

VISÕES PARA UMA TEORIA PÓS-MODERNA DO DIREITO COMPARADO¹

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

I – Prática e Teoria do Direito Comparado

O Direito Comparado aplicado (*die angewandte Rechtsvergleichung*) é hoje um direito de evidências e quase-obviedades.² Não segue nenhuma Teoria, mas sim, uma tarefa prática de organização. Seja no exame de um caso de Direito internacional privado com elementos de estraneidade (*Auslandsfall*)³, ou de um projeto de lei, seja na preparação para uma planejada uniformização de leis, seja na decisão de uma nova pergunta em um caso concreto: em todos estes momentos - e para citar ZWEIGERT⁴ - o direito comparado serve ao auto-controle e à afirmação da própria solução proposta (*Kontrolle und Bestätigung der eigenen Lösungen*).

Cada vez mais, são raras as reflexões sobre a função e o método do Direito Comparado como ciência. Como ciência, trata-se - nas palavras de RABEL - de *Erkenntnis*, de conhecimento.⁵ O conhecimento é inicialmente livre de uma finalidade: ele deve aumentar nossa visão, multiplicar nosso saber científico (*Wissen*). Este efeito multiplicador só é possível através de novas indagações, como a que estamos propondo.

¹ Tradução para o português da Conferência apresentada em Osnabrück, em 5 de Junho de 1997, publicada no Brasil in Revista dos Tribunais (São Paulo), nr. 759, ano 88, janeiro 1999, p. 24 a 40. A forma da apresentação foi mantida pelo Autor, que agradece as contribuições de seu Assistente Sr. Florian Wagner. Tradução livre e autorizada da Professora Dra. Claudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil. A tradução realizada pode ser considerada "livre", pois tentou manter a forma original narrativa e quase literária do texto, sem deixar de mencionar as várias idéias sugeridas através da precisão alemã dos conceitos jurídicos e filosóficos usados e de bem humorados jogos de palavras, que se perderiam em uma tradução literal.

² Sobre a diferença entre Direito comparado "angewandter" e "spekulativer", veja SANDROCK, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, Frankfurt am Main/Berlin 1966, pg. 12 ss., 23 ss.

³ Veja JAYME, Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht, Festschrift Schwind, Wien 1978, pg. 103 ss.

⁴ ZWEIGERT, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15(1949/50), 5 ss., 17.

⁵ RABEL, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13(1924), 279 ss., citado aqui segundo Gesammelte Aufsätze III (1967), pg. 1 ss., 6.

II – Teses para um Direito Comparado Pós-moderno

A Pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da Modernidade, que ela não quer ser.⁶

Para que se construa uma visão dos reflexos da pós-modernidade no direito, mister propor algumas teses, discutí-las e analisá-las, como as observações a seguir pretendem ser e reascender.

A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsame*), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*).

A segunda Tese afirma que, enquanto o direito comparado moderno queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas (*Rechtssätze*), o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro (*dem Flüchtigen*). Menos para o que ficou, para aquilo que a história desenvolveu, e sim, mais, para o atual, para o contemporâneo (*Zeitgenössische*), cujo destino histórico e permanência ainda são incertos.

A terceira Tese de trabalho é interdisciplinar e afirma que: o objeto da pesquisa de direito comparado atual deveria ser a diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura de pensamento pós-modernos (*postmoderne Werte und Denkstrukturen*).

Estas três Teses exigem um exame aprofundado, uma maior análise, quanto mais se refletimos sobre as perguntas práticas que propõem.

III – A Unidade Substancial (“Unità sostanziali”) de Vico até a atualidade

O direito comparado moderno inicia realmente já com o filósofo VICO, nascido em 1668 em Nápoles, Itália. Na sua obra “Scienza Nuova”, que somente foi conhecida em 1725, encontra-se como décimo-terceira “*degnità*” o seguinte dogma (*Lehrsatz*):⁷ “*Idee uniformi nate appo intieri popoli tra essoloro non conosciuti debbon avere un motivo comune di vero.*” Em Português: idéias uniformes nascidas nos povos inteiros, que entre si não se conhecem, devem ter um motivo comum de verdade.

Em sua obra, na qual ele desenvolve da natureza das nações um direito natural dos povos, refere-se VICO à 13ª “*degnità*” como um “*gran principio*”.⁸ O “*senso comune del gener umano*” é que faria tal “*unità sostanziali*” aparecer.

Destas considerações para a hoje majoritária noção de Direito comparado, não estamos longe. Trara-se de uma teoria antropológica: afinal, o homem reage a determinadas exigências (*Anforderungen*) de maneira semelhante.

⁶ Veja KOSLOWSKI, Die postmoderne Kultur, 2. Ed. München 1988, pg. 48, 88, 151; CESERANI, Raccontare il postmoderno, Turin 1997, pg. 127.

⁷ Giambattista VICO, La scienza nuova (Paolo Rossi Org.), Rizzoli 1977, pg. 179.

⁸ VICO, idem. Veja sobre o tema CONSTANTINESCO, Rechtsvergleichung, tomo I, 1971, pg. 87.

Emérico AMARI (1810 - 1870) criou com sua obra monumental “Critica di una scienza delle legislazioni comparate” - aparecida em Genova em 1857 - e com base nas idéias de VICO, um Sistema de Direito Comparado como ciência.⁹ Note-se que AMARI usa como escala de comparação, um fator alheio ao direito mesmo examinado, o que tem sempre fascinado a discussão metodológica. AMARI chama este fator de “o melhor social” (*das soziale Beste*).¹⁰ Mais tarde, referem-se os autores à idéia de justiça (*Gerechtigkeitsidee*).¹¹ Onde o comum não era encontrado, o diferente era considerado passageiro ou irrelevante. A idéia de progresso está ligada àquelas normas jurídicas (*Rechtssätzen*), cuja aceitação universal era considerada apenas um pergunta de tempo.¹²

IV - Nietzsche: A época da comparação

Da mesma forma pensava Friedrich Nietzsche. Em sua obra “Menschliches, Allzumenschliches - Ein Buch für freie Geister”, que aparece em 1878, seu 23º Aforismo possui o título “Das Zeitalter der Vergleichung” (a época da comparação). Aqui encontramos as seguintes frases:¹³ *Jetzt wird eine Vermehrung des ästhetischen Gefühls endgültig unter so vielen der Vergleichung sich anbietenden Formen entscheiden: sie wird die meisten - nämlich alle, welche durch dasselbe abgewiesen werden - absterben lassen. Ebenso findet jetzt ein Auswählen in den Formen und Gewohnheiten der höheren Sittlichkeit statt, deren Ziel kein anderes, als der Untergang der niedrigeren Sittlichkeiten sein kann. Es ist das Zeitalter der Vergleichung!*

Fatos comuns nascem aqui a custa dos mais fracos. Trata-se de uma comparação parecida com o darwinismo: os costumes e regras jurídicas comparam-se a si mesmas.¹⁴ Algumas desaparecerão, outras sobreviverão. AMARI menciona de forma semelhante a “biologia das leis”.¹⁵

Ponto alto deste direito comparado científico-antropológico é a definição de KOHLER sobre o método do direito comparado.¹⁶ “Trata-se, portanto, de compreender

⁹ JAYME, Emérico Amari (1810 - 1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft, Festschrift Firsching 1985, pg.143 ss.

