

MEMÓRIA HISTÓRICA /
HISTORICAL MEMORY



AUTONOMIA DA VONTADE, REDES DE COOPERAÇÃO E CONFLITO DE CULTURAS COMO VETORES DA ORDEM GLOBAL: NOTAS SOBRE A 80ª SESSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA ACADEMIA DA HAIA *

PARTY AUTONOMY, COOPERATION NETWORKS AND CONFLICT OF CULTURES AS VECTORS OF WORLD ORDER: BRIEF NOTES ON THE 80TH SESSION ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE HAGUE ACADEMY

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO **

RESUMO

O presente artigo oferece uma resenha elaborada a partir das anotações de aulas da 80ª Sessão do Curso de Direito Internacional Privado da Academia de Direito Internacional da Haia, realizada entre 9 e 23 de julho de 2010. Igualmente apresenta, em partes distintas, comentários à importante discussão travada pelos professores convidados, naquela ocasião, sobre temas contemporâneos da disciplina e

ABSTRACT

The article offers a review based on lectures' notes by the occasion of the 80th Session of Private International Law of the Hague Academy of International Law, which took place on 9-23 July 2010. It also submits, in distinct parts, comments to core discussions raised by the invited lecturers on contemporary topics of private international law and some of its most controversial domains. In

* O presente artigo foi elaborado com base nas resenhas do autor sobre as aulas da 80ª Sessão de Direito Internacional Privado do Programa de Verão da Academia de Direito Internacional da Haia de 2010, em julho de 2010, do qual participou na qualidade de Bolsista do Curatorium.

** Professor Adjunto de Direito Internacional Privado, Direito Internacional da Propriedade Intelectual e Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Membro do Comitê de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual do ILA - International Law Association e da Associação Americana de Direito Internacional Privado. E-mail: fpolido@ufmg.br

também nos seus domínios mais controvertidos. Nesse sentido, são apresentadas distintas visões sobre as interações entre princípios, normas e institutos do Direito Internacional Privado e relações de família, reconhecimento mútuo das sentenças estrangeiras, conflito interpessoais e interprofissionais, autonomia da vontade e contratos internacionais, negócios jurídicos alternativos à sucessão testamentária, aplicação do princípio da equivalência e substituição e o método do DIP no 'conflito de culturas'. Em grande medida, esses temas convergem para concepções próprias dos professores em relação aos fundamentos da disciplina, em especial, escolha de lei aplicável, jurisdição, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras e cooperação judiciária internacional, confirmando a premissa de que grandes questões da Globalidade no Direito Internacional Privado permanecem justificadas nos fenômenos sociais da mobilidade da família, do comércio transnacional, cooperação judiciária e administrativa e da adjudicação da justiça no plano internacional.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional Privado. Conflito de leis. Jurisdição internacional. Autonomia da vontade. Lei aplicável às relações de família. Reconhecimento mútuo de sentenças estrangeiras. Cooperação judiciária internacional. Contratos internacionais. Contencioso privado internacional. Conflito de culturas. Identidade cultural. Famílias transnacionais. Corte Europeia de Direitos Humanos. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

this sense, the article deals with different approaches covered by the interactions between principles, norms and institutions of private international law and a range of sectors, such as family affairs and family law; mutual recognition of foreign judgments; interpersonal and interprofessional conflict of laws; party autonomy and international contracts; alternative legal transactions and will substitutes to testamentary succession; application of the principle of equivalence and substitution; and the method of private international law in the 'conflict of cultures'. To a large extent, these issues converge to the lecturers' own conceptions in relation to the foundations of private international law, in particular choice of law applicable, jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments and international legal cooperation. They confirm the main premises that the major issues of the global order interplaying with private international law remain justified in continuous social phenomena involving mobility of family members, transnational commerce; judicial and administrative cooperation and adjudication at international level.

KEYWORDS: Private international law. Conflict of laws. International jurisdiction. Party autonomy. Law applicable to family relations. Mutual recognition of foreign judgments. International legal cooperation. International contracts. International commercial litigation. Conflict of cultures. Cultural identity. Transnational families. European Court of Human Rights. Court of Justice of the European Communities.

INTRODUÇÃO

Entre os dias 9 e 23 de julho, a Academia de Direito Internacional da Haia comemorava oportunamente a realização da 80ª Sessão do Curso de Direito Internacional Privado, no tradicional Curso de Verão (Summer Programme), por décadas, considerado um dos mais importantes eventos para disseminação dos temas de ensino e pesquisa na área de conhecimento do Direito Internacional. Reunindo historicamente os grandes nomes e destacados especialistas da disciplina, o Curso oferece aos acadêmicos a oportunidade de

tomar contato com novos e velhos temas do Direito Internacional Público e Privado, sem perder de vista a realidade transformadora impressa pelo espaço de mobilidade das pessoas, bens, tecnologias em escala global, da proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, além da mudança efetiva de paradigmas, do clássico para o pós-moderno.

Isso porque a diversidade dos participantes, entre várias nacionalidades e formações educacionais, permite oferecer exemplos de como é fundamental a existência do intercâmbio academico. Nos bancos da Sala de Conferências da Academia da Haia surgem amizades que podem perdurar para sempre, num diálogo que, para além de recompensas estritamente intelectuais, tendem a lançar as bases para estratégias de redes colaborativas de pesquisa, advocacia global e projetos de cooperação universitária na área do Direito Internacional. Enquanto infelizmente alguns círculos acadêmicos europeus e norte-americanos ainda insistem em permanecer reticentes às mudanças, em um perigoso e indesejável encilhamento academico, desprezando as incursões necessárias para experiência de construao das “vertentes internacionais” do Direito, representantes dos países em desenvolvimento, da Americ Latina, Ásia, África e Oceania, têm demonstrado que *diálogo, sensibilidade, abertura e diversidade*, são elementos indispensáveis para compreensão do Direito Internacional na atualidade¹.

Sem pretender uma incursão sobre a já reconhecida importância que os professores brasileiros vêm assumindo nesse contexto², refletiamos justamente sobre a necessidade de divulgar um pouco dos temas que foram destaque nas aulas da 80^a Sessão

1 Iniciativas complementares ao tradicional curso de Direito Internacional da Haia podem ser constatadas com os exemplos oferecidos pelo Curso de Verão da Academia de Direito de Internacional de Xiamen, na China, e o Curso de Direito Internacional da Universidade do Chile e Universidade de Heidelberg, na Americ Latina (Heidelberg Center for Latin America).

2 A esse respeito, ver artigo de Ana Flavia Barros-Platiau e José Henrique Fischel de Andrade, A Contribuiao de Internacionalistas Brasileiros a Academia de Direito Internacional de Haia, in *Notícia do Direito Brasileiro*, n.13, 2005, p 73-108, em que os autores oferecem interessante relato sobre a presença de juristas brasileiros nas aulas dos cursos da Academia da Haia, desde a pioneira participação de Rodrigo Octávio na década de 1930.

do Curso de Direito Internacional Privado e impressões sobre a necessidade de incentivar e fortalecer a presença de juristas, alunos e acadêmicos latino-americanos no ambiente tão amistoso, agradável e proveitoso, proporcionado pela Sala de Conferências da Academia da Haia, no Palácio da Paz.

Mesmo para aqueles incautos estudantes brasileiros, que de alguma maneira objetivam ingressar no mundo do Direito Internacional em mudança e aventurar-se em programas de estudos estrangeiros sem qualquer critério sensato de escolha, deixar de conhecer o que uma pequena cidade nos Países Baixos pode oferecer manifestaria certamente a mais pura ignorância. Perderiam oportunidade de compartilhar a rica experiência existente nos espaços de estudos da Academia de Direito Internacional, sua biblioteca, salas de aula, os jardins do Palácio da Paz, as instalações da Corte Internacional de Justiça e visitas a outros tribunais internacionais sediados na cidade da Haia.

Em favor da maturidade acadêmica, no entanto, reclamam-se esforços cruciais de não apenas repetir o que de alguma maneira já foi dito pelos antigos juristas, professores jusinternacionalistas na Sala de Conferências da Academia, mas de reflexão e crítica do *status quo* de uma disciplina cuja dinâmica, método, função e aspirações são sempre invocados como diferenciais para desenvolver uma das vocações humanistas do Direito em sua totalidade. Não seria possível defender somente com palavras (e nem a vida o é) qual o sentido que assume o Direito Internacional Privado nos dias de hoje, em que guerras, desastres ambientais, agressões a populações civis e índices inaceitáveis de pobreza ainda invadem o *locus* de convivência entre seres humanos. O espaço global continua a ser, no entanto, o grande palco para os movimentos, trocas, intercâmbios e colaborações entre organizações, grupos e indivíduos.

Por isso, a partir de uma lição mais idealista, o Direito Internacional Privado, o “conflito de leis”, é uma daquelas disciplinas que responde por questões mais íntimas à essência humana do Direito, a partir das quais, demandas elementares da “vida internacional da pessoa” se transformam, como se capturadas pela realidade normativa, em modelos, institutos, princípios e regras. Contudo, estes elementos não são tão simples quanto os que surgem em outras

áreas do Direito, pois dependem ainda mais, para sua compreensão e concretização, de esforços variados e muitas vezes truncados. Estes vão desde a capacitação de recursos humanos e técnicos dos tribunais domésticos e internacionais; a disponibilidade e formação dos jusinternacionalistas; da iniciativa e interesse político dos governos, em várias frentes, como o processo de elaboração legislativa, negociação de tratados, investigação sobre o direito material estrangeiro aplicável aos casos multiconectados (casos mistos); a conveniência e razoabilidade da jurisdição a ser invocada e acionada em litígios (o contencioso privado internacional, *international litigation*), até os incentivos para efetividade da cooperação internacional administrativa e judiciária - aliás, um dos principais vetores da Globalidade. Não seria exagero observar que, na lista de tarefas dos poderes dos estados, as pautas legislativas, executivas e judiciais no campo do Direito Internacional Privado não são as mais prioritárias³.

Apesar de todos esses (factíveis) inconvenientes, o melhor que se tem a fazer é mirar o futuro e dedicar esforços para um contínuo debate acadêmico, de formação de opinião e construção de novos modelos no Direito Internacional Privado, utilizando a dogmática, a história e o método como premissas fundamentais de análise. Enquanto seja triplamente influenciado por uma ciência valorativa, pela técnica e por necessária preocupação humanista, o jusinternacionalista permanece responsável pela autêntica tarefa de ajustamento de interesses e materialização da justiça em nível global.

A partir dessa mensagem, o presente artigo formula alguns apontamentos e observações sobre as aulas da 80ª Sessão de Direito

3 Ao menos na experiência brasileira recente, a mais “considerável” e vexaminosa iniciativa legislativa foi a justamente alteração do título da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. Absoluto desperdício de tempo, recursos financeiros parlamentares, e mais, incontestemente ofensa à dignidade intelectual de especialistas no Direito Internacional Privado. No limite, acadêmicos, alunos, professores, advogados e juízes serão levados, simplesmente, a trocar de siglas – de LICC para LINDB-, com o que os acrônimos anteriormente empregados para a Lei de Introdução, nos livros, artigos, pareceres, sentenças judiciais e arbitrais no Brasil, tornar-se-ão mera recordação do passado. Sem qualquer implicação prática para a disciplina, portanto. Sobre isso, retomamos as excelentes observações do Professor Jacob Dolinger, em *Uma lei ridícula*, artigo publicado no jornal O Globo, na edição de 26 de janeiro de 2011. Disponível em <http://oglobo.globo.com/ece_incoming/uma-lei-ridicula-2902785>.

Internacional Privado, no Curso de Verão da Academia de Direito Internacional da Haia, em 2010. É dividido em itens que abordam os temas que foram discutidos nas três semanas de duração do curso, com as apresentações dos professores convidados, dentre os quais, uma representante brasileira, a Professora Nadia de Araujo (PUC-RJ), que tratou da autonomia da vontade e os contratos internacionais. O item 2 sintetiza algumas das linhas do curso geral de 2010, ministrado pelo Professor Michael Bogdan, da Universidade de Lund, Suécia, cujas aulas fizeram referência ao título “Private International Law as Component of the Law of the Forum”⁴. Nos itens seguintes, são apresentados os demais tópicos do programa de Verão de 2010– relações de direito de família, reconhecimento mútuo das sentenças estrangeiras, conflitos interpessoais e inter-profissionais no direito internacional do trabalho; autonomia da vontade e contratos internacionais; negócios jurídicos alternativos à sucessão testamentária; aplicação do princípio da equivalência e substituição e o método do DIP no ‘conflito de culturas’.

Em síntese, a leitura do presente artigo permitirá que o leitor tire suas próprias conclusões sobre os vetores da Globalidade que direcionam o Direito Internacional Privado em tempos pós-modernos: a autonomia da vontade, a cooperação judiciária internacional, a proteção dos direitos fundamentais e o ‘conflito de culturas’.

