

SOCIEDADE MULTICULTURAL E NOVOS DESENVOLVIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*

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

Sumário: 1. A sociedade multicultural. - 2. A proteção das minorias. - 3. Direito de Família. - 4. Novas técnicas do direito internacional privado. - 5. A “zweistufige Theorie”. - 6. Criação de novas normas substanciais para a sociedade multicultural. - 7. A Autonomia das partes. - 8. Conclusões.

I – A sociedade multicultural

Assistimos, no mundo de hoje, a migrações enormes de determinados grupos étnicos que deixam a sua terra, onde viveram por séculos, para se transferirem para outros países¹. Fogem da miséria causada pela guerra ou pela fome para estabelecerem-se em zonas de “bem estar”. São quase cinquenta mil pessoas estrangeiras que pediram asilo na Alemanha no mês de outubro deste ano, direito garantido como fundamental pela Constituição Alemã (art. 16, 1º, parágrafo)².

* Tradução para o português do original em italiano, intitulado “*Società multicultural e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*”, extraído do livro JAYME, Erik, *Rechtsvergleichung- Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, C.F. Müller: Heidelberg, 2000, p.137 a 146, inicialmente publicado in *‘Il Diritto dei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall’Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurprudenza, Genova, 5-7 novembre 1992’*, CEDAM: Milão, 1994, p. 343-356. Tradução, livre e autorizada pelo autor, da pesquisadora-voluntária Júlia Barros Schirmer (UFRGS) e da Profa. Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS), revisão inicial da bolsista Luciana Goulart Quinto (FAURGS/UFRGS), como atividade de iniciação científica do Grupo de Pesquisa CNPq ‘Mercosul e do Consumidor’/UFRGS.

¹ Ver Basedow/Diehl-Leistener, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland – Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht*, in Jayme/Mansel (ed.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, 1990, p. 13 e seg.

² Na primeira metade de 1992, 187.455 estrangeiros requisitaram asilo na Alemanha, ver *Asylbewerber gegenüber 1991 verdoppelt*, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 1992, p.98. Ver também Prouvez, *Europe, terre d’asile? in African Journal of International and Comparative Law* 4 (1992), p. 816-834, 821 ff.

Esses grupos étnicos não se integram facilmente na nova pátria: eles conservam sua língua, a religião e certos costumes. Isso influi, sobretudo, sobre o direito de família, em que a religião exerce uma forte influência sobre as regras de direito³; pensa-se em particular nas pessoas provenientes do mundo islâmico⁴.

Desse modo, os países do mundo ocidental movem-se, mais ou menos voluntariamente, em direção a uma sociedade multicultural.

Além destas imigrações, percebe-se também que as minorias étnicas desenvolvem sempre mais uma consciência da sua particularidade, que vem a ser defendida com todas as forças, transformando esses grupos em verdadeiras nações. Pasquale Stanislao Mancini, em seu célebre discurso inaugural de 1851 sobre nacionalidade como fundamento do direito das gentes, apontou a consciência de ser uma nação como elemento constitutivo do próprio conceito jurídico de nação⁵.

Essas nações alcançam consciência de si e requerem à Comunidade Internacional serem reconhecidas como Estados.

Países que pareciam pacíficos como a Iugoslávia ou o Canadá, dissolvem-se⁶.

Em outros países as minorias étnicas ou religiosas procuram obter uma certa autonomia mesmo no que se refere ao direito de família⁷.

Pensa-se na Itália, onde o matrimônio pode ser celebrado em cinco modos; além do matrimônio civil e do matrimônio concordatário, há o matrimônio segundo o rito da mesa valdesa, o matrimônio hebraico e o matrimônio católico⁸.

³ Ver Kotzur, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen*, 1988.

⁴ Ver Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel)*, Recueil des Cours, vol. 211 (1988-IV), p. 9 e seg.; Elwan, *L'Islam et les systèmes de conflits de lois*, in Carlier/Verwilghen (Hrsg.), *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 313 e seg.

