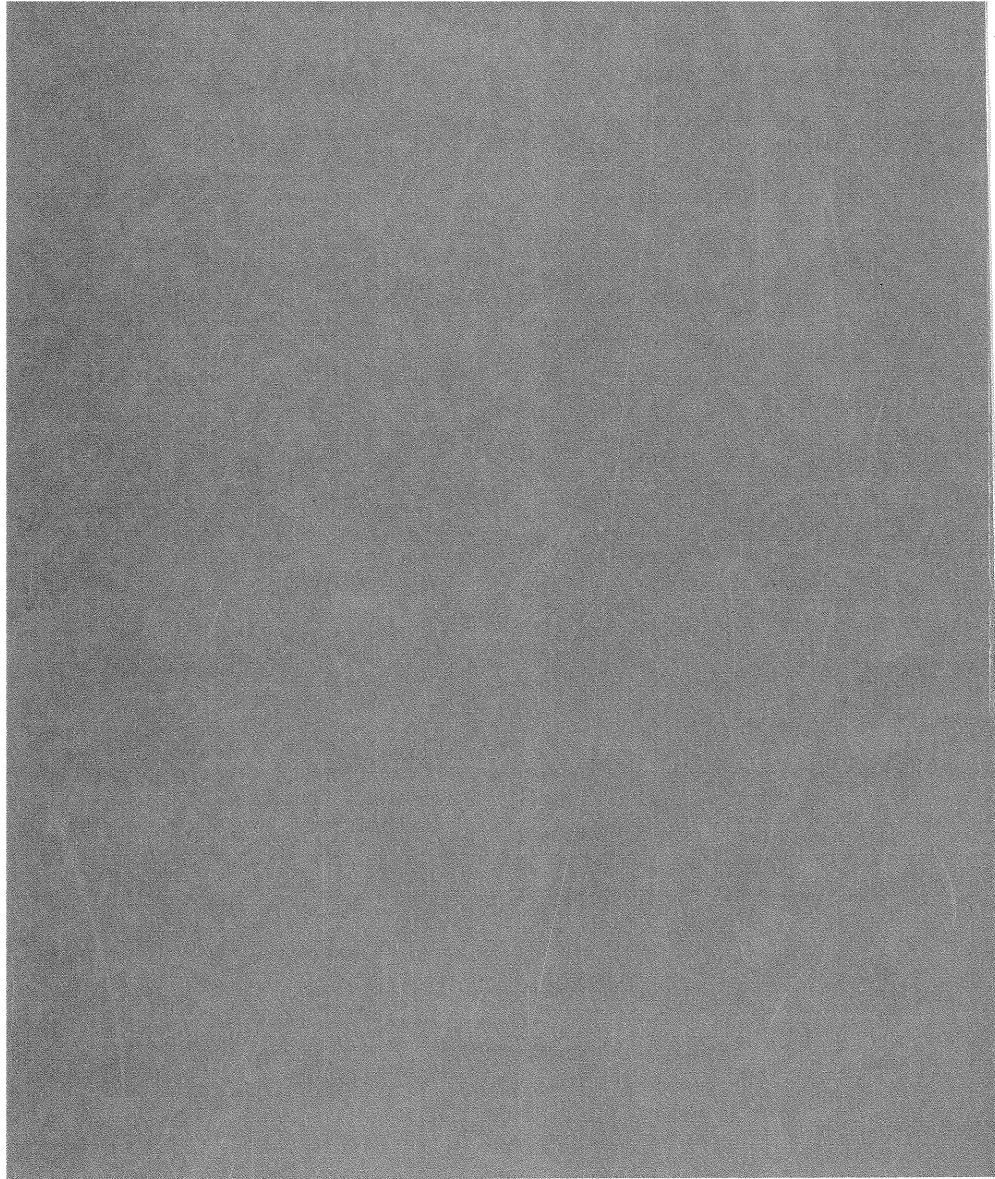
O autor receberá, como direito autoral, três exemplares do respectivo fascículo.













Cadernos do Programa de Pós-Graduação

# DIREITO/UFRGS



Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Volume 1, Número 1,  
Março de 2003. Publicação da edição digitalizada em 15 de Junho de 2014.