1. CURSO GERAL DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO – PROFESSOR MICHAEL BOGDAN (UNIVERSIDADE DE LUND - SUÉCIA)

Durante as aulas da 80^a Sessão de Direito Internacional Privado da Academia da Haia, o curso geral da disciplina ficou sob a regência do Professor Michael Bogdan, da Universidade de Lund, Suécia. Na aula inaugural, o professor apresentou seu plano conciso sobre os tópicos que seriam examinados a seguir, em especial centrados na parte geral (princípios, objeto e fontes) e parte

4 O curso geral foi publicado como *Private International Law as Component of the Law of the Forum - General Course*, in *Recueil des Cours*, vol. 348 (2011), p. 9-252.

especial do Direito Internacional Privado. Enfatizou a importncia de os participantes recorrerem à literatura especializada, em seus respectivos ordenamentos nacionais, e às aulas precedentes registradas nas coletneas dos cursos da Academia da Haia.

Segundo Bogdan, sua contribuio em julho de 2010, seria duplamente a de visitar algumas premissas j ditas pelos ilustres jusprivatistas internacionais que o antecederam na tarefa de ministrar o Curso Geral, e a de oferecer sugestes e crticas quanto à prtica e ensino da disciplina no estgio atual de seu desenvolvimento. No limite, reitera o Professor de Lund, a importncia de o jurista voltar aos clssicos do DIP e as liões que se eternizaram na Academia da Haia.

Segundo o Professor, a disciplina do Direito Internacional Privado sofreu incontestvel mutao nas ltimas dcadas. Entre elas est uma abordagem funcional, que amplia o escopo do clssico ‘conflito de leis’ para o estudo aprofundado dos aspectos relativos à jurisdio e competncia internacional, reconhecimento e execuo de sentenas estrangeiras e cooperao judiciria e administrativa internacionais. Bogdan assume, no entanto, que seu curso ficar concentrado, fundamentalmente, nos aspectos relativos aos temas clssicos e questes relativas à lei aplicvel.

Qualquer reviso crtica da disciplina, segundo o Professor, levaria à constatao de que os casos prticos envolvendo litgios transfronteirios e a mobilidade dos fatores – bens, capitais, pessoas e tecnologias – oferecem contribuio para reformulao dos princpios do DIP, de um lado harmonia, coerncia, coordenao dos sistemas normativos, e, de outro, a preocupao em oferecer respostas particulares a cada caso com conexo internacional (casos mistos). Bogdan observa que a escola francesa, em particular, tem concepo mais ampla do objeto do Direito Internacional Privado, mas que esse fato meramente doutrinrio no prejudica a anlise clssica que se desenvolveu na Europa em tantos outros pas, como Itlia, Alemanha, Portugal e Espanha.

Bogdan ainda destaca o carter internacional da disciplina, suas fontes, em especial, os tratados e convenes da Haia, nrdicas e interamericanas. Especificamente em relao às fontes do Direito da Unio Europeia (fontes comunitrias de DIP), destacam-se as

normas relativas à cooperação judiciária e administrativa no âmbito da Convenção de Bruxelas de 1968 (atualmente incorporada ao Direito da UE pelo Regulamento nº 44/2001 – “Bruxelas I”), e que estabelecem regras de mútuo reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras no domínio comunitário, bem como recentes Regulamentos Roma I e Roma II relativos à lei aplicável à obrigações contratuais (com incorporação da Convenção de Roma de 1980) e obrigações não-contratuais.

Quanto à aplicação do direito estrangeiro pelo juiz do foro, Bogdan buscou ressaltar que não haveria uma obrigação de Direito Internacional Público especificamente a justificar o dever dos tribunais domésticos de aplicarem a lei material estrangeira indicada pelas normas de direito internacional privado, e que tal resultado deve ser sempre analisado segundo o ordenamento do foro (*lex fori*). Essa mesma obrigação também não decorreria de um princípio geral ou de normas consuetudinárias, expressas ou implícitas⁵. O que justificaria o juiz aplicar o direito estrangeiro ao invés de seu direito nacional? Não seria apenas uma questão geográfica ou de tolerância, mas antes de legalidade quanto ao reconhecimento e razoabilidade da lei estrangeira destinada a regular um caso com conexão internacional.

Segundo o Professor de Lund, alguns temas são recorrentes nesse debate, que causa constante perplexidade ao jurista internacional:

- a) Uniformidade de resultados de acordo com o princípio da proximidade: denominador comum para determinação do direito aplicável segundo o direito que apresenta vínculos mais estreitos com a relação jurídica multiconectada;
- b) Simbologia em diversos regimes matrimoniais transfronteiriços: situações vantajosas em sistemas que não reconhecem integralmente, por exemplo, os efeitos civis do casamento realizado no estrangeiro;

5 Nesse caso, Bogdan esclarece que outras obras já se dedicaram a explorar os aspectos teóricos da relação entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, especialmente quanto à condição do direito estrangeiro e sua aplicação pelo juiz do foro: Georges VAN HECKE, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, in *Recueil des cours*, vol. 126 (1969-I), p. 399-569; F.A.MANN, *Conflict of laws and public law*, in *Recueil des cours*, vol. 132 (1971-I), p. 107-196.

- c) Regras excludentes da aplicao do direito estrangeiro, como aquelas determinadas pelo princpio dos interesses do estado segundo a tradio jurdica dos Estados Unidos (*governmental interests*), segundo as quais a aplicao da *lex fori* resultaria extremamente desvantajosa ou prejudicial aos interesses das partes, especialmente em caso de indenizao por danos (em matria de responsabilidade civil, por exemplo); em certos ordenamentos, as vtimas tm poucas opes ou alternativas para ressarcimento dos danos e sua respectiva execuo perante os tribunais locais.
- d) Vantagens comparativas ou razoabilidade? A aplicao do direito estrangeiro no decorre apenas de um interesse do estado, segundo a *lex fori*, ou serve para propósitos de comparao entre sistemas normativos; trata-se, antes, de deciso racional sobre a escolha do direito material aplicvel como tal designado lei aplicvel ao caso/litgio com conexo internacional.

Em outras aulas, Bogdan criticou a orientao do Tribunal de Justia das Comunidades Europeias – TJCE – na interpretao e aplicao das normas da Conveno de Bruxelas de 1968, sobretudo porque teria sido criado, na Europa, um “mercado comum de sentenas estrangeiras”, mas ainda muito distanciado da harmonizao e uniformidade entre os Membros das Comunidades quanto às regras de escolha de lei material aplicvel.

No limite, o TJCE teria alcanado uma jurisprudncia de peso, com carter duplamente criativo e vinculante, e preparado os alicerces para a atual estrutura normativa (e administrativa) da Unio Europeia no campo do Direito Internacional Privado. E isso se manifesta na mudana das competncias comunitrias, do terceiro para o primeiro pilar dos tratados constitutivos das Comunidades, segundo o qual as normas relativas à lei aplicvel, competncia e jurisdio e reconhecimento de sentenas estrangeiras, passam a ser inseridas entre os objetivos legislativos dos rgos da UE⁶.

É importante observar, igualmente, que a obra do Professor Bogdan particularmente encontra-se justificada por sua preocupao

6 Cf. Art.65 do TFUE, que autoriza os rgos da Unio Europeia a legislar sobre harmonizao substantiva e cooperao em matria civil e comercial com efeitos transfronteiriços. Ainda recentemente, a velha denominao “Comunidades” deu lugar à Unio Europeia – organizao com personalidade jurdica de Direito Internacional Pblico, nos termos do Tratado de Lisboa.

em analisar os impactos do mercado interno (mercado comum) da União Europeia sobre as estruturas normativas e aplicativas do Direito Internacional Privado, quer nos tribunais dos Membros, quer a partir das competências do TJCE⁷. Em especial, observa o complexo axiológico e normativo encetado pelas liberdades dos tratados constitutivos da União (TCE/1952, Maastricht e Amsterdã), como aquele definido pelos princípios da não discriminação, mobilidade de pessoas, bens, capitais e estabelecimento⁸.

É justamente nesse contexto que o TJCE estabeleceu um rol de precedentes, em larga medida, coerentes com o princípio da primazia (prevalência) das normas comunitárias sobre os direitos domésticos, e da concretização das quatro liberdades do mercado interno. Em *Boukhalfa/Alemanha*⁹, por exemplo, o Tribunal interpretou normas relativas ao direito de migração, liberdade de exercício de atividade profissional e direito internacional privado, incidentes sobre a disciplina da condição estrangeira de uma cidadã belga, residente na Argélia, e empregada de uma embaixada da então Alemanha Ocidental em Argel. Segundo o TJCE, a Sra. Boukhalfa teria o direito de ser tratada como cidadã da Comunidade, ainda que, para o caso em concreto – o contrato de trabalho-, seria aplicável a lei do local de exercício da atividade laboral para a regulamentação de certos direitos decorrentes da relação de emprego.

No entanto, na visão do Tribunal, as liberdades e o princípio da não discriminação, tais como previstas nos Tratados de UE, impediriam um resultado distinto daquele objetivado por

7 Sobre isso, cf., por exemplo, M. Bogdan, *Concise introduction to EU private international law*. Europa Law Publishing, 2006; *idem*, The New EC Rules on Summary Proceedings in Civil and Commercial Matters In: *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 61, 2008, p. 55-69; *idem*, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations and the Choice of Law by the Parties, in *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 27, n. 4, 2009, p. 407-410.

8 Os dispositivos relativos às liberdades fundamentais da União Europeia encontram-se, essencialmente, na Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de acordo com as alterações promovidas pelo Tratado de Lisboa de 2008. Disponível em <<http://www.consilium.europa.eu/treaty-of-lisbon.aspx?lang=pt>>.

9 TJCE, *Ingrid Boukhalfa v Bundesrepublik Deutschland*. Caso-214/94, in [1996] ECR I-2253. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994J0214:EN:NOT>>.

uma deciso3o concreta proferida pelos tribunais alem3es, caso ela fosse baseada, unicamente, na determinao3o do direito aplic3avel segundo normas de direito internacional privado da *lex fori*. O TJCE afirmou que o ento3o Art.39(2) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) estabeleceria a liberdade fundamental de mobilidade da pessoa em funcao3o do trabalho, e que conteria, mais especificamente, uma proibico3o de discriminao3o com base na nacionalidade¹⁰. Essa proibico3o, alia3s, e3 justificada na regra geral do Art.12 do Tratado¹¹ e assegura, aos trabalhadores migrantes ou expatriados, tratamento igualita3rio em rela3o3o aos nacionais do Estado-membro anfitri3o, em mat3ria de emprego, remunerao3o e outras condi3o3es de trabalho e emprego.

Outro tema recorrente nas aulas de Michel Bogdan referiu-se a3 interpretao3o das normas de direito internacional privado no Regulamento (CE) n3 593/2008 (“Roma I”), que estabelece regras de conex3o relativas ao direito aplic3avel a3 obrigao3o3es contratuais, integrando a Conveno3o de Roma de 1980 sobre lei aplic3avel aos contratos internacionais ao Direito da Uni3o Europeia¹². Em especial, discute o Professor as consequ3ncias decorrentes da aceitao3o, pelo legislador comunita3rio, que as normas de conflito constituem quest3o3o aut3noma de direito internacional privado e n3o, simplesmente, da natureza indireta que determina o direito material estrangeiro como aplic3avel a determinado caso envolvendo contratos internacionais com partes sediadas nos Estados-Membros.

Por outro lado, e3 importante destacar que o Art.20 do Regulamento Roma I exclui expressamente a possibilidade de reenvio, considerando no conjunto do direito material estrangeiro – lei

10 Cf. atual reda3o3o do Art. 45(2) do Tratado sobre o Funcionamento da Uni3o Europeia: “*A livre circula3o3o dos trabalhadores implica a aboli3o3o de toda e qualquer discriminao3o em raz3o3o da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, a remunerao3o e demais condi3o3es de trabalho*”.

11 Atualmente, Art.18 do Tratado sobre o Funcionamento da Uni3o Europeia: “*No 3mbito de aplica3o3o dos Tratados, e sem preju3izo das suas disposico3o3es especiais, e3 proibida toda e qualquer discriminao3o em raz3o3o da nacionalidade*”.

12 Regulamento (CE) n3 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplic3avel a3 obrigao3o3es contratuais (Roma I), in *Jornal Oficial* n3 L 177 de 04/07/2008, p. 6- 16.

designada pelo Regulamento – as normas jurídicas em vigor em determinado Estado-Membro, com exclusão de suas normas de direito internacional privado¹³. E a lei material indicada é afastada nas hipóteses em que sua aplicação conduzir a resultado manifestamente incompatível com a ordem pública do foro – fórmula que equacionaria, na visão de Bogdan, a relação entre Roma I e ordem pública; esta, admitida como princípio geral de direito internacional privado, é examinada da perspectiva de “reserva absoluta” no contexto do Regulamento, pois condiciona a exclusão da aplicação do direito estrangeiro somente em casos de manifesta incompatibilidade¹⁴.

