

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 172

Outubro/dezembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Globalização e Direito

## Além da metodologia tradicional dos estudos jurídicos comparados e um exemplo do Direito Internacional Privado

Fábio Morosini

### Sumário

I. Introdução. II. Rumo ao Direito Comparado global: A. A metodologia tradicional em estudos jurídicos comparados: 1. Estudos jurídicos comparados: método ou ciência? 2. A abordagem da convergência e a da não-convergência aos estudos jurídicos comparados: i. A abordagem da convergência. ii. A abordagem da não-convergência. B. Época para mudanças metodológicas nos estudos jurídicos comparados: 1. Os fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados: i. Ugo Mattei; ii. Horatia Muir Watt. 2. Prospectos para um direito europeu das obrigações: i. Reconciliando a definição funcional de um direito das obrigações conceitualmente diferente na União Européia. ii. Rumo a um direito global das obrigações? III. O impacto do Direito Comunitário europeu sobre o Direito Internacional Privado dos Estados Membros: A. Por que o vento mudou: novas abordagens ao Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia: 1. Globalização e a busca pela dignidade humana. 2. O surgimento de um direito internacional privado comum dos Estados Membros da União Européia. B. Um deslocamento da curva de demanda do Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia: 1. Uma oportunidade que não deve ser perdida: competição interjurisdicional dentro dos Estados Membros da União Européia. 2. O problema da substituição: arbitragem internacional. IV. Conclusão.

Fábio Morosini é Professor Convidado da Pós-graduação *Lato Sensu* da UFRGS e da PUC-SP. Doutorando e Mestre em Direito, 2001, University of Texas at Austin, EUA; Mestre em Droit et Globalization Économique 2004, Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris, França; Especialista em Direito Internacional, 2000, UFRGS.

### I. Introdução

A globalização econômica impacta diretamente o Direito dos Estados. Novas leis

são aprovadas, tratados são ratificados, e a jurisprudência muda de foco em resposta à demanda do mercado global.<sup>1</sup> As fronteiras geográficas não isolam mais os Estados conforme as novas tecnologias criam avenidas para a constante interação entre indivíduos em lados opostos do globo. O Direito não é mais puramente local quando uma parte crescente da população do mundo se desloca. As pessoas já não são mais locais porque ou fisicamente se mudam ou conduzem negócios ou assuntos pessoais cruzando múltiplas fronteiras estatais. Se os indivíduos e negócios continuam a deslocar-se em uma taxa crescente, as nações devem desenvolver mecanismos e prover novas ferramentas para entender indivíduos, sistemas e instituições estrangeiras. O próprio Direito deve passar por reformas para permanecer competitivo em um mundo em que as fronteiras desvanecem-se.

Este ensaio explora o impacto que a globalização econômica teve sobre o Direito Comparado, permitindo uma análise da extensão em que o Direito Comunitário Europeu impactou o Direito Internacional Privado dos Estados Membros. Esse ensaio demonstra que a globalização está dando novas formas aos métodos do estudo jurídico comparado. Também mostra que a globalização, através do Direito Comunitário Europeu, está impactando diretamente o Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia.

## *II. Rumo ao Direito Comparado global*

O Direito Comparado sempre foi controverso. Os debates vão desde a existência do Direito Comparado como uma disciplina jurídica independente à mais apropriada metodologia de estudos jurídicos comparados<sup>2</sup> quando aplicada a situações concretas. Alguns argumentam que o Direito Comparado deveria interagir com todas as outras disciplinas jurídicas (Cf. REIMAN, 1998)<sup>3</sup>, enquanto outros não vêem um papel

fundamental para os estudos jurídicos comparados, portanto condenando-o a um papel marginal. Uma abordagem completa aos estudos jurídicos comparados deveria começar olhando para a metodologia tradicional, utilizando-a como uma base para examinar novas abordagens no âmbito dos estudos jurídicos comparados.

### *A. A metodologia tradicional em estudos jurídicos comparados*

Não se pode tirar vantagem de um artigo sobre estudos jurídicos comparados sem primeiramente entender os componentes conceituais que dão forma a essa área do Direito e sua metodologia tradicional. Um olhar sobre as principais teorias dos estudos jurídicos comparados ajuda a encapsular os debates mais tradicionais.

#### *1. Estudos jurídicos comparados: método ou ciência?*

A arte de comparar sistemas jurídicos é tão antiga quanto o próprio Direito (Cf. DAVID, 1964). Conforme conceitualizado pelo Professor René David (1964, p. 3), os estudos jurídicos comparados dirigem-se a três metas amplas: 1) investigar assuntos históricos e filosóficos relacionados ao Direito; 2) ajudar a entender e melhorar o seu próprio sistema jurídico; 3) estabelecer um regime melhor nas relações internacionais. Um número considerável de autores que escreveram sobre estudos jurídicos comparados geralmente apóiam a visão de René David do Direito Comparado como um método, não um ramo separado do Direito (LASSER, 2003, p. 198)<sup>4</sup>. O Direito Comparado nunca foi considerado um ramo do Direito independente do sistema jurídico como um todo. Essa linha de pensamento está diretamente ligada à abordagem civilista<sup>5</sup> do Direito como ciência.<sup>6</sup>

A tradição civilista legitimou o discurso jurídico majoritariamente através de códigos. Um código é um conjunto de normas escritas – Direito positivo – que estabelece um padrão de conduta e impõe sanções aos

violadores de tal conduta prescrita.<sup>7</sup> Em tal configuração sistemática, muitos viam os códigos como modelos científicos, legitimando ainda mais o argumento do Direito como ciência. Entretanto, muitas críticas foram direcionadas a essa abordagem e nenhum consenso existe com relação ao *status* do Direito no sistema civilista.<sup>8</sup> No entanto, é seguro presumir que, em países de tradição civilista, o Direito é um sistema por si próprio. Seja ou não uma ciência, o Direito Comparado inspira muitos debates epistemológicos, abrindo a porta para o seu desenvolvimento como um subsistema separado. Segue que o Direito Comparado, como um sistema independente, pode ser legitimado como um modelo científico. Logo, o Direito Comparado pode ser considerado sob uma luz similar à das ciências e outros ramos do sistema jurídico civilista.

É difícil discutir que os estudos jurídicos comparados devem ser vistos como um sistema independente ou um modelo científico se a sua legitimidade jaz sobre o objeto da comparação. Porque não se acredita que existam estudos jurídicos comparados sem objetos concretos de comparação (*e.g.*, leis, instituições e atores), essa linha de raciocínio não é adotada aqui. Esse ensaio presume que os estudos jurídicos comparados não são mais do que um método que os comparatistas usam para avançar o entendimento de um sistema jurídico estrangeiro ou para entender melhor o significado do seu próprio sistema jurídico.

## 2. A abordagem da convergência e a não-convergência aos estudos jurídicos comparados<sup>9</sup>

Afastando-se da base dos estudos jurídicos comparados, este ensaio foca-se no acalorado debate sobre a metodologia “certa” para usar ao conduzir comparações jurídicas. Deveríamos preocupar-nos com semelhanças ou diferenças entre sistemas jurídicos? Deveríamos comparar sistemas jurídicos diferentes, ou tal comparação é simplesmente um desperdício de tempo?

