

DESAFIOS ATUAIS DO DIPR: ESTREITA RELAÇÃO ENTRE DIREITO COMPARADO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Alexandre G. N. LIQUIDATO
Vera Lúcia VIEGAS-LIQUIDATO

RESUMO: I. *Direito comparado: método, escopo e função.*
II. *Direito comparado e DIPr.* III. *Aportes do direito com-*
parado ao DIPr. IV. *Considerações finais.*

I. DIREITO COMPARADO: MÉTODO, ESCOPO E FUNÇÃO

O Direito da aurora do mundo ocidental, ensinado das universidades, tal qual objeto de culto e veneração religiosa está tão morto quanto o deus de Nietzsche¹ em *Assim falou Zaratustra*.

Quer parecer que isso se revela em cores mais vivas no campo do direito privado. Esse, no cenário do século XXI é distópico se confrontado com o modelo de inspiração pandectista consagrado pelo Código Civil brasileiro de 1916, em certa medida repetido pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Isso pode ser descrito da seguinte maneira: é como se houvesse realidades paralelas, tais quais “universos-espelho”, que, em muito se assemelham, sendo, todavia, radicalmente distin-

¹ Nietzsche, Friedrich, *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*, trad. do alemão para o português de Saulo Krieger, São Paulo, Edipro, 2020, p. 33.

tas, conquanto sejam, em verdade, antagônicas, de tal sorte que se possa pensar em (no mínimo) dois sistemas paralelos para se enxergar a ciência do Direito como um todo. Essa ideia de totalidade, por sua vez, não é nem um pouco harmônica. Ao contrário.

É justamente nesse contexto que a análise comparatística do direito assume feições de técnica de harmonização. Não como exposição introdutiva e explicativa dos diferentes sistemas, ou famílias jurídicas, tal como pode ser visto na importantíssima obra de René David,² mas como efetiva comparação, a exemplo das obras de Gino Gorla³ e Zweigert-Kötz.⁴ Nesse caso, o direito comparado não implica o que há de semelhante ou diferente num ou n'outro sistema.

Em verdade, essa comparação de normas e institutos, é apenas um disfarce para o confronto de diferentes concepções de mundo (ou de realidade) e como o direito nelas se insere. Todavia, esse disfarce, obrigatoriamente, há de ser científico e implica rigor metodológico.

Eis, portanto, a tônica do discurso: qual é, atualmente, o método do direito comparado? Quais são os escopos de comparação? Qual a função comparativa? Mais que isso: é admissível um conceito de direito comparado?

Nesse sentido, é mais do que acertada a afirmação feita por Gino Gorla:⁵ “comparison involves history”. Mas o que será que isso quer dizer?

O autor acima mencionado sustenta que a comparação (tal como utilizada na obra cuja referência completa está na nota de rodapé imediatamente *supra* deste artigo) é um meio para o

² David, René e Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9a. ed., Paris, Dalloz, 1988, pp. 1-32.

³ Gorla, Gino, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milão, Giuffrè, 1981, pp. 39-49.

⁴ Zweigert, Konrad e Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 32-48.

⁵ Gorla, Gino, *op. cit.*, p. 41.

entendimento mais direto do próprio sistema positivo, tal como problema imediato, prático e contemporâneo, sem embargo da compreensão dos outros sistemas. Essa seria, portanto, a gênese do método comparatístico.

Assim, a comparação não poderia se confundir com o direito comparado simplesmente visto um conjunto mais ou menos organizado de informações sobre outros sistemas jurídicos, muito menos haveria de se exaurir no destaque de diferenças e semelhanças.

O método do direito comparado precisamente consiste na pesquisa das razões dessas similitudes e discrepâncias, como também na investigação dos porquês daquilo que cada sistema pode apresentar como particular, ou mesmo peculiar. E como tudo isso poderia, eventualmente, se inserir num fenômeno jurídico de caráter mais amplo.

Daí a inafastabilidade da história, conquanto a comparação —a desempenhar o papel de método histórico-comparativo de estudo e de ensino de um determinado sistema jurídico— haveria de atuar como um fortíssimo catalizador que suscitaria ideias e, repentinamente, acenderia luzes sobre institutos e instituições, o que revelaria, como foi dito acima, diferentes concepções de mundo.

Portanto, o método comparatístico, tal como proposto, vai além do papel de técnica voltada à compreensão da multiplicidade de sistemas e assumiria o escopo de corrigir a excessiva tendência dos intérpretes do direito às abstrações e generalizações que se dissolveriam como meros problemas nominalísticos. Dentro desse contexto, a função comparativa é de transcendência, que melhor pode ser percebida nas palavras jocosas de Gorla:⁶ “Da questo punto di vista e a questi scopi, noi parleremo della common law a proposito del nostro sistema (la c.d. civil law) e della civil law a proposito della common law”.

⁶ Gorla, Gino, *op. cit.*, p. 43.

II. DIREITO COMPARADO E DIPr

O direito internacional privado (DIPr) já nasce com a consideração pelo outro, ao menos enquanto ter em conta a existência do outro, que está fora da jurisdição do foro.