As aulas do Professor de Lund foram fundamentais para evidenciar os conflitos doutrinários e substantivos já deflagrados pelo irreversível movimento de “comunitarização” do Direito Internacional Privado na União Europeia, em manifesta ascensão nos últimos anos. O Regulamento Roma I, por exemplo, parece ter consolidado princípios gerais do Direito Internacional Privado não apenas formulados a partir da experiência europeia continental do conflito de leis, mas também da revolução norte-americana do conflito de leis.

Isso porque houve especialização das regras de conexão e aperfeiçoamento de critérios baseados na justiça material, como por exemplo, a conexão estabelecida entre a proteção da parte mais fraca (*partie faible*) e a lei designada como direito aplicável¹⁵, sem que tal relação pudesse evitar, contudo, a hipótese de colidência, antinomia, ou mesmo contradições na disciplina do Direito Internacional Privado, em que estão em risco duplamente o objetivo da

13 Cf. Art.20: Entende-se por aplicação da lei de um país designada pelo presente regulamento a aplicação das normas jurídicas em vigor nesse país, com exclusão das suas normas de direito internacional privado, salvo disposição em contrário no presente Regulamento.

14 Cf. Art. 21 do Regulamento: “A aplicação de uma disposição da lei de um país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”.

15 Nesse sentido, ver excelentes estudos de Rui M. G. Moura Ramos, “La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais”, in *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 212 ss; Olivera Boskovic, «La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», *Recueil Dalloz*, 31, 2008, p. 2177 ss.

harmonia normativa internacional e a certeza na escolha da lei a ser aplicada aos casos multiconectados¹⁶. Assim, por exemplo, Roma I expõe a opção por cláusulas de exceção em matéria de aplicação do direito estrangeiro, pelas quais o juiz do foro pode afastar o direito designado como aplicável nos casos em que considerar existir maior conexão com o litígio com conexão internacional, o que poderia sugerir ênfase aos princípios da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, admitidos como autênticos “freios neutralizadores” dos efeitos distorcidos da aplicação estrita de determinada regra de conexão¹⁷.

Como alternativa, o recurso às cláusulas de exceção afasta os efeitos decorrentes da concretização da regra de conexão primária, indicadora do direito aplicável, para beneficiar um critério essencialmente baseado na discricionariedade do juiz, pois permite que o tribunal, ao apreciar o caso com conexão internacional, favoreça a aplicação da lei material com a qual este mantenha “vínculos mais estreitos”.

Por fim, a materialização de justiça como objetivo do Direito Internacional Privado expõe-se com maior intensidade nas regras de conexão que vinculam certas preocupações de ordem legislativa comunitária ao resultado do direito aplicável, portanto, como técnica de escolha de lei. São exemplos regras de conexão alternativas ou supletivas centradas na proteção da parte mais fraca (e.g. categoria dos consumidores, trabalhadores e segurados), além de normas espaciais auto-limitadoras, pelas quais o direito material indicado como aplicável converge ao ordenamento jurídico de um Estado com base na incidência do princípio da territorialidade.

16 Exemplos, os Artigos 4.1. 5.1 e 5.2 do Regulamento Roma I.

17 Recorremos, aqui, à elucidativa expressão utilizadas pelo professor Jacob Dolinger, Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade, in *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, 2004, p. 139-149, especialmente p.140. No Regulamento Roma I, cf. especialmente o Art. 4.3 (“Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs. 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país”) e Art. 8.4 (“Se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 2 ou 3, é aplicável a lei desse outro país”).

2. PRIMEIRA SEMANA DO CURSO DE DIP DA HAIA - 9 A 13 DE JULHO DE 2010

Na primeira semana do curso, entre 9 e 13 de julho de 2010, destacaram-se as aulas dedicadas aos temas relativos ao Direito Internacional de Família, ministradas pelo Professor Roberto Baratta, da Universidade Macerata, Itália, e conflito de leis e conflitos interprofissionais no Direito Internacional Privado, com a instigante e esclarecedora contribuição do Professor Abdoulaye Cissé, da Universidade de St-Louis, Senegal, sem dúvida uma das maiores audiências do curso nessa primeira parte.

2.1. RECONHECIMENTO MÚTUO DE SITUAÇÕES E RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO DE FAMÍLIA NO DIP.

Em suas aulas, Roberto Baratta apresentou reflexões teóricas sobre diversos temas relativos ao reconhecimento das situações e relações jurídicas de direito de família no DIP, passando pelo exame das convenções adotadas pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e normas de direito internacional privado no contexto do Direito da União Europeia e sistemas domésticos¹⁸.

Em várias passagens de suas apresentações, o Professor recorreu a interessantes exemplos da Lei italiana de DIP de 1996, a Lei Suíça de DIP de 1987, a Lei de Introdução ao Código Civil alemã, e casos da jurisprudência da Corte de Cassação na Itália, França e House of Lords no Reino Unido – todos eles admitidos como fontes do Direito Internacional Privado a partir de uma perspectiva europeia comparada.

18 Sobre isso, cf. fundamentalmente R. BARATTA, Short Remarks on EC Competence in Matters of Family Law, in MALATESTA/BARIATTI/POCAR (ed.) *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*. Padova: CEDAM, 2008, p. 189 e ss; idem, Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario, in Sergio M. CARBONE e Ilaria QUEIROLO (ed.) *Diritto di famiglia e Unione europea*. Torino: Giappichelli, 2008, p.169 e ss; idem, Verso la “Comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 41, n. 3, 2005, p. 573 e ss.

O Professor Baratta também destacou a tendência recente dos tribunais nacionais dos Membros da União Europeia e da própria Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em reexaminar decisões que aplicam estritamente regras de conexão em matéria de direito de família em detrimento de direitos fundamentais previstos nas constituições internas e convenções internacionais. Cumpre destacar que os acórdãos da CEDH não revisam sentenças judiciais proferidas em grau recursal e definitivo nos Estados Partes da Convenção Europeia de 1950, mas antes decidem sobre litígios envolvendo tais Estados e os indivíduos, com fundamento nas reclamações promovidas em virtude de violação das normas da Convenção e outros atos normativos internacionais. Entre as obrigações multilaterais, destacam-se o respeito à vida em família (Art.8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos; Art. 11 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito da Criança).

O curso do professor italiano ilustrou diversos casos envolvendo reconhecimento de divórcio no estrangeiro, adoções, sequestro internacional de menores, uniões de fato e parcerias registradas, casamento entre pessoas do mesmo sexo, questões envolvendo aquisição de direito ao nome no estrangeiro e determinação de capacidade em matéria de estatuto pessoal e familiar¹⁹. Nesse sentido, Baratta discutiu os desdobramentos de normas de direito internacional privado materiais e suas interfaces com normas internacionais convencionais. O Artigo 8(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, estabelece uma obrigação para os Estados signatários de respeitar a vida em família, sem fazer distinção entre país de origem ou país de domicílio dos membros do núcleo familiar²⁰. A jurisprudência da Corte Europeia de Estrasburgo, especificamente, assentou orientação em torno de direitos de pais e direitos dos menores relativamente a pretensões positivas de proteção da família.

19 Os casos discutidos são apresentados na aula publicada no Recueil des Cours vol. 348 (2011), intitulada “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”. no Recueil des Cours da Academia da Haia de Direito Internacional.

20 Art.8.1: *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*

Quer admitida como instituição, quer como entidade nuclear de organização da sociedade, a família permite formular um conceito muito amplo, nas palavras do Professor italiano, pois compreende tanto a situação de famílias de fato, como as relações jurídicas qualificadas como relações familiares, segundo os ordenamentos internos e as normas convencionais, em especial a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Seu âmbito espacial de aplicação, apesar de restrito aos países signatários, permitiu a universalização de princípios em matéria de Direito Internacional de Família, o que fez com que houvesse indiscutível renovação de paradigmas no Direito Internacional Privado.

Nesse mesmo sentido, inclusive, a CEDH tem invocado, em determinados julgados, a aplicação de normas da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores, sustentando que este instrumento não ofereceria um conceito mais amplo de família, mas que a conexão existente entre Direito Internacional Privado e direitos fundamentais é uma “relação essencial”, e portanto, não poderia ser afastada pelos tribunais domésticos. A Convenção da Haia de 1980 tampouco diz respeito à proteção ‘per se’ dos direitos dos menores, mas antes estabelece o objetivo de assegurar o retorno ou restituição de um menor que tenha sido ilicitamente transferido de um Estado para outro, com base nos remédios ali previstos e na cooperação jurídica e administrativa estruturada pelo texto convencional.

Tanto é assim que o direito de visita seria regulado de maneira incompleta, mas admitido como tal para que, em casos de violação, exista base suficiente para que indivíduos e autoridades, nos Estados de domicílio ou de manutenção da criança, possam acionar os mecanismos da Convenção²¹. Seria, no entanto, possível questionar essa visão intrinsecamente mecânica do sistema de

21 Na visão do Prof. Baratta, os Artigos 3º, 4º, 14 e 15 da Convenção da Haia de 1980 protegem a situação jurídica parental que se estabelece entre o Estado da legitimação da pretensão e o Estado do retorno do menor, acima de tudo, pois a convenção protege a situação jurídica dos menores. Do mesmo modo, a Convenção paralela de 1988 do Conselho da Europa amplia mecanismos de restituição de menores ilicitamente retirados dos Estados signatários, buscando assegurar, não apenas um sistema de cooperação, como reconhecimento mútuo de sentenças estrangeiras.

restituição, sobretudo porque os tribunais do Estado da retenção podem se recusar a ordenar o retorno da criança ilicitamente transferida, quando o risco de retorno resulte em prejuízo ao menor²². Essa é justamente a hipótese de exceção ou válvula de escape da Convenção da Haia, que prevê os casos de recusa da restituição do menor ao país de que foi ilicitamente transferido.

Nesse sentido, a doutrina tem feito distinção específica entre convenções multilaterais que buscam estabelecer objetivos gerais concernentes à proteção de direitos fundamentais imediatamente implicados nas relações de direito de família e outras convenções que se fundamentam em regras de conexão de direito internacional privado em matéria de direito de família, aplicáveis estritamente nos casos com conexão internacional (regimes próprios de direito internacional privado) que não resultem em colisão com direitos fundamentais.

Andreas Bucher, por exemplo, em curso geral de Direito Internacional Privado, proferido anteriormente na Academia da Haia²³, discute as tendências doutrinárias que se inclinam diante da concepção de que a aplicação de sistemas de direito internacional privado deve assegurar a prevalência do primeiro bloco de convenções. Nesse sentido, a elaboração normativa internacional e a aplicação das normas de direito internacional privado pelos tribunais teriam de permitir a efetividade do reconhecimento de sentenças estrangeiras nesse domínio e que o país solicitado/rogado não poderia, simplesmente, recusar a execução das decisões que aplicam o direito estrangeiro sem qualquer fundamento de validade.

A estrutura proposta para as aulas da sessão em resenha aprofundou, ainda, questões sobre a harmonização das normas de DIP no contexto comunitário europeu, em especial a resistência

22 Art.13, alínea “b” da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis relativos ao sequestro internacional de menores. Trata-se de regra excepcional, interpretada na visão do Professor Baratta, de modo restritivo, salvo se a favor de uma interpretação consistente com a Convenção, por tanto, a favor dos objetivos principais do texto convencional.

23 La dimension sociale du droit international privé: cours général. In *Recueil des Cours*, vol. 341 (2009), p. 9-526.

dos Membros da União Europeia quanto à coordenação legislativa em matéria de direito de família. Do ponto de vista do método do direito internacional privado, o Professor Baratta reconhece que a influência da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e do TJCE revolucionou a abordagem clássica da técnica conflitual e requer igualmente a consideração da universalidade das relações de direito de família, nas diversas situações envolvidas: existência, aquisição e substituição relativas ao status pessoal e familiar e relações jurídicas com conexão internacional²⁴.

Em seminário específico, discutiu-se o caso *Wagner*²⁵, julgado pela CEDH, em que a Corte se manifestou sobre a prevalência do “direito à vida em família”, estabelecido pelo Artigo 8.1 da Convenção Europeia de 1950, sobre a aplicação das regras de conflito invocadas pelos tribunais domésticos de Luxemburgo para negar efeitos ao reconhecimento de adoção internacional de menor realizada no Peru por mãe solteira. No caso em questão endereçado à Corte de Estrasburgo, alegou-se que a denegação do reconhecimento e execução de sentença estrangeira peruana, concedendo adoção de menor para mulher solteira em Luxemburgo, resultaria em frontal violação ao Artigo 8º da Convenção, em particular porque as autoridades e justiça locais daquele Estado recusavam-se a autorizar o registro da certidão de nascimento da criança adotada.