### i. A abordagem da convergência<sup>10</sup>

Essa escola de pensamento argumenta que os sistemas jurídicos são concebidos em formatos diferentes, mas compartilham uma essência comum (Cf. GORDLEY, 1998). A tese do Professor Basil Markesinis sobre Direito Comparado e a utilidade da metodologia comparativa (MARKESINIS; UNBERATH, 2002; MARKESINIS, 1997; MARKESINIS, 2001) argumenta que os sistemas jurídicos encontram formas diferentes de abordar problemas semelhantes e, ao fazê-lo, freqüentemente chegam a resultados funcionalmente semelhantes. Markesinis (1997, p. 6) argumenta que os comparatistas deveriam focar-se nas semelhanças de sistemas jurídicos diferentes porque o mundo já tem diferenças o suficiente. Essa teoria da convergência é fundada sobre a idéia de que,

“se por um lado podem existir distinções entre sistemas jurídicos no nível da conceitualização dos problemas, as soluções funcionais para os problemas tendem a ser semelhantes, o que [...] é o que em última análise importa para o comparatista” (LEGRAND, 1996a, p. 55)<sup>11</sup>.

Isso vem do argumento de Markesinis de que as semelhanças aproximam culturas jurídicas diferentes e contribuem para sua integração adicional.

### ii. A abordagem da não-convergência

Por outro lado, há autores igualmente distintos que argumentam a favor de uma metodologia comparativa baseada nas diferenças (TEUBNER, 1998)<sup>12</sup>. O Professor Pierre Legrand (1996b; 1998; 1999a; 1999b) explica bem essa metodologia. A essência dessa abordagem é que o Direito é uma parte viva da ampla estrutura cultural de determinado país. Legrand, contrariamente a Markesinis, desenvolve seu argumento no contexto da “falta de sentido” (*non-sense*) do Direito Privado Europeu.<sup>13</sup> Para Legrand (1996a, 1996b, 1998, 1999a, 1999b), se o Direito é uma parte viva de uma cultura em

geral, é errado focar-se nas semelhanças entre sistemas jurídicos diferentes. Para ser exato, uma abordagem baseada nas semelhanças entre sistemas jurídicos é superficial, porque cada cultura constrói sua própria identidade jurídica de acordo com diferentes necessidades e movimentos.

### *B. Época para mudanças metodológicas nos estudos jurídicos comparados*

Não há um vencedor evidente no debate sobre o melhor método comparativo. Aqueles que acreditam que as diferenças entre sistemas jurídicos são inconciliáveis são incapazes de concordar com um método exaltando suas semelhanças. Por outro lado, aqueles que defendem uma metodologia comparativa baseada nas semelhanças vêem o foco nas diferenças como uma forma de desintegrar culturas jurídicas. Para levantar-se acima desse problema inconciliável e sugerir alternativas diferentes, deve-se abandonar abordagens tradicionais e focar-se em novas soluções. Produziu-se literatura na última década com percepções e contribuições inovadoras à metodologia dos estudos jurídicos comparados. Uma escola de pensamento alternativa que vale a pena analisar é a do fundamento econômico do Direito Comparado. Ugo Mattei (1997)<sup>14</sup> lançou essa escola de análise econômica do Direito Comparado (*comparative law and economics*). Respostas acadêmicas apareceram em uma direção semelhante, mas ainda exibem traços da abordagem de não-convergência (Cf. WATT, 2000, 2004, p. 429). Esta parte do ensaio analisa mais de perto os novos pensamentos e abordagens utilizados para analisar o Direito Privado Europeu.

#### *1. Os fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados*

Se não se aceita que a *summa divisio* tradicional dá respostas a problemas na área dos estudos jurídicos comparados, há alternativas inovadoras. Essas alternativas não precisam ser perfeitas, desde que acrescentem algo novo ao debate. Uma análise base-

ada nos fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados fornece tal alternativa ao Direito Comparado. A idéia por trás do estudo dos fundamentos econômicos dos estudos jurídicos comparados tem dois aspectos. Legitima o movimento de análise econômica do Direito (*law and economics*) no contexto europeu e também se aplica ao debate europeu sobre os métodos do Direito Comparado.

#### *i. Ugo Mattei*

Mattei usa a economia para legitimar o discurso jurídico. Essa idéia há muito foi aceita nos Estados Unidos e está atualmente tomando forma na Europa. Ele sustenta que a noção de equidade, não como uma instituição, mas como uma forma de raciocinar sobre o Direito, é comum ao pensamento jurídico ocidental. Ele aprofunda seu argumento mostrando que a implementação da equidade institucional provocou uma revolução no sistema da *common law*, e que a análise econômica do Direito pode fazer o mesmo ao introduzir uma força externa capaz de desestabilizar o discurso tradicional (Cf. MATTEI, 1997, p. 3)<sup>15</sup>. A economia, vista como “a rainha das Ciências” (*the queen of the Sciences*), significa recurso a uma metodologia objetiva.<sup>16</sup> A equidade como raciocínio jurídico, por outro lado, está aberta tanto à arbitrariedade quanto à subjetividade. Mattei aponta para o fato de que

“podem haver tantas opiniões sobre equidade e justiça como há indivíduos avaliando certa solução jurídica ou certa situação fática [...] há apenas alguns padrões reconhecidos de eficiência econômica que estão na raiz do sucesso da economia entre as ciências sociais” (Cf. MATTEI, 1997, p. 21)<sup>17</sup>.

Além disso, o movimento de análise econômica do Direito é semelhante aos estudos jurídicos comparados no sentido que ambos são metainstrumentos na análise jurídica. Mattei afirma que,

“ao utilizar a análise de eficiência, os juristas são postos na mesma posição

do que quando usando a análise comparativa. É permitido a eles uma visão exterior desprendida da verdadeira dinâmica do Direito” (Cf. MATTEI, 1997, p. 10)<sup>18</sup>.

Alguém que ainda não é parte do sistema jurídico dá essa visão (MATTEI, 1997).

## ii. Horatia Muir Watt<sup>19</sup>

Muir Watt (2004, p. 504)<sup>20</sup> defende a tese da função subversiva do Direito Comparado. Tomando idéias emprestadas do movimento norte-americano de análise econômica do Direito, ela argumenta que o Direito Comparado pode ter uma função semelhante. Em outras palavras, ela argumenta que os sistemas jurídicos europeus não são sensíveis ao uso de estudos interdisciplinares para avançar argumentos jurídicos. É por isso que o uso da análise econômica pode ser mais difícil de implementar no contexto europeu. Por esse motivo, deve-se considerar vias alternativas de chacoalhar as estruturas desses sistemas jurídicos. O Direito Comparado, de acordo com Muir Watt (2004, p. 514), deve ser visto como um mecanismo subversivo para revigorar os Direitos dos países europeus. Conforme ela corretamente lembra, o Direito francês usa uma metodologia de implementar mudanças jurídicas em resposta a forças que vêm de dentro do sistema, nomeadamente a acalorada dicotomia público *versus* privado (WATT, 2004, p. 514). O Direito Comparado é portanto da maior importância no desenvolvimento do Direito dentro da Europa.

