

A Unificação do Direito Privado no Mercosul segundo o Direito Comparado Funcional

THE UNIFICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN MERCOSUR ACCORDING TO FUNCTIONAL COMPARATIVE LAW

Victor Hugo Alcalde do Nascimento *
Tânia Lobo Muniz **

Resumo: As disparidades em matéria de normas de Direito Internacional Privado prejudicam o desempenho da condução político-econômico-jurídica de blocos de integração regional. No caso do Mercosul é necessário o livre movimento de decisões judiciais ou laudos arbitrais e de negócios jurídicos, o que só é possível mediante a unificação de normas do Direito Internacional Privado por tratados internacionais no escopo mercosulino e pelo emprego do Direito Comparado. Precisa-se concebê-lo como um ramo jurídico destinado a reger e solver, por completo, relações jurídicas heterogêneas ou espacialmente dispersas, não apenas como mero mecanismo de eleição de Direito aplicável. Postula-se o emprego do Direito Comparado funcional como mecanismo para a elaboração e aplicação de convenções internacionais no âmbito mercosulino, assim como para a qualificação das relações jus privatistas.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Tratados Internacionais. Direito Comparado Funcional. Unificação. Qualificação.

Abstract: Dissimilarities in issues about Private International Law can damage the political, economical and juridical performance of regional common markets. In Mercosul it is necessary the free movement of judicial decisions and arbitral awards, and acts in the law, which can only become possible through the unification of rules of Private International Law by international treaties in the scope of Mercosul, and through the employment of Comparative Law. It has to be understood as a branch of the Law designed to rule and solve, completely, legal relations which are heterogenic or spatially dispersed, and not as a mere mechanism for the selection of the applicable Law. It is postulated the employment of Functional Comparative Law as a mechanism for the elaboration and application of international conventions in the scope of Mercosul, as well as to classify the legal issues.

Keywords: Private International Law. International Treaties. Functional Comparative Law. Unification. Classification.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina e advogado. E-mail: victoralcalde@sercomtel.com.br

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e docente nos cursos de graduação, especialização e mestrado na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: lobomuniz@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O Mercosul é um jovem ambicioso organismo de integração regional que visa, através da coordenação entre os Estados-Partes, a consecução de um espaço no qual produtos, serviços e indivíduos transitem com ampla liberdade. Essa coordenação envolve, inevitavelmente, o entrosamento harmônico nas esferas política, econômica, social, cultural, assim como jurídica, dos entes envolvidos. Não se pode circunscrever o projeto de integração meramente à seara econômica, vez que para alcançar a livre circulação de produtos, serviços e indivíduos, necessita-se da garantia do livre movimento de negócios jurídicos, sentenças judiciais e laudos arbitrais entre os Estados-membros. O Direito é posto a serviço da integração regional e deve zelar pela manutenção de iguais condições, dentre as quais a de competitividade, entre os Estados contraentes.

O ramo jurídico cujo objeto e conteúdo versam sobre a circularidade de sentenças judiciais e, por conseguinte, o reconhecimento de tais atos, assim como, de laudos arbitrais e negócios jurídicos é o Direito Internacional Privado, notadamente, por ater-se a essas relações naturalmente dispersas espacialmente. A tarefa destinada ao bloco econômico é garantir condições equânimes entre os Estados-Partes através da unificação das normas do Direito Internacional Privado. A unificação, entretanto, não é o suficiente. Imprescindível é a compreensão das semelhanças e diferenças que existem entre os Estados pactuantes do Tratado de Assunção e demais membros ou associados. Não se pode restringir tais semelhanças e diferenças especificamente à seara jurídica, notadamente à esfera normativa dos ordenamentos jurídicos. Os preceitos normativos escritos não são as únicas fontes dos ordenamentos jurídicos que merecem atenção no desenvolvimento de estudos comparativos. A observação do estudo deverá valer-se de todas as matérias e objetos que se considerem pertinentes para a compreensão e entendimento do Direito estrangeiro, estranho ao raciocínio local.

O Direito Comparado, aliado, ao Direito Internacional Privado, ainda que em uma interdisciplinaridade interna, são as ferramentas para a unificação das normas deste. Advoga-se que a unificação jurídica pode ser melhor alcançada quando o estudo comparado vale-se de critérios funcionais, quando o *tertium comparationis* desta análise é uma função, e, portanto, considera não somente a esfera normativa dos ordenamentos jurídicos envolvidos, mas, também, as decisões judiciais como objeto da comparação. Analisam-se os

problemas que, perante determinada *praesumptio* originária do Direito Comparado funcional, são enfrentados igualmente por todos os Estados-membros. Ademais, justifica-se a unificação jurídica quando os problemas combatidos pelos membros são os mesmos ou muito semelhantes. A unificação, entretanto, a elaboração de normas idênticas, que na hipótese estudada dá-se por meio de tratados internacionais não é o suficiente para atingir os efeitos esperados do processo. É necessário que haja entre os membros interpretações equânimes destes textos, vez que inexistente no bloco de integração órgão com competência adjudicativa superior e cujas decisões vinculam os membros. Nestes termos, a análise pelo Direito Comparado funcional mostra-se, também, adequada.

A análise postulada parte da consideração de um Direito Internacional Privado inserido em uma cultura jurídica pós-moderna, na qual, consideram-se uma pluralidade informativa, assim como de métodos utilizados em prol da unificação jurídica. O resultado é a consideração dos tratados internacionais como fonte primordial para a persecução da unificação do Direito Internacional Privado. Explana-se-á, portanto, que a compreensão da unificação de tais normas tende a produzir efeitos satisfatórios quando elaborada perante o Direito Comparado funcional, e, que se mostra também satisfatória, à interpretação e uso posterior dessas normas.

Neste artigo utiliza-se de inúmeras obras da literatura jurídica estrangeira e os autores assumem as responsabilidades inerentes a tradução, sendo que, em nota de rodapé apresentam os excertos em sua versão original.

1 O OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SUA CONCEPÇÃO CLÁSSICA

O Direito Internacional Privado sempre esteve envolto em uma série de labirintos sinuosos, ou enigmas indecifráveis. São recorrentes as queixas da comunidade discente, docente, assim como presente na literatura desta matéria, a dificuldade de compreensão e do uso exacerbado de teorias e postulações abstratas¹. Segundo William L. Prosser,

¹ Geoffrey Samuel ensina que a abstração pode ser inerente ao objeto da ciência. Segundo o autor: “há objetos da ciência que são capazes de se relacionarem a um material ou coisa concreta que visivelmente existem na realidade. Igualmente, há objetos que são apenas conceituais e logo, não se movem, explodem, ou metabolizam”; no texto original lê-se: “there are objects of science which are capable of relating to a material or concrete thing which seemingly exists in reality. Equally, there are objects which are only conceptual and thus do not move, explode or metabolise” (2003, p.56).

o reino do Direito Internacional Privado é a de um pântano horrível, repleto de um lamaçal movediço, e, habitado por cultos, mas, excêntricos professores que teorizam sobre matérias misteriosas em um estranho e incompreensível jargão² (1953, p.959).

As observações da complexidade da disciplina são secundadas por Otto Kahn-Freund ao afirmar que o “Direito Internacional Privado é intelectualmente fascinante. Não é este, de fato, sua própria maldição?”³ (1974, p.466). Esta complexidade fascinante da disciplina, evidenciada nos excertos citados, o primeiro da década de 1950 e o segundo da década de 1970, embora não tenha sido simplificada, o fascínio pela compreensão e solução destes obstáculos persistem. Entre estas barreiras enormes e intransponíveis que compõem o conteúdo do Direito Internacional Privado destaca-se a mudança de paradigmas no tocante à sua compreensão de seu objeto e conteúdo. É possível dividi-lo em duas categorias históricas e conceituais distintas, por meio do rol de características que as compõem, entretanto, uma destaca-se das demais. Trata-se da ideia de justiça postulada, por um lado, por uma concepção normativista, e, de outro, por uma compreensão materialista da disciplina, cada qual, com o emprego de metodologia própria. A primeira, vige a justiça formal, ou a pluralidade de justiças, dadas as diferenças na aplicação da *lex fori* ou da *lex causae*, e, na segunda a persecução da justiça material.

O Direito Internacional Privado, tradicionalmente, como enunciam Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor, “tinha sido concebido como um sistema de distribuição de competências legislativas onde era indissociável o âmbito da lei e a esfera da soberania da autoridade que a ditava”⁴ (2003, p.11). Neste sentido, nota-se o caráter doméstico do Direito Internacional Privado, que embora carregue na nomenclatura o adjetivo internacional, seu conteúdo é, segundo aquela concepção, provido pelos órgãos legiferantes domésticos. O objeto deste braço jurídico, perante aquela concepção, resta prejudicado, diminuído, vez que somente admite a solução de conflitos de normas no âmbito espacial. Esta espécie de concepção do objeto do Direito Internacional Privado fundamenta-se na identificação da norma que o anima, ou seja, encontra-se,

² “The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors Who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon” (PROSSER, 1953, p.959)

³ Private International Law is intellectually fascinating. Is this not in fact its main curse? (KAHN-FREUND, 1974, p.466).

⁴ [...] ha sido concebido como un sistema de distribución de competencias legislativas, en donde era indisociable el ámbito de la ley y la esfera de la soberanía de la autoridad que la dictaba (CORNET, DE KLOR, 2003, p.11).

dentre um conjunto de preceitos normativos, aqueles que se destacam, que se destinam a solver conflitos espaciais normativos. Salienta-se que, não se tratam de teses arcaicas na seara jurídica, mas de concepções, idealizações, construções cognitivas do objeto e conteúdo deste Direito.