¹⁰ Veja JAYME, idem, pg. 160.

¹¹ Sobre “droit idéal relatif”, veja ZWEIGERT, ob. cit. na nota 4 acima, 19 ss.

¹² Veja JAYME, Rechtsvergleichung und Fortschrittsidee, in: Schwind (Org.). Österreichs Stellung heute in Europarecht, IPR und Rechtsvergleichung, Wien 1989, pg. 175 ss. = Diritto comparato e teoria del progresso, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 1995, 39 ss.

¹³ NIETZSCHE, Werke - Kritische Gesamtausgabe (Colli/Montinari, Org.), Vierte Abteilung, Tomo II, Berlin 1967, pg. 40.

¹⁴ Veja JAYME, Das Zeitalter der Vergleichung - Emérico Amari (1810 - 1870) und Friedrich Nietzsche (1844-1900), in: MAZZACANE/SCHULZE (Org.), Die deutsche und die italienische Rechtskultur im “Zeitalter der Vergleichung”, Berlin 1995, pg. 21 ss.

¹⁵ Emérico AMARI, Critica di un scienza delle legislazioni comparate (1857), citado aqui segundo a edição de Frosini, Palermo 1969, Tomo 2, pg. 161 :“..la legislazione comparata diventa una biologia universale delle leggi..”.

¹⁶ KOHLER, Ueber die Methode der Rechtsvergleichung, GrünhutsZ 28(1901), 273 ss., 276.

cada direito nacional como uma linha adequada (*Glied*) para a cultura das pessoas, e de esclarecer sua contribuição para a formação da humanidade.”

O positivismo refrerá um pouco estas idéias. Mais tarde, a doutrina procurará novamente este fim comum e procurando - como no projeto de Cornell - o “*common core*” das ordens jurídicas.¹⁷ ZWEIGERT e KÖTZ formulam como princípio heurístico uma *praesumptio similitudinis*, a presunção de similitude das soluções jurídicas.¹⁸ O direito comparado funcional, que não se preocupa com o sistema, mas sim com o concreto resultado para uma questão jurídica, conclui com a ajuda da pesquisa de fatos jurídicos concretos (*Rechtstatsachenforschung*) novas semelhanças. Hoje, em tempos de União Européia, é vista como tarefa principal da ciência descobrir, conceituar e daí criar um direito privado europeu, como Kötz em sua recente obra “*Europäischen Vertragsrecht*” formula.¹⁹ A cultura jurídica européia, que retorna às mentes com a ajuda do direito comparado, parece ser um instrumento, uma nova guia, uma nova “diretiva de interpretação” (*Interpretationsdirektive*).²⁰

V – A Pós-modernidade: Valores e Formas

A pós-modernidade vive de outros pensamentos. O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor. A identidade cultural do indivíduo, como a dos povos, é que necessita de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico (*Rechtswert*); as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes.

Com isto, nos aproximamos da segunda tese, qual seja, do interesse da pós-modernidade no acontecimento contemporâneo, momentâneo, confirmando uma nova maneira de perceber a comparação.

O choque do novo passa a ser visível, especialmente na arquitetura, na pintura e na arte. Tratava-se inicialmente de uma nova valoração da expressão construída (*Neubewertung der Ausdrucksformen des Bauens*). “*Learning from Las Vegas: The Forgotten Symbolism of Architectural Form*” foi o título de um escrito que Robert VENTURI com dois co-autores publicou em 1972, hoje considerado um dos livros de culto (*Kultbuch*) da pós-modernidade.²¹ A - abstrata e ao bel prazer - possível

¹⁷ Veja Werner LORENZ, *Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts*, JZ 1962, 269 ss., 273 ss.; SACCO, *Un metodo di lavoro nuovo: Il seminario di Cornell*, Rivista di diritto civile 1972 II, 172 ss.

¹⁸ ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tomo I: Grundlagen, 2. Ed. 1984, pg. 41; crítico GROSSFELD, *Rechtmethoden und Rechtsvergleichung*, *RechtZ* 55 (1991), 4ss., 6.

¹⁹ KÖTZ, in: KÖTZ/FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht*, Tomo I, Tübingen 1996, VI. Caminhos semelhantes são percorridos pela moderna história do Direito; veja sobre o tema de um lado ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 1992, 8 ss., e de outro BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?*, Rom 1997.

²⁰ Veja MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, JZ 1991, 529 ss., 534.

²¹ VENTURI/SCOTT BROWN/IZENOUR, *Learning from Las Vegas: The Forgotten Symbolism of Architectural Form*, Cambridge (Mass.), London, 13. Reimpressão 1994.

troca de partes e funções do edifício com a finalidade, que o construído narre e demonstre seu sentido, seu fim, leva a que, por exemplo, um restaurante, que deseja fazer publicidade para seu pato assado, seja construído em forma de pato: “The Long Island Duckling” - antes motivo de chacota, agora respeitado- aparece como expressão de uma nova alegria de viver, que quer ser contada.²² A nova vivência (*Erlebnisdichte*) exige uma narração, quer narrar suas experiências.

Ao mesmo tempo, momentos básicos da história passam a ser utilizados e mostrados. Construções passam a ter, o que JENKS considera o conceito central da arquitetura pós-moderna, um “double coding”, um sentido duplo, sentido múltiplo: uma citação nostálgica encontra-se ao lado de uma narração, de uma descrição feita pelo próprio edifício.²³

Da mesma forma, a pintura após o moderno. O choque das exposições da “Am Moritzplatz” de Berlim no final dos anos 70 transforma-se rapidamente em sucesso mundial. A pintura de objetos retrocede, substituída por uma arte-rascunho de abstratos acasos e longe do sentido (*sinnenferne Konzeptkunst der abstrakten Zufälligkeiten*).²⁴ O corpo humano - por exemplo, na obra de Rainer FETTING²⁵ - passa a ter a importância, que desde os gregos antigos possuía.

VI - Direito Comparado Pós-moderno: Definição

A doutrina sobre a pós-modernidade e seus reflexos no Direito já preenche algumas prateleiras das Bibliotecas.²⁶ Apesar do perigo da arbitrariedade, é possível escolher algumas linhas e modelos de pensamento básico para este tema.²⁷ Destes pensamentos básicos é de se destacar, em primeiro lugar, a pluralidade das formas de vida (*Pluralismo*), em segundo, a narração como prazer na descrição e na informação (*Narração*), ainda a fuga da categoria, do igual (“*Flucht aus der Kategorie*” de Gamm²⁸) e por último, o que o jusfilósofo Arthur Kaufmann denomina de

²² VENTURI/SCOTT BROWN/IZENOUR, idem, pg. 87 seg.