Muir Watt (2004) externaliza os fundamentos econômicos do Direito Comparado em um de seus artigos no *Texas International Law Journal*. Trabalhando dentro da estrutura do Plano de Ação de 2003 para um Direito Europeu dos Contratos, ela contesta os efeitos negativos que um Direito europeu dos contratos não-uniforme teria sobre os consumidores e pequenos negócios (WATT, 2004). Conforme afirmado no Plano de Ação, a centralização do Direito europeu dos contratos é necessária para evitar falhas do

mercado, tais como assimetrias de informação. De acordo com o Plano de Ação, consumidores e pequenos negócios teriam que suportar tais custos. Muir Watt (2004), por outro lado, mostra que os consumidores sob o Direito Internacional Privado europeu já gozam de proteção especial e portanto não estão sujeitos aos efeitos supostamente negativos de um sistema não-centralizado. Dito isso, o propósito da unificação do Direito europeu dos contratos é bastante suspeito.

A solução mais eficiente para o Direito europeu dos contratos é seguir um modelo de competição regulatória. Se há virtudes nesse modelo, tais virtudes são automaticamente estendidas para ter-se um Direito europeu dos contratos diferente (WATT, 2004, p. 440). Presumindo que todas as condições de otimidade de Pareto (*Pareto optimality conditions*) são cumpridas, um Direito dos contratos diverso alimentaria a inovação e todas as outras virtudes conectadas ao mercado competitivo para os Direitos dos contratos.

Muir Watt (2004) lembra que a competição puramente regulatória cria distorções de Mercado quando as regras de responsabilidade civil do Estado produtor são menos rigorosas que as regras do Estado anfitrião e o dano está sendo sentido no Estado anfitrião. O Regulamento de Roma II, no entanto, corrige essa falha de mercado, ao menos em algumas áreas especiais de responsabilidade civil tais como responsabilidade ambiental (SYMEONIDES, 2004; WATT, 2004, p. 458). Lá, o Regulamento proposto estabelece que as regras aplicáveis de responsabilidade civil são aquelas do país onde aconteceu o dano.

## 2. Prospectos para um direito europeu das obrigações

Para reforçar a importância do Direito Comparado na Europa hoje, deve-se simplesmente considerar os prospectos para um Direito uniforme das Obrigações para os Países Membros. Esta parte do ensaio

começa com uma definição breve da matéria tanto nas tradições de *common law* (majoritariamente inglesa) quanto na civilista (majoritariamente francesa). Há também uma análise da factibilidade da globalização.

*i. Reconciliando a definição funcional de um direito das obrigações conceitualmente diferente na União Européia*

O Direito das Obrigações tem origem no Direito Romano. A tradição civilista moderna desenvolveu o Direito das Obrigações como parte do Direito Privado, distinguindo o Direito das Obrigações do Direito de Propriedade (*droit réel*). O Direito das Obrigações ocupa um lugar muito importante na tradição civilista. Na França, o Direito das Obrigações é definido como

“um vínculo de Direito, não entre uma pessoa e uma coisa como o Direito de Propriedade, mas entre duas pessoas em virtude de que uma delas, o credor, pode exigir do outro, o devedor, uma prestação ou uma abstenção” (TERRÉ, 2002)<sup>21</sup>.

A tradição de *common law* não tem um equivalente exato ao Direito das Obrigações, como possui a tradição civilista. Portanto, não se encontrará um corpo do Direito categoricamente dividido chamado Direito das Obrigações na *common law*. No entanto, a *common law* desenvolveu um sistema que desempenha o papel do conceito civilista de Direito das Obrigações. A *common law*, conforme explicado pelo Professor Samuel, não leva consigo a marca das categorias jurídicas fundamentais. Tanto o “sistema de tribunais quanto o sistema de responsabilidade desenvolveram-se de forma acidental de acordo com as necessidades empíricas da época” (SAMUEL, [200-?])<sup>22</sup>. Mais recentemente, os tribunais ingleses discutiram o conceito de Direito das Obrigações, mas a transposição dessa categoria de Direito para a *common law* permanece sendo conceitualmente problemática<sup>23</sup>. Além disso, o Direito inglês das Obrigações não foi segmentado em responsabilidade civil e contratos, mas

em dívida e transgressão (*debt and trespass*) (Cf. SAMUEL, 2003).

A diferença essencial entre os dois sistemas de obrigações tem uma explicação epistemológica. Juristas de tradição civilista e da *common law*, embora postos diante de circunstâncias fáticas semelhantes, abordam as questões jurídicas de perspectivas diferentes. A tradição civilista está estreitamente ligada a códigos. Códigos, regras categoricamente abstratas que regulam áreas particulares do Direito, não encontraram um lugar na *common law* porque a *common law* é um tradição orientada aos fatos que desaprova o método dedutivo utilizado pela tradição civilista<sup>24</sup>. A *common law* desenvolve-se comparando fatos de controvérsias anteriores para casos futuros que apresentem situações fáticas semelhantes.

*ii. Rumo a um direito global das obrigações?*

A globalização veio para ficar e está dando nova forma ao Direito. Curiosamente, o impacto da globalização sobre o Direito não está limitado aos campos comuns do Direito Internacional Público e Privado. Conforme as fronteiras tornam-se mais porosas, a globalização afeta áreas há muito removidas do contato estrangeiro direto, tais como Direito Penal (Cf. PAPADOPOULOS, 2001, p. 159), Direito de Família (WATT, 2001b, p. 271) e o Direito das Obrigações. Se presumimos que a globalização tem um papel a desempenhar no contexto do Direito das Obrigações, podemos também repensar o conceito de obrigação *per se* em cada uma das tradições jurídicas.

Pode-se certamente debater um Direito global das Obrigações. A essência do debate é se é possível superar as metodologias contrastantes da *common law* e da tradição civilista. Quando vislumbramos um mundo globalizado, estamos melhor com um Direito uniforme das Obrigações?

Para o debate da globalização, deve-se tomar em consideração duas configurações globais. Uma é a abordagem de mercado comum guiada por organismos institucio-

nais tais como a Corte Européia de Justiça. A segunda configuração é puramente internacional, caracterizada pela ausência de vínculos institucionais e a presença de práticas comerciais fortes. Pode-se defender a harmonização ou unificação do Direito das Obrigações. De fato, esse é o assunto do atual debate europeu sobre os prospectos do Direito Privado europeu (BAR, 2002; SONNENBERGER, 2002). No entanto, como um sistema unificado de Direito das Obrigações difere-se de um harmonizado? A unificação ignora diferenças culturais para criar um novo corpo jurídico. Pode-se argumentar que a unificação, a longo prazo, aumentará o bem-estar porque cria um sistema unificado. O “Estado global” resultante reduzirá os custos de lidar com diferentes leis e regulamentos. No entanto, a unificação do Direito das Obrigações está baseada em apagar diferenças culturais entre os países participantes. Porque um sistema jurídico reflete a cultura em que está inserido, unificar o Direito das Obrigações da tradição civilista e da *common law* no contexto europeu pode impor uma mentalidade civilista ao jurista da *common law*.