De acordo com as alegações apresentadas por Luxemburgo no litígio, essa situação seria completamente nula do ponto de vista da *lex fori*, que não admitiria validade de adoções monoparentais,

24 Em vários momentos de suas aulas, Baratta destacou a prevalência dos princípios da cooperação judiciária internacional e mobilidade das sentenças estrangeiras, reconhecimento da continuidade da personalidade e proteção da pessoa humana. Sobre esses temas, retomamos, especialmente, os estudos de JJ. FAWCETT, The impact of article 6(1) of the ECHR on private international law, in *International and Comparative Law Quarterly*. London. v.56. n.1. 2007, p.1 ss; Daniel THYM, Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay? in *International and Comparative Law Quarterly*. vol.57. n.1. 2008, p.87 ss.

25 TJCE, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*. Caso 76240/01. 28 de junho de 2007, considerando, entre outros, que houve denegação do reconhecimento e execução de sentença estrangeira peruana concedendo adoção de menor para mulher solteira em Luxemburgo, além da restrição ao princípio do contraditório.

e portanto, discutivelmente, a proibição de adoção de um menor por pessoas solteiras realizada no estrangeiro. No entanto, a Corte reconheceu que, diante do caso concreto e da aplicação das normas de Direito Internacional Privado, haveria observância das regras da Convenção Europeia de 1950, em especial ao assegurar a proteção do interesse superior da criança, mesmo nos casos em que a regra determinadora de direito aplicável conduziu a resultado manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.

Por todas as consequências do caso ilustrado acima, em *Wagner*, a Corte Europeia de Direitos Humanos faz prevalecer a aplicação de normas convencionais em matéria de direitos fundamentais, em especial aquelas decorrentes da Convenção sobre Direitos do Homem de 1950 sobre a incidência das normas de conflito: nas hipóteses em que leis, atos e decisões do estado de origem – no caso Luxemburgo – não respeitam as regras da Convenção, no caso concreto, a norma que prevê a obrigação dos Estados membros de assegurarem a proteção da vida em família, não haveria resultado viável e esperado segundo a técnica conflitual clássica. Assim, o juiz do foro, ao ser confrontado com certa generalização das normas convencionais de direitos humanos, deve primar pela aplicação das mesmas sobre qualquer situação de fato ou estado pessoal, como seria, especificamente, quanto à condição do menor adotado considerado nacional ou detentor de prerrogativas de membro de uma família constituída e existente de acordo com o direito interno de determinado Estado membro da Convenção.

2.2. CONFLITO DE LEIS INTERPESSOAIS E INTERPROFISSIONAIS NA ÁFRICA NEGRA FRANCÓFONA: PERSPECTIVA EVOLUTIVA E COMPARADA.

Em suas aulas, o Professor Abdoulaye Cissé abordou os aspectos de Direito Internacional Privado relacionados aos conflitos interpessoais e interprofissionais, concentrando-se na comparação dos sistemas jurídicos da África negra francófona²⁶. A

26 Título original da aula: “L'évolution du droit international privé dans les pays francophones d'Afrique noire (les conflits interpersonnels et conflits

partir de relevante crítica, o professor senegalês examinou questões de lei aplicável à validade intrínseca e extrínseca dos contratos internacionais de trabalho e convenções coletivas; conflito entre leis e convenções coletivas; aplicação do princípio da ordem pública em matéria de negócios laborais com conexão internacional; regras de conexão específicas (*lex situs*, *lex loci contractus* e *lex loci laboralis*) para determinação da lei substantiva aos contratos internacionais do trabalho e regência das convenções coletivas²⁷.

O Professor igualmente ilustrou suas apresentações com vários casos hipotéticos em matéria de Direito Internacional Privado e as tendências doutrinária e jurisprudencial nas últimas décadas, que normalmente enfatizam os conflitos interprofissionais como resultado concreto do conflito de leis e os regimes de proteção do trabalhador nos contextos domésticos. Estes ainda estariam embaçados nos limites estabelecidos pelo princípio da ordem pública, aplicação da lei mais favorável ao trabalhador e costumes locais²⁸. No entanto, observa Cissé, a tendência cada vez mais crescente de adoção do princípio da autonomia da vontade nos contratos de tra-

interprofessionnels”.

- 27 São problemas clássicos revisitados na atualidade por Cissé, como os examinados por SZÁSZY, E.. Les conflits de lois en matière de droit du travail, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1971, p. 229-489; G.A. KOUASSIGAN, Les conflits interpersonnels et internationaux de lois et de chaleurs incidence sur la forme du mariage en Afrique noire francophone: Réflexions a partir de L'Expérience Sénégalaise, in *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 641-672; e Antonio MALINTOPPI, Les rapports de travail en droit international privé, in *Recueil des cours*, vol. 205 (1987-V), p. 337 e ss. (especialmente referindo-se à vastidão das questões concernentes à lei aplicável e jurisdição em matéria de direito do trabalho, incluindo contratos internacionais de trabalho, ações de reparação de danos decorrentes de acidentes de trabalho movidas pelos empregados, obrigações relativas à segurança ou seguridade social e execução de dívidas trabalhistas).
- 28 Criticamente, cf. Fabienne JAULT-SESEKE, L'office du juge La dans L'application générale de la règle de conflict de lois en matière de contrat du travail, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 253-285, especialmente p.254. A autora esclarece que existe muita confusão, em sede jurisprudencial, sobre a função das normas de ordem pública em matéria de direito do trabalho e que afetam a escolha de lei aplicável segundo o local de prestação das atividades laborais. Por outro lado, a indisponibilidade dos direitos do trabalhador como tais considerados contrapõe-se às alternativas de solução de litígios em contratos de trabalho, como ocorre no caso da arbitragem.

balho, com vistas à superação das dificuldades intrínsecas relativas à escolha de lei e foro.

Na atualidade do Direito Internacional Privado do Trabalho, vale destacar, encontram-se em discussão as regras de conexão relativas à escolha de lei pelas partes em contratos e arbitragem em contratos de trabalho, assim como cláusula de foro atributiva de jurisdição em determinados Estados nos quais as demandas sejam mais favoráveis às empresas litigantes. No entanto, outros elementos desempenham função específica nesse contexto, como o âmbito de aplicação das normas de ordem pública, regras imperativas e princípio da indisponibilidade de direitos do trabalhador. Em diversas passagens de sua apresentação, Cissé retomou a clássica obra de Francescakis²⁹, com referência a passagens importantes para o tema escolhido para a Sessão de 2010 do curso de Direito Internacional Privado da Academia da Haia.

Em sua última aula, talvez a mais inovadora, Cissé propõe nova metodologia na análise dos problemas envolvendo o Direito Internacional Privado, que deve acomodar certos valores e princípios da sociedade global. Sustenta que a técnica conflitual deve privilegiar, do ponto de vista da contribuição africana, um sistema a serviço do ser humano. O Professor senegalês propõe que a disciplina deva servir de técnica de conciliação entre indivíduos e grupos nas relações privadas com conexão internacional, um direito como espaço de diálogo. Refuta as teses e estruturas que estabelecem o direito como instrumento de controle, repressão e opressão, sobretudo em ambientes de desenvolvimento da sociedade internacional multicultural, em que os conflitos são solucionados em redes.

Em seus últimos minutos de aula, Cissé ressaltou a necessidade de consciência em cada sistema normativo, de diálogo entre fontes e instrumentos de aproximação com a justiça (a justiça material encarada como instrumento de pacificação – “a revanche de Dike sobre Themis”). Nesse caso, destacam-se o respeito da dignidade como valor de ordem pública internacional e o respeito da ética.

29 *Problèmes de droit international privé de l’Afrique noire indépendante*, in *Recueil des Cours* vol. 112 (1964-II), p. 269-361.

Evidentemente, as questões relativas à lei aplicável e jurisdição nos contratos de trabalho e conflitos interprofissionais apontam para as externalidades do trinômio *proteção-eficiência-globalização* econômica no contexto de mudanças do Direito Internacional Privado Pós-Moderno. Como adverte Erik Jayme, a pessoa humana buscará ou ordenamentos em que existam regras mínimas de aplicação imediata (sem qualquer possibilidade de escolha de lei que eventualmente desfavoreça a parte mais fraca) ou aqueles em que possa concretizar escolhas autônomas³⁰. O futuro do Direito Internacional do Trabalho, em seus aspectos privados, tenderá para flexibilidade: a imposição de normas imperativas de acordo com a lei do local em que o trabalho ou atividade laboral são exercidos torna-se atitude retrógrada por parte de legisladores domésticos, caminhando para a possibilidade de escolha pelas partes.

Por isso mesmo, o fortalecimento do princípio da autonomia da vontade, nesses casos, permitiria justificar a escolha de foro e de lei aplicável aos contratos de trabalho com conexão internacional, possibilitando ainda que certo poder de barganha, exercido pelo empregado/profissional (sobretudo em tempos da Sociedade Global da Informação e complexidade das redes sociais), seja tomado como elemento factual, pelos tribunais, para a solução dos casos concretos.

3. SEGUNDA SEMANA DO CURSO DE DIP DA HAIA - 12 A 16 DE JULHO DE 2010

Na segunda semana do curso, entre 12 a 16 de julho de 2010, foram feitas as apresentações da Professora Nadia de Araujo, da Pontifícia Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Brasil, sobre contratos internacionais e autonomia da vontade das partes, e do Professor Jeffrey Talpis, da Universidade de Montreal, Canadá, sobre os negócios jurídicos sucessórios e instrumentos alternativos ou substitutos à sucessão testamentária no Direito Internacional Privado.

30 Erik. JAYME, Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation, in *Recueil des cours*, vol. 282 (2000), p. 9-40

3.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E CONTRATOS INTERNACIONAIS NO DIP

Em sua aula - certamente um das mais elogiadas e prestigiadas entre alunos do curso de 2010-, a Professora Nadia de Araujo, da PUC-RJ, destacou inicialmente a importância das contribuições dos juristas brasileiros que passaram pela Academia de Direito Internacional, ressaltando, igualmente, a obra do Professor Jacob Dolinger e sua atualidade para a formulação de princípios gerais na disciplina do DIP (lei aplicável às obrigações e o princípio da proximidade)³¹.

O princípio da autonomia da vontade, por sua vez, emerge como contraponto às clássicas regras de conexão (“a way to move from conflict rules”, nas palavras da Professora brasileira) e impõe nova metodologia que permite consagrar a liberdade de escolha de lei aplicável aos contratos internacionais e do substrato material e procedimental na arbitragem comercial internacional. Em suas aulas, Nadia de Araujo constantemente se referiu ao significado das fontes do direito internacional convencional para a disciplina do DIP e da indispensável tarefa de elaboração normativa pelas organizações internacionais dedicadas ao tema, como a Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, a Organização dos Estados Americanos, em especial no contexto das Conferências Interamericanas Especializadas em Direito Internacional Privado - CIDIPs³² e o Instituto de Direito Internacional³³.

A importância do tema da autonomia da vontade espelha-se não apenas na descentralização da tomada de decisões pelos agentes privados do comércio, sem a ingerência imediata dos sistemas normativos estatais, mas também a redução dos custos de

31 Cf., por exemplo, Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, in *Recueil des cours*, vol. 283 (2000), p.187-512; *idem*, Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade, in *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, 2004, p. 139-149.

32 Disponível em: http://www.oas.org/dil/private_international_law.htm.

33 Disponível em: <http://www.idi-iil.org>.

transação envolvendo cláusulas de escolha de lei aplicável e cláusulas de foro. Essa técnica, na grande maioria das vezes, é baseada em critérios econômicos, valores sociais e na necessidade de vincular as obrigações contratuais a determinados sistemas normativos. A arbitragem, por exemplo, é solução prática que permite gerenciar litígios emergentes de contratos internacionais no dia-a-dia, passado e presente: mecanismo que permite a preservação da vontade das partes, previsibilidade dos meios de solução dos conflitos e também da disciplina material das relações contratuais no comércio. Cada vez mais – e essa é tendência nos movimentos contemporâneos do direito internacional privado – o princípio da autonomia da vontade se estende a outros campos, como em matéria de obrigações não-contratuais e delitos, direito de família e direito das sucessões³⁴.

Em suas primeiras aulas na Academia da Haia, Nadia de Araujo abordou os aspectos históricos do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado, passando por referências às lições de Kahn-Freund³⁵ e Nygh³⁶ em aulas proferidas na Academia da Haia, e recorreu aos clássicos, como Dumolin, Niboyet e Lafayette Pereira para justificar os exemplos oferecidos para o tema ali discutido³⁷. Sobre este último, especificamente, a Professora brasileira destacou a importância do Projeto do Código de Direito Internacional Privado de 1912, especificamente seu Artigo 60, que faz referência ao respeito pela escolha de lei pelas partes em matéria de obrigações.

34 Entre todos, ver constatações reunidas por A.E. VON OVERBECK, 'L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé', in *Hommage à F. Rigaux* (Bruylant, 1993) 619; Horatia MUIR WATT, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, in *European Review of Contract Law*, vol. 6 (3), 2010, p. 250–283; em matéria das relações do trabalho, cf. item 3.2 supra, com as observações sobre as aulas do Professor Cissé.