Jacob Dolinger advoga que o Direito Internacional Privado, “por excelência, é constituído de regras de sobredireito colisionais que visam solucionar conflitos entre normas atemporais, interestaduais, internacionais” (2008, p.24). Do excerto extrai-se o caráter normativista, outrora explanado, utilizado pelo autor, ainda que haja um pequeno número de normas da disciplina destinadas a outras funções. Estas normas inserem-se em distintas concepções sobre a disciplina, sendo que em uma destas a “mais ampla é a francesa, que entende abranger a disciplina quatro matérias distintas: a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro; o conflito das leis e a conflito de jurisdições” (2008, p.1). Na análise do conteúdo quádruplo do Direito Internacional Privado, tem-se que à esfera da nacionalidade incumbe, ademais das regras segundo as quais se considerará um indivíduo nacional do Estado, “as formas originárias e derivadas de aquisição da nacionalidade, a perda da nacionalidade e sua reaquisição, os conflitos positivos e negativos de nacionalidade” (DOLINGER, 2008, p.1). O âmbito da condição jurídica do estrangeiro “versa os direitos do estrangeiro de entrar e permanecer no país; uma vez domiciliado ou residente no território nacional, trata de seus direitos no plano econômico [...], social [...]; público [...]; político” (DOLINGER, 2008, p.1). No conflito de jurisdições encontram-se “as relações humanas ligadas a dois ou mais sistemas jurídicos cujas normas materiais não coincidem, cabendo determinar qual dos sistemas será aplicado” (DOLINGER, 2008, p.2). O quarto objeto da disciplina, o conflito de jurisdições há a análise da “competência do Judiciário na solução de situações que envolvem pessoas, coisas ou interesses que extravasam os limites de uma soberania” (DOLINGER, 2008, p.2).

Embora o campo de atuação do Direito Internacional Privado seja amplo, na concepção de Jacob Dolinger, a tese assenta-se na identificação de normas que lidam com conflitos espaciais, seja entre normas estatuídas por distintos Estados, quanto à nacionalidade, quanto ao estado do estrangeiro em concorrência ou não com o nacional ou, quanto à competência no processo de adjudicação.

Na literatura jurídica dos países de língua inglesa há o emprego do vocábulo Direito Internacional Privado como sinônimo de *Conflicts of Laws* e isto se deve porque, na tradição jurídica desses países, o objeto deste ramo restringe-se ao conflito normativo e de jurisdições, logo, a razão da denominação “Conflito

de Leis”. A expressão equivalente na literatura jurídica alemã parece ser melhor empregada, “*Kollisionsrecht*”, conflito de Direitos. De qualquer forma, a função típica deste agrupamento normativo, que é o Direito Internacional Privado, é a de identificar qual o sistema jurídico que se aplica a uma *questio iuris* com elementos estrangeiros, e, portanto, a eleição justificada e arrazoada do corpo normativo material destinado a solver e disciplinar determinadas matérias como contratos, responsabilidade civil extracontratual, divórcio e separação judicial, dentre outros. Na concepção voltada à cultura jurídica anglo-saxã, entretanto, não se “compreende as regras que delimitam a jurisdição de cortes locais e determina o reconhecimento e execução de julgamentos estrangeiros”⁵ (LIPSTEIN, 1981, p.1).

A concepção da doutrina norte-americana sobre o Direito Internacional Privado – *Conflict of Laws* – compreende o “corpo do direito que pretende prover soluções a disputas jurídicas internacionais e interestatais entre pessoas ou entidades diferentes de países ou estados como tais”⁶ (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p.1). Esta asserção exclui do objeto de apreciação do ramo jurídico em apreço os litígios oriundos de atos pelos quais os Estados se valem de seu *ius imperium*, na execução de competência ou prerrogativa previamente estabelecidas nos ordenamentos jurídicos respectivos. Entretanto, ao se estipularem os atos nos quais se excluem os Estados, naturalmente, em caráter negativo, exaurem-se atos pelos quais os Estados são passíveis de responder em litígio. Tais atos referem-se àqueles pelos quais os Estados atuam como se entes privados fossem, em paridade às pessoas, naturais ou jurídicas, de Direito Privado.

Werner Goldschmidt, autor de origem alemã e que ao migrar a Argentina funda verdadeira escola da disciplina, ao descrever o Direito Internacional Privado mantém a normatividade como caráter principal. Segundo o autor, este ramo compreende:

o conjunto de casos jusprivatistas com elementos estrangeiros e de suas soluções, descritos casos e soluções por normas inspiradas nos métodos indireto, analítico e sintético judicial, e embasadas as soluções e suas descrições no respeito ao elemento estrangeiro”⁷ (2009, p.3).

⁵ [...] it comprises the rules which delimit the jurisdiction of local courts and determine the recognition and enforcement of foreign judgments (LIPSTEIN, 1981, p.1).

⁶ [...] body of law that aspires to provide solutions to international or interstate legal disputes between persons or entities other than countries or states as such (HAY, BORCHERS, SYMEONIDES, 2010, p.1).

⁷ [...] el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero (GOLDSCHMIDT, 2009, p.3).

Neste excerto nota-se a relevante importância conferida às normas conflituais como objeto deste braço do mundo jurídico. Embora presentes as expressões “conjunto de casos” e “soluções” estas referem-se a uma grande contribuição da obra de Werner Goldschmidt: a norma indireta e sua estrutura. O termo “conjunto de casos” refere-se à estrutura da norma indireta, por ele concebida “*tipo legal*”; e, a segunda expressão, “soluções”, relaciona-se a consequência prevista pela norma, a chamada “*consecuencia jurídica*”. O estudo do autor é alçado como conformação de verdadeira ciência. Segundo ele, sua concepção normativa “consiste em fazer da análise da estrutura da norma jus privatista internacional o ponto de partida da ciência do DIPr”⁸ (2009, p.17). Os demais elementos que compõem o excerto referem-se aos métodos, as formas doutrinárias pelas quais os Estados estatuem as normas indiretas ou conflituais de Direito Internacional Privado.

A consideração da normatividade como elemento primordial destas concepções da disciplina, entretanto, não são de todo atávicas ou reprováveis. Ao contrário, por elas muito se alcançou no estudo do Direito Internacional Privado. Menciona-se que a consideração destas normas como primordialmente conflituais ou indiretas, ou seja, o fato de portarem-se como mecanismo de eleição do Direito material aplicável a uma *questio iuris*, por exemplo, deflagrou a asserção de ser o Direito Internacional Privado um Direito essencialmente voltado à promoção da tolerância. Dentre os defensores desta visão do Direito Internacional Privado, destaca-se Werner Goldschmidt.

O respeito ao ente estrangeiro, posto na qualidade devida por determinado instituto ou no próprio indivíduo, é característica elencada na concepção jus privatista de Werner Goldschmidt, merece atenção⁹. Uma vez que o problema desta disciplina consiste em resolver conflitos entre potenciais Direitos materiais, a resolução clama a imparcialidade, o afastamento do interprete das convicções subjetivas para solver a *questio iuris*. Este valor perquirido pelo direito Internacional Privado é também enunciado por Tobias M. C. Asser, que assevera que “a tarefa do direito internacional privado consiste em encontrar a solução dos conflitos de leis, em respeito e na manutenção da diversidade de leis nacionais”¹⁰ (1880, p. 7). Acresce o autor que “se pode mesmo considerar essa

⁸ [...] consiste en hacer del análisis de la estructura de la norma jusprivatista internacional el punto de partida de la ciencia del DIPr (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 17).

⁹ Na citação da definição da disciplina pelo autor há reiterados empregos dos vocábulos e expressões: “elemento estrangeiro” e “respeito ao elemento estrangeiro”.

¹⁰ La tâche du droit international privé consiste à trouver la solution des conflits des lois, tout en respectant et en maintenant la diversité des lois nationales (ASSER, 1880, p. 7).

diversidade a razão de ser do direito internacional privado”¹¹ (1880, p.7).

Na esfera de precedentes, notadamente internacionais, há a decisão proferida em 1929, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora da Corte Internacional de Justiça, sediada no Palácio da Paz, em Haia, Holanda, sobre o pagamento de vários empréstimos sérvios feitos na França. Segundo a decisão:

Qualquer contrato que não seja um contrato entre os estados, na capacidade de sujeitos de direito internacional, é baseado no direito doméstico de algum país. A questão sobre que direito é este forma a matéria do ramo do direito que, no presente, geralmente é descrito como direito internacional privado ou a doutrina do conflito de leis. As regras por isso podem ser comuns a diversos Estados e podem, ainda, serem estabelecidas por convenções internacionais ou costumes, e, neste caso, podem possuir o caráter de verdadeiro direito internacional regulando as relações entre Estados. Mas, fora disto, deve-se considerar que estas regras formam parte do direito doméstico¹² (1929, p.41).

As concepções normativistas do Direito Internacional Privado, ao restringirem seu objeto e conteúdo às normas domésticas, deixam pouco ou nenhum espaço às demais fontes jurídicas da disciplina, assim como, ao cingirem à metodologia indireta (apenas como um “mecanismo” de eleição do Direito material, isento de conteúdo, portanto), desconsideram outras manifestações metodológicas, importantes para a regulamentação de fatos contemporâneos. Inquire-se, neste sentido, qual o papel desempenhado pelos tratados internacionais se as normas domésticas têm, naquela concepção, primazia? Há matérias atuais em que estes instrumentos demonstram relevante importância e cuja disciplina equânime entre diversos Estados é necessária. No Mercosul, “o desenvolvimento de um direito comunitário, na América Latina, tem que tomar em conta as diferentes fontes, tanto a

¹¹ On peut même considérer cette diversité comme la raison d’être du droit international privé (ASSER, 1880, p.7).