Accursius, em sua conhecida glosa de 1228, faz referência a um bolonhês que está sendo demandado em Módena.

O igualmente glosador Aldricus refere-se, por sua vez, à situação na qual dois homens de províncias distintas litigam perante o mesmo juiz e indaga qual seria o direito aplicável; ou seja, faz parte do cenário do DIPr ter sempre no horizonte o contato com a outra jurisdição, com o direito estrangeiro, o que leva à nossa demanda pelo direito comparado.⁷ Igualmente faz parte do ensino do DIPr a consideração histórica de suas próprias fases de construção doutrinária: não há como ensinar direito comparado sem passar, por exemplo, pela evolução histórica das escolas estatutárias. De igual forma, é inconcebível a boa prática do ensino do DIPr desconsiderando jurisprudência estrangeira (há que saltar de um DIPr local para um DIPr comparado).

Além do que, hoje em dia, no terreno da análise da jurisprudência, há que ser considerada a jurisprudência internacional (de outros Estados), a supranacional e a transnacional, além dos laudos arbitrais e da solução de litígios online, como se verá.

Salutar interconexão entre DIPr e direito comparado

Existe uma direta interconexão entre o DIPr e o direito comparado, refletida em inúmeros institutos do DIPr: *i*) aplicação do direito estrangeiro (o que considerar como fonte, como interpretar, realizar ou não controle de constitucionalidade); *ii*) qualifi-

⁷ O comparatista Bartolo de Sassoferrato igualmente teve que comparar sistemas para encontrar os elementos de conexão para solucionar as relações jurídicas plurilocalizadas. Veja-se Sassoferrato, Bartolo de, *Bartolus on the Conflict of Laws*, trad. do latim para o inglês de Joseph Henry Beale, Cambridge, Harvard University Press, 1914.

cação (realizá-la de acordo com o direito do foro ou de acordo com a “lei da causa”); *iii*) instituição desconhecida (necessidade de comparação entre sistemas jurídicos); *iv*) ordem pública; *v*) elaboração das normas de DIPr (law-making process: ter em consideração instrumentos de unificação/harmonização de legislações).

O direito comparado sempre esteve nas entranhas do DIPr: consideração dos foros regionais e internacionais: organizações e organismos internacionais regionais (Mercosul, União Europeia, Organização dos Estados Americanos) e multilaterais (Conferência da Haia, UNIDROIT, International Law Association) no trabalho de cooperação jurídica internacional, uniformização e unificação do direito (guias práticos, leis modelos, convenções e tratados internacionais).

III. APORTES DO DIREITO COMPARADO AO DIPR

De acordo com Arroyo, desde uma visão tradicional, o direito comparado era visto como um assistente do DIPr, partindo-se de um enfoque nacional para a determinação da jurisdição e do direito aplicável.⁸

O autor esclarece, porém, que esse uso tradicional do método comparativo seguirá sendo útil para ensinar, pesquisar, elaborar e aplicar o DIPr, todavia há que se adequar esse uso tradicional a certos fenômenos:

- A transferência do poder legiferante dos Estados para as organizações internacionais e supranacionais.
- O aumento e expansão de atores privados na elaboração do DIPr, o que gera o efeito da transferência de uma

⁸ Fernández Arroyo, Diego P., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, em Fernández Arroyo, Diego y Moreno Rodríguez, José Antonio (dirs.), *Derecho internacional privado, derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Assunção, CEDEP-ASADIP, 2010, p. 87.

parte considerável da regulamentação jurídica e da resolução de controvérsias, do âmbito público para atores privados.

- Integração econômica e codificação internacional.

Fernández Arroyo alerta para o fato de que a unificação não pode ser o único objeto do direito comparado e por conseguinte, a atenção deve se dirigir para a otimização da cooperação internacional.⁹

Destaca ainda outros pontos a se ter em mente:

- Ter em conta a rica variedade de sistemas jurídicos (validade do discurso das famílias jurídicas: direito romano-germânico/*common law*).
- Importância da jurisprudência nacional, internacional, supranacional e transnacionais, laudos arbitrais, solução de litígios *online*.
- Mecanismos não judiciais de solução de controvérsias.
- Interação do DIPr com outras disciplinas, particularmente, o direito internacional público.

Todos esses pontos geram a necessidade de uma mudança no ensino do DIPr e para tanto, o enfoque comparativo na educação do DIPr deixou de ser uma opção para se converter em uma necessidade.

O autor propugna pelo: 1) ensino de um DIPr global ao invés de DIPrs locais; 2) consideração do papel dos direitos humanos nas relações privadas;¹⁰ 3) tratamento não apenas da *hard law* e decisões de tribunais judiciais, mas também *soft law* e jurisprudência privada.¹¹

⁹ A respeito da cooperação jurídica internacional, veja-se Carvalho Ramos, André de e Menezes, Wagner (orgs.), *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*, Belo Horizonte, Arraes, 2015.

¹⁰ Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, p. 68.