²³ JENKS, What is Post-modernism?, 3.Ed., New York 1989, pg. 14. Veja sobre a aplicação prática do “double coding” através do arquiteto Philip Johnson: Franz SCHULZE, Philip JOHNSON - Life and Work, Chicago 1994, pg. 349-350; veja também VENTURI, Complexity and Contradiction in Architecture, 1966, 2. Ed. 1977, Reprint 1992, pg. 34 ss.

²⁴ Veja o capítulo “Malerei der Postmoderne - die Neuen Wilden”, in: KLOTZ, Kunst im 20. Jahrhundert - Moderne, Postmoderne, Zweite Moderne, München 1994, pg. 94 ss.

²⁵ Veja M. FAUST, Rainer FETTING, in: Ausstellungskatalog Berlin/Weimar 1990, pg. 22 seg.

²⁶ Mister diferenciar entre Teoria Jurídica pós-moderna e direito pós-moderno; sobre a primeira veja, por exemplo, DOUZINAS/WARRINGTON/MCVEIGH, Postmodern Jurisprudence, Paperback, New York 1993; LADEUR, Postmoderne Rechtstheorie, 2. Ed., Berlin 1995; veja também SÁNCHEZ LORENZO, Postmodernismo y Derecho internacional privado, Revista española de Derecho internacional XLVI (1994), 557 ss.; GHERSI, La posmodernidad jurídica, Buenos Aires 1995.

²⁷ Veja JAYME, Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours 251(1995), 9 ss., 247.

²⁸ Gerhard GAMM, Flucht aus der Kategorie - Die Positivierung des Unbestimmten als Ausgang der Moderne, Suhrkamp 1994.

“Revival do irracional” (“Wiederkunft des Irrationalen”),²⁹ o que se poderia de forma positiva compreender também como o “Retorno dos sentimentos” (*Rückkehr der Gefühle*).³⁰

Com isto alcançamos um **Definição** provisória: O direito comparado pós-moderno pesquisa as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como formas de expressão contemporânea de valores (*Werten*) e estilos de pensar (*Denkstilen*).

Para melhor compreensão, alguns exemplos:

VII - Pluralidade como Valor jurídico

Dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage an universelle Ansprüche eigener Anschauungen*). Isto pode ser dito de forma mais radical: É a aceitação do não conciliável (*Hinnahme des Unvereinbaren*). LYOTARD escreve:³¹ “Le savoir postmoderne n’est pas seulement l’instrument des pouvoirs. Il raffine notre sensibilité aux différences et renforce notre capacité de supporter l’incommensurable.” Em português: O saber, a condição pós-moderna não é somente um instrumento de poder. Ele desenvolve, refina nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável, o inconciliável (*das Unvereinbare zu ertragen*).³²

Na teoria do direito encontramos tentativas de explicação para as grandes diferenças; como se a causa original (*Entstehungsursachen*) para determinadas regras fosse a “path dependence” ou o jogo de coincidências no sentido da Teoria do Caos.³³ O que chama atenção, porém, que não só se reconhece esta interdependência, mas sim a aceita. Uma explicação racional poderia ser o fato que as diferenças fomentam a concorrência. Por trás de tudo, porém, está a idéia da pluralidade.

Na linguagem do direito, o pluralismo significa ter à disposição alternativas, opções, possibilidades, como demonstrou a pouco LEMOULAND no seu artigo “Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?”³⁴ Este autor afirma: “La loi ne dirige plus. Elle gère.”³⁵ O que poderíamos traduzir livremente como: A lei não mais conduz, ela administra. É o que Koslowski denomina a força normadora da vida (“*die normsetzende Kraft des Lebens*”).³⁶

²⁹ Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nachneuzeit*, Heidelberg 1990, pg. 6.

³⁰ Veja sobre o tema Gerhard HOFFMANN/Alfred HORNUNG (Org.), *Emotion in Postmodernism*, Heidelberg 1997.

³¹ LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris 1979, pg. 8 -9.

³² LYOTARD, *idem*, joga com a dupla significação da palavra “incommensurable”, que significa tanto “incomensurável”, como também “sem medida”.

³³ Veja ROE, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, Harvard L. Rev. 109 (1996), 641 ss.

³⁴ LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?*, Dalloz, *Chronique*, 1997, 133ss.; veja também JAYME, *Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in: *Il Diritto dei nuovi mondi*, Mailand 1994, pg.343 ss.

³⁵ LEMOULAND, *idem*, pg. 135.

³⁶ KOSLOWSKI, *ob. cit.*, pg. 152.

Pensado é aqui não só a pequena autonomia dos indivíduos, mas sim significa a convivência, lado a lado, ao mesmo tempo, dos diferentes, do estrangeiro (*das Nebeneinander des Fremden*), é a adaptação dos contrapostos. Comparação pós-moderna significa então estudar a posição dos vários sistemas jurídicos nestas questões.

Aqui se inclui estudar as diferentes intensidades do respeito dos Estados com relação à individualidade e aos costumes dos seus povos nativos.³⁷ A proteção da identidade cultural das minorias é apenas um aspecto da maneira pós-moderna de ver, onde cada indivíduo pode pretender e alcançar um direito a ser diferente (*droit à la différence*).³⁸

VIII – Direito Matrimonial

Um bom exemplo pode ser o direito de contrair matrimônio. O direito matrimonial foi reformado recentemente em muitas ordens jurídicas. Na Alemanha foi apresentado um projeto de lei de reforma geral do direito de contrair matrimônio (*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts*) de 9 de fevereiro de 1996.³⁹

Começemos pela **Espanha**, cujo direito matrimonial é bem conhecido na Alemanha através do *leading case* “Spanier-Entscheidung” da Corte Constitucional Federal de 4.5.1971. Atualmente não só o casamento civil foi introduzido ao lado do casamento religioso, como o Estado espanhol concluiu um convênio de cooperação e reconhecimento com três religiões, o qual foi aprovado através da normativa notarial de 10.11.1992.⁴⁰ Agora, portanto, tem efeitos civis os casamentos religiosos realizados pelo rito mulçulmano, se este casamento for corretamente inscrito no Registro Civil. Sendo assim convivem hoje na Espanha cinco formas de celebração do casamento: a canônica, a forma civil, a islâmica, a judaica e a protestante-evangélica.