A harmonização do Direito das Obrigações está focada em aproximar as diferenças e estabelecer padrões e princípios comuns através das fronteiras. A harmonização é factível porque é baseada na preservação de culturas jurídicas diferentes. A curto prazo, não é economicamente eficiente por causa dos custos de administrar as diferenças nos tribunais de cada Estado participante. Uma solução intermediária sábia confia nos princípios gerais do Direito, tais como o recurso à boa-fé nas regras do UNIDROIT, nos princípios do Direito Europeu dos Contratos, e na idéia de administração justa de justiça presente no Regulamento de Bruxelas (Bruxelas I, Art. 5(1)).

Os benefícios de um Direito Privado europeu harmonizado não estão livres de críticas. Legrand (1996b, p. 794-795) alega que não há razão para se ter um Código Europeu de Direito Privado. O motivo para sua

rejeição é cultural (LEGRAND, 1996b). Legrand vê o Direito como uma manifestação da cultura e acha que seria um atentado à cultura inglesa adotar um Código de Direito Privado porque conflitaria com a forma de os juristas da *common law* pensarem o Direito. A *common law* dá grande importância para os fatos, enquanto a tradição civilista dá atenção a um sistema abstrato de Direito (LEGRAND, 1996b). Criar um Código Europeu de Direito Privado, de acordo com Legrand, aboliria a tradição de *common law* na Europa. Um código não resolveria as diferenças porque o sistema de *common law* funciona diferentemente do sistema civilista. Além disso, a idéia de ter-se um Código para a Europa está ultrapassada (LEGRAND, 1996b). A Europa é “plurijurídica” (*plurijuridical*) e o pluralismo é uma virtude; dá uma noção mais ampla do Direito (LEGRAND, 1996b, p. 794-795). Conforme colocou Legrand:

“qual é o objetivo da comparação se tudo o que comparatistas vêem são semelhanças? As tradições civilistas e de *common law* oferecem dois modos de entender a realidade (refletindo duas mitologias fundacionais). Cada tradição jurídica, portanto, faz uma contribuição específica, não-reproduzível, para a construção européia conforme ela pretende formular uma visão de mundo original” (Cf. LEGRAND, 1999a, p. 11, tradução nossa)<sup>25</sup>. (notas de rodapé omitidas).

Em resposta ao argumento de Legrand a favor da não-convergência na Europa, pode-se argumentar que a convergência jurídica na Europa é possível. Pode não ser factível no presente momento, mas, se as nações unirem-se e superarem as diferenças, o sistema jurídico torna-se menos um estranho. A longo prazo, sistemas jurídicos podem tornar-se integrados como consequência da integração cultural geral.

Uma terceira forma de globalizar o Direito das Obrigações é confiar em um modelo de competição regulatória. Competição



regulatória é um modelo regulatório popular nos Estados Unidos e diz-se preservar a autonomia de cada Estado individual. Um modelo de competição melhor abordaria a preservação das diferenças culturais a custos menores para os Estados participantes. Sob um modelo de competição regulatória, os Estados seriam livres para manter seus Direitos das Obrigações existentes ou adaptá-los ao mercado global. O elemento chave é que as tradições civilista e de *common law* poderiam preservar suas mentalidades e metodologias na configuração global. É claro que esse modelo tem desvantagens potenciais. Em primeiro e mais importante lugar, é aconselhável rejeitar um modelo competitivo de regulação porque pode levar a uma corrida para baixo (*race to the bottom*) no Direito das Obrigações. Logo, de forma a preservar o prestígio e aplicabilidade dos Direitos de certos países, os legisladores e tribunais de tais países seriam forçados, por pressão da competição, a diminuir a regulação com relação ao Direito das Obrigações. Em geral, isso é aceitável quando se lida com transações entre partes igualmente poderosas, tais como transações entre negociantes. Entretanto, com relação à administração das obrigações envolvendo sujeitos vulneráveis tais como consumidores, torna-se problemático uma vez que padrões protetivos de regulação são implementados em detrimento dos sujeitos vulneráveis.

Pode-se também argumentar que os efeitos da competição no Direito das Obrigações levaria a uma corrida ao topo (*race to the top*), como é o caso para a competição das cartas corporativas (*corporate charters*) no estado de Delaware (Cf. ROMANO, 1985). Logo, Estados oferecendo níveis fortes de proteção para sujeitos vulneráveis ganhariam uma vantagem competitiva sobre Estados com menos legislação ou regulações protetivas porque os consumidores levariam seus negócios a Estados com os Direitos mais protetores.

Finalmente, a definição de Direito das Obrigações depende de duas principais

abordagens: a da *common law* e a civilista. Confiando-se em um em detrimento do outro, não significa que o Direito das Obrigações da tradição civilista não possa existir funcionalmente no mundo da *common law*. Portanto, é necessário estruturar o debate em termos de mentalidades e metodologias. Todo o debate sobre as diferenças de mentalidades é revigorado pela globalização. Ao globalizar o Direito das Obrigações, os formuladores de políticas públicas (*policy-makers*) e os tribunais devem considerar os modelos concorrentes de unificação, harmonização e competição regulatória.

### *III. O impacto do Direito Comunitário Europeu sobre o Direito Internacional Privado dos Estados Membros<sup>26</sup>*

Assim como a globalização impacta a forma como se pensa contratos, responsabilidade civil e estudos jurídicos comparados, influencia a forma como se pensa e lida com Direito Internacional Privado. A Europa sempre esteve na vanguarda do desenvolvimento de teorias e solução de conflitos em Direito Internacional Privado. Nesse sentido, pode-se falar sobre uma hegemonia europeia em Direito Internacional Privado. Por outro lado, nos Estados Unidos, discutivelmente por razões geográficas, não foi desenvolvido um sistema sofisticado de solução de conflitos para partes privadas internacionais. Os Estados Unidos, em seu sistema federal, desenvolveram regras sobre o conflito de leis para resolver disputas privadas entre partes em estados separados.

Se a globalização tem um grande impacto sobre como se pensa o Direito em geral, merece atenção um exame mais detalhado do Direito Comunitário europeu e suas conseqüências sobre o Direito Internacional Privado europeu. De não menos importância são as leituras sugeridas sobre a interação do Direito Internacional Privado dentro da Comunidade Européia com as potenciais repercussões no mercado jurídico global.

A. *Por que o vento mudou*<sup>27</sup>: *novas abordagens ao Direito Internacional Privado nos Estados Membros da União Européia*

A União Européia acredita que as fronteiras que separam os Estados membros não dividem mais suas mentalidades. Se uma verdadeira Comunidade Européia deve existir, os membros dessa comunidade precisam compartilhar valores comuns. Esses valores não surgem de regras no papel. Leva tempo para construir um sentido de comunidade e crenças compartilhadas<sup>28</sup>. Portanto, a criação da União Européia aproxima os sistemas jurídicos dos Estados Membros no mesmo ritmo que cria incertezas com relação a qual caminho adotar. Em tal contexto, observa-se a emergência de uma proposta de solução e traços de um Direito Internacional Privado europeu emergente.