35 General problems of private international law, in *Recueil des Cours* n.143 (1974-III), p. 139-474.

36 The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort, in *Recueil des Cours* n 251/1995, p. 269 e ss.

37 Cf. Nadia de Araujo, *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, especialmente p. 390 ss.

A mesma perspectiva encontra-se consagrada no Artigo 2º da Convenção de Haia de 1955 sobre Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, que traduz a liberdade de escolha do direito doméstico designado pelas partes para disciplinar a venda e compra de mercadorias³⁸. Na visão da professora brasileira, seria uma regra autêntica de escolha de lei aplicável baseada na autonomia da vontade.

A racionalidade dessa técnica segue para outras iniciativas, como a Convenção de Roma de 1980 sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (agora “Roma I”, no Regulamento CE nº 593/08), a Convenção Interamericana de 1984 sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais³⁹ e a CIDIP VII, com a futura adoção de convenção sobre escolha de lei aplicável aos contratos de consumo (e normas relativas à proteção da parte mais fraca). Nas Américas, de um modo geral, como destacou Nadia de Araujo, o princípio é adotado enquanto regra, mas permanece sem regulamentação especial, ao contrário do que ocorre na Europa, em movimento legislativo nitidamente conducente à opção pela autonomia da vontade em instrumentos normativos do Direito da União Europeia.

Quanto às arbitragens, o princípio da autonomia da vontade emerge da disciplina dos contratos internacionais, com a inclusão, em sede legislativa interna e regional, de normas expressas estabelecendo a liberdade de escolha de lei aplicável, nos limites da ordem pública. Exemplos claros de reconhecimento do princípio da autonomia da vontade também surgem como elemento da técnica de escolha de lei aplicável⁴⁰. Nadia de Araujo ilustrou, em várias

38 Art. 2º: “A venda é regulada pela lei interna do país designados pelas partes contratantes.

Esta designação será sujeita a uma cláusula, sem dúvida, expressa ou as disposições do contrato.

As condições que regem o consentimento das partes quanto à lei declarada aplicável, devem ser determinadas por esta lei”.

39 Aqui, destacando-se o dispositivo que prevê a escolha, pelas partes, dos princípios, usos e costumes do comércio internacional como direito material aplicável (Art.10º da Convenção).

40 Considerando o art. 11 do Regulamento Roma I, que consagra a liberdade de escolha de lei aplicável aos contratos (“A liberdade das partes de escolherem o direito aplicável

passagens de suas aulas, as interações da autonomia da vontade com a escolha de lei em contratos internacionais. No caso *Bank of Bahrain vs. Beximco*, por exemplo, o tribunal inglês decidiu que, em caso de escolha pelas partes, o contrato deve ser regido e interpretado de acordo com a lei do país designado (no litígio em questão, a lei inglesa)⁴¹.

Nos últimos dias do curso, Nadia de Araujo analisou os aspectos da autonomia da vontade relativos à arbitragem internacional e cláusulas de foro (*forum selection clause* e *choice of courts*), enfatizando suas consequências para a disciplina da escolha de lei aplicável aos contratos internacionais e técnicas para minimizar o conflito de leis. Quanto à arbitragem, a Professora ilustrou a amplitude do princípio da escolha da lei aplicável e seu funcionamento no sistema da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a validade de cláusula de arbitragem (ainda em contratos nulos e anuláveis, como discutida nos casos *Gasser/Misat*⁴², *Harbour Insurance e Fiona Trust*⁴³), autonomia da arbitragem, em especial quanto à referência da Lei Modelo da UNCITRAL de 1985.

Apontou, em seguida, para conclusões sobre a maior efetividade das cláusulas de arbitragem em relação às cláusulas de escolha foro indicando determinado tribunal estatal para solução de litígios privados com conexão internacional. A opção pela arbitragem permite aos árbitros e às partes maior poder para decidir sobre a competência, validade da cláusula arbitral, lei material aplicável ao litígio submetido e, também, sobre o efetivo alcance da ‘lex mercatoria’.

deverá constituir uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”).

41 Versão integral em <<http://www.ipsufactoj.com/international/2004/Part12/int2004%2812%29-009.htm>>.

42 TJCE, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2003 (C-116/02, caso “Gasser”). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0116:EN:PDF>

43 *Fiona Trust & Holding Corporation & 20 Ors v Yuri Privalov & 17 Ors sub nom Premium Nafta Products Ltd (20th defendant) & ors v Fili Shipping Co Ltd (14th claimant) & Ors* [2007] UKHL 40, judgment of 17 October 2007

Em relaça3o 3s cl3usulas de escolha de foro, Nadia de Araujo recorreu aos exemplos oferecidos pelas fontes internacionais do DIP, como a Convença3o de Bruxelas de 1968 sobre Jurisdic3ao e Reconhecimento e Execuça3o de Sentenças Estrangeiras (incorporada pelo Regulamento CE 44/2001 ao direito comunit3rio europeu – “Bruxelas I”⁴⁴), e a Convença3o da Haia sobre Cl3usula de Escolha de Foro de 2005, que consolida normas multilaterais para determinaça3o de regras em mat3ria de compet3ncia e escolha de foro⁴⁵. O 3ltimo exemplo representaria importante esforço da Confer3ncia da Haia de Direito Internacional Privado para estabelecer consenso sobre a validade e efetividade das cl3usulas em contratos internacionais que expressamente afastam a compet3ncia de determinados tribunais dom3sticos em benefrcio do foro escolhido pelas partes⁴⁶.

A autonomia da vontade opera na liberdade de escolha do foro, tornando determinado tribunal dom3stico exclusivo para decidir sobre determinado litrgio envolvendo as partes, al3m de minimizar conflitos relacionados 3 litispend3ncia, *forum shopping*, litrgios paralelos (*parallel litigation*) e outros expedientes do contencioso internacional privado⁴⁷. Em determinadas circunst3ncias, h3 estrat3gias direcionadas pelas partes litigantes para justamente obstruir e dificultar o acesso 3 justiça pelas contrapartes e empresas nos tribunais nacionais ou mesmo para consolidar aut3nticos “para3sos judici3rios” em determinados pa3ses, amplamente reconhecidos como deficientes de recursos ou caracterizados pela morosidade no tratamento judici3rio dos litrgios que lhes s3o submetidos.

44 Dispon3vel em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:p:PDF>>.

45 Texto integral da Convença3o sobre Cl3usula de Foro de 2005 em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98>

46 Sobre isso, cf., excelente estudo do Professor Trevor Hartley, *The Hague Choice of Court Convention*, in *European Law Review*, 2006 , p. 414 e ss.

47 Para uma vis3o geral dos temas na pr3tica do contencioso privado internacional, cf. Lawrence COLLINS, *Provisional and protective measures in international litigation*, in *Recueil des cours*, vol.234 (1992-III), p. 15 e ss; Campbell MACLACHLAN, *Lis pendens in international litigation*, in *Recueil des cours*, vol.336 (2008), p.199 e ss.

Exemplos desses artifícios, em muitos casos questionáveis, são ilustrados pelos chamados “torpedos italianos e belgas” (*Italian and Belgian torpedos*). Representam o que a doutrina do contencioso privado internacional identifica em ações ordinárias ou medidas cautelares ajuizadas, pelas partes litigantes, naquelas jurisdições manifestamente morosas, com o intuito de sistematicamente protelar os resultados de processo em curso em determinados tribunais dos Estados Membros da União Europeia⁴⁸. Melhor referência do que se examina é o polêmico acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *Gasser*⁴⁹, em que se discutiam a validade e violação de direitos de patentes, questões estas condicionadas a ações judiciais simultâneas, apresentadas em diferentes tribunais dos Membros da União Europeia e também signatários da Convenção de Bruxelas de 1968, com resultados distintos no deslinde da questão material no curso do litígio e quanto aos efeitos da litispendência⁵⁰.

48 Cf. Annete Kur e B. Ubertaini, in Bariatti, Stefania (ed.) *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, Ali Principles, CLIP Project*. Wolters Kluwer Italia, 2010, p. 390.

49 TJCE, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2003, cit. (supra nota 40).

50 O expediente judicial é utilizado nos “paraísos judiciários” pelo potencial réu e alegado violador da patente em determinado processo principal, com objetivo de impedir a continuidade de uma ação de nulidade de patente, iniciada pelo titular, perante tribunais em jurisdições confiáveis, como Países Baixos, Inglaterra, França e Alemanha. Esses países são conhecidos, em várias instâncias judiciais, por oferecerem tratamento mais rápido e eficiente para processos de violação de direitos patentários (incluindo a concessão de medidas cautelares na pendência do processo sobre os méritos e/ou tramitação acelerada sobre o mérito).

Considerando os efeitos da litispendência no sistema da Convenção de Bruxelas de 1968, atualmente o Regulamento Bruxelas I, pode haver consolidação dos processos judiciais, mas sob dependência de julgamento em determinada jurisdição de um Membro. Em muitos casos, a ação do torpedo não tem outro propósito senão o de antecipar-se à jurisdição de um tribunal diferente daquele perante o qual o titular da patente gostaria de ajuizar sua ação de violação e o réu, estrategicamente, buscará fazê-lo em países como Itália e Bélgica, que seriam notoriamente conhecidos pela escassez de recursos e morosidade no julgamento dos litígios dessa natureza. Sobre essa questão, cf. Pierre Verron, “Trente ans d’application de la Convention de Bruxelles à l’action en contrefaçon de brevet d’invention”, in *Journal du Droit International/Clunet*, 2001, p. 823 ss: *idem*, ECJ Restores Torpedo Power, in IIC 2004, p. 638 ss.

Na ausência de cláusula de eleição de foro ou de previsão legal expressa sobre competência exclusiva do juiz nacional, existirão riscos associados à seletividade do foro e artifícios contenciosos levados a cabo por litigantes para prejudicar os resultados do processo judicial. Em outras circunstâncias, esse mesmo sintoma pode afetar o desenvolvimento de procedimentos arbitrais em determinadas jurisdições.

A ampla adoção de instrumento multilateral pelos Estados, como a Convenção da Haia de 2005, permitirá aproximar os sistemas domésticos e reduzir as ineficiências resultantes de estratégias abusivas no contencioso internacional e conferir previsibilidade às regras de competência e jurisdição.

3.2. NEGÓCIOS JURÍDICOS SUCESSÓRIOS E INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS À SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

Em suas aulas, Jeffrey Talpis abordou os aspectos de DIP relacionados ao direito das sucessões e de direito comparado, observando a importância dos mecanismos ou métodos alternativos à sucessão testamentária⁵¹ e questões envolvendo lei aplicável, jurisdição e reconhecimento de sentenças estrangeiras. Vários exemplos foram mencionados pelo professor canadense, classificados entre métodos perfeitos e imperfeitos de substitutos aos negócios testamentários, entre eles, contas de depósito abertas no estrangeiro, detidas pelos cônjuges, e com recursos destinados à sucessão em caso de morte de uma das partes. Nesse caso, as regras de conexão referem-se à lei aplicável à sucessão propriamente considerada e à lei aplicável às obrigações contratuais emergentes da relação entre a instituição fiduciária ou seguradora e os beneficiários do falecido⁵².

51 Título original da aula: “La transmission de la propriété au décès autrement que par succession en droit international privé”. Posteriormente foi publicada como: “Succession Substitutes”, in *Recueil des Cours*, vol. 356 (2012), p. 9-238.

52 A categoria a que faz referência o Professor Jeffrey Talpis é de negócio jurídico de

Nessa modalidade, especificamente, “*joint tenancy*” é categoria ‘*sui generis*’ de propriedade, admitida nos sistemas de tradição jurídica anglo-americana e próxima ao condomínio: os titulares detêm propriedade sobre os bens em porções ideais idênticas, portanto, de direitos indivisíveis de fruição e disposição. Em caso de morte de uma das partes, o supérstite permanece com a propriedade do bem e a titularidade, na proporção ou fração ideal da outra parte, é transmitida automaticamente. Partindo de outros exemplos, o professor Talpis ilustrou casos de DIP relacionados à cláusula “*tontine*” (“*tontine clause*”, “*clause d’accroissement*”), comum em negócios imobiliários e que atribui direitos sucessórios à parte sobrevivente (supérstite), que passa a ser considerada proprietária dos bens após a morte da pessoa, todavia, com direitos retroativos à data de aquisição⁵³.

Assim, quando uma cláusula *tontine*⁵⁴ é inserida em um contrato, as partes acordam que na hipótese de morte de um dos adquirentes do bem, sua parte ou quinhão relativo ao bem adquirido pertencerá automaticamente ao comprador sobrevivente, operando-se efeitos retroativos à data de aquisição, sem que os herdeiros do *de cuius* possam pretender exercer qualquer direito de natureza proprietária. O bem será considerado como se tivesse sempre pertencido, no plano do direito privado, ao adquirente so-

co-participação em bens mediante “*joint tenancy account*”.