¹² Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international Law is based on the municipal Law of some country. The question as to which this law is forms the subject of that branch of law which is at present day usually described as private international law or the doctrine of the conflict of laws. The rules thereof may be common to several States and may even be established by international conventions or customs, and in latter case may possess the character of true international law governing the relations between States. But apart from this, it has to be considered that these rules form part of municipal law (PCIJ, 1929, p.41).

codificação mediante tratados, em particular os aprovados no seio da CIDIP¹³, assim como o direito nacional”¹⁴ (JAYME, 2002, p.22). Os acordos internacionais são essenciais, diante a estrutura do bloco mercosulino, para a unificação do Direito, notadamente do Direito Internacional Privado. Didier Opertti Badán assevera que:

se queremos chegar a constituir o ansiado Mercado Comum do Sul, devemos remover, entre outros, os obstáculos jurídicos que impedem que os fatores de produção, as pessoas e as decisões judiciais e arbitrais podem circular fluidamente em seu interior¹⁵ (2002, p.26).

A utilização dos tratados internacionais como meio apropriado para levar a cabo a unificação ou harmonização do Direito Internacional Privado permite aos Estados envolvidos “realizar a harmonização jurídica entre eles já que, ao mesmo tempo que se mantêm incólumes os ordenamentos materiais nacionais”¹⁶ (BADÁN, 2002, p.27), como também a consideração de um Direito Internacional Privado em uma vertente convencional ou institucional. O primeiro “é fruto do acordo de dois ou mais Estados o melhor, gera-se no marco de organizações internacionais”¹⁷ (CORNET; DE KLOR, 2003, p.46), o segundo decorre do “labor desenvolvido pelas organizações internacionais que se formam a partir da constituição de blocos de integração regional; está destinado a regular as relações de fluxo externo que se fazem em tal âmbito”¹⁸ (CORNET; DE KLOR, 2003, p.56). É pacífico na jurisprudência internacional e convencional pelos Estados, ademais, que estes não podem se eximir do adimplemento de uma obrigação

¹³ Abreviatura para Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, organizada pela Organização dos Estados Americanos.

¹⁴ El desarrollo de un derecho comunitario, en América Latina, tiene que tomar en cuenta las diferentes fuentes, tanto la codificación mediante tratados, en particular los aprobados en el seno de la CIDIP, así como el derecho nacional (JAYME, 2002, p.22).

¹⁵ [...] si queremos llegar a constituir el ansiado Mercado Común del Sur, debemos remover, entre otros, los obstáculos jurídicos que impiden que los factores de producción, las personas y las decisiones judiciales y arbitrales puedan circular fluidamente en su interior (BADÁN, 2002, p.26).

¹⁶ [...] realizar la armonización jurídica entre ellos ya que, al mismo tiempo que se mantienen incólumes los ordenamientos materiales nacionales (BADÁN, 2002, p.27).

¹⁷ [...] es fruto del acuerdo de dos o más Estados o bien se genera en el marco de organizaciones internacionales (CORNET; DE KLOR, 2003.p.46).

¹⁸ [...] la labor desarrollada por las organizaciones internacionales que se generan a partir de la conformación de bloques de integración regional; está destinado a regular las regulaciones de tráfico externo que se perfeñan en dicho ámbito (CORNET; DE KLOR, 2003, p.56).

internacionalmente contraída devido a óbices oriundos dos sistemas jurídicos domésticos de cada Estado¹⁹.

Ante o exposto, torna-se necessário considerar o objeto e conteúdo do Direito Internacional Privado melhor orientados às vicissitudes da contemporaneidade, como considerar como fonte, igualmente importante às normas domésticas, os tratados internacionais, notadamente diante da tarefa em unificar ou harmonizá-lo. Necessita-se, pois, considerá-lo perante as características e valores postulados na pós-modernidade²⁰.

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

2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA CULTURA JURÍDICA PÓS-MODERNA

Erik Jayme assevera serem características da contemporaneidade a velocidade, a ubiquidade e a liberdade. Da primeira característica, o autor enuncia a constatação de “se tornar um valor jurídico, com impacto visível no direito internacional privado, qual seja o interesse do legislador e do juiz

¹⁹ O Art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, reza que: “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”, assim como o Art. 27 expressa que: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Neste sentido, o Art. 524, do Código de Processo Civil Uruguaio expõe que: “en defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente título” (este título chama-se “Título X – Normas Procesales Internacionales).

²⁰ Não se presente neste artigo analisar, pormenorizadamente, as divergências havidas entre as expressões pós-modernidade, modernidade acirrada, modernidade líquida ou sólida, ou quaisquer outras manifestações sobre a temática. Utilizam-se os termos como sinônimos.

concentrado nas medidas provisórias rápidas” (2005, p.5). No Direito brasileiro este valor já se encontra tutelado, inclusive, a nível constitucional, notadamente, no Art. 5º, LXXVIII, que assegura a todos a razoável duração do processo. No escopo jurisdicional, verificam-se os princípios de economia processual e celeridade²¹. A ubiquidade é o corolário lógico da própria globalização que rompe a esfera espacial, tornando o local algo comum, ocorrente na diversidade de territórios. Notam-se os negócios jurídicos celebrados por intermédio da internet, e as típicas inquirições que dele resultam: qual o direito aplicável a tais relações, quando uma das partes encontra-se em um Estado distinto da outra parte? Nos delitos civis, onde é o local da produção do ilícito quando cometido com auxílio da internet? Estas questões são pertinentes e frequentes na contemporaneidade. A outra característica elencada pelo autor refere-se à liberdade, constatada no ramo jurídico em análise, pela autonomia privada, pela faculdade dos indivíduos elegerem o Direito que regulamenta suas relações²².

Ademais das características elencadas acima, Erik Jayme enuncia quatro valores advogados na cultura jurídica pós-moderna. Dentre eles reside o pluralismo, “não apenas pluralismo de forma, ma também de estilos” (2005, p.106), vez que se observa a diversidade linguística, cultural, étnica em

²¹ O acórdão a seguir evidencia a observação de celeridade e economia processual: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO ANOTADA NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO. DENUNCIÇÃO À LIDE. CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. A Turma reiterou o entendimento do enunciado da Súm. n. 92/STJ, segundo o qual “a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor”. No caso, a recorrida, terceira adquirente de boa-fé, opôs embargos de terceiro à ação de busca e apreensão promovida pela instituição financeira, ao argumento de que, ao adquirir o automóvel, não havia registro de reserva de domínio no documento do veículo e de que foi surpreendida pelo pedido de registro do gravame quando o carro já estava em seu nome. O Min. Relator entendeu que, nesse contexto, a recorrida não pode ser atingida pela ação de busca e apreensão promovida pela recorrente. Outro ponto questionado pela instituição financeira foi a impossibilidade de extinção da ação de busca e apreensão em face da necessidade de denunciação da lide ao antigo proprietário do carro, que, de fato, tomou empréstimo do banco. O Min. Relator, acompanhando a jurisprudência dominante do STJ, consignou que a denunciação pautase nos princípios da celeridade e da economia processual. Na hipótese em apreço, caso a denunciação fosse deferida, isso atrasaria a tramitação do feito, o que é contrário ao espírito da denunciação à lide. Para não haver maior prejuízo às partes, o Min. Relator ressaltou, também, a possibilidade de conversão da busca e apreensão em depósito. Precedentes citados: REsp 687.087/SP, DJe 13/05/2011; REsp 100.667/SC, DJ 10/10/2005; REsp 933.857/GO, DJe 11/05/2009, e REsp 170681/RJ, DJe 15/04/2008. REsp 916.107-SC, **Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/3/2012.**

²² Há a tendência atual de se tutelar e promover a autonomia privada. Nota-se a proteção da autonomia da vontade como fundamento do sistema de Direito Internacional Privado. Os exemplos normativos recentes são os diplomas unificadores de matérias do Direito Internacional Privado, como o Regulamento n.º 593/2008 (Roma I) e n.º 864/2007 (Roma II), no âmbito da União Europeia.

perfeita simbiose. Em um Estado convivem diferentes culturas, extinguindo-se, pois, a tese da criação daquele conforme cada religião ou cultura. Samuel Huntington assevera que “o futuro da paz e o futuro da Civilização dependem da compreensão entre os líderes políticos, espirituais e intelectuais das principais civilizações do mundo” (1997, p.410). Ademais, como afirma o autor, “na era que está emergindo, os choques das civilizações são a maior ameaça à paz mundial, e uma ordem internacional baseada nas civilizações é a melhor salvaguarda contra a guerra mundial” (1997, p.410). Tem-se que o reconhecimento da pluralidade, tal como uma constatação empírica, não é o suficiente para a compreensão da cultura jurídica pós-moderna. Necessita-se da promoção da pluralidade, do efetivo reconhecimento de sua aptidão a ser alçada ao patamar de valor jurídico. É dizer que o Direito perante a cultura jurídica pós-moderna prima pelo direito à diferença.