1. *Globalização e a busca pela dignidade humana*

Erik Jayme (1995, p. 247), em suas aulas de 1995 na Haia, apresentou uma lógica inovadora para o Direito Internacional Privado que tenta dar soluções para as incertezas criadas pela globalização econômica. Jayme propôs uma teoria que ele chama de Direito Internacional Privado Pós-Moderno (*Droit International Privé Postmoderne*). Sua teoria está baseada em quatro elementos-chave: pluralismo, comunicação, narração, e o retorno aos sentimentos (*le retour aux sentiments*). Jayme defende um sistema plural de Direito Internacional Privado no qual não há espaço para um poder jurídico hegemônico. Ao invés disso, há um sistema jurídico tão plural quanto as línguas que são faladas, tão diversificado quanto as cores dos povos do mundo e tão numeroso quanto as crenças religiosas existentes. A pedra angular de tal mundo diversificado é o respeito pelas diferenças dos outros. Um Direito Internacional Privado verdadeiramente pós-moderno não coloca uma solução correta. Ao invés disso, aceita diferentes métodos de solução de conflitos que respeitam o patri-

mônio cultural da autoridade guiando a solução.

Em segundo lugar, na teoria de Jayme de um Direito Internacional Privado pós-moderno, a comunicação assume um papel na solução de conflitos. Porque mais de uma resposta para um conflito é aceitável, legisladores, o judiciário e as partes precisam estar cientes de cada solução possível para determinado conflito. Os juízes são chamados a desempenhar um papel fundamental chamado “negociação judicial” (WESTBROOK, 2003, p. 567)<sup>29</sup>. Assim, observam-se negociações judiciais antes que um conflito seja resolvido. Em terceiro lugar, para evitar o verdadeiro caos legislativo, Jayme propõe a confiança em normas narrativas de Direito Internacional Privado. Em vez da letra pura da lei, os países deveriam buscar um Direito Internacional Privado que confie fortemente em seu caráter não-normativo, em um nível que induz cumprimento ao mesmo tempo em que respeita diferenças culturais. Essa é essencialmente a abordagem que os Estados Membros adotam com relação a Diretivas da União Européia.

Finalmente, Jayme alega que um Direito Internacional Privado melhorado depende de decisões judiciais que incluem novos elementos no raciocínio jurídico. De acordo com essa visão, o raciocínio jurídico puro já não é suficiente para dar respostas aceitáveis. Nesse sentido, Jayme (1999, p. 33) exemplifica uma nova base para raciocínio jurídico aceitável no Direito francês. O artigo 311-13 do Código Civil francês reconhece o direito de visita da parte que perde em um caso de guarda de criança, desde que aquela parte tenha estado envolvida na criação da criança. A mais alta corte da França, a *Cour de Cassation*, reconheceu tal direito em um caso líder<sup>30</sup> em que o direito de visitar uma criança era dado ao padastro da criança. A Corte entendeu que os laços de afeto entre a criança e seu padastro eram suficientes para dar aquele direito a este (JAYME, 1995, p. 33). A causa recorrente por trás da teoria de Jayme é o respeito último à dignidade humana. Os

direitos humanos, na teoria do Direito Internacional Privado Pós-Moderno de Jayme, são o princípio-guia em todos os casos<sup>31</sup>.

## *2. O surgimento de um direito internacional privado comum dos Estados Membros da União Européia*

De acordo com o Professor Legrand (1996a, 1996b, 1998, 1999a, 1999b), uma cultura jurídica é a imagem refletida da integração em outros setores de uma determinada comunidade. Logo, a imposição de um texto legislativo ou uma decisão judicial somente será legítima uma vez que a comunidade tenha internalizado seus valores essenciais. Tal processo pode levar anos ou mesmo décadas para acontecer, ou pode simplesmente nunca acontecer. Interessante notar que tem havido sinais de um Direito Internacional Privado europeu emergente (Cf. WATT, 2001a, p. 539)<sup>32</sup>.

Um exemplo é o surgimento do conceito de uma doutrina de ordem pública européia, assinalando que os tribunais nacionais estão internalizando valores europeus. O caso líder dessa fusão de valores é o caso *Krombach*<sup>33</sup>. Nele,

“a Corte de Luxemburgo introduziu o conteúdo do Artigo 6 Seção 1 da Convenção de Direitos Humanos na estrutura da cláusula de ordem pública do Artigo 27(1) da Convenção de Bruxelas, de forma que os requisitos de justiça processual neste último contexto sejam inteiramente sinônimos do direito fundamental ao processo equitável garantido por aquele (WATT, 2001a, p. 549)”<sup>34</sup>.

Essa decisão representa a proposição de que não é mais suficiente examinar unicamente determinado Direito nacional ao decidir casos transeuropeus (WATT, 2001a, p. 551). Prova adicional do surgimento de uma cultura jurídica européia no Direito Internacional Privado é a habilidade em desenvolvimento dos tribunais nacionais para olhar para a jurisprudência da Corte de Luxemburgo para melhor interpretar e apli-

car a legislação nacional, mesmo quando o conflito envolve um Estado Membro e um terceiro país (WATT, 2001a, p. 553-554).

## *B. Um deslocamento da curva de demanda do Direito Internacional Privado dos Estados Membros da União Européia*

Mesmo se a estrutura do Direito Internacional Privado europeu pós-moderno, conforme proposto por Jayme, lança luz sobre o debate a respeito do impacto do Direito Comunitário no Direito Internacional Privado dos Estados Membros, é útil considerar visões alternativas sobre o assunto. Uma abordagem de competição interjurisdicional dá uma contribuição interessante ao debate atual (Cf. KERBER, 2000, p. 249)<sup>35</sup>. Além disso, em um ambiente jurídico competitivo, o Direito Internacional Privado Europeu deve ser um produto suficientemente bom para derrotar seu maior competidor, a arbitragem internacional.

### *1. Uma oportunidade que não deve ser perdida:<sup>36</sup> competição interjurisdicional<sup>37</sup> dentro dos Estados Membros da União Européia*

A maior preocupação com a abordagem de direitos humanos advogada por Jayme é que tem pouco ou nenhum impacto em transações negociais intra-europeias. Nesses casos, uma abordagem puramente humanitária não faz sentido. Deve-se buscar alternativas para atender às necessidades da comunidade de negócios européia sem distorcer as metas estabelecidas pela União Européia: um mercado internalizado, descentralização e diversidade dentro da Comunidade Européia (Cf. KERBER, 2000, p. 217). Ao defender sua tese de uma competição interjurisdicional européia, Kerber (2000, p. 218) relembra que uma Comunidade centralizada não é desejada porque traz burocratização, *rent seeking* e expectativas não-atendidas do constituinte.

Competição interjurisdicional na Comunidade, por outro lado, permite que as jurisdições concorram umas com as outras no mercado por seus Direitos (KERBER, 2000,

p. 220). Logo, avaliar um sistema de concorrência entre jurisdições dentro da Comunidade leva a encorajar políticas tais como subsídios públicos para a relocação de firmas em sua jurisdição, política econômica que melhore as condições da jurisdição, desregulação, extensão de infraestrutura, melhora da *performance* do setor público ou do sistema jurídico, investimentos em universidades e pesquisa científica, e reduções nos impostos (KERBER, 2000, p. 221). Entretanto, ao eliminar a concorrência, automaticamente eliminam-se competências descentralizadas e reduz-se a mobilidade (KERBER, 2000, p. 221).