A **Itália** chega a superar, em matérias de formas de celebração de casamentos válidos, a Espanha. Protestantes-waldenses, protestantes-metodistas, protestantes-adventistas, protestantes-evangélicos e judeus podem casar segundo seus ritos.⁴¹ Estes casamentos tem efeitos civis com o registro civil. Estas formas de casamento possuem como base os convênios do Estado italiano celebrados com estas respectivas igrejas e aumentam as já tradicionais outras formas de celebração do casamento: as três formas do casamento da Concordata

³⁷ Assim, por exemplo, Austrália e Nova-Zelândia, assim como o status dos índios nos EUA e Canadá. Veja por todos a excelente compilação de Masaji CHIBA (Org.), *Asian Indigenous Law*. In *Interaction with Received Law*, London, New York 1986.

³⁸ René Jean DUPUY, *La clôture du système international - La cité terrestre*, Paris 1989, pg. 115: “.. le droit à la différence. Son apparition est le signe d’une transformation radicale dans la perception de l’humanité.”

³⁹ BR-Drucks. 79/96 (9.2.1996).

⁴⁰ Veja Marchal ESCALONA, *Matrimonio religioso y la instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección de los Registros y del Notariado*, La Ley XVII, Nr. 4175 (27.11.1996), pg. 1 ss.; GARCÍA RODRIGUEZ, *Non-Catholic Religious Marriages in Spain*, *Spanish Yearbook of International Law II* (1992, publicado em 1996), pg. 32 ss.

⁴¹ CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile* 5. Ed. Padova 1995, pg. 296 -298 (Com. ao Art. 83 C.c.it.).

(casamento católico) e o casamento civil.⁴² Os detalhes são múltiplos e complicados. Dentre as condições para a celebração do casamento está incluída a nacionalidade italiana do celebrante em algumas religiões.⁴³ Pluralidade significa, portanto, uma complexa construção normativa.

O direito alemão não conhece uma semelhante pluralidade. A regra é o casamento civil (§ 11 EheG), com a única exceção do casamento entre estrangeiros previsto no Art. 13 parágrafo 3, segunda frase, da Lei de Introdução ao Código Civil alemão (EGBGB). Aqui não estão sendo previstas mudanças. As regras alemãs sobre a celebração do casamento tem como princípios básicos a facilitação administrativa e a economia de custos. Assim explicam orgulhosos os servidores do Ministério da Justiça, que trabalharam o projeto de reforma, que a mudança legal irá “poupar 33333 horas de trabalho.”⁴⁴ Na exposição de motivos do governo encontramos no que se refere à celebração do casamento a seguinte surpreendente frase:⁴⁵ “Efeitos desta lei sobre preços individuais, sobre nível de preços e especialmente sobre preços ao consumidor não são de se esperar, uma vez que as regras previstas não refletirão em aumento de custos para a economia e para o consumidor.”

Nenhuma palavra sobre a necessidade de pluralidade, que na sociedade e na consciência coletiva já é um consenso.

Esta comparação demonstra que, entre Alemanha e Espanha, uma enorme diferença existe. O direito comparado pós-moderno se contenta com isto. Uma valoração não é trazida. O direito segue a identidade cultural de um país. A Espanha agradece a sua existência como nação à Reconquista e à luta dos católicos contra os reis mouros; mas o testemunho da cultura árabe é tão forte que se tornou parte da atual Espanha. Na Itália permanecem os casamentos islâmicos sem efeito civil. Na Alemanha a celebração do casamento parece fazer nascer problemas econômicos. No mais, a preocupação principal é a criação de uma união monetária na Europa.

IX - Direito de Família Narrativo

Ficaremos um pouco mais com a Espanha. Se compramos em Granada a coletânea de leis usada pelos estudantes da Faculdade de Direito chamada “Leyes civiles especiales”, então encontraremos na rubrica “direito de Família” um Decreto da Comunidade Autónoma de Andalusia de 9.1.1996, o qual cria um registro legal para uniões fáticas, denominadas “*uniones de hecho*” ou “*uniones afectivas*”.⁴⁶ Uniões para a vida, uniões estáveis e fora do

⁴² Sobre o casamento da concordata, veja JAYME, Die Revision des Konkordats zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl und das deutsche Internationale Privatrecht, Jahrbuch für Italienisches Recht 2 (1988), pg. 3 ss.

⁴³ Veja sobre o tema SAGUTO, La disciplina del matrimonio nelle intese tra Repubblica Italiana e confessioni religiose diverse dalla cattolica, Diritto di famiglia e delle persone 1994, 778 ss., 784 (uma exceção seria o pastor waldense -Seita do século XII considerada herética-, o qual não necessita ter a nacionalidade alemã para ser celebrante no sentido da “intese”).

⁴⁴ Apud BOSCH, Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts, FamRZ 1997, 65 ss., 70.

⁴⁵ BR-Drucks. 79/96 (9.2.1996), pg. 37.

⁴⁶ RUIZ-Rico RUIZ (Org.), Leyes civiles especiales, Granada 1996, pg. 525 seg.

casamento – hetero ou homossexuais – podem se deixar aqui registrar. Preenchem os requisitos para o registro também as dissoluções de tais uniões e os contratos sobre os efeitos pessoais e patrimoniais de tais relacionamentos.

Andalusia não possui nenhuma competência para legislar sobre Direito de Família.⁴⁷ Pergunta-se então qual é o significado de tal lei, sem dúvida tem efeito simbólico e demonstra o reconhecimento de uma sociedade. encontramos aqui um fenômeno pós-moderno de primeira linha, isto é, um texto legal sem nenhum efeito direito ou reconhecido. Sua finalidade é um apelo à consciência. Aparece a norma “narrativa”, que narra, não tem coerção, não manda...⁴⁸

Pensemos, a contrário, no papel e função do notariado alemão e percebe-se porque uma regra semelhante não teria nenhuma possibilidade na Alemanha.

X – Sentimento e direito pós-moderno

Uma das características da pós-modernidade é abertamente confessar-se ao sentimento.⁴⁹ É o irracional que pressiona para a superfície.⁵⁰ A este movimento se aproxima na arquitetura a chamada “volta ao privado” (“*Rückzug auf das Private*”), que Stefan Grundmann tão magistralmente demonstrou.⁵¹ Assim também o Castelo-hotel “Vier Jahreszeiten” em Berlim, projetado por Karl Lagerfeld que bem representa a arquitetura de sonhos da pós-modernidade, que com pedaços de lembranças e memórias visa atingir os sentimentos embevecidos dos hóspedes.

Direito e emoção parecem não compatíveis, como se excluíssem um ao outro, logo, devemos perguntar como o direito reage a tais valores.

O *Code civil* francês em matéria de direito das crianças conhece uma nova regra (Art. 311-13), segundo a qual as partes, que perderem um processo envolvendo um criança, mas que criaram faticamente a respectiva criança até este momento, recebem um direito de visira, sempre que isto representar o interesse de bem-estar do menor. A Corte de Cassação utilizou-

⁴⁷ Isto se relaciona com o fato de que em Andalusia não existe Direito Foral. O Decreto se baseia no Art. 12 do Estatuto de Autonomia, sem discriminar exatamente as matéria. Em consideração viria, no máximo, “El fomento de la calidad de vida del pueblo andaluz”(Nr.5). Veja PÉREZ ROYO, Constitución española - Estatuto de autonomía para Andalucía, Sevilla 1995 pg. 107. Sobre divisão (Rechtsspaltung) do direito de família espanhol, veja JAYME, Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis, RabelsZ 55(1991), 303 ss.