Outro valor elencado por Erik Jayme reside na ilação: “o mundo pós-moderno é caracterizado pela comunicação” (2005, p.107). Por desconhecerem-se fronteiras reais que oponham limites ao câmbio de informações facilita a comunicação entre sujeitos localizados em distintos territórios. O acirramento desse acesso ao câmbio de informações alça a comunicação ao grau axiológico, fazendo deste valor tutelado pelo Direito²³. Este valor é acompanhado pela narração, vez que “comunicar é também descrever” (2005, p.106). É reiterado o emprego deste valor no mundo jurídico, por exemplo, na edição de Regulamento e Diretivas, no âmbito comunitário europeu, que expressam como o Direito deve ser aplicado. Outro exemplo é o papel desempenhado pela doutrina como fonte jurídica e o tratado internacional não ratificado. O quarto valor advogado por Erik Jayme na cultura jurídica pós-moderna é “o retorno dos sentimentos (*Le retour des sentiments, Rückkehr der gefühle*), algumas vezes descrito em um sentido pejorativo, como emergência de um novo irracionalismo” (2005, p.107). O sentimento de nacionalismo exacerbado e a promoção de xenofobia são crescentes na sociedade pós-moderna. Entretanto, há também o grande

²³ O art. 27, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, no tocante ao valor comunicação, estatui que: “1. O Estado acreditado permitirá e protegerá a livre comunicação da Missão para todos os fins oficiais. Para comunicar-se com o Governo e demais Missões e Consulados dos Estados acreditante, onde quer que se encontrem, a Missão poderá empregar todos os meios de comunicação adequados, inclusive correios diplomáticos e mensagens em código ou cifra. Não obstante, a Missão só poderá instalar e usar uma emissora de rádio com o consentimento do Estado acreditado” (ONU, 1961).

sentimento contrário a estes nefastos sentimentos, por vezes, sem precedentes históricos²⁴.

Às características elencadas pelo autor acima, acrescentam-se as expostas por Sixto Sánchez Lorenzo, “o fim do mito universalista e a emancipação frente ao Estado”²⁵ (2010, p.1). A primeira alia-se a característica da ubiquidade, porém, com atenção à diversidade. Na ubiquidade observa-se a ocorrência de fatos, de negócios jurídicos com elementos estrangeiros em todas as dimensões territoriais, entretanto, deve-se respeitar a identidade de cada povo, ou seja, as peculiaridades culturais que compõem cada parte em um negócio jurídico. Segundo assevera o autor, a disciplina “rebelar-se em seu próprio objeto perante a domesticação de qualquer paradigma positivista, firmado na filosofia moderna, nos pleitos universalistas kantianos”²⁶ (2010, p.3). Inexistem soluções universais no mundo jurídico, ademais da obrigação, ora jurídica, de se aplicar Direito estrangeiro como se em seu país de origem fosse aplicado²⁷. Mesmo diante dessa obrigação, as soluções arquitetadas são locais, ou seja, reclamam a tolerância ao diferente, o respeito à diversidade. Esta característica pós-moderna elencada pelo autor equipara-se, em sentido, à pluralidade explanada por Erik Jayme.

Sixto Sánchez Lorenzo enuncia como postulado essencial do pensamento jurídico pós-moderno a emancipação perante o Estado. Tem-se como premissa que o “Estado representa a negação dos interesses individuais, a universalização do social em uma forma apolínea”²⁸ (2010, p.5). O modelo de Estado que se apresenta atualmente não se livrou das amarras do denominado “social”, das

²⁴ Um forte sentimento de coexistência e promoção da paz está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que na exposição de motivos, reza que “a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição” (ONU, 1948).

²⁵ [...] en fin del mito universalista y la emancipación frente al Estados (LORENZO, 2010, p.1).

²⁶ [...] se rebelar en su propio objeto frente a la domesticación de cualquier paradigma positivista, anclado en la filosofía moderna, en los planteamientos universalistas kantianos (LORENZO, 2010, p.3).

²⁷ O art. 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado reza que “os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada” (OEA, 1979).

²⁸ El Estado representa la negación de los intereses individuales, la universalización de lo social en una forma apolínea (LORENZO, 2010, p. 5).

atribuições a ele impostas que se referem às prestações dos direitos sociais. Não significa, entretanto, que tais prestações são prejudiciais ou que merecem protesto. Tais direitos são de relevante importância à subsistência do ser humano, uma das razões da existência da própria instituição do Estado. Ocorre que por ater-se em demasia a esses direitos sociais, por, inclusive, instituir reiteradamente, novas postulações nesta seara, o Estado não mais se sustenta, economicamente ou politicamente, e, inúmeras vezes, esbarra nas pretensões individuais.

Perante as considerações dos valores e características postulados na cultura jurídica pós-moderna, as transformações no escopo do Direito Internacional Privado são necessárias. As concepções normativistas do Direito Internacional Privado “definem o objeto do DIPr tomando-se como *prius* o que em realidade é claramente um *posterior*”²⁹ (ARROYO, 2003, p.42). Isto se deve ao fato de que, nestas concepções, na qual o Direito Internacional Privado “compreende aquele corpo de regras que determina se o direito local ou estrangeiro deve ser aplicado e, se deve, qual o sistema do direito estrangeiro” (LIPSTEIN, 1981, p.1)³⁰. Confunde-se o objeto com o seu conteúdo. É dizer que “segundo o normativismo, o objeto se configura mediante uma constatação empírica, segundo a qual ao existir um tipo de normas diferenciadas do resto, [...] pode se falar de uma disciplina jurídica particular composta por elas”³¹ (ARROYO, 2003, p.42).

Ademais da restrição do objeto e conteúdo, a justiça pretendida pelo Direito Internacional Privado em concepções normativistas dista daquela almejada por concepções atinentes às características da cultura jurídica pós-moderna. Nestas concepções normativas, há a busca ou a efetividade de uma justiça formal. Nadia de Araújo assevera que “um problema de DIPr não é, portanto, um problema de justiça material, já que o papel da norma de conflito não é escolher a que melhor convenha, mas aquela que se aplique em razão do caminho indicado pela norma de conflito” (2004, p.26). Mas qual a diferença entre a justiça pleiteada em um caso meramente doméstico e outro com conexão internacional? Justifica-se pleitear no primeiro a justiça material, que põe termo ao litígio e no segundo a justiça formal ou conflitual, pois se deve respeito e

²⁹ [...] definen el objeto del DIPr tomando como un *prius* lo que en puridad es claramente un *posterior* (FERNANDEZ, 2003, p.42).

³⁰ Private International Law or the Conflict of Laws comprises that body of rules which determines whether local or foreign law is to be applied and, if SP which system of foreign law (LIPSTEIN, 1981, p.1).

³¹ [...] según el normativismo, el objeto se configura mediante la constatación empírica según la cual al existir un tipo de normas diferenciadas del resto[...] puede hablarse de una disciplina jurídica particular compuesta por ellas (ARROYO, 2003, p.42).

tolerância ao elemento estrangeiro? O respeito ao elemento estrangeiro não restringe, contudo, a busca pela justiça formal. Por que não resolver definitivamente a descontinuidade da relação jurídica com elementos estrangeiros?

Arthur Taylor von Mehren assevera que perante os casos jus privatistas com elemento estrangeiro, “teoricamente, a escolha entre dois princípios básicos de justiça em questão – tratamento equânime e promoção de valores – deve ser evitada sempre que possível”³² (1977, p.30). A promoção de valores e propósitos é característica da norma jurídica, vez que, ao estatuí-la, os legisladores nacionais fundamentam-se em determinados axiomas aceitos e pretendidos pela sociedade que representam. O mesmo ocorre em uma norma do denominado *common law*, incorporada nos precedentes, nos Estados que estão inseridos nesta tradição jurídica. Em um caso com conexões com elementos de estraneidade, a não coincidência destes interesses causa conflitos e, por vezes, a refutação da aplicação do Direito da *lex causae*. Neste sentido, advoga o autor, “no mundo moderno, o fenômeno da não coincidência é tipicamente o resultado de atividades econômicas ou sociais com fortes relações ou conexões com mais de uma ordem soberana”³³ (1977, p.29). Outro princípio versado – a igualdade de tratamento – visa impedir que casos jus privatistas com elementos estrangeiros sejam decididos por formas diversas daquelas empregadas nos casos meramente domésticos. Não raro, há a criação de cortes especiais para a resolução daqueles litígios ou normas deveras restritivas, fundadas em uma concepção de ordem pública exacerbada que afastam a aplicação de determinado Direito estrangeiro. Deve-se ater a assertiva que “os imperativos do tratamento equânime, estabilidade e continuidade requerem que as regras sejam uniformemente administradas e que as instituições operem de forma coerente”³⁴ (von MEHREN, 1977, p.28).

De maneira semelhante à acima exposta, Otto Kahn-Freund versa sobre o “dilema entre a coerência interna e da harmonia internacional, que é o *leitmotiv* do Direito Internacional Privado”³⁵ (1974, p.328). O dilema existe entre manter

³² Theoretically, choice between the two basic principles of justice in question – equal treatment and the advancement of values – should be avoided whenever possible (von MEHREN, 1977, p.30).

³³ In modern world, the phenomenon of non-coincidence is typically the result of economic or social activities having significant relations or connections with more than one sovereign legal order (von MEHREN, 1977, p.29).

³⁴ The imperatives of equal treatment, stability, and continuity require that rules be uniformly administered and that institutions operate in a coherent manner (von MEHREN, 1977, p.28).

³⁵ [...] dilemma between international harmony and internal consistency which is the *leitmotiv* of private international law (KAHN-FREUND, 1974, p.368).

a coerência no tratamento de casos meramente domésticos em iguais parâmetros aos casos internacionais e, concomitantemente, zelar pela manutenção da harmonia internacional, ou seja, respeitar as diferenças entre os sistemas jurídicos.

O Direito Internacional Privado atinente à cultura jurídica pós-moderna vale-se consideração da promoção da justiça material, resolvendo, portanto, definitivamente a descontinuidade da relação jurídica litigiosa, assim como, da pluralidade metodológica, pondo fim ao império da univocidade do método indireto ou conflitual, assim como, a atenção a pluralidade de fontes jurídicas.