⁵ Ver Pasquale Stanislao Mancini, *Della nazionalità come fondamento Del diritto delle genti*, in *Diritto internazionale*, *Prelezione con un Saggio su Machiavelli*, Napoli 1873, p. 35 e seg.; Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)*, *Die Nation als Rechtsbegriff im Internationalen Privatrecht*, in *Juristische Schulung* 1988, p. 933 e seg.

⁶ Para o impacto desse desenvolvimento sobre o direito internacional privado ver *AG Böblingen*, 16.1.1992, *IPRax* 1992, p. 333 (casal iugoslavo; marido pertencente à República Bósnia e Herzegovina, mulher croata).

⁷ Para a minoria indiana no Quênia ver Derret, *Comments with reference to Hindu Law*, in *5 (1969) East African Law Journal*, 21 ff.; Bakari, *Africa's Paradoxes of Legal Pluralism in Personal Law: A Comparative Case Study of Tanzania and Kenya*, in *African Journal of International and Comparative Law* 4 (1992), 816-834 e seg.

⁸ Ver Jayme, *Die Revision des Konkordats zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl und das deutsche Internationale Privatrecht*, in *Jahrbuch für Italienisches Recht* 2 (1989), p. 3 e seg., 5; ver também Jayme, *Zur Revision des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und Italien - Auswirkungen auf deutsch-italienische Familienrechtsfälle*, in *Festschrift Ferid* 1988, p. 197 e seg.

Na Europa, é necessário mencionar, sobretudo, o exemplo da Espanha onde as leis “forales” mantiveram a sua importância no campo do direito de família mesmo depois da Constituição de 1978 que garantiu o desenvolvimento destas leis⁹.

A Catalunha, por exemplo, reformou, em 1992, também o direito das sucessões¹⁰, e os países bascos promulgaram uma nova compilação das suas leis civis¹¹.

Por outro lado, e esse é o terceiro fato que conduz inevitavelmente a uma sociedade pluricultural, podemos notar que se constituem sempre mais freqüentemente famílias pluriétnicas, o que comporta uma abertura para valores jurídicos de outros países¹².

A esse desenvolvimento o direito reage em diversos planos.

II - A proteção das minorias

O direito internacional reconhece, em muitos casos, a necessidade de proteger as minorias étnicas, isto é, que o Estado onde moram deve lhes garantir uma certa autonomia.¹³

Enquanto antigamente favorecia-se a integração destes grupos na nova pátria, no sentido de sua gradual assimilação¹⁴, prevalece hoje a proteção da identidade cultural da pessoa.

Basta pensar na declaração da Comissão para a proteção dos Direitos do Homem de Estrasburgo, que elaborou, no âmbito do artigo 8, o qual protege a esfera privada, um direito da pessoa à proteção de um estilo de vida próprio.¹⁵

⁹ Ver art. 149.1.8. da Constituição espanhola. O Estado tem competência exclusiva para a legislação civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autonomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Ver Arce Janáriz, *Constitucion y derecho civiles forales*, Madrid 1987. Ver também Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid 1988; Jayme, *Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis*, *Rabels Zeitschrift* 55 (1991), p. 303 e seg., p. 308-309.

¹⁰ Lei 40/1991, de 30 de dezembro. *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya*, in Egea Fernandez/Ferrer Riba, *Legislació Civil Catalana*, Barcelona 1992, p. 141 e seg. Sobre a aplicação do direito de sucessões da Catalúnia por parte dos tribunais alemães, ver decisões do LG Mosbach 11.11.1986, IPRax 1989, 300; OLG Karlsruhe, 9.12.1987, IPRax 1989, 301; Jayme, *Spanisches interregionales und deutsches internationales Privatrecht*, IPRax 1989, p. 287-288.

¹¹ Ley 3/1992, de 1 de Julio, *Del Derecho Civil Foral del País*, in: B.O. del Parlamento Vasco de 10.07.1992 n° 50, p. 320 e seg.