53 A “*clause tontine*”, “*pacte tontinier*” ou “*clause d’accroissement*” refere-se a um pacto frequentemente adotado em negócios imobiliários nos direitos belga e francês, celebrado quando há aquisição de um bem por duas ou mais pessoas (solidariedade ativa) e no qual apenas o sobrevivente ou supérstite, entre todos os adquirentes será considerado proprietário, com efeitos de titularidade que operam retroativamente à data de aquisição do bem. A esse sobrevivente, proprietário, são reservadas as pretensões e faculdades de uso, fruição e disposição da totalidade da coisa detida. Cf. *Rép. Droit civil*. Dalloz, V° Donation, no 111; e Dirk Michiels in BIQUET-MATHIEU, Christine e DELOBBE, Jean-Paul (ed.) *Liber Amicorum Paul Delnoy*. Bruxelles: Larcier, 2005, especialmente p.359 ss. Apontamentos históricos demonstram que o pacto ‘*tontine*’ teria surgido da prática jurídica imobiliária no século XIX, em referência ao nome do banqueiro italiano, Sr. Lorenzo Tonti, que é considerado precursor dessa técnica contratual mista de natureza sucessória e imobiliária. Em princípio, a cláusula foi criada para equacionar questões de solidariedade ou comunhão em matéria de gestão de bens familiares.

brevivente, em sua totalidade⁵⁵. A cláusula apresenta duas características principais, sendo a primeira delas a *onerosidade*, decorrente da existência de um investimento financeiro que viabiliza aquisição do bem objetivado e, a segunda, o *caráter aleatório*, que resulta do fato de os coadquirentes não saberem quem irá falecer primeiro e quem irá sobreviver⁵⁶.

No limite, as cláusulas ditas ‘tontine’ apresentam um relativo *caráter especulativo*. Doutrina e jurisprudência na França têm afirmado que na hipótese de todas as alternativas de solução patrimonial convergirem para um mesmo lado, haverá um desequilíbrio, não mais existindo verdadeiro risco e, portanto, não mais existindo contrato com fundamento na *alea*. Do mesmo modo, no que concerne à onerosidade, se somente uma das partes suportou os custos decorrentes de investimento, não seria possível cogitar onerosidade para ambos adquirentes, mas somente para um deles. Caso este viesse a falecer, seria possível visualizar tecnicamente um caso de doação.

No passado, a jurisprudência francesa, por exemplo, condenava a “*clause tontine*” ao qualificá-la como pacto sobre sucessão futura. O que constituía óbice para os tribunais era a justamente a transferência da propriedade entre os adquirentes do bem sem qualquer impacto sucessório. A fim de evitar uma resistência generalizada contra a fórmula em questão, os juristas passaram a recorrer à teoria dos direitos condicionais (ou dos efeitos resolutivos) do

55 Assim, por exemplo, se A, B, C e D adquirem um imóvel X, mas A falece antes de todos os outros, B, C e D se tornarão titulares de um terço do bem imóvel como um todo, ao invés de um quarto, como era no contexto anterior à morte de A. Se B vem a falecer, C e D se tornam, cada um, dono de metade do bem X. Por conseguinte, se ocorrer a morte de C, D se tornará o único proprietário do imóvel X. Nesse sentido, pode-se dizer que existem duas condições para a aplicação da “*clause d’accroissement*”, quais sejam: 1) condição resolutiva: deve falecer um dos dois adquirentes do bem, a fim de que o sobrevivente possa vir a ser o proprietário do bem e; 2) Condição suspensiva: sobrevivência do outro adquirente.

56 Cf. Alain BÉNABENT. *Clause d’accroissement et libéralité*, in *Revue des contrats* n° 3, juillet 2005, p. 693 (“*De cette contribution effective dépend en effet ce qui fait l’essence du contrat aléatoire, à savoir le risque de perte corrélatif à la chance de gain : c’est parce que chacun des acquéreurs risque de perdre son apport, s’il pré-décède, en contrepartie de la chance d’être propriétaire exclusif s’il survit, que l’acquisition avec clause d’accroissement acquiert un caractère aléatoire*”).

negócio jurídico: o pacto que tinha por objeto o “*l'accroissement*” consistia em promover uma aquisição do bem imóvel em nome do futuro sobrevivente, tido como proprietário condicional⁵⁷. Para a pessoa do supérstite ainda foi criada a ficção de que ele teria adquirido a propriedade do bem diretamente do vendedor.

Em largos passos, todavia, houve mudança na visão da jurisprudência, pois a *Cour de Cassation* francesa passou a entender que a cláusula ‘tontine’ não constituiria pacto sobre sucessão futura – teleologicamente contrário a princípios gerais do direito das sucessões em sistemas jurídicos da Europa continental –, mas, sim, negócio contratual aleatório a título oneroso⁵⁸. Uma engenharia jurídica, portanto, particularmente curiosa.

Em sua aula, Talpis citou ainda decisões no Canadá e Estados Unidos, em que os tribunais foram confrontados com questões relativas à lei aplicável aos negócios contratuais contendo cláusulas ‘tontine’, se a qualificação deveria ser feita de acordo com direito das obrigações (caso de venda e compra), direito das coisas ou direito das sucessões. Segundo o Professor canadense, a particularidade da cláusula ‘tontine’ está no fato de permitir que os bens sejam transmitidos diretamente ao cônjuge supérstite e tem efeitos aquisitivos e declaratórios retroativos. Como observado, o sobrevivente passa a ser considerado único dono desde a data de aquisição dos bens, como se não operasse transmissão ‘mortis causa’ como tal. Nesses casos, os tribunais enfrentam questões relativas à qualificação da cláusula e, conseqüentemente, de lei aplicável: ou do local do bem ou do domicílio do ‘de cuius’ para fins de delimitação ou identificação dos direitos sucessórios emergentes.

Enquanto negócios com efeitos sucessórios, Talpis destaca aqueles destinados à transferência ou transmissão da propriedade de bens, por ato unilateral da pessoa sucedida e para disciplinar

57 Nesse sentido, cf. André Chappert, *Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à telle clause*, *Répertoire du Notariat Défrénois*, n° 5, 2002, p. 285.

58 Maurice Cozian observa que essa orientação escapa, inclusive, de uma classificação minimamente tradicional na disciplina dos negócios jurídicos caracterizados por liberalidades das partes (*La clause tontinière*, *Droit et Patrimoine*, Octobre 1994. Disponível em <http://www.master-patrimoine.fr/resources/exposes_2008/La_tontine.pdf>)

a ordem ou esquema sucessório; são negócios caracterizados, por método de exclusão, por seus efeitos não sucessórios. A noção de ‘substituição’ diz respeito aos negócios com efeitos sucessórios ‘inter vivos’, pelos quais as partes disciplinam o planejamento patrimonial sucessório. Embora com natureza testamentária, os substitutos preservam outros interesses da pessoa transmitente, como ajustamento de fundos excepcionalmente autorizados por lei e constituição de fundos familiares⁵⁹.

Quanto aos métodos funcionalmente equivalentes à sucessão testamentária, Talpis descreveu as principais modalidades, entre as quais se destacam: a estruturação jurídica de fundos patrimoniais familiares, trustes, fundações e outras modalidades como atos de doação ‘inter vivos’, doação sem colação (“donation-partage”), fundos de pensão e o *Wasiyat*, instituto de natureza mista, entre testamento, negócio translático de direitos sobre a coisa (‘iura in rem’) e direitos sucessórios, existente nos sistemas de tradição jurídica muçulmana. Nesses casos, Talpis recomendou a adequada distinção entre lei que disciplina a validade intrínseca e extrínseca desses negócios, a lei do local de constituição da fundação; lei que determina a sucessão e partilha de bens entre os herdeiros, para os quais o direito material aplicável aponta para solução relativa à participação na herança do ‘de cuius’. A qualificação da titularidade dos bens, por sua vez, dependerá da lei aplicável, sobretudo porque herdeiros e credores poderiam reclamar os direitos emergentes da relação sucessória.

O Professor canadense ainda analisou as importantes consequências de interpretação e aplicação das normas da Convenção da Haia, de 11 de agosto de 1989, sobre lei aplicável à sucessão ‘causa mortis’⁶⁰, cujo Artigo 2, letra “d”, exclui do âmbito de aplicação do texto do tratado quaisquer relações jurídicas constitutivas de bens e direitos não decorrentes da morte da pessoa

59 Muitos dos conceitos e categorias sucessórias nos sistemas de tradição anglo-americana são extraídos do *Uniform Probate Code* (UPC, 2007 version). Sobre tema, ver comentários de J. Langbein, *The Non-probate revolution and the future on the Law of Succession*, in *Harvard Law Review*, 1984, p. 1108-1141.

60 Texto integral disponível em: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=62>

natural, a saber, “os direitos e propriedades, criados ou transferidos, por títulos distintos da sucessão, tais como a propriedade conjunta de várias pessoas com direito de sobrevivência, os planos de pensão, contratos de seguros e disposições de natureza similar”.

A Convenção de 1989, no entanto, não entrou em vigor no plano internacional, tendo sido assinada apenas por Argentina, Luxemburgo, Países Baixos e Suíça, mantendo, em larga medida, aberta a disciplina da lei aplicável à sucessão ‘mortis causa’ não testamentária para as opções de políticas legislativas dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

E de fato, essa é a realidade verificada, tanto no que concerne à diversificada experiência dos instrumentos sucessórios não testamentários nos sistemas de tradição jurídica de ‘civil law’ e anglo-americana (negócios jurídicos de natureza mista e obrigacional), como na recente iniciativa dos órgãos da União Europeia de adoção da polêmica Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e Conselho relativo à jurisdição, lei aplicável e execução de sentenças em matéria de sucessões⁶¹. O Artigo 3º, letra “f”, da Proposta do Regulamento das Sucessões optou por excepcionar, do âmbito de aplicação do texto apresentado pelo órgãos comunitários, “os direitos e bens criados ou transferidos sem ser no âmbito da sucessão por morte, tais como as liberalidades, a propriedade conjunta de várias pessoas com reversibilidade a favor da pessoa sobrevivente, os planos de reforma, os contratos de seguros”⁶².

61 *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu* (documento COM(2009) 154 final, 14 de outubro de 2009). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:/2009/0154:FIN:PT:PDF> Criticamente, ver estudo do Max Planck Institute, sob a coordenação do Professor Jurgen Basedow, intitulado *Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 74, Heft 3, 2010, p.1-155.

62 Sobre isso, ver comentários de Andrea Bonomi, *Prime considerazioni sulla proposta di*

Em linhas gerais, Talpis conclui que as normas de DIP relacionadas aos negcios alternativos à sucessão testamentária devem considerar os interesses na disciplina material – incluindo beneficiários, credores e herdeiros - interesses que são conflitantes e concorrentes, e oferecer mecanismos para evitar que elementos de conexão nos negcios jurídicos sejam, de modo fraudulento, deslocados para prejudicar interesses legítimos dos herdeiros da cadeia sucessória. As três categorias de regras de conexão devem ser bem delineadas nos casos mistos: lei aplicável a obrigações contratuais; lei aplicável à titularidade dos bens detidos pela pessoa cuja herança é reclamada; e lei aplicável aos direitos sucessórios propriamente considerados.

4. TERCEIRA SEMANA DO CURSO DE DIP DA HAIA - 19 A 23 DE JULHO DE 2010

Na terceira de semana de curso, entre 19 e 23 de julho de 2010, aulas específicas foram dedicadas ao estudo dos temas da substituição e princípio da equivalência no direito internacional privado, com as exposições do Professor Johan Erauw, da Universidade de Ghent, Belgica⁶³, e do método do direito internacional no ‘conflito de culturas’, com a interessante contribuição trazida à Sala de Conferências da Academia pela Professora Lena Gannagé, da Université Université Panthéon-Assas (Paris II).

4.1. SUBSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Em suas aulas, o Professor Erauw apontava as principais manifestações do princípio da equivalência no método clássico-conflitual do direito internacional privado e sua relação com

regolamento sulle successioni, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* vol.46, n.4, 2010, p. 875 e ss; Jonathan HARRIS, The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges. *Tolley's trust law international* 2008, p. 181 e ss.

63 Título original: “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé” “Substitution and Principle of Equivalence in Private International Law”.

os institutos e princípios da comparação de sistemas jurídicos (no domínio do direito comparado, portanto). Nesse sentido, a substituição é encarada como técnica no conjunto das regras de conflito e o princípio de equivalência, como mecanismo para guiar os tribunais na escolha de lei material aplicável e aplicação do direito estrangeiro. Por essa razão, o Professor de Ghent recorreu às definições de substituição e adaptação para explicar as técnicas de aplicação do direito estrangeiro material indicado (ou referido) pelas normas indiretas de direito internacional privado.