⁴⁸ Veja JAYME, Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 1993.

⁴⁹ Veja sobre o tema a coleção “Emotion in Postmodernism”, ob. cit. na Nota 30. O “Moderno” ao contrário pode ser descrito no título do lendário album “Birth of the Cool” (Miles Davis 1950); com este título ocorreu em 1997 o Festival de Zurique com a exposição da pintura norte-americana desde 1945.

⁵⁰ Com uma visão política, veja HUNTINGTON, The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order., New York 1996.

⁵¹ Stefan GRUNDMANN, Moderne, Postmoderne und nun Barock - Entwicklungslinien der Architektur des 20. Jahrhunderts, Stuttgart 1995, pg. 85 ss.

se desta norma em recente acórdão no qual o antigo marido da mãe da criança recebeu um direito de visita por dois finais de semana por mês, quando se divorciou da mãe da criança. note-se que a criança não era filho natural de tal divorciado e a criança fora legitimado pelo novo casamento da mãe com o seu pai natural.⁵² Isto aconteceu contra a vontade dos pais naturais da criança. Lê-se na sempre sucinta argumentação da corte de Cassação francesa que laços afetivos ligavam o antigo padastro à criança: “M. Y. avait prodigué affection et soins personnels au jeune Brice..”

Uma comparação com o direito alemão seria interessante. Um tal resultado seria, seguindo-se o direito atualmente em vigor, impossível.⁵³ A noção de ordem da família é bastante estrita. Mencionamos por vezes a “família social”,⁵⁴ mas com isto não visamos os relacionamentos múltiplos. A jurisprudência alemã recorre as vezes a tais aproximações para reconhecer e constituir um direito de visitas aos avós.⁵⁵ Somente, porém, em caso de abuso do direito dos pais, direito este de pátrio-poder que será então parcialmente reduzido pelo Tribunal.

Já no direito francês o “amor” pode ser parte da hipótese legal ou suporte fático (*Tatbestandsvoraussetzung*) de uma norma jurídica. Os sentimentos, que podem ser significativos para o aparecimento de um direito subjetivo, não são simples, uma vez que empatias e carinho (*Zuneigungen*) podem se dividir e ser distribuídos a muitas pessoas.

As pessoas na Alemanha sentem, por suposto, o mesmo que na França. Isto apenas não consegue refletir-se no direito. Direito de Família na Alemanha também Direito de Organização e Ordem (*Ordnungsrecht*).⁵⁶

XI – Visões diferentes do consumidor

Quando escolhemos a pessoa, o ser humano, como ponto de referência, abrem-se um fascinante campo para a comparação. Nenhuma ordem jurídica pode sobreviver sem a figura criada da pessoa média (*Durchschnittsperson*). São as expectativas e visões de mundo desta figura irreal (*Kunstfigur*) que ajudam a interpretar e concretizar os conceitos de direito, os conceitos indeterminados e cláusulas gerais. é esta construção humana a projeção das valorações e visões nacionais, que podem ser bastante diferentes de nação para nação.

Um exemplo disto são os diversas e divergentes concepções ou visões de consumidor (*divergierenden Verbraucherleitbilder*). No direito francês aparece, em matéria de publicidade

⁵² Cass., 17.5.1993, D.1995.276.

⁵³ Veja o § 1685 Abs. 2 BGB na sua versão modificada pelo Projeto de Reforma do Direito das Crianças (*Kindschaftsreformgesetz*), BR-Drucks. 180/96 (22.3.1996), pg. 21.

⁵⁴ Veja por exemplo VerfG 12.10.1988, NJW 1989, 519.

⁵⁵ Veja PALANDT-DIEDERICHSEN, BGB, 56. Ed. 1997, § 1634 Rdnr. 7 com citações.

⁵⁶ Das zeigt sich auch in den deutschen Reformvorschlägen, welche zwar ein Umgangsrecht nichtelterlicher Bezugspersonen einführen möchten, aber solche Rechte klar auf gewisse Personen beschränken, BR-Drucks. 180/96 (22.3.1996), pg. 117.

enganosa, o “*consommateur moyennement avisé*”, o consumidor mediamente informado, mediamente atento.⁵⁷ No direito alemão a visão é outra. Assim conclui o Tribunal de primeira instância de Dusseldorf (LG Düsseldorf) em sua decisão sobre a publicidade de uma viagem de última hora ou de ocasião (“*Last-Minute-Reise*”):⁵⁸

“Publicidades comerciais, as quais como esta se dirige a um vasto público, são raramente lidas com atenção e espírito crítico. Para isto falta normalmente o tempo e a vontade. No rápido ler, no olhar ou no ouvir absorve-se a mensagem de forma imprecisa, incompleta e sem observação crítica, não se absorve ou reconhece detalhes gramaticais ou filológicos.” Logo, “o ponto de partida é a capacidade de observação de um leitor casual, daquele que escuta casualmente, daquele que absorve a mensagem publicitária voluntariamente e sem crítica.”

No Brasil, a visão também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades, que usam ou abusam da pobreza das crianças.⁵⁹ Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates, que animava as crianças a arrombar um Supermercado.⁶⁰ A reação do direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres (*Würde der Armen*).⁶¹ A concepção de consumidor (*Verbraucherleitbild*) no Brasil ficava assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não podia ser esquecido, mesmo se a noção também usada de “observador menos atento” encontra sua origem no direito alemão.⁶²

XII - Bem-estar da criança e “*kafalah*”

As diferenças entre as ordens jurídicas são especialmente claras quando um texto normativo único existe, possui esta norma origem internacional e exige pluralidade.⁶³ norma semelhante é o Art. 20 da Convenção da ONU sobre os direitos da criança de 1989, o qual além da adoção prevê outras formas de cuidados com as crianças e colocações em famílias substitutas para as crianças que necessitam destes cuidados. O Art. 20 menciona também a “*kafalah*” do direito islâmico, um tipo de guarda permanente, uma vez que o Coran considera a adoção proibida.

⁵⁷ TGI Paris, 11.12.1996, Contrats-Concurrence-Consommation, Juris-Classeur April 1997, pg. 20.

⁵⁸ LG Düsseldorf, 30.8.1995, NJW-RR 1996, 167. No original: “Geschäftliche Ankündigungen, die sich wie hier an ein breites Publikum richten, werden selten aufmerksam und kritisch gelesen. Dazu fehlen gewöhnlich Zeit und Lust. Bei flüchtigem und ungezwungenem Lesen oder Hören pflegt man aber eine Ankündigung weder genau, vollständig und kritisch zu würdigen, noch grammatikalische oder philologische Überlegungen anzustellen.” Es ist “daher grundsätzlich vom Eindruck des flüchtigen Durchschnittsbetrachters oder-hörers auszugehen, der eine Werbebehauptung ungezwungen und unkritisch wahrnimmt.”