O problema, conforme discutido por Kerber (2000, p. 236), é que as regras de concorrência na União Européia não se referem a competição interjurisdicional. A concorrência entre jurisdições deve ser vista como uma alternativa ou meio complementar de promover integração ótima (*optimal integration*) entre os Estados Membros (KERBER, 2000, p. 247). Há esperanças de uma integração européia de sucesso sob a abordagem competitiva proposta dada a diversidade de Direitos dentro da Comunidade e a habilidade dos constituintes de migrarem (*voting with feet*).<sup>38</sup>

Muir Watt (2002, p. 383) parece concordar com Kerber (2000) em muitos aspectos e propõe uma agenda para a escolha de lei européia para refletir o mercado “integrado e interconectado” (*integrated and interconnected*). A essência do seu argumento confia na função reguladora do Direito Internacional Privado (Cf. WAI, 2002, p. 209). Regras de escolha de lei deveriam quebrar a *summa divisio* público/privado e ser incorporadas em campos reguladores do Direito, tais como seguros, bancos e meio ambiente (WATT, 2002, p. 395). Falhas de mercado e externalidades transfronteiriças devem ser abordadas pelo regulamento centralizado da Comunidade (WATT, 2002, p. 388).

## 2. O problema da substituição: arbitragem internacional

As reformas propostas por Kerber e Muir Watt no Direito Internacional Privado dos

Estados Membros da União Européia têm a intenção de lidar com as necessidades de uma economia de mercado, mas também abordam um problema relacionado, a substituição da escolha da lei pela arbitragem internacional. A arbitragem tornou-se popular em transações internacionais porque oferece às partes litigantes maior previsibilidade com relação à lei aplicável e ao fórum do que as disputas jurídicas no tribunal. Há um tendência norte-americana crescente de usar a arbitragem para questões envolvendo transações de consumo. Embora a arbitragem envolvendo um sujeito vulnerável seja atualmente inaceitável sob a ordem pública européia, essa tendência norte-americana pode eventualmente espalhar-se pelo continente europeu.

Se as regras de Direito Internacional Privado dos Estados Membros devem permanecer competitivas, pelo menos nas áreas não-regulatórias, devem implementar as sugestões dos acadêmicos que defendem a abordagem de competição interjurisdicional à escolha de lei. As preocupações dos acadêmicos interjurisdicionais com relação às desvantagens de ter regras de Direito Internacional Privado com competição limitada é onde a arbitragem internacional colhe os frutos de sua vantagem comparativa. Regras de arbitragem internacional são flexíveis às necessidades e desejos das partes (RAU; PÉDAMON, 2001)<sup>39</sup>. Em arbitragem internacional, as partes são livres para desenvolver combinações impensáveis no rígido modelo institucional de Direito Internacional Privado europeu. Radicati di Brozolo chegou a argumentar que a arbitragem internacional está implementando uma nova categoria de regras, as regras seminecessárias (BROZOLO, 2003; WATT; BROZOLO, 2004)<sup>40</sup>. Conclui-se que, ao “contratualizar” a arbitragem, as partes podem encontrar uma forma de evitar o Direito regulatório (WATT, 2002, p. 388).

Pode-se argumentar que a opção pela arbitragem internacional em vez de regras estatais de Direito Internacional Privado é

uma estratégia favorável aos tribunais dos Estados Membros porque libera os tribunais de conflitos frívolos. A longo prazo, a abordagem tradicional não é o melhor método de manter as regras européias de escolha de lei competitivas no mercado global.

#### IV. Conclusão

Porque a globalização afeta o sistema jurídico europeu, o Direito Comparado deve educar a comunidade jurídica internacional sobre os benefícios e desvantagens de abordagens jurídicas alternativas à globalização<sup>41</sup>. Quando os comparatistas são chamados a contribuir para o debate, devem estar cientes de que as regras do jogo mudaram e que eles devem ajustar-se ao novo ambiente de mercado. Eles somente irão provar-se participantes valiosos em qualquer debate se seus discursos forem submetidos a mudanças metodológicas (Cf. MATTEI, 1998, p. 718)<sup>42</sup>. Essas lições são aplicáveis diretamente ao debate europeu sobre os impactos do Direito Comunitário no Direito Internacional Privado dos Estados Membros. Aqui, mais uma vez, o fundamento econômico do Direito Comparado oferece contribuições que, sem esquecer as lições do passado, buscam desestabilizar alternativas que são fundamentais se os estudos jurídicos comparados e o Direito Internacional Privado pretendem permanecer na agenda.

#### Notas

<sup>1</sup> *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993). Veja-se também *Richards v. Lloyds of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998).

<sup>2</sup> O termo “estudos jurídicos comparados” (*comparative legal studies*), conforme usado aqui, foi cunhado por Pierre Legrand e Roderick Munday (2003). Prefiro o termo estudos jurídicos comparados porque aborda o tema do Direito Comparado como um método e permite a reflexão sobre o método livre de preconceitos (se isso é mesmo possível).

<sup>3</sup> Note-se, no entanto, que a tese que ele desenvolveu foca-se no estudo do Direito Comparado em faculdades de Direito norte-americanas.

<sup>4</sup> Argumentando que pode-se quebrar barreiras em estudos jurídicos comparados introduzindo o que ele chama de “metodologia rosada” [*rosy methodology*]. A metodologia rosada é baseada em três presunções fundamentais: 1) pode-se de fato entender o sistema estrangeiro; 2) o sistema estrangeiro deve ser abordado literalmente; e 3) deve-se focar em uma gama mais ampla de materiais para melhor compreender o sistema jurídico estrangeiro.

<sup>5</sup> Este ensaio convencionou de tradição ou sistema civilista (de Direito Civil) o que René David (1964, p. 25) denominou família romano-germânica. Não há que se confundir a tradição de Direito Civil com o que países de tradição civilista, como o Brasil, chamam de Direito Civil.

<sup>6</sup> Para uma abordagem completa dos aspectos epistemológicos do Direito, refira-se a Geoffrey Samuel (2003).

<sup>7</sup> “[Códigos] são modelos abstratos para a solução de problemas concretos; eles são diretivas para os cidadãos em geral; e são o meio pelo qual o conhecimento jurídico é transmitido de uma geração à outra.” No original: “[Codes] are abstract models for the solving of concrete problems; they are directives to the citizens at large; and they are the means by which legal knowledge is transmitted from one generation to another.” (SAMUEL, 2003, p. 83).

<sup>8</sup> “Os códigos, portanto, são modelos científicos somente de forma muito limitada [...] Códigos como sistemas inteligentes não contêm informações o suficiente para serem capazes de chegar a conclusões inquestionavelmente corretas.” No original: “The codes, therefore, are scientific models only in a rather limited way [...] Codes as intelligent systems do not contain enough information for them to be able to arrive at unquestionably correct conclusions.” (SAMUEL, 2003, p. 88).