Este ramo jurídico, materialmente orientado, considera os três setores a ele pertinentes, refutando, neste sentido, a restrição ao conflito espacial entre normas jurídicas. Mathias Reimann assevera que a disciplina opera em três esferas conceituais, “isto é óbvio em relação à escolha da lei como centro, isto é, o conjunto de princípios e regras que dizem os tomadores de decisões em casos transfronteiriços qual o direito das diversas jurisdições deverá aplicar”³⁶ (2008, p.1365). A este ramo acrescentam-se questões pertinentes à jurisdição e o “reconhecimento de julgamentos estrangeiros pode facilmente levantar questões sobre o direito do país da decisão”³⁷ (REIMANN, 2008, p.1365). O autor é secundado por Katharina Boele-Woelki que aduz que o “direito internacional privado pode somente ser aplicado para as regras que versem sobre jurisdição, direito aplicável e reconhecimento e execução”³⁸ (2010, p.31).

O pluralismo de métodos empregados à solução da questão jurídica privada com elementos estrangeiros funda a concepção contemporânea de Direito Internacional Privado. O método indireto, no qual a norma do ramo jurídico em apreço apenas remete, uma vez qualificada, ao Direito aplicável, perdeu seu império. Alia-se o método direto: “uma lei sim direta, lei interna material, lei nacional de algum país que, com contato ou com suficiente conexão com o caso concreto, trará a solução “direta” para a questão ou questões jurídicas propostas neste caso privado internacional”³⁹ (AGUIRRE, 2003, p.301). Ressuscita-se o método direto no Direito Internacional Privado.

³⁶ This is most obvious with regard to choice of law as its core, that is, the set of principles and rules telling decision-maker in transboundary cases which of the several involved jurisdictions' law they should apply (REIMANN, 2008, p.1365).

³⁷ [...] recognition of foreign judgments can easily raise questions about the law of the judgments' country of origin (REIMANN, 2008, p.1365).

³⁸ [...] private international law can be applied only to the rules which address jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement (BOELE-WOELKI, 2010, p.31).

³⁹ [...] la ley si directa, ley interna material, ley nacional de algún país que, con contacto o con suficiente conexión con el caso concreto, traerá la solución “directa” para la cuestión o cuestiones jurídicas propuestas en este caso privado internacional (AGUIRRE, 2003, p.301).

A justificativa para o emprego da concepção material do Direito Internacional Privado funda-se na complexidade da vida atual, notadamente, nos casos absolutamente internacionais, oriundo da classificação tríplice em casos absolutamente nacionais⁴⁰ e relativamente internacionais⁴¹. O caso absolutamente internacional refere-se, como descreve Werner Goldschmidt, “aquele que já em sua gênese mostra diversos elementos nacionais”⁴² (2009, p.8). Nestas questões jurídicas, Cecilia Fresnedo de Aguirre assevera que “o método tradicional do DIPr é colocado à prova, pois o que necessita é um direito “decisivo”, face à complexidade das conexões e do caso que se necessita uma resposta material, direta, não somente indicativa do DIPr”⁴³ (2003, p.301-302).

Como meio para concretizar o método direto na disciplina jus privatista, cita-se a unificação jurídica, “a técnica de elaboração de normas materiais uniformes para uso no comércio e nas situações da vida privada internacional, isto é, a elaboração de um direito uniforme para casos especial para casos internacionais”⁴⁴ (AGUIRRE, 2003, p.303). É este o fundamento da consideração de um Direito Internacional Privado voltado às características da pós-modernidade. O instrumento que origina a unificação, no caso mercosulino, são os tratados internacionais, fontes primordiais desta disciplina e, considerada a característica da pluralidade, necessita-se cogitar o emprego da interdisciplinaridade, na presente postulação, pelo Direito Comparado Funcional.

⁴⁰ Os casos absolutamente nacionais, como os descrevem Werner Goldschmidt, consta-se “se todos os elementos no momento crítico se vinculam a um só país; exemplo: controvérsia sobre a validade ou nulidade de um matrimônio celebrado em Argentina entre argentinos com domicílio argentino” (2009, p. 8 – tradução livre). No texto original lê-se: “si todos sus elementos en el momento crítico se vinculan a un solo país; ejemplo: controversia sobre la validez o nulidad de un matrimonio celebrado en la Argentina entre argentinos con domicilio argentino” (2009, p.8).

⁴¹ O caso classificado como relativamente internacional “é aquele que nasce como absolutamente nacional, mas por uma circunstância sobrevinda recebe a matiz internacional” (GOLDSCHMIDT, 2009, p.8 – tradução livre). No texto original: “es aquel que nasce como caso absolutamente nacional, pero que por una circunstancia sobrevinida recibe el tinte internacional” (GOLDSCHMIDT, 2009, p.8).

⁴² [...] aquel que ya en su génesis muestra diversos elementos nacionales (GOLDSCHMIDT, 2009, p.8).

⁴³ [...] el método tradicional del DIP res colocado a prueba, pues lo que necesita es un derecho “decisivo”, hace a la complejidad de las conexiones y del caso el que se necesite una respuesta material, directa, no sólo indicativa del DIPr (AGUIRRE, 2003, p.301-302).

⁴⁴ [...] elaboración de normas materiales uniformes para uso en el comercio y en las situaciones de la vida privada internacional, esto es la elaboración de un derecho uniforme especial para casos internacionales (AGUIRRE, 2003, p.303).

3 A UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO COMPARADO FUNCIONAL

As expressões unificação e harmonização, apesar de em muitos instrumentos normativos ou na doutrina serem utilizadas como sinônimos ou como divisões um do outro, destinam-se a dar concretude a objetivos diversos. No Tratado de Assunção de 1991, que institui o Mercosul, há emprego apenas do vocábulo harmonização, no Art. 1º, que reza: “[...] o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (1991). O emprego do termo harmonização, neste excerto, exclui a possibilidade da unificação, quando, conceitualmente, distinguem-se as funções outorgadas a ambas? No artigo citado, há a clara e manifesta obrigação de harmonizarem-se legislações, ou seja, apenas coadunar o âmbito normativo dos Estados-Partes, todavia, e o resto do Direito, é possível ou mesmo, desnecessário harmonizá-lo também? Na presente análise as respostas para estas inquirições são negativas para ambas. O emprego do vocábulo harmonização não exclui a possibilidade de unificação e a harmonização ou unificação deflagra responsabilidades em todas as fontes do Direito, notadamente a jurisprudência, na qual se aplica, efetivamente, o Direito, harmonizado ou unificado.

O Direito uniforme segundo Jacob Dolinger se trata de uma forma “espontânea, que ocorre quando coincidem os direitos primários de dois ou mais ordenamentos, seja natural e casualmente, seja porque têm a mesma origem, ou porque sofreram influências idênticas” (2008, p.31), ou, “quando países adotam sistemas jurídicos clássicos total ou parcialmente” (2008, p.31). Neste não se verificam negociações internacionais em prol da adoção de disposições normativas semelhantes ou idênticas, porém, implica na observação de influências comuns, vez que, nenhum ordenamento jurídico nasce isolado do conteúdo de outro sistema jurídico. O Direito uniformizado, em oposição, “resulta de esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional” (2008, p.33). Em classificação oposta, Werner Goldschmidt assevera que “a harmonização pode se focar em diferentes ângulos. Em primeiro lugar, cabe considerar que este conceito não exclui necessariamente o de unificação. Entretanto, o primeiro é mais flexível que o outro”⁴⁵ (2009, p. 44). Não se impede, portanto, que o

⁴⁵ La armonización puede enfocársela desde diferentes ángulos. En primer término cabe considerar que este concepto no excluye necesariamente el de unificación. Empero, el primero es más flexible que el segundo (GOLDSCHMIDT, 2009, p.44).

Direito harmonizado, ou uniformizado, fruto do esforço comum, torne-se uniforme, comum. A uniformização, entretanto, “requer que normas de idêntico conteúdo rejam em todos os Estados Partes”⁴⁶ (2009, p.44). O autor é secundado por Katharina Boele-Woelki, que assevera que, ao analisar a literatura jurídica sobre a matéria, pode-se “revela[r] um uso vago das expressões “unificação” e “harmonização” dos direitos”⁴⁷ (2009, p.33). Em alguns casos, “a expressão “harmonização” serve para disfarçar o processo de “unificação”, uma referência a qual é evitada devido a sua relevância política”⁴⁸ (2009, p.33).

Para a presente análise, adota-se que o termo unificação “denota o processo pelo qual regras conflitantes de dois ou mais sistemas de direito são trocadas por uma só regra”⁴⁹ (GUTTERIDGE, 1949, p.154), e, o vocábulo harmonização quando “regras similares indicam que as leis do sistema jurídico em uma área específica estão em harmonia entre si. As diferenças são reduzidas ao mínimo e são menos declaradas”⁵⁰ (BOELE-WOELKI, 2010, p.35). Os meios empregados para realizá-la distinguem-se da unificação. Vale-se de leis modelos, *Restatement* e princípios. No âmbito da União Europeia, empregam-se as diretivas, pois há maior possibilidade de resistência do Estado em adequar o preceito imposto segundo sua linguagem, cultura e ordem jurídica. Para a unificação, as convenções internacionais são os principais instrumentos, e, no escopo europeu, os Regulamentos.

Os tratados internacionais unificam o Direito Internacional Privado, vez que ocorre um transplante jurídico, “o movimento de uma regra ou um sistema do direito de um país para outro, ou de um povo para outro”⁵¹ (WATSON, 1993, p.21). Ao se ratificar uma convenção internacional, adota-se todo o texto normativo pactuado, uniforme a todos os Estados contraentes. Ainda que haja oposição de reservas, o objeto do tratado é conservado, vez que, àquelas, segundo reza o Art. 19, c, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, veda-se que “a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado”

⁴⁶ [...] involucra que normas de idéntico contenido rijan en todos los Estados Partes. (2009, p.44).