⁵⁹ Veja Art. 37 § 2 Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁰ Porto Alegre, 22.9.1991, Revista Direito Consumidor Tomo 1 (Sao Paulo, Jan./Abril 1992), pg. 221 ss.

⁶¹ Veja hierzu auch Ghersi, La posmodernidad jurídica - Una aproximación al análisis de los excluidos en el Derecho, in: La Ley (Buenos Aires) LXI Nr. 88 (8.5.1997), pg. 1ss., 3seg.

⁶² Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Sao Paulo 1992, pg. 140.

⁶³ Veja hierzu Jayme, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1996, 237 ss.

Dispõe o Art. 20, III, 2 linha da Convenção da ONU:

“Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.”⁶⁴

Em virtude da Convenção da ONU a Espanha modificou em 1996 todo o seu direito da Infância e Juventude. Na Exposição de Motivos desta Lei de 15.1.1996 a Convenção será mencionada e destacada como a que determina a “nueva filosofía en relación con el menor”.⁶⁵ O Art. 173 bis do Código Civil Espanhol prevê três tipos de guarda (*acogimiento familiar*), a simples e temporária, a permanente e a guarda pré-adoptiva. Seguindo-se a decisão do Tribunal de Justiça da Província de Granada, a qual considerou em 1995 que uma *kafalah* concedida a pais espanhóis no Marrocos era forma registrável no registro civil espanhol.⁶⁶ Há que se notar que a adoção plena é aqui apenas uma das várias formas de proteção da criança. E na escolha da forma de proteção decidem não somente argumentos materiais, mas também o sentimento religioso.

Na Alemanha, a guarda, ao contrário, não teve seus contornos modificados. O § 1632 Abs. 4 do BGB (Código Civil Alemão) não é adequado para tal realidade. A projetada mudança do Direito das Crianças também não prevê mudanças substanciais neste setor. Trata-se sobretudo de reforçar os direitos parentais.⁶⁷ Nessa linha, encontra-se a recente decisão da Corte Federal Constitucional alemã que, na questão, se o filho não oriundo do casamento tinha uma pretensão contra a mãe de identificação e informação do nome de seu pai, ponderou estarem em conflito os direitos fundamentais da mãe e do filho.⁶⁸ O direito do filho de relacionamento com ambos os pais, como se deduz da Convenção da ONU, foi aqui reduzido por respeito ao direito fundamental da mãe. Os valores são contraditórios. Na Alemanha, pós-moderno é de todas as maneiras a fragmentação dos projetos de textos normativos, os quais no momento encontram-se, para apreciação, no *Bundestag* (Câmara baixa do Parlamento Alemão) e modificação nas Comissões Parlamentares nove diferentes textos.⁶⁹

Efetivamente, a jurisprudência alemã é rica e múltipla.⁷⁰ O Tribunal de Justiça (OLG) de Karlsruhe utilizou, em uma decisão inovadora a “*kafalah*” marroquina como alternativa no sentido da Ordem Pública alemã e citou como base para esta inclusão e recepção do instituto marroquino a Convenção da ONU.⁷¹ Já a Corte de Cassação italiana considerou um tal argumento improcedente.⁷² Para uma criança, que vive na Itália, encontra-se à disposição o instituto da

⁶⁴ Nota da Tradutora: Utilizamos nesta tradução o Texto do Decreto 99.710/90 que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança de 20.11.1989 no Brasil.

⁶⁵ Código Civil, Aranzadi 1996, pg. 704.

⁶⁶ Aud.Prov. Granada, 25.4.1995, Revista española de Derecho internacional 47 (1995), 415, Anm. Moya Escudero.

⁶⁷ Veja die Begründung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, oben Note 53, pg. 64 seg.

⁶⁸ BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90 -.

⁶⁹ Veja Schwab, Gesetzgebung als Verwirrspiel, FamRZ 1997, 406 seg.

⁷⁰ Veja hierzu Menhofer, IPRax 1997, Heft 4.

⁷¹ OLG Karlsruhe, 25.11.1996 - 11 Wx 79/96.

⁷² Cass., 4.11.1996, n. 9576, Giustizia civile 1996 I, 3131 ss., 3132 seg.

adoção, não a *kafalah*. Contrariamente decidiu-se na França. A reação do legislador francês foi especialmente sutil. A nova Lei sobre adoção de 5 de Julho de 1006 permite a modificação da adoção plena em adoção simples (*adoption simple*).⁷³

As diferenças entre as ordens jurídicas são visíveis. Novamente a Espanha mostra-se próxima do Islã. Pluralidade como a convivência simultânea de contraditórios inconciliáveis é necessidade de vida atual. Igual na França, diferente na Alemanha e na Itália. A Alemanha, como é sabido, optou por fazer uma “Declaração de Esclarecimento” (*Erklärung*)⁷⁴ ao ratificar a Convenção da ONU sobre Direitos das Crianças, segundo a qual a Convenção não teria aplicabilidade imediata (*nicht unmittelbare Anwendung*) inrernamente na Alemanha.⁷⁵

XIII – Direito Judaico nos Estados Unidos da América

A identidade cultural de um ordenamento jurídico é bem demonstrada pela posição tomada por este frente a pluralidade, como comprovam os diferentes estados federados dos Estados Unidos da América. No Estado de Nova York, em 1993, a *New York Court of Appeals* tomou uma decisão de líder no que se refere à aplicação do direito de família judaico.⁷⁶ Tratava-se do “ketubah”, um acordo entre cônjuges judeus, segundo o qual deixava-se ao Tribunal de Rabinos a determinação da quantia a ser paga, como devolução do dote (*Morgengabe*), neste divórcio. O tribunal superior do Estado de nova York decidiu com aperrada maioria, que tal documento escrito deveria ser visto como um compromisso arbitral (*Schiedsvereinbarung*), cuja execução poderia ser requerida através dos Tribunais do Estado. Na Alemanha, - como já decidiu um Tribunal de primeira instância⁷⁷- o exame e a análise do direito religioso judaico, ao contrário, são essencialmente estranhos aos Tribunais esratais, exigindo-se para os divórcios no país uma decisão judicial (Art. 17 Abs. 2 EGBGB).

Ainda mencione-se que existem ordens jurídicas fora destas discussões, em um estado quase virginal: Um Tribunal da Califórnia teve de decidir um caso de „ketubah” acordado entre imigrantes Iranianos, acordo este baseado na regras do Talmut.⁷⁸ O marido se compromerera a deixar para a esposa, em caso de divórcio, a casa localizada em Sunnyvale assim como U\$ 50.000 ou a metade do seu patrimônio, caso este à época fosse superior. O Trihunal decidiu que tal acordo era contrário à ordem pública. O acordo violava a “public

⁷³ Nach Art. 360 Abs. 1 CC wurde folgender Satz eingefügt: “S’il est justifié de motifs graves, l’adoption simple d’un enfant ayant fait l’objet d’une adoption plenièere est permise.”