<sup>9</sup> O debate entre ser o mesmo *versus* ser outro (*sameness vs. otherness*) não é particular dos estudos jurídicos comparados. Há provas de um fenômeno similar na antropologia comparada. (Cf. NADER, 1998, p. 597).

<sup>10</sup> Veja-se também LANDO, 1990.

<sup>11</sup> Explicando a teoria da convergência conforme defendida por De Groot, Glenn e Markesinis. No original: “while there may be distinctions between legal systems at the level of problem conceptualization, the functional solutions to problems tend to be similar, which [...] is what ultimately matters for the comparatist.”

<sup>12</sup> Argumentando que a convergência de sistemas jurídicos produz conseqüências não-pretendidas e indesejadas.

<sup>13</sup> Veja-se Parte II.B.2.ii.

<sup>14</sup> Veja-se também MATTEI, 2004.

<sup>15</sup> “Se um sistema jurídico deve evoluir, precisa da intervenção de alguma força externa desempenhando algum papel semelhante ao desempenha-

do pelos tribunais de equidade na Inglaterra medieval. A análise econômica do Direito moderna está certamente tentando desempenhar esse papel usando a idéia de eficiência em vez da de equidade.” No original: “If a legal system is to evolve it needs the intervention of some external force playing a role similar to that played by the courts of equity in medieval England. Modern law and economics is certainly trying to play this role by using the idea of efficiency rather than that of equity.” (MATTEI, 1997, p. 15).

<sup>16</sup> Sobre o recurso à economia nos estudos jurídicos, ver MATTEI, 1997, p. 25. (“A Economia ainda é considerada a rainha das ciências sociais. Os modelos jurídicos norte-americanos, que já gozam de prestígio mundial, recebem uma forte legitimação científica a partir de sua conexão com a ciência econômica. Quando a filosofia era a disciplina acadêmica de prestígio, os juristas conseguiam encontrar entre suas ferramentas (ou mais precisamente dentro de seu jargão) a chave do sucesso. O padrão agora se repete com a economia. Juristas ocidentais estão constantemente buscando algum aprisionamento de nobreza, para lidar com a responsabilidade social.” No original: “Economics is still considered the queen of the social sciences. American legal models, which already enjoy worldwide prestige, receive a strong scientific legitimation from their connection with economic science. When philosophy was the prestigious academic discipline, lawyers managed to find within its tools (or more precisely within its jargon) the key to their success. The pattern is now repeating itself with economics. Western lawyers are constantly seeking some trapping of nobility, to cope with the social responsibility.”).

<sup>17</sup> No original: “there may be as many opinions on equity and justice as there are individuals evaluating a certain legal solution or a certain factual situation [...] there are just a couple of recognized standards of economic efficiency that are at the roots of the success of economics among the social sciences.”

<sup>18</sup> No original: “by using efficiency analysis, lawyers are put in the same position as when using the comparative analysis. They are allowed a detached outside look at the actual dynamics of the law.”

<sup>19</sup> Cf. OGUS, 1999, p. 405.

<sup>20</sup> Seu artigo pode ser visto como o contraponto europeu ao artigo de Fletcher (1998, p. 693). Argumentando que a disciplina do Direito Comparado nos Estados Unidos deveria ser abordada de forma inovadora, superando o debate comum na área, e argumentando ainda que o Direito Comparado pode ter um papel a desempenhar como uma disciplina desestabilizadora. Ele prova seu argumento dizendo que o realismo jurídico, análise econômica do Direito e assim por diante, todos tiveram

grande impacto sobre o pensamento norte-americano porque eles desafiaram noções concebidas de Direito. O Direito Comparado, por outro lado, sempre desempenhou um papel descritivo (noticial).

<sup>21</sup> No original: “un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes en vertu duquel l’une d’elles, le créancier, peut exiger de l’autre, le débiteur, une prestation ou une abstention.”

<sup>22</sup> No original: “system of courts and the system of liability developed in a haphazard fashion according to the empirical needs of the time.”

<sup>23</sup> *Henderson v. Merrit Syndicates Ltd.*, 2 A.C. 145, 184 (1995).

<sup>24</sup> Para uma descrição mais completa da metodologia dedutiva, ver SAMUEL, 2003, p. 105-107.

<sup>25</sup> No original: “what is the point of comparison if all that comparatists see are similarities? The civil-law and common-law traditions offer two modes of understanding reality (reflecting two foundational mythologies). Each legal tradition, therefore, makes a specific, non-replicable contribution to the European construction as it purports to formulate an original world-view.”

<sup>26</sup> Cf. FUCHS, 2004.

<sup>27</sup> Essa frase foi cunhada por Ugo Mattei. (Cf. MATTEI, 1994, p. 195) *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law.*

<sup>28</sup> Conforme apontado anteriormente neste ensaio, há aqueles que acreditam que culturas diferentes simplesmente NÃO convergem. (LEGRAND, 1996a).

<sup>29</sup> No original: “judicial negotiation.”

<sup>30</sup> Cass., May 17, 1993, D. 1995.276.

<sup>31</sup> As idéias de Erik Jayme foram amplamente aceitas no Brasil. Nadia de Araújo, autora do principal manual de Direito Internacional Privado brasileiro, expressamente abraça a teoria pós-moderna desenvolvida por Jayme (Cf. ARAÚJO, 2003).

<sup>32</sup> Argumentando que o Artigo 6 da Convenção de Direitos Humanos deveria ser aplicável dentro dos Membros da Comunidade, e que sua aplicação pelos Estados Membros, quando lidando com países terceiros, mostra a internacionalização do Direito europeu nos Direitos dos Estados Membros.

<sup>33</sup> CJEC, 28 May, 2000, aff. C-7/98, *Krombach v. Bamberski*. Para um comentário mais detalhado sobre o caso, ver WATT, 2001a, p. 549.

<sup>34</sup> No original: There, “the Court of Luxembourg introduced the content of Article 6 Section 1 of the Human Rights Convention into the framework of the public policy clause of Article 27(1) of the Brussels Convention, so that requirements of procedural fairness in the latter context are entirely synonymous with the fundamental right to equitable process guaranteed by the former.”

<sup>35</sup> Argumentando que “a tarefa central da CE seria o estabelecimento de uma estrutura de regras

que assegurariam tanto a concorrência entre empresas para o fornecimento de bens privados, quanto a concorrência interjurisdicional para os bens públicos". No original: "the central task for the EC would be the establishment of a framework of rules that would ensure both competition between firms for the provision of private goods, and interjurisdictional competition for public goods."

<sup>36</sup> Inspiração para o título vem de Ugo Mattei (1998, p. 718).

<sup>37</sup> Cf. WATT (2003, p. 383), argumentando a favor do uso da escolha de lei como um instrumento de economia política, desmistificando a função neutra do raciocínio por trás das regras de Direito Internacional Privado e sugerindo que uso da escolha de lei em conflitos envolvendo Direito regulatório.

<sup>38</sup> É claro que esse é um argumento relativamente otimista. É indiscutível que o mercado para os Direitos da Comunidade Européia, bem como qualquer mercado para produtos, está sujeito a distorções, tais como assimetrias de informações. Somente isso seria o suficiente para buscar medidas corretivas.