⁴⁷ [...] it reveals a vague usage of the expressions “unification” and “harmonization” of laws” (BOELE-WOELKI, 2009, p.33).

⁴⁸ [...] the expression “harmonization” serves to disguise the process of “uniformization”, a reference to which is avoided due to political relevance (BOELE-WOELKI, 2009, p.33).

⁴⁹ [...] denote the process by which conflicting rules of two or more systems of law are replaced by a single rule (GUTTERIDGE, 1949, p.154).

⁵⁰ Similar rules indicate that the laws of the legal systems in a specific area are in harmony with each other. The differences are reduced to a minimum and are less pronounced (BOELE-WOELKI, 2010, p.35).

⁵¹ [...] the moving of a rule or a system of Law from one country to another, or from one people to another (WATSON, 1993, p.21).

(1969). Estas convenções, no escopo mercosulino exercem ora a técnica denominada *stand-in approach*, vez que “o direito material nacional é somente trocado, ou melhor, complementado, por uma regra uniforme que se aplica a relações internacionais”⁵², ou seja, “as relações internas são ainda governadas pelo direito material nacional”⁵³ (BOELE-WOELKI, 2010, p.113), ora compete com o Direito doméstico para a aplicação. No Mercosul o opção por uma ou outra técnica é condicionada às Constituições dos Estados-partes.

A elaboração destas convenções internacionais para a unificação do Direito Internacional Privado tende a produzir efeitos satisfatórios quando precedidas de um estudo comparado, ou seja, pelo auxílio do Direito Comparado, ademais, “de fato, todos os métodos da ciência jurídica devem ser comparativos”⁵⁴ (POUND, 2009, p. xvii), e, a cultura jurídica pós-moderna clama o emprego da interdisciplinaridade, dada a pluralidade.

A comparação “é a construção de relações de semelhanças ou diferenças entre diferentes matérias fáticas”⁵⁵ (JANSEN, 2008, p.310). Tem-se, como premissa maior do empreendimento comparativo que “não há como comparar o que é idêntico, e muito pouco se ganha em comparar o que não possui nada em comum”⁵⁶ (DANNEMANN, 2008, p.384) e, “o devido equilíbrio entre procurar por semelhanças e por diferenças depende do propósito do questionamento comparativo”⁵⁷ (2008, p.384-385). A própria história do Direito Comparado alterna-se ora pela valorização da procura de semelhanças ora pela busca de diferenças, ou seja, por uma comparação contrastante⁵⁸ ou integrativa⁵⁹. No processo de unificação do Direito, no presente caso, do Direito Internacional Privado, a busca por semelhanças, o Direito Comparado integrativo

⁵² [...] national substantive Law is only replaced, or at best complemented, by uniform rules which only apply to international relationships (BOELE-WOELKI, 2010, p.113).

⁵³ [...] internal relationships are still governed by national substantive law (BOELE-WOELKI, 2010, p.113).

⁵⁴ In fact, all methods of jurisprudence must be comparative (in: GORDLEY, VON MEHREN, 2009, p.xvii).

⁵⁵ [...] is the construction of relations of similarity or dissimilarity between different matter of fact (JANSEN, 2008, p.310).

⁵⁶ There is no point in comparing what is identical, and little point in comparing what has nothing in common (DANNEMANN, 2008, p.384).

⁵⁷ [...] the proper balance between looking for similarities and for differences depends on the purpose of the comparative enquiry (DANNEMANN, 2008, p.384-385).

⁵⁸ Segundo Rudolf Schlesinger, Ugo A. Mattei, Teemu Ruskola e Antonio Gidi, “quando a ênfase está nas diferenças podemos falar sobre direito comparado “contrastante” (2009, p. 69). No texto original lê-se: “when emphasis is on differences we can talk about “contrastive” comparative law” (2009, p.69).

⁵⁹ Conforme ensinam Rudolf Schlesinger, Ugo A. Mattei, Teemu Ruskola e Antonio Gidi, “quando a ênfase está nas semelhanças podemos falar em direito comparado integrativo” (2009, p. 69). No texto em língua inglesa: “when emphasis is on similarities we may talk of “integrative comparative law” (2009, p.69).

tende a produzir melhores resultados, e, é nas semelhanças que se assenta o Direito Comparado Funcional.

O Direito Comparado funcional pode ser uma nomenclatura equivocada, pois, não há um único método comparado, tampouco apenas uma acepção de função⁶⁰. Entretanto, pode-se extrair algum consenso na literatura sobre a matéria: primeiro, o “direito comparado funcional é factual, foca-se não em regras, mas nos seus efeitos, não em estruturas doutrinárias ou argumentos, mas em eventos”⁶¹ (MICHAELS, 2008, p.342), ou seja, o objeto principal de seu estudo é, geralmente, precedentes de órgãos com capacidade adjudicativa. Em segundo plano, o “direito comparado funcional combina seu enfoque fático com a teoria na qual seus objetos devem ser compreendidos à luz da relação funcional com a sociedade”⁶² (MICHAELS, 2008, p.342). Não raro, na consecução do estudo comparado que precede a unificação, elaboram-se questionários fáticos⁶³ no qual se comparará as respostas dadas segundo os diversos ordenamentos jurídicos envolvidos. Em terceiro plano, a “função, propriamente, serve como *tertium comparationis*”⁶⁴ (MICHAELS, 2008, p.342).

⁶⁰ Ralph Michaels elenca sete conceitos distintos de função, e todos utilizados no Direito Comparado funcional: “(1) finalismo, um funcionalismo neo-aristotélico baseado na teleologia inerente, (2) adaptacionismo, um funcionalismo evolucionário na tradição darwiniana, (3) funcionalismo clássico (Durkheimiano), (4) instrumentalismo, uma teoria normativa que utiliza o direito para a engenharia da sociedade, (5) funcionalismo refinado, um método funcionalista que repõe certos postulados do funcionalismo clássico com hipóteses empiricamente testadas, (6) funcionalismo epistemológico, uma epistemologia que foca nas relações funcionais em detrimento da ontologia das coisas, e, (7) funcionalismo equivalente, que constrói nestes conceitos, mas enfatiza os aspectos não-teleológicos, não causais da relação funcional” (2008, p.344-345). No texto em língua inglesa: “[...] (1) finalism, a neo-Aristotelian functionalism based on inherent teleology, (2) adaptationism, an evolutionary functionalism in a Darwinian tradition, (3) classical (Durkheimian) functionalism, explaining institutions through their usefulness for society, (4) instrumentalism, a normative theory of using law for social engineering, (5) refined functionalism, a functionalism, a functionalist method that replaces certain postulates of classical functionalism with empirically testable hypotheses, (6) epistemological functionalism, an epistemology that focuses on functional relations rather than on the ontology of things, and (7) equivalence functionalism, building on these concepts but emphasizing the non-teleological, non-causal aspect of functional relations (MICHAELS, 2008, p.344-345).

⁶¹ [...] functionalist comparative law is factual, it focuses not on rules but on their effects, not on doctrinal structures and arguments, but on events (MICHAELS, 2008, p.342).

⁶² [...] functionalist comparative law combines its factual approach with the theory that its object must be understood in the light of their functional relation to society (MICHAELS, 2008, p.342).

⁶³ Katharina Boele-Woelki assevera que “questionamentos são feitos em termos puramente funcionais, sem qualquer referência aos conceitos de um sistema jurídico específico, então, pergunta-se qual é o problema que determinado instituto visa retificar” (2010, p.165). No texto original: questions are posed in purely functional terms without reference to the concepts of a special legal system, thus asking what is the underlying problem that a certain legal provision aims to redress (2010, p.165).

⁶⁴ [...] function itself serves as *tertium comparationis* (MICHAELS, 2008, p.342).

O problema do Direito Comparado funcional, quando confrontado, com as características e valores postulados na cultura jurídica pós-moderna, reside em um pressuposto inerente a sua origem histórica: a presunção de que, ao se buscar semelhanças, inevitavelmente, deparar-se-á com semelhanças, a *praesumptio similitudinis*. Segundo Konrad Zweigert e Hein Kötz, cuja obra é referência no Direito Comparado funcional, advoga-se que “o sistema jurídico de toda sociedade encara, essencialmente, os mesmos problemas, e os resolve por meios muito diferentes embora frequentemente com resultados semelhantes”⁶⁵ (1998, p. 34). Excluem-se diferenças segundo a cultura, política e economia, ou seja, fatores que produzem a individualidade de cada povo. É reiterado pelos autores que:

diferentes sistemas jurídicos conferem as mesmas ou muito similares soluções, mesmo em detalhes, para os mesmos problemas da vida, apesar de grandes diferenças nos seus desenvolvimentos históricos, estrutura conceitual e estilo de operação⁶⁶ (1998, p.39).

A inquirição que se faz é como pode sustentar o Direito Comparado funcional na pós-modernidade? É inegável o efeito promissor que produz nos alvites de unificação do Direito, notadamente no Direito Internacional Privado, porque a unificação justifica-se quando há problemas idênticos ou bastante semelhantes que clamam uma solução equânime pelos Estados⁶⁷. A resposta possível reside em afastar a *praesumptio similitudinis* e aplicar o *tertium comparationis* funcional.

⁶⁵ [...] the legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p.34).

⁶⁶ [...] different legal systems give the same or very similar solutions, even as detail, to the same problems of life, despite the great differences in their historical development, conceptual structure, and style of operation (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p.39).