⁷⁴ Nota da Tradutora: a expressão utilizada foi “Erklärung” para evitar a expressão Reserva (Vorbehalt), mas muitos autores alemães consideram que trata-se de uma reserva à Convenção, ou aos efeitos diretos desta no ordenamento jurídico interno alemão. Veja sobre o assunto a obra coletiva de Steindorf, Caroline (Ed.), Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten, Berlin 1994.

⁷⁵ BGBl. 1992 II, 990.

⁷⁶ Avitzur v. Avitzur, 459 N.Y.pg.2d 572 (Ct.App. 1983).

⁷⁷ KG, 11.1.1993, FamRZ 1994, 839seg.; vgl. auch Henrich, Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen, IPRax 1995, 86 ss.

⁷⁸ In re marriage of Noghrey, 215 Cal. Rptr. 153 (Ct.App. 1985); vgl. Jayme, Zur Morgengabe in Kalifornien, IPRax 19986, 258.

policy”, pois facilitava o divórcio. Em um Estado como a Califórnia, no qual a sorte terrena, a felicidade momentânea assume quase caráter religioso, encontra-se “Sunnyvale” em posição de destaque, enquanto o quase dois mil anos antigo Talmud deve ceder lugar.

XIV – Estilos de Pensamento e Formas de Manifestação

Parece relativamente simples listar os valores e tendências principais da sociedade pós-moderna - como por exemplo, a tendência de Pluralidade -, assim como analisar as diferentes posições dos ordenamentos jurídicos sobre estas perguntas. Mais difícil é, porém, quando queremos utilizar estilos de pensamento e formas de manifestação pós-modernos. Enquanto em outros países a dimensão estética do direito manifesta-se normalmente, temos nós vergonha de trazer estes argumentos. Em verdade, existem vínculos associativos entre o direito e outras manifestações da cultura de um povo que se destacam.

Dentre as visíveis modificações que a arquitetura pós-moderna trouxe consigo encontra-se o revival dos elementos formais clássicos (*Rückkehr zu klassischen Formelementen*).⁷⁹ Os edifícios modernos, divididos de forma técnico funcional, passam a ser considerados como sem brilho. Ângulos, *Giebel*, Fachadas aparecem novamente cobrindo com um manto de forma as construções.⁸⁰

Transformando isto para o Direito, podemos nos perguntar, se uma tal retorno à forma ou formalismo existe também em matéria jurídica. Ao cientista americano, professor na Cornell University, Robert Summers deve-se a importante iniciativa de ter elaborado um grande projeto denominado “Forma e Direito”, o qual tem despertado crescente interesse por sua análise desta ligação.⁸¹

XV – Do Anti-formalismo à rigidez formal

Para os civilista é o negócio jurídico que está em primeiro plano. Zweigert escreveu na *Festschrift Yntema*, em 1961, o seguinte:⁸²

“Como elemento silencioso dos direitos continentais-europeus está uma tendência para o Antiformalismo, uma marcha contrária a formalizar a vida jurídica é do seu âmago. Expressão positiva deste elemento silencioso encontramos no moderno direito privado,

⁷⁹ Veja Jenks, *Die Postmoderne - Der neue Klassizismus in Kunst und Architektur*, Stuttgart 1987.

⁸⁰ Zur *Rückkehr der Fassade* vgl. Klotz, *Einleitung*, in Klotz (Org.), *Revision der Moderne - Postmoderne Architektur 1960 - 1980*, München 1984, pg. 9 seg., zum “Zwerganbau” bei Wolkenkratzern vgl. Stefan Grundmann, oben Note.

⁸¹ Summers berichtete hierüber in einem Vortrag in Heidelberg am 10.6.1997 unter dem Titel “How law is formal and why it matters”; vgl. auch die ihm gewidmete *Festschrift* “Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems” (Krawietz, MacCormick, von Wright, Org.), Berlin 1994.

⁸² Zweigert, *Zur Lehre von den Rechtskreisen, XXth Century Comparative and Conflicts Law*, Leyden 1961, pg. 42 ss., 50.

que a declaração de vontade em consenso expressa de qualquer forma já vincula contratualmente - com uma palavra: no consensualismo.”⁸³

Nesta manifestação do grande comparatista chama a atenção como está ele muito influenciado pelo espírito de seu tempo. 1961: foi o grande momento da Informalidade na pintura. A frase de Zweigert poderia constar de qualquer manifestação sobre a arte no momento pós-guerra. A informalidade era a expressão da nova conquistada liberdade. Demonstra também que para Zweigert era normal utilizar um conceito da história da arte no direito comparado. O que trouxe para o referido autor uma severa crítica de Constantinesco, o qual em seu artigo “Über den Stil der Stiltheorie in der Rechtsvergleichung” sentencia arrasador: “Esta Theoria possui talvez valor literário, mas não possui nenhum valor científico”.⁸⁴ Constantinesco não considerava possível, que cientistas e juristas renovassem suas questões, perquirições, dúvidas e perguntas básicas com fontes externas.

Neste momento gostaria de trazer um testemunho pessoal de experiência. No ano passado fui árbitro em um Tribunal Arbitral alemão-português. A cláusula arbitral previa que os três árbitros indicados deveriam dominar ambas as línguas, o português e o alemão. Meus dois outros colegas eram portugueses. Aplicável era o direito português. Nossas conversas e contatos duraram o ano inteiro. O que me enodava era a maneira formalista de pensar o direito. O direito porcessual português, com sua influência no sistema de Camelutti, a hierarquia de normas de interpretação prevista nos artigos 236 a 239 do Código Civil Português, tudo era exatamente o contrário da tendência antiformalista prevista por Zweigert. Formas são lá não formais ou formalistas, mas são a raiz mesmo da idéia de Justiça e Equidade.

XVI - A Tese pós-moderna: “Formaequitativa” (*Formgerechtigkeit*)

É pois interessante propor uma pergunta pós-moderna: como reagem hoje os ordenamentos jurídicos aos requisitos de forma? A rese heurística seria a seguinte: estamos próximos de uma certa volta (revival) da rigidez formal ou, no mínimo, de uma tendência forte de fundamentação dos resultados, de embasamento das soluções, na forma. Aqui, porém, mostra-se um profunda diferença entre as ordens jurídicas.