As questões teóricas em torno o problema examinado remetem ao clássico estudo de Hans Lewald, na Academia de Direito Internacional da Haia, no despontar da Segunda Guerra Mundial, quando o professor suíço foi convidado para tratar dos aspectos relativos à técnica do direito internacional privado e as regras de conflito⁶⁴. O tema da substituição e equivalência também foi subsequentemente analisado por outros juristas internacionais, como Cansacchi⁶⁵ e Paolo Picone⁶⁶, sobretudo em torno da abordagem clássica dos métodos do direito internacional privado, e constitui, certamente, um dos tópicos mais abstratos na doutrina jusprivatista internacional. Para autores do DIP, a noção de substituição aproxima-se da correspondente à “adaptação”, explicada pela mutabilidade das situações e relações jurídicas no domínio do conflito de leis no espaço – onde quer que sejam examinadas, qualificações estrangeiras são distintas, quer da perspectiva da *lex fori*, quer da *lex causae*.

64 Cf. Fundamentalmente LEWALD, Règles générales des conflits de lois: contribution à la technique du droit international privé, in *Recueil des cours*, vol. 69 (1939-III), p. 1-147. Nesse sentido, o autor observava a dificuldade conceitual entre substituição e transposição, referindo-se à complexa alteração ou mutação da lei aplicável (o “estatuto”) na sucessão temporal; nesses casos, destacam-se conflitos móveis, segundo os quais determinadas relações jurídicas são criadas sob o império de determinado ordenamento jurídico, ou primeiramente concebidas de acordo com determinado sistema normativo, e, com a incidência dos elementos de conexão, são alteradas no espaço.

65 Giorgio CANSACCHI, Le choix et l’adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois, in *Recueil des cours*, vol. 83 (1953-II), p. 79-162.

66 La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit international privé, in *Recueil des cours*, vol. 197 (1986-II), p. 229-420.

Devido à complexidade, o tema da substituição também foi objeto da Resolução nº 1, aprovada pelo Instituto de Direito Internacional (IDI) na Sessão de Santiago, em outubro de 2007, que se referiu à questão como “necessária” no atual estágio de desenvolvimento do direito internacional privado e justificável para tornar mais evidentes as questões em torno da substituição e equivalência⁶⁷. Em suma, a Resolução de Santiago, que extrai, do Professor Erik Jayme, sua principal inspiração e tutela acadêmica e adotada na esteira dos trabalhos da Comissão que levou à sua aprovação, esclarece a relação que o princípio da substituição deve manter com a necessidade de harmonia e continuidade das relações jurídicas com conexão internacional, além de resultar em expressões concretas na vida internacional das pessoas⁶⁸.

Em sua extensa pesquisa, o Professor Erauw destaca os vários domínios normativos nos quais a substituição é aplicável, em particular quanto ao *momento* de determinação e aplicação do direito material estrangeiro relativo ao caso com conexão internacional. Admitido como técnica operativa, a substituição desempenha uma função de integrar a lacuna entre a determinação da lei aplicável (e a averiguação do direito estrangeiro pertinente) e o confronto com certo conceito ou elemento (fático ou normativo) de direito material.

Nesse sentido, várias questões seriam apresentadas ao jusprivatista internacional: i) determinação do conteúdo e função da substituição; ii) compreensão da definição; iii) condições ou circunstâncias em que ela é empregada; e iv) suas consequências de acordo com determinado ordenamento jurídico. Poderiam, então, os tribunais locais substituir uma noção ou conceito embasando certa

67 IDI, *Resolution I/2007 - Substitution and Equivalence in Private International Law*, adopted in the Session held in Santiago on 27 October 2007. Disponível em: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2007_san_01_en.pdf

68 Em especial, o Art.2º da Resolução assim estabelece: “*Equivalence is the decisive requirement in matter of substitution. It is based on a functional comparison between the rules of the law governing the effects of the legal relationship or act and the rules of the law under which the legal relationship or act was created*”. (Tradução livre: “Equivalência é o requisito decisivo na questão relativa à substituição. É baseado em uma comparação funcional entre as normas do direito que disciplina os efeitos da relação jurídica ou ato jurídico e as normas da lei sob a qual a relação jurídica ou ato foi constituído”).

categoria normativa admitida segundo sua *lex fori*, de acordo com a valoração concreta do caso com conexão internacional? Entre os exemplos, destacam-se a determinação da noção de consentimento na categoria de adoção, a ser dada pelos pais biológicos de uma criança, e de acordo com o direito material estrangeiro aplicável, mas apreciada no foro.

Em outros casos, a substituição pode ser invocada, como em matéria de *eventual reenvio* na determinação da lei material aplicável. Nesse caso, por exemplo, a divisão de bens do casal em muitos sistemas dos estados federados dos Estados Unidos não obedece à lógica dos regimes de bens e efeitos pessoais do casamento em matéria de direito de família, segundo a tradição jurídica romano-germânica. Ou mesmo situações de proteção da vida em família, proteção de um dos cônjuges contra pactos leoninos, remediados por ações de nulidade ou anulação (dependendo do ordenamento jurídico de que se trate), não são conhecidos pelos tribunais norte-americanos. A ocorrência da substituição observa-se, igualmente, no momento em que o direito material aplicável dá ensejo à nova questão de direito internacional privado. Isso é constatado, por exemplo, nas hipóteses em que *conceitos preliminares* são invocados pelo juiz da *lex fori*, mas que nem mesmo são claros ou evidentes até o momento anterior à solução do conflito de leis apresentado.

Como exemplos, destaca Erauw, está a validade de um matrimônio, em que se discute se um vínculo conjugal anterior foi dissolvido, e que mantinha contatos com outros sistemas normativos; ou se o direito material do foro, aplicável ao regime de bens de um casal, estipula que a doação entre cônjuges é nula de pleno direito, salvo se firmada antes do ato matrimonial. E nesse caso, destaca o Professor de Gehnt, abre-se espaço para novas categorias e conotações no direito internacional privado: conclusão sobre a existência e validade de matrimônios despontam como questões reincidentes no momento de aplicação do direito indicado pela norma de conflito.

Assim, seria possível concluir que a substituição e o princípio da equivalência tornam-se noções operativas no direito internacional privado, pelos quais o juiz nacional se depara com a diversidade das fontes normativas e limites da flexibilidade. Entre os casos mais

recorrentes esto aqueles determinados pelo casamento (validade, nulidade e efeitos do casamento religioso), divrcio (divrcios sumrios, repdio, reconhecidos ou no, e seus respectivos sistemas), formas de unio civil e de parcerias homoafetivas, casamento de pessoas do mesmo sexo, adooes internacionais, sucesses e questes preliminares, tipos contratuais conhecidos e desconhecidos, trustes, direitos de propriedade e estatutos de limitao da posse; atos de constituio e dissoluo de sociedades mercantis e falncias com efeitos transnacionais⁶⁹.

4.2. O MTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O CONFLITO DE CULTURAS

Em suas aulas, a Professora Lna Gannag analisou os principais reflexos do mtodo do Direito Internacional Privado no “conflito de culturas”, alias, um dos grandes temas da disciplina na atualidade⁷⁰. Na viso insistentemente defendida por Erik Jayme, as relaes jurdicas privadas internacionais, no contexto do direito ps-moderno, reclamam tratamento no indiferente aos direitos fundamentais e a identidade cultural da pessoa humana⁷¹.

69 Vale destacar, como observado por Erawn em suas aulas, que tambm no domnio do reconhecimento e execuo de sentenas estrangeiras, questes de substituio relativas ao direito internacional privado tambm so recorrentes. Acreditamos, no entanto, que elas sejam mais evidentes no momento de valorao, pelo juiz do foro, do princpio da ordem pblica e como este incide ou opera no reconhecimento dos efeitos de atos, sentenas e declaraes de vontade baseados na aplicao do direito estrangeiro. Seria, por exemplo, o resultado concreto de aplicao do Art.17 da Lei de Introduo s Normas do Direito Brasileiro diante das categorias jurdicas regidas ou disciplinadas pelo direito estrangeiro e apreciadas pelo juiz nacional.

70 Entre obras relevantes, destacam-se, por exemplo, Nadjma Yassari, *The Sharia in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt: Implications for Private Law*. Tbingen: Mohr Siebeck. 2005; Christian Von Bar, - *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Koln/Berlin/Bonn/Mnchen: Carl Heymanns. 1999. A aula foi publicada bem recentemente na Coletnea (GANNAG, Lna. “Les mthodes du droit international priv l’preuve des conflits de cultures », in *Recueil des Cours*, vol. 357 (2013), p. 223-490).

71 *Identit culturelle et intgration: le droit international priv postmoderne. Cours gnral de droit international priv*. In *Recueil des cours* vol 251, 1995, especialmente, p. 49 e ss.

A partir de trabalhos recentemente publicados e de seu plano de pesquisa, a Professora de Paris II apresentou aos alunos da 80ª Sessão um esboço de obra fundamentalmente dividida em três grandes partes, classicamente sistematizada segundo a tradição dos autores franceses no Direito Internacional Privado. Na primeira parte, estabeleceu as interações entre cultura e direito, o objeto do Direito Internacional Privado e a controvertida noção de “conflito de culturas”⁷². Em deferência à clássica obra de Samuel Huntington sobre o “conflito das civilizações” no mundo Pós-Guerra Fria⁷³, traçou o perfil que é desenhado no domínio da disciplina do conflito de leis e o “espaço mediterrâneo” na atualidade, sobretudo no que concerne às relações entre sistemas jurídicos de tradição ocidental e sistema de tradição muçulmana.

Na segunda parte, a Professora dedicou suas aulas para explicar as implicações do impasse metodológico entre o particularismo (especialidade) do método vigente nos sistemas de tradição muçulmana e os desdobramentos do movimento de pessoas (migrações e transnacionalidade) do século XXI. Enfatiza Léna Gannagé que esse método apresenta-se indiferente à técnica clássica do DIP (sobretudo na perspectiva da escola francesa) quanto à coordenação de ordens jurídicas. A noção de conflito de culturas, por sua vez, não apenas é controvertida como também se reflete nas modernas concepções do método do DIP. Assim, o tratamento das questões envolvendo direitos humanos no DIP, a flexibilização das regras

72 A obra da Professora Gannagé é intensamente marcada pela influência de juristas que estiveram à frente de importantes transformações do DIP nos países colonizados pela França ou que estiveram sob seu protetorado no século XX, em especial na África austral, como Tunísia, Marrocos, Líbia e Argélia, e também daqueles que impulsionaram o discurso reverso, vale dizer, da mudança de abordagem, pelos tribunais europeus, do tratamento do direito estrangeiro no foro. Cf., por exemplo, Jean Depréz, *Droit international privé et conflit de civilisations: aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d' Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des cours*, vol. 211, 1988 (IV), p. 15 e ss.

Em grande medida, as aulas da 80ª Sessão destacaram as interfaces entre religião, cultura e transformações legislativas dos países em questão, além da ênfase – explicada pelas origens e tradição da Professora – na experiência do sistema libanês de Direito Internacional Privado e prática dos tribunais locais.

73 The Clash of Civilizations? in *Foreign Affairs*, Summer 1993, p.22 e ss.

de conflito clássicas e reavaliação do princípio operativo da ordem pública tornam-se manifestações dessa problemática⁷⁴.

Não diferentemente, os tribunais europeus enfrentaram, nos últimos anos, uma miríade de litígios multiconectados (casos mistos) com ordenamentos jurídicos dos países muçulmanos, em especial no campo do direito de família e sucessões, pois é no domínio das relações pessoais que as principais questões de Direito Internacional Privado entrecrocavam-se com a estabilidade de valores e princípios consagrados a partir da perspectiva muitas vezes imobilizada da experiência legislativa europeia continental, mas temperada pela atuação pretoriana dos tribunais, como a Corte de Cassação francesa e o BGH alemão. Em geral, exemplos fornecidos por decisões judiciais revelam as consequências do ‘conflito de culturas’ sobre o método e a aplicação do Direito Internacional Privado, entre diversos modelos baseados no multiculturalismo, relativização de direitos fundamentais e discriminação acidental⁷⁵.

A partir desse quadro contextual, observa a Professora, as mutações ou transformações dos sistemas jurídicos dos países muçulmanos também são cada vez mais marcantes, sobretudo pelo aumento exponencial (e incidência) dos casamentos entre pessoas de diferentes nacionalidades (e tradições conflitantes), negócios transfronteiriços, investimentos estrangeiros e inserção no comércio internacional. Aqui, Gannagé destaca a inadequação dos métodos adotados nos sistemas jurídicos de tradição ocidental⁷⁶

74 Erik JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé, cit.*, p. 55 ; *idem*, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*. Heidelberg: Müller, 1989, p. 5 e ss.

75 Por exemplo, cf. Gerhard Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung. Zur Anwendung, Berücksichtigung und Anpassung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004; *idem*, *Accidental Discrimination in the Conflict of Laws: Applying, Considering, and Adjusting Rules From Different Jurisdictions*, in *Yearbook of Private International Law*, vol. X (2008), p. 113-134.

76 Destacamos, especificamente, o título de um dos tópicos da aula da Professora Gannagé na 80ª Sessão de DIP e que endereçam essas questões: “L’inadaptation des méthodes en vigueur dans les systèmes occidentaux». Eles se encontram no capítulo intitulado l’impasse méthodologique».

e sua desconexão com a realidade contextual, cultural, religiosa e política dos países muçulmanos⁷⁷.