⁶⁷ Fora do Mercosul, muitos projetos de unificação do Direito recorrem ao Direito Comparado funcional. Os princípios sobre o Direito Contratual Europeu, organizados por uma comissão presidida por Ole Lando “tem usado o enfoque funcional para decidir que tópicos incluir nos Princípios” (no texto original: [...] has taken a functional approach in deciding which topics to be included in the principles (LANDO; BEALE, 2000, p.xxv). Na unificação do Direito de Família, na União Europeia, este enfoque comparativo, tem sido, também, utilizado, no qual o primeiro passo é selecionar as áreas do direito de família que são mais suscetíveis de harmonização. O segundo passo é esboçar um questionário que atue sob o enfoque funcional” (BOELE-WOELKI, 2010, p.165) (The first step is to select the fields of family law that are most suitable for harmonization. The second step is to draft a questionnaire which proceeds from the functional approach (BOELE-WOELKI, 2010, p.165).

4 A APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE UNIFICAM O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO MERCOSUL

Elaborado e ratificado o tratado internacional em sede de Direito Internacional Privado, sua própria existência não é garantia do alcance da uniformidade almejada. Em um bloco de integração como o Mercosul onde inexistem órgãos dotados de competência adjudicativa supranacional para zelar sobre a interpretação equânime dos textos acordados, deixa aos próprios Estados-Partes a missão de manter a uniformidade. Outra variável a ser considerada que agrava a possibilidade da uniformidade reside na constatação de que no “Mercosul vigora o sistema da intergovernabilidade, em que os procedimentos de funcionamento do bloco econômico são regidos pelos princípios do Direito Internacional Público” (GOMES, 2005, p.133). É dizer que, “quando no Mercosul, se fala de “supremacia” se está falando de algo muito diferente da “primazia” do Direito Comunitário Europeu, que está em cima de tanto do direito autônomo como do direito internacional”⁶⁸ (ARROYO, 2003, p.87). O grau de comprometimento, o tratamento dirigido a normativa institucional e fundacional do bloco encontram-se dependentes dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes, notadamente, das suas Constituições.

Há no Mercosul, em sede de Direito Internacional Privado, portanto: o Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial e laboral, de 1992; o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 1994; o Protocolo sobre medidas cautelares, celebrado em Ouro Preto, em 1994; o Protocolo de São Luis em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul; o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional sobre relações de consumo; Acordos complementários aos Protocolos de mediadas cautelares e ao Protocolo de Las Leñas; Acordo sobre assistência judiciária gratuita. Todos estes instrumentos vigoram nos Estados-Partes do bloco e equivalem a uma unificação parcial do Direito, ou seja, “cada sistema retém suas próprias regras no propósito de adjudicação em disputas de caráter doméstico, e confina a aplicação das regras unificadas para disputas

⁶⁸ [...] cuando en el Mercosur se habla de “supremacia” se está hablando de algo muy diferente a la “primacia” del derecho comunitario europeo, que está por encima tanto del derecho autónomo como del derecho internacional (ARROYO, 2003, p.87).

que contemplem algum elemento estrangeiro”⁶⁹ (GUTTERIDGE, 1949, p.154). Nesta espécie de unificação reside o êxito do adimplemento das disposições acordadas, vez que, destinam-se a disciplinar relações jurídicas com elementos estrangeiros específicas, distintas das habituais relações jurídicas domésticas. Dificilmente os parlamentos dos Estados-Partes estatuiriam normas voltadas a estas matérias.

A unificação do Direito Internacional Privado no Mercosul, entretanto, não pode se olvidar de convenções internacionais previamente ratificadas em outros âmbitos de negociação e que vigoram, igualmente, entre todos os seus entes. No rol acima elencado, no qual constam os instrumentos que unificam o Direito Internacional Privado mercosulino inexistente acordo em matéria de Direito aplicável; há apenas aqueles em sede de Direito Processual Civil Internacional, outro setor do Direito Internacional Privado. Ao se buscar acordos internacionais em matéria de Direito aplicável celebrado em outros escopos de negociações, distintos do Mercosul, encontra-se a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, de 1979, ratificada por todos os Estados-Partes e que contém a compulsoriedade de aplicação, quando assim direcionado pela norma indireta ou conflitual, do Direito estrangeiro, tal como fosse decidido no país de origem, ou seja, clama o auxílio do Direito Comparado.

Primeiramente, necessita-se considerar convenções internacionais celebradas em outros âmbitos de negociações e reconhecidas e ratificadas por todos os Estados-Partes do bloco para se evitar o paralelismo de acordos internacionais que versem sobre idêntica matéria. Deve-se considerar estes instrumentos como componentes de um Direito Internacional Privado mercosulino *lato sensu* ou “heterogêneo” formado pelos convênios provenientes de distintas fontes que estão vigentes nos quatro países”⁷⁰ (ARROYO, 2003, p.116). A este braço jurídico “coexiste um “DIPr mercosulino *stricto sensu*” ou “autônomo” (o gerado pelo CMC⁷¹) e um DIPr mercosulino “*lato sensu*” ou “heterogêneo” formado pelos convênios provenientes de distintas fontes que estão vigentes nos quatro países”⁷² (ARROYO, 2003, p.116). Esta

⁶⁹ [...] each system retains its own rules for the purpose of adjudication in disputes of a domestic character, and confines the application of the unified rules to disputes containing some foreign element (GUTTERIDGE, 1949, p.154).

⁷⁰ [...] coexiste un “DIPr mercosureño *stricto sensu*” o “autônomo” (el generado por el CMC) y un “DIPr mercosureño *lato sensu*” o “heterônomo”, conformado por los convenios provenientes de distintas fuentes (ARROYO, 2003, p.116).

⁷¹ Sigla empregada para Conselho Mercado Comum.

⁷² [...] coexiste un “DIPr mercosureño *stricto sensu*” o “autônomo” (el generado por el CMC) y un “DIPr mercosureño *lato sensu*” o “heterônomo”, conformado por los convenios provenientes de distintas fuentes (ARROYO, 2003, p.116).

coexistência é salutar e necessária à formação de um Direito próprio do Mercosul, como afirma Erik Jayme “o desenvolvimento de um Direito Comunitário na América Latina, tem que tomar em conta as diferentes fontes, tanto a codificação mediante tratados, em particular os aprovados no seio da CIDIP, assim como o Direito nacional”⁷³ (2003, p.22).

A compulsoriedade de aplicação do Direito estrangeiro tal como o seria feito em seu país de origem decorre do Art. 2º da Convenção Interamericana acima citada. Segundo este dispositivo:

os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada (1979).

A convenção adota a teoria do uso jurídico, fortemente advogada por Werner Goldschmidt, segundo a qual, “uma vez que tenhamos caracterizado o caso (ou um de seus elementos) como estrangeiro, é preciso dar-lhe o tratamento que em justiça corresponde”⁷⁴, este ademais, “deve basear-se no respeito ao elemento estrangeiro; e o respeito, por sua vez, consiste em fazer com o caso o que presumidamente com ele fariam no país ao que pertence”⁷⁵ (2009, p.13). No ordenamento jurídico brasileiro tem-se determinada dificuldade em dar concretude a este preceito, vez que no país vigora a teoria da *lex civilis fori*⁷⁶, em sede de aplicação do Direito estrangeiro, ou seja, a “qualificação focaliza de imediato o objeto de conexão de uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado. Por esse motivo, na realidade, a qualificação deve ser feita conforme a *lex fori*” (RECHSTEINER, 2007, p.137). Diferente ocorre na Argentina, onde se segue a doutrina da *lex civilis causae*, na qual, após determinado o Direito aplicável segundo a *lex civilis fori*, “o Direito aplicável

⁷³ El desarrollo de un derecho comunitario, en América Latina, tiene que tomar en cuenta las diferentes fuentes, tanto la codificación mediante tratados, en particular los aprobados en el seno de la CIDIP, así como el derecho nacional (JAYME, 2003, p.22).

⁷⁴ [...] una vez que hayamos caracterizado un caso (o uno de sus elementos) como extranjero, es preciso darle el tratamiento que en justicia corresponde (GOLDSCHMIDT, 2009, p.13).

⁷⁵ Este tratamiento debe basarse en el respeto al elemento extranjero; y el respeto, a su vez, consiste en hacer con el caso lo que presumiblemente con él harían en el país al que pertenece (GOLDSCHMIDT, 2009, p.13).

⁷⁶ Importante observar as considerações de Jacob Dolinger nesta matéria que assevera que “Direito Internacional Privado brasileiro aplica a *lex fori* para a qualificação, abrindo duas exceções para a *lex causae* em matéria de bens e de contratos, e independentemente disto, rejeita o reenvio indicado pela lei estrangeira” (2008, p.380). As exceções encontram-se nos Arts. 8º e 9º, da LEI

ao problema contemplado no tipo legal, ou seja, a “causa” da norma, este não só a regulamenta, como que previamente a define”⁷⁷ (GOLDSCHMIDT, 2009, p.183).

As doutrinas acima expostas, entretanto, não são capazes de aperfeiçoar a produção de coerência interna ou harmonia internacional, ou ainda, a promoção de valores e o tratamento equânime entre as relações jurídicas internacional e doméstica. A doutrina da *lex civilis fori* garante a coerência interna, vez que todos os preceitos normativos interpretar-se-iam igualmente, independente das origens, ao custo da harmonia internacional. A doutrina da *lex civilis causae* sacrifica ambos os princípios: é incapaz de manter a coerência interna e a harmonia internacional, vez que significaria que, por exemplo, quando remetido pela norma indireta brasileira determinado sistema jurídico argentino este interpretaria os termos contidos naquela norma.