Olhando para a nossa casa, Alemanha. Aqui a Corre Federal Constitucional mudou com sua decisão de 29.2.1996 - como ela mesmo afirma- uma orientação jurisprudencial de dezenas de anos em matéria de assinatura em branco de avais ou garantias de crédito (*Blankbürgschaft*).⁸⁵ A assinatura em branco em combinação com a autorização oral não é

⁸³ Nota da Tradutora: O Texto original de Zweigert, em alemão, é o seguinte: “Zu den Stilelementen der kontinentalen Rechte gehört auch der Zug zum Antiformalismus, das Angehen gegen die Formalisierung des Rechtslebens um ihrer selbst willen. Seinen positiven Ausdruck findet dieses Stilelement im modernen Privatrecht darin, daß die irgendwie geäußerte Willensübereinstimmung schon vertragliche Bindungen erzeugt - mit einem Wort: im Konsensualismus.”

⁸⁴ ZVglRWiss 78(1979), 154 ss., 171. No original: “Diese Theorie besitzt wahrscheinlich einen belletristischen, aber keinerlei wissenschaftlichen Wert”.

⁸⁵ BGH, 29.2.1996, NJW 1996, 1467.

mais suficiente para o preencher as exigências do § 766 do Código Civil alemão (*BGB*). Esta decisão tem muitas fontes, que vinculam-se a hoje diferenciada visão e valoração dos riscos envolvidos com este tipo de garantia e quem deve suportá-los. É de se destacar, porém, como seriamente foi tomada a rigidez de forma (*Formstrenge*).

XVII - Intrepretação de declarações escrita e fixação na literalidade (*Wortlautgebundenheit*)

Conclusivo é, em semelhante matéria, a interpretação feita no atual jurisprudência italiana de textos contratuais escritos.

A Corte de Cassação italiana enfrentou em sua decisão de 18 de abril de 1995 um caso, no qual as partes elaboraram um acordo escrito sobre compensação e perdas e danos.⁸⁶ Segundo a versão da vítima o documento não exprimia o acordo realizado por ambas as partes. A Corte recusou, de pronto, cada argumento que tinha como base „o que as partes realmente queris”, a vontade “real” das partes. Decisivo seña apenas e somente a clara literalidade do texto escrito, as palavras do acordo escrito. Irrelevante o comportamento outro das partes. Assim, lamenta um primeiro comentario da decisão, que a regra “*falsa demonstratio non nocet*” não tenha nenhuma relevância mais na Itália.⁸⁷ Basta a “*demonstratio*”, é ela sozinha que expressa toda a vontade das partes. Mais não seria necessário provar ou perquerir .

A lei, isto é o Art. 1362, 1 do Código civil italiano, que é semelhante ao § 133 BGB, assim como a antiga jurisprudência interpretam em sentido exatamente contrário os textos escritos.⁸⁸ Na Itália utilizasse seguidamente a regra “*In claris non fit interpretatio*”. A pergunta é, se um enunciado, um texto é claro, ou se necessitamos utilizar-nos de outros elementos para aclará-lo. Um original e distante frio permeia esta decisão. Note-se que não se trata de um caso isolado. Uma posterior decisão da corte de Cassação recai sobre argumentação semelhante.⁸⁹

Neste caso é interessante o contraste com a jurisprudência alemã, que de modo pacífico mesmo em contratos solene faz prevalecer a regra “*falsa demonstratio non nocet*”.⁹⁰

A mesma solução prevalece no uso dos dois instrumentos objetivos, que os juízes têm a sua disposição em matéria de direito dos contratos, a interpretação integrativa (*ergänzende Vertragsauslegung*) e a quebra da base do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Já no direito italiano, a “*excessiva onerosità*” do Art. 1467 Código Civil italiano conduz à resolução, não à adaptação, modificação ou revisão do conteúdo dos contratos pelo juiz em virtude da modificação das circunstâncias.

⁸⁶ Cass., 18.4.1995, n. 4333, Giustizia civile 1996 I, 1451.

⁸⁷ Costanzo, Osservazioni sul principio in claris non fit interpretatio e sul criterio interpretativo del “comportamento complessivo”, Giustizia civile 1996 I, 1452 ss., 1455 ss.

⁸⁸ Costanzo, vorige Note, 1453 mit Nachweisen.

⁸⁹ Cass., 6.10.1995, n. 10521, Giustizia civile 1996 I, 67.

⁹⁰ Veja z.B. BGH, 25.3.1983, BGHZ 87, 150.

XVIII – Portugal: Forma e Racionalidade

O direito português aproximasse, em sua codificação sobre a revisão em caso de quebra da base do negócio (Art. 437 CCP) e regra de interpretação contratual (Art. 239 CCP), mais ao direito alemão e italiano. Assim, queremos trazer no final desta reflexão uma recente decisão do Tribunal de Justiça de Coimbra.⁹¹ Tratava-se de um contrato de parceria pecuária entre o proprietário de 300 ovelhas, 6 carneiro und 25 cabras e seu co-contratante que cuidava dos animais como pastor. A divisão dos lucros e perdas encontrava-se minuciosamente regulada neste contrato, quando ums espécie de milagre aconteceu. Sobre o rebanho caiu a Chuva-dourada dos prêmios e subsídios da Comunidade Européia. A quem competiam este dinheiro, ao proprietário ou ao pastor? O contrato silenciava. As partes tinham regulado tudo minuciosamente, mas não pensaram em tal ajuda externa. O Tribunal considerou que tais pagamentos não eram “lucros” no sentido estrito, uma vez que eram recebidos sem contra-prestação. Os juizes recorrem a uma hipotética vontade das partes, e repartem o “presente de Bruxelas”, o subsídio da Comunidade Européia em partes iguais entre os parceiros contratuais. Uma tal decisão convence mais por sua salomônica racionalidade do que por todas as exigências formais de interpretação.

XIX – Considerações finais

Com isto chegamos ao final. A teoria pós-moderna do direito comparado não perturba o existente ou comprovado. Ela deseja encontrar e enfrentar novas perguntas e inquietações. Estas pergunras originam-se, por um lado, do exame e prova de como os valores pós-modernos realizam-se e efetivam-se nas ordens jurídicas. Estes valores são a Pluralidade, a coexistência de diferentes culturas, a Narração e a Comunicação, assim como o significado existencial de sentimentos e sensações. Por outro lado, novas perguntas do direito comparado podem ser feitas com base na análise e descrição das modificações culturais de nosso tempo e nos seus reflexos jurídicos.

O material do direito comprado pós-moderno é o presente em sentido estrito, o contemporâneo, o direito de nossos dias. Não se trata aqui de Constantes e Visões, mas sim do Hoje e Agora, do passageiro, em toda a sua volaticidade (*Flüchtigkeit*).

Princípio heurístico da pós-modernidade é a procura por diferenças, que se pressupõe que existam. O lema de Lyotard “suportar o incomensurável” (“*supporter l'incommensurable*”) se pode aqui utilizar positivamente. O incomensurável, o inconciliável não é aqui para ser suportado, mas sim transforma-se em fonte do conhecimento.

⁹¹ Relação de Coimbra, 23.4.1996, Colectânea de jurisprudência 1996 II, 39 ss.