¹¹ *Ibidem*, p. 105.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito comparado, ao longo das décadas, sofreu uma evolução tanto em seu objeto de estudo quanto no seu método; deixa de visar a comparação de legislações, para comparar, além de normas, institutos, jurisdições, sistemas e subsistemas jurídicos, culturas (direito comparado entendido como um processo intelectual).¹²

Como prova disso tem-se a própria redação do Estatuto da Academia Internacional de Direito Comparado; criada em 1924, tem por redação do seu artigo II: “El propósito principal de la Academia es el estudio del derecho comparado en suyo aspecto histórico y el desarrollo de las *leyes de los diversos países del mundo*, particularmente en el área del derecho privado, suprimiendo y conciliando las diferencias” (grifou-se).

Ao final de 1991, por proposta de Rodolfo Sacco, esse artigo sofre uma alteração: “Artículo II. El propósito de la Academia es el estudio comparativo de los sistemas jurídicos”.¹³

Hoje, com o desenvolvimento do direito comparado, essa comparação tem por objetivo: *i*) determinar semelhanças e diferenças; *ii*) explanar as causas das similitudes e diferenças, e *iii*) avaliar resultados.

Indaga-se se, nesse contexto, teria igualmente o DIPr se desenvolvido, acompanhado a evolução dos tempos. Estaria o DIPr preparado para fazer frente aos novos desafios de um mundo des-territorializado, no qual as relações jurídicas plurilocalizadas se perfazem nas dadosesferas, dataesferas?¹⁴

¹² Nas palavras de Konrad Zweigert e Hein Kötz, o direito comparado é um processo intelectual que tem o direito como objeto e a comparação como instrumento. Zweigert, Konrad e Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 2.

¹³ O Estatuto da Academia Internacional de Direito Comparado encontra-se disponível em: <https://aicc-iacl.org/statutes-by-laws/>. Acesso em 11 fev. 2023.

¹⁴ Na terminología de Berger, Jean-Sylvestre, “Direito e circulação de dados na Internet: apelo por uma dupla renovação das abordagens”, em De Lucca, Newton *et al.* (coords.), *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 611 e 612.

Fernández Arroyo alerta para a evolução do significado dos seguintes conceitos jurídicos tradicionais: soberania, territorialismo, poder jurisdiccional. Sem o auxílio do direito comparado dificilmente o DIPr fará frente aos novos desafios;¹⁵ em suas palavras: “lo que realmente se necesita es incorporar una mentalidad jurídica comparativa en cada disciplina jurídica y, en concreto, en el área del DIPr”.¹⁶

Para ele, há a necessidade da mudança do ensino do DIPr, tanto para estudantes, legisladores, funcionários públicos, juízes e inclusive os professores. Não é mais uma simples opção, mas uma verdadeira necessidade, o enfoque comparativo no ensino e pesquisa do DIPr, devendo esse enfoque incluir:

...la enseñanza de un DIPr global en lugar de DIPrs locales; la conexión del DIPr con otras materias, en particular, con el DIP [Derecho Internacional Público] el tratamiento no solo del *hard law* y de las decisiones de los tribunales de justicia, sino también del *soft law* y de la “jurisprudencia privada”.¹⁷

Em um mundo em constante evolução, impactado hoje pelo nunca antes visto avanço tecnológico, na 4a revolução industrial, caracterizada pelo movimento do *always-on* (pessoas conectadas a todo momento), marcada pelos fenômenos da interconectividade e hiperconectividade, *always recording, readily accessible*; nesse incremento da globalidade, o direito comparado passa da figura de mero assistente, a protagonista na arena do DIPr.

Sem esse viés de um DIPr comparatista não de “fora para dentro”, mas “de dentro para fora”, corre-se o risco de deixar de

¹⁵ Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, pp. 73-77. Alerta também para o aumento e expansão dos atores privados, a elaboração de regras “universais” (p. 80) por legisladores nacionais (p. 81), a “residualização do DIPr nacional” (p. 82), para chegar finalmente no tema da “busca de um paradigma comparativo contemporâneo para o DIPr atual” (pp. 85 e ss.).

¹⁶ *Ibidem*, p. 98. De acordo com o seu pensamento, não é possível ensinar DIPr sem a consideração da jurisprudência estrangeira (p. 100).

¹⁷ *Ibidem*, p. 105.

fazer frente ao desafio do incremento da proteção da vulnerabilidade do indivíduo¹⁸ nas mais distintas áreas (direito do trabalho, direito de família, direito do consumidor, etc.) e à obsolescência do ensino e pesquisa do DIPr nas salas de aula.

¹⁸ Para Eduardo Véscovi: “[L]o que es y debe ser la función esencial del derecho internacional privado en el mundo moderno: facilitación y apoyo de la actividad productiva y financiera internacional, para que esta alcance la eficiencia necesaria, reducción de costo de las transacciones, mejora de la confianza de las partes, pero, al mismo tiempo, el favorecimiento de los mecanismos para corregir las deficiencias del mercado, *para la protección de las partes más débiles*, y el cuidado y conservación de los valores sociales y los bienes comunes” (grifou-se). Véscovi, Eduardo, “Prólogo”, em Van Loon, Hans, *El horizonte global del derecho internacional privado*, trad. de Laureana Ochoa Muñoz *et al.* (ASADIP), Caracas, ASADIP-RVLJ, 2020.