Uma terceira teoria, há algum tempo abandonada, parece melhor atender as expectativas assinaladas e promover a coerência interna e a harmonia internacional. Denomina-se teoria das qualificações autárquicas. Esta teoria “postula a possibilidade de se trabalhar um sistema de conceitos analíticos internacionalmente aceitos e isto proveria o parâmetro para a qualificação da questão”⁷⁸ (KAHN-FREUND, 1974, p.374). O abandono desta doutrina deve-se à constatação de que “deixa sobre os ombros dos juízes um pesado fardo ao obrigá-los a obter definições dos termos empregados nas normas indiretas com ajuda do Direito Privado Comparado”⁷⁹ (GOLDSCHMIDT, 2009, p.185). Entretanto, dada a aproximação inevitável que a integração acarreta e, observada a pluralidade como característica da cultura jurídica pós-moderna, a educação e formação do jurista atual difere daquela da primeira metade do século XX. O acesso às línguas, a obras jurídicas de diversos Estados e a cursos de variadas formações é acessível⁸⁰.

⁷⁷ [...] el Derecho aplicable al problema contemplado en el tipo legal, o sea, a la “causa” de la norma, éste no sólo la reglamenta, sino que previamente también la define (GOLDSCHMIDT, 2009, p.183).

⁷⁸ [...] postulates the possibility of working out a system of internationally accepted analytical concepts and this would provide the framework for the classification of the question (KAHN-FREUND, 1974, p.374).

⁷⁹ [...] echa sobre los hombros de los jueces un pesado fardo al obligarlos a obtener definiciones de los términos empleados en las normas indirectas con ayuda del Derecho Privado Comparado (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 185)

⁸⁰ É notório o esforço empregado pela faculdade de Direito da McGill University ao adotar o ensino transistêmico do Direito, desde 1999. Este enfoque “permite aos alunos estudar as tradições jurídicas do *civil* e *common Law* em um feitiço integral e em um currículo profundamente comparativo, bilingue, multissistêmico, pluralista e dialógico” (JUKIER, 2007, p.2). No texto original, lê-se: “enables students to study civil and common law legal traditions in an integrated fashion and in a uniquely comparative, bilingual, multi-systemic, pluralistic and dialogic legal curriculum (JUKIER, 2007, p.2).

Neste sentido, o auxílio do Direito Comparado funcional na determinação do Direito Aplicável auxilia o encontro de equivalentes. Busca-se em determinado ordenamento jurídico estrangeiro um instituto que seja equivalente, funcionalmente, ao nacional, no qual ambos exercem semelhante função⁸¹. Os sistemas jurídicos dos Estados-Partes do Mercosul são semelhantes, sofreram influências aproximadas, notadamente da codificação francesa e alemã no Direito Privado. Entretanto, ao se deparar com negócios jurídicos típicos da pós-modernidade, como, por exemplo, o contrato de *time sharing* a busca por semelhanças é imprescindível. Nem todos os membros do bloco reconhecem e compreendem estas manifestações de negócios jurídicos. Em suma, o auxílio do Direito Comparado funcional tende a aperfeiçoar a circularidade de negócios jurídicos no bloco de integração.

CONCLUSÃO

A unificação do Direito Internacional Privado no Mercosul é necessário para garantir o fluxo livre, entre os entes participantes, de negócios jurídicos, sentenças e laudos arbitrais como corolário do livre movimento de indivíduos e fatores de produção. Esta unificação, entretanto, deve ser compreendida perante concepções de Direito Internacional Privado inseridas e atinentes a uma cultura jurídica pós-moderna, vez que, quando considerado em concepções clássicas, as ferramentas disponíveis são escassas. É necessário reconhecer que na disciplina há uma pluralidade de métodos destinados a disciplinarem diferentes atos projetados da vida concreta.

^{81 82} A vantagem da qualificação autárquica repousa na procura de institutos jurídicos equivalentes, por exemplo, como qualificar o instituto do *Erbvertrag*, do Direito Alemão perante as normas da *lex fori* brasileira? O *Erbvertrag*, segundo prescreve o § 1941 do BGB: “(1) o falecido pode eleger herdeiros, instituir legado e impor obrigações testamentárias por contrato (*Erbvertrag*). (2) Ambas as partes do contrato e terceiros podem ser escolhidas como um herdeiro ou legatário” (ALEMANHA, 2002 – tradução livre). (No texto em alemão lê-se: “(1) Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen (*Erbvertrag*). (2) Als Erbe (*Vertragserbe*) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werden.) Perante o Direito brasileiro, *a priori*, classificar-se-ia o *Erbvertrag* como um contrato (*Vertrag*), e, segundo reza o Art. 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 2010). Neste sentido, o Direito material seria o local de celebração do *Erbvertrag*. Entretanto, este instituto do Direito alemão, funcionalmente, desempenha as atribuições do testamento, no Direito brasileiro, e se aplica o mesmo Art. 9º, daquele diploma legal, porém, com conceitos de ordem pública e seguindo normas de aplicação imediatas (regras de polícia) diversas.

O Direito Comparado funcional é uma das disciplinas jurídicas que auxiliam o processo de unificação das normas jus privatistas internacionais. O emprego desta interdisciplinaridade não se mostra adequada apenas na elaboração de tratados internacionais, mas na sua execução e interpretação. A *praesumptio similitudinis*, apesar de ser parte intrínseca de seu desenvolvimento histórico, pode, em determinados contextos, ser afastada. Preserva-se, portanto, o *tertium comparationis* funcional, o qual permite a consideração de várias fontes jurídicas no estudo comparado. A mera disposição em paridade de normas não se digna a denominar-se Direito Comparado, tampouco produz conhecimento, compreensão e tolerância ao ente estrangeiro.

Os tratados internacionais unificam o Direito, e no âmbito mercosulino, deve-se considerar outros acordos, não celebrados no escopo de negociações do bloco, porém, ratificados por todos os Estados-Partes e que versam sobre idêntica matéria. A consideração da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, de 1979 permite incluir no bloco a obrigação de aplicação do Direito estrangeiro tal como o seria feito em seu Estado de origem. Esta obrigação exige o estudo e análise do Direito Comparado, dentre as vertentes, o funcional. A funcionalidade concebida como busca de equivalência permite traduzir à linguagem doméstica institutos jurídicos estrangeiros.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de. Aspectos Generales del Sector del Derecho Aplicable. In: ARROYO, Diego P. Fernández (org). **Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p.137-167.

ARAÚJO, Nádia. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARROYO, Diego P. Fernández. Conceptos y Problemas Básicos del Derecho Internacional Privado. In: ARROYO, Diego P. Fernández org.

Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p.39-81.

ASSER, Tobias Michael Carel. **Droit International Privè et Droit Uniforme.** Estados Unidos: Kessinger Legacy Reprints.

BADÁN, Didier Opertti. Prólogo: Necesidad de un Derecho Internacional Privado del Mercosur. In: ARROYO, Diego P. Fernández org. **Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur.** Buenos Aires: Zavalia, 2003. p.25-29.

BOELE-WOELKI, Katharina. **Unifyong and Harmonizing substantive Law and the role of Conflict of Laws.** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

_____. The Principles of European Family Law: its Aims and Prospects. In: **Utrecht Law Review.** Utrecht: Utrecht University, 2010.

CORNET, Teresita Saracho; DE KLOR, Adriana Dreyzin. **Derecho Internacional Privado: una visión actualizada de las fuentes.** Córdoba: Advocatus, 2003.

DOLINGER, Jakob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral.** 9. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. **Derecho de la Tolerancia basado en la teoría trialista Del mundo jurídico.** 10. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos e Solução de Controvérsias.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. GUTTERIDGE, Harold C. **Comparative Law.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1949.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial.** Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JAYME, Erik. Prólogo: Necesidad de un Derecho Internacional Privado del Mercosur. In: ARROYO, Diego P. Fernández (org). **Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p.21-24.

_____. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Claudia Lima, org. **O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Direito Internacional privado e Cultura Pós-Moderna. In: UFRGS. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**.v.1. n.1. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

_____. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização. In: UFRGS. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**. v.1. n.1. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

JUKIER, Rosalie. How to Introduce Similarities and Differences and Discuss Common Problems in the Classroom.

KAHN-FREUND, Otto. General Problems of Private International Law. In: **Recueil des Cours – Académie de Droit International**. Liden: A. W. Sijthoff, 1975.

LIPSTEIN, Kurt. **Principles of the Conflict of Laws National and International**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1981.

LORENZO, Sixto Sánchez. Estado Democrático, Postmodernismo y el Derecho Internacional Privado. In: **Revista de Estudios Jurídicos**. n. 10. Jaén: Universidad de Jaén, 2010.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.339-382.

POUND, Roscoe. Forward. In: GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. **An Introduction to the Comparative Study of Private Law, Readings, Cases, Materials**. New York: Cambridge University Press, 2009. p.xvii-xx.

PROSSER, William. Interstate Publication. **Michigan Law Review**. v. 51. n. 7. Michigan: Michigan University, 1952. p.959-1000.

REIMANN, Mathias. Comparative Law and Private International Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.1363-1396.

SAMUEL, Geoffrey. **Epistemology and Method in Law (Applied Legal Philosophy)**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2003.
SYMEONIDES, Symeon; HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J. **Conflicts of Laws**. Estados Unidos: West Publishing CO, 2004.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Tradução de Tony Weir. 3. Ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

Recebido em: 2012-09-19

Aprovado para publicação em: 2012-12-11

Como citar: DO NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde; MUNIZ, Tânia Lobo. A unificação do direito internacional privado no Mercosul segundo o direito comparado funcional. *Scientia Iuris*, Londrina, v.16, n.2, p.143-173, dez. 2012. DOI: 10.5433/2178-8189.2012v16n2p143.