Defende, também, o desaparecimento ou abandono dos pressupostos do método conflitual (a noção de comunidade de direito, suas consequências metodológicas e ruptura), e a inclusão de novas ideologias (o que chamaríamos, antes, de “valores”), dentre os quais o relativismo cultural e direitos humanos. Para a Professora de Paris II, esse sintoma é evidenciado por hesitações do direito positivo e, acima de tudo, a crise de objetivos no Direito Internacional Privado.

Na terceira parte do curso, Gannagé abordou perspectivas e o futuro da evolução do Direito Internacional Privado, entre a pesquisa de “uma comunidade de métodos”, apresentada pela escolha de abordagens ou orientações e proposições para a aplicação do direito estrangeiro pelos tribunais locais, e a determinação de métodos comuns pelos jusprivatistas internacionais. Essas proposições são coincidentes com os objetivos de desenvolvimento de regras materiais ou substantivas, instrumentos de cooperação judiciária e administrativa entre Estados e organizações internacionais, reavaliação dos métodos de reconhecimento mútuo das situações e relações jurídicas multiconectadas e resultados dos métodos do conflito de leis. Por fim, destaca a Professora a necessidade de a disciplina do Direito Internacional Privado alcançar consenso quanto à existência e recriação de uma *comunidade de valores*.

77 Um contraponto a essa leitura feita por Gannagé pode ser encontrado na obra da professora Pascale Fournier, *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Aldershot: Ashgate, 2010, p. 23 e ss. A professora canadense descreve e analisa a noção de *Mahr*, o costume, na tradição jurídica muçulmana, segundo o qual o noivo é obrigado a dar um presente ou dote para a noiva em função do casamento, assim como sua apreciação e interpretação pelos tribunais ocidentais. Segundo a autora, o transplante do *Mahr*, da lei islâmica, por sistemas jurídicos de tradição ocidental, como no Canadá, Estados Unidos, França e Alemanha, é um processo irreversível, e tem sido abordado a partir de construções teóricas e jurídicas desconexas, tais como multiculturalismo, justiça, políticas públicas e igualdade de gênero. A autora não identifica no *Mahr* um instituto simplesmente reduzido a reconhecimento ou substituição, pela *lex fori*, mas antes, caracterizado por hibridismo complexo, segundo o qual determinado costume islâmico é capturado pelos sistemas jurídicos ocidentais e deve ser compreendido em seus efeitos patrimoniais distributivos.

CONCLUSÕES

O Direito Internacional Privado permanece, na atualidade, com múltiplas funções, passando pela determinação ou escolha do direito aplicável e de jurisdição nos casos com conexão internacional até o reconhecimento mútuo das situações jurídicas e sentenças estrangeiras – exigências de uma preocupação instrumental com o acesso à justiça em nível global. No entanto, o eixo da cooperação, administrativa e judicial, que atravessa os pilares do DIP desconhece a noção de igualdade abstrata entre indivíduos e grupos, mas depende do funcionamento coordenado de sistemas normativos, das redes de informação e dos núcleos de colaboração.

O regionalismo e integração, como sugeridos pelo exemplo da União Europeia, aliados à tentativa de manutenção de um *status europeu comum* para os cidadãos, estão cada vez mais condicionados ao funcionamento coordenado do mercado interno e a harmonização substantiva e procedimental no campo do Direito Internacional Privado. E por ser criticável, a ideia de que as liberdades do mercado comum exigem tratamento harmônico dos casos com conexão internacional no contexto da União Europeia nem sempre acompanha a realidade factual da lista de prioridades dos legisladores e tribunais no tratamento do Direito Internacional Privado⁷⁸.

Por outro lado, do ponto de vista das relações jurídicas multiconectadas – familiares, sucessórias, contratuais e comerciais –, parece existir uma tendência irreversível e irresistível de concretização do princípio da autonomia da vontade, quer nos foros legislativos domésticos e internacionais, como também quanto à adjudicação dos litígios privados internacionais pelos tribunais⁷⁹.

78 Retomamos aqui a lição de Erik JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé, cit.*, p. 43-44 (analisando a concepção de condições igualitárias para litígios transnacionais dentro de um mesmo mercado).

79 A.E. Von OVERBECK, 'L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé', in *Hommage à F. Rigaux* (Bruylant, 1993) 619; Horatia MUIR WATT, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, in

Tratados, leis internas, diretrizes, recomendações, leis-modelos e decisões judiciais têm buscado considerar, sem precedentes, o autêntico papel da liberdade de escolha das partes em matéria de direito aplicável e jurisdição no contencioso internacional. Certamente, exemplos como a adoção das cláusulas de foro, escolha de lei em relações de direito de família e sucessões (e.g. regime de bens, pactos antenupciais, testamentos, contratos de união estável) ou o financiamento indireto de litígios privados por terceiros, comprovam o significado da autonomia da vontade como processo de escolha e concretização de justiça material.

E mais, justificam o jogo do Direito Internacional Privado em seus freios e contrapesos: a pessoa humana buscará ou ordenamentos em que existam regras mínimas de aplicação imediata (sem qualquer possibilidade de escolha de lei que eventualmente desfavoreça/prejudique a parte mais fraca) ou aqueles em que possa concretizar escolhas autônomas. O futuro do Direito Internacional de Família e do Direito Internacional do Trabalho, por exemplo, em seus aspectos privados, tenderá para flexibilidade: a imposição de normas imperativas, de acordo com a lei do local em que o poder familiar, o trabalho ou atividade laboral são exercidos, torna-se atitude retrógrada por parte de legisladores domésticos, caminhando para a possibilidade de escolha pelas partes, resguardada a preocupação quanto à proteção da pessoa humana.

No campo do chamado ‘conflito de culturas’, como observado, o Direito Internacional Privado favorece o reconhecimento não apenas da forma, mas também da essência valorativa e do conteúdo dos direitos fundamentais das pessoas, indivíduos e grupos. Admitidos em sua universalidade, no entanto, esses direitos têm sofrido variações (para alguns, ‘relativizações’), em particular no contencioso privado internacional, resultado de seu confronto positivo com princípios válidos e de ordem pública do foro, dentre os quais a igualdade; isonomia; equidade; não-discriminação; proteção da vida em família, liberdade religiosa, liberdade de manifestação e associação, liberdade de expressão.

European Review of Contract Law, vol. 6 (3), 2010, p. 250-283.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARIATTI, Stefania (ed.) *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*. Wolters Kluwer Italia, 2010.

BARROS-PLATIAU, Ana Flavia e FISCHER DE ANDRADE, José Henrique, A Contribuição de Internacionalistas Brasileiros à Academia de Direito Internacional de Haia, in *Notícia do Direito Brasileiro*, n.13, 2005. p. 73-108.

BASEDOW, Jürgen *et alli*. Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession, in *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 74, Heft 3, 2010, p. 1-155.

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARATTA, Roberto. La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales., in *Recueil des Cours* vol. 348 (2011), p. 253-499.

BÉNABENT, Alain. Clause d'accroissement et libéralité, in *Revue des contrats* n° 3, juillet 2005, p. 693.

BIQUET-MATHIEU, Christine e DELOBBE, Jean-Paul (ed.) *Liber Amicorum Paul Delnoy*. Bruxelles: Larcier, 2005.

BOGDAN, Michael. "Private International Law Aspects of the Introduction of Same-Sex Marriages in Sweden", in *Nordic Journal of International Law*; vol. 78, n.3, 2009, p. 253-261.

BOGDAN, Michael. “The New EC Rules on Summary Proceedings in Civil and Commercial Matters”, in *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 61, 2008, p. 55-69.

BOGDAN, Michael. “The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations and the Choice of Law by the Parties”, in *Nederlands internationaal privaatrecht*; vol. 27, n. 4, 2009, p. 407-410.

BOGDAN, Michael. “Private International Law as Component of the Law of the Forum - General Course“, in *Recueil des Cours*, vol. 348 (2011), p.9-252.

BONOMI Andrea, „ Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni“, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* vol.46, n.4, 2010, p. 875-914.

BUCHER, Andreas. *La dimension sociale du droit international privé: cours général.*, in *Recueil des Cours*, vol. 341 (2009), p. 9-526.

CHARFI, A. *La pensée islamique, rupture et fidélité*, Albin Michel, 2008.

CHARFI, M. L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans, in *Recueil des cours*, vol 203, 1987 (III), p. 321-454.

COLLINS, Lawrence. “Provisional and protective measures in international litigation”, in *Recueil des cours*, vol.234 (1992-III), p. 9-238.

DANNEMANN, Gerhard. Accidental Discrimination in the Conflict of Laws: Applying, Considering, and Adjusting Rules from Different Jurisdictions, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol X (2008).

DANNEMANN, Gerhard. *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung. Zur Anwendung, Berücksichtigung und Anpassung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

DEPRÉZ, Jean. Droit international privé et conflit de civilisations: aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d' Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, in *Recueil des cours*, vol.211, 1988 (IV), p. 9-372.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princpio da proximidade e o futuro da humanidade, in *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 139-149.

DOLINGER, Jacob. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, in *Recueil des cours*, vol. 283 (2000), p. 187-512.

FOURNIER, Pascale. *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Aldershot: Ashgate, 2010.

HARRIS, Jonathan. The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges. *Tolley's trust law international*, 2008, p. 181-235.

HARTLEY, Trevor C. The Hague Choice of Court Convention, in *European Law Review*, 2006, p. 414-424.

HUNTINGTON, Samuel. The Clash of Civilizations?, in *Foreign Affairs*, Summer 1993, p. 22-37.

JAULT-SESEKE, Fabienne. L'office du juge La dans L'application gnrale de la rgle de conflit de lois en matire de travail de contrat, in *Revue critique de droit international priv*, 2005, p. 253-285.

JAYME, Erik. "Identit culturelle et intgration: le droit international priv postmoderne. Cours gnral de droit international priv", in *Recueil des cours*, vol 251, 1995, p. 9-267.

JAYME, Erik. *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*. Heidelberg: Mller, 1989.

KAHN-FREUND, Otto. "General problems of private international law", in *Recueil des Cours*, vol. 143 (1974-III), p. 139-474.

KOUASSIGAN, G.A. Les "Conflits interpersonnels et Internationaux de Lois et de Chaleurs incidence sur La Forme du Mariage en Afrique noire francophone: Rflexions a partir de L'Exprience Sngalaise", in *Revue critique de droit international priv*, 1978, p. 641-672.

KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford University Press, 1995.

LAGARDE, Paul. Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, in *Annuaire de l'Institut de Droit International* volume 71-II , issue 2 , 2006, p. 139-197.

MacLACHLAN, Campbell. Lis pendens in international litigation, in *Recueil des cours*, vol.336 (2008), p. 199-553.

MALINTOPPI, Antonio. Les rapports de travail en droit international privé, in *Recueil des cours*, vol. 205 (1987-V), p. 333-394.

MOURA RAMOS, Rui M. G. “La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais”, in *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 212-234.

MUIR WATT, Horatia, “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, in *European Review of Contract Law* , vol. 6, n.3, 2010, p. 250-283.

OLIVERA BOSKOVIC, “La protection de la partie faible dans le règlement Rome I”, *Recueil Dalloz n. 31*, 2008, p. 2177-2192.

OVERBECK, A.E. Von ‘L’irrésistible extension de l’autonomie de la volonté en droit international privé’, in *Hommage à F. Rigaux*. Bruxelles: Bruylant, 1993.

SCHACHT, J. *An introduction to Islamic law*, Clarendon Press, Oxford, 1964.

SZÁSZY, E. Les conflits de lois en matière de droit du travail, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1971, p. 229-489.

TALPIS, Jeffrey Alan. “Succession Substitutes”, in *Recueil des Cours*, vol. 356 (2012), p. 9-238.

VERRON, Pierre. ECJ Restores Torpedo Power, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* n.6, 2004, p. 638-41.

VERRON, Pierre. Trente ans d’application de la Convention de Bruxelles à l’action en contrefaçon de brevet d’invention”, in *Journal du Droit International/Clunet*, 2001, p. 823 e ss.

VON BAR, Christian. *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Congress from 23 to 24 October 1998 in Osnabrück, Carl Heymanns Verlag KG. Köln. Berlin. Bonn. München, 1999.

YASSARI, Nadjma. *The Sharia in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt: Implications for Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2005.

AGRADECIMENTOS

Justos agradecimentos são devidos à Professora Nadia de Araujo, por sua competência e intelecto – todos a serviço do Direito Internacional Privado - e pelo entusiasmo com que compartilhou seu conhecimento nas manhãs ensolaradas naquela ocasião, na Sala de Conferências e nos corredores da Academia da Haia de Direito Internacional. E também ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ), pelo constante incentivo aos internacionalistas brasileiros, prova autêntica de sua dedicação e preocupação com o estudo a favor de um Direito Internacional cada vez mais inspirado na abertura para a escola latino-americana.