<sup>39</sup> Relembrando que a arbitragem é o "sonho das partes" [*dream of the parties*], porque elas são livres para estruturar o acordo de arbitragem como desejarem.

<sup>40</sup> Argumentando que o papel crescente desempenhado pela autonomia privada em transações internacionais pode minar o alcance de regras obrigatórias das ordens jurídicas nacionais. Para uma reação ao último, ver Silvia Ferreri (2004).

<sup>41</sup> Eu uso o termo ator porque, em termos globais, a função e utilidade do Direito Comparado esticou-se para incluir não somente instituições nacionais, mas também internacionais (Cf. MATTEI, 2004), argumentando que a distinção tradicional entre tradição romano-germânica e *common law* para propósitos comparativos é obsoleta e que os comparatistas deveriam em vez disso, focar-se nos novos atores, tais como a OMC e o FMI. (REIMANN, 2001).

<sup>42</sup> Argumentando que a globalização legitimará o Direito Comparado se os comparatistas superarem as barreiras metodológicas e concentrarem-se em esforços interdisciplinares.

## Referências

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAR, Christian v. From principles to codification: prospects for european private law. *The Columbia Journal of European Law*, Columbia, n. 8, p. 379-388, 2002.

BROZOLO, Luca G. Radicati di. Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire?. *Revue Critique De Droit International Privé*, Paris, v. 92, n. 1, jan./mar. 2003.

DAVID, René. *Les grands systèmes du droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1964.

FERRERI, Silvia. The autonomous contract and declining mandatory rules: a first reaction to an article by Horatia Muir Watt and Luca Radicati di Brozolo. *Global Jurist Topics*, Berkeley, v. 4, n. 3, 2004. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol4/iss3/art1>>. Acesso em: 6 out. 2004.

FLETCHER, George. Comparative law as a subversive discipline. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

FUCHS, Angelika et al. *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. Paris: [s. n.], 2004.

GORDLEY, James. Is comparative law a distinct discipline?. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'académie de droit international de Haye*, Haye, n. 251, 1995.

\_\_\_\_\_. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 759, jan. 1999.

KERBER, Wolfgang. Interjurisdictional competition within the european union. *Fordham International Law Journal*, New York, v. 23, p. 217-249, 2000.

LANDO, O. Why harmonize contracts law of europe. In: \_\_\_\_\_. *International contracts and conflicts of law*. [S. l.]: P. Sarcovic, 1990.

LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E. The question of understanding. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. (Ed.). *Comparative legal studies*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 45, n. 1, p. 52-81, jul. 1996a.

\_\_\_\_\_. *Fragments on law-as-culture*. Deventer: W.E.I Tjeenk Willink, 1999a.

\_\_\_\_\_. *Le droit comparé*. Paris: Presses universitaires de France, 1999b.

\_\_\_\_\_. Sens et non-sens d'un code civil European. *Revue Internationale De Droit Comparé*, Paris, v. 48, n. 4, oct./ dec. 1996b.

\_\_\_\_\_. Structuring european community law: how tacit knowledge matters. *Hastings International and*

*Comparative Law Review*, San Francisco, v. 21, p. 871-881, 1998.

\_\_\_\_\_. ; MUNDAY, Roderick (Ed.). *Comparative legal studies*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

MARKESINIS, Basil S. *Always on the same path: essays on foreign law and comparative methodology*. [S. l.: s. n.], 2001.

\_\_\_\_\_. *Foreign law and comparative methodology: a subject and a thesis*. [S. l.: s. n.], 1997.

\_\_\_\_\_. ; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002.

MATTEI, Ugo. An opportunity not to be missed: the future of comparative law in the united states. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, p. 709-718, 1998.

\_\_\_\_\_. *Comparative law and economics*. Michigan: University of Michigan, 1997.

\_\_\_\_\_. *Law and economics and U.S. legal hegemony: an essay on the rise and fall of cultural prestige*. [S. l.: s. n.], 2004.

\_\_\_\_\_. Why the wind changed: intellectual leadership in western law. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 42, 1994.

NADER, Laura. Comments. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

OGUS, Anthony. Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law. *International and Comparative law Quarterly*, Oxford, v. 48, n. 2, p. 405-418, 1999.

PAPADOPOULOS, Ioannis. La philosophie pénale entre utilité sociale et morale retributive. *L'Americanisation du Droit*, Paris, n. 45, p. 159-176, 2001.

RAU, Alan Scott; PÉDAMON, Catherine. La contractualisation de l'Arbitrage: le modèle américain. *Revue De L'Arbitrage*, Paris, n. 3, jui./sep. 2001.

REIMANN, Mathias. Beyond national systems: a comparative law for the international age. *Tulane L. Rev.*, [S. l.], v. 75, 2001.

\_\_\_\_\_. Stepping out of the european shadow: why comparative law in the United States must develop its own agenda. *American Journal of Comparative law*, Michigan, v. 46, 1998.

ROMANO, Roberta. Law as product: some pieces of the incorporation puzzle. *Journal of law, economics and organization*, Oxford, v. 1, p. 225-283, 1985.

SAMUEL, Geoffrey. *Epistemology and method in law*. London: Ashgate, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manuscrito inédito sobre a estrutura e responsabilidade civil na common law: causas de ação*. [S. l.: s. n., 200-?]. (Mimeo.).

SONNENBERGER, Hans Jurgen. L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles?: réflexions sur la communication de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du parlement européen du 15 novembre 2001. *Reveu critique de droit international privé*, Paris, v. 91, n. 3, jui. /sep. 2002.

SYMEONIDES, Symeon. Tort conflicts and Rome II: a view from across the atlantic. In: MANSEL, Heinz-Peter et al. (Ed.). *Festschrift für Erik Jayme*. München: Sellier, 2004.

TERRÉ, Francois et al. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2002.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in british law or how unifying law Ends up in new divergences. *The modern law Review*, London, v. 61, 1998.

WAI, Robert. Transnational liftoff and juridical touchdown: the regulatory function of private international law in an era of globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, Washigton, v. 40, 2002.

WATT, Horatia Muir. Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy. 9 *Columbia European Law*, Washington, v. 40, 2002.

\_\_\_\_\_. Evidence of an emergent european legal culture: public policy requirements of procedural fairness under the brussels and lugano conventions. *Texas International law Journal*, Texas, v. 36, 2001a.

\_\_\_\_\_. Experiences from Europe: legal diversity and the internal market. *Texas International law Journal*, Texas, v. 39, spring. 2004.

\_\_\_\_\_. La fonction subversive du droit compare. *Revue Internationale De Droit Comparé*, [S. l.], v. 52, p. 503-527, jul./sep. 2000.

\_\_\_\_\_. Les modèles familiaux a l'épreuve de la mondialisation: aspects de droit international privé. *L'Americanisation du Droit*, Paris, n. 45, 2001b.

\_\_\_\_\_. ; BROZOLO, Luca G. Radicati di. Party autonomy and mandatory rules in a global world: international law and economics: some suggested reading. *International Law Forum Du Droit International*, Oxford, v. 6, n. 2, maio 2004.

WESTBROOK, Jay L. International judicial negotiation. *Texas International law Journal*, Texas, v. 38, 2003.