¹² Ver *Australian Law Reform Commission, Multiculturalism: Family Law* (january 1991). Ver também Menhofer, *Enfant et patrimoine dans la rencontre des civilisations*, in Carlier/Verwilghen (ed.), *Le Statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 355 e seg. Na Alemanha, existe um periódico dedicado aos problemas da família pluriétnica: *IAF-Informationen*, publicado pela *Verband bi-nationaler Familien und Partnerschaften, Interessengemeinschaft der mit Ausländer verheirateten Frauen* (Frankfurt).

¹³ Ver Salerno, *Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere*, *Rivista di diritto internazionale* 1990, p. 257 e seg.; Kimminich, *Ansätze für ein europäisches Volksgruppenrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 28 (1990), p. 1 e seg.

¹⁴ Ver, por exemplo, Conetti, *Non discriminazione e legge applicabile allo stato delle persone e ai rapporti di famiglia*, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1991, 462 s.

¹⁵ Decision 3.10.1983 (Aplic. n.° 9278/81 e 9415 71) – G. na E.v. Norway, D.R.35, p. 30 e seg., 35: “The Commission is of the opinion that, under Article 8, a minority group is, in principle, entitled to claim the right

O caso resguardava dois lapões, um caçador e um pescador, que haviam citado o Reino da Noruega em Estrasburgo para impedir – nas circunstâncias do caso, sem sucesso – a construção de um lago artificial no norte da Noruega.

A continuidade cultural da pessoa torna-se, em tal declaração, um valor protegido pelo ordenamento jurídico internacional.

Este desenvolvimento é confirmado em muitos Estados que, aos pouco, dão-se conta de serem das sociedades multiculturais.

Nos Estados Unidos as tribos indígenas são reconhecidas como “nations”.¹⁶

Na Austrália, uma comissão oficial na mesma época publicou um estudo sobre possíveis mudanças do direito de família exatamente depois de considerar a nova concessão do Estado australiano como sociedade multicultural.¹⁷

A *plurietnicidade* está na base da constituição dos ordenamentos plurilegislativos em quase todos os Estados africanos.¹⁸

Este desenvolvimento, que coloca em crise a idéia de um direito uniforme e universal comum a todos os homens, corresponde à base filosófica da idade pós-moderna, a qual favorece e protege sempre mais a pessoa nas suas manifestações externas, isto é, no âmbito da sociedade.¹⁹

Neste contexto podemos mensurar também as previsões especiais do Ato de Helsinki que visam a facilitar os matrimônios mistos. A família pluricultural é considerada, no programa do Ato de Helsinki, como garantia da paz.²⁰

E aqui entra em jogo, além do direito de família, também o direito internacional privado.

Podemos, portanto, constatar que ao desenvolvimento das sociedades multiculturais corresponde o reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico internacional, da identidade cultural da pessoa como valor jurídico.

to respect for a particular life style it may lead as being 'private life', 'family life' or 'home'. Ver também a declaração comum da República Popular da China e da República de Portugal sobre a questão de Macau do dia 26 de março de 1987, que garante à população de Macau a continuidade do 'modo de vida' (Art. 2º, IV), in *China aktuell* 1987, p. 323. De maneira similar, o acordo franco-indiano sobre a restituição de Pondicherry (ver texto do acordo, in Minattur, *Justice in Pondicherry*, Bombay 1973, p. 145)

¹⁶ Ver, por exemplo, *Sac and Fox Nation vs. Oklahoma Tax Comission*, 967 F. 2d 1425 (10th Circ. 1992).

¹⁷ *Australian Law Reform Comission* (1991), *op. cit.*

¹⁸ Ver Uche, *Conflict of Law in a Multi-Ethnic Setting – Lessons from Anglophone Africa*, Recueil des Cours, vol. 228 (1991- III), p. 275 e seg.

¹⁹ Ver Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 1990, p. 40 e seg. (“Die Person als die ‘antologische’ Grundrelation des Rechts”); ver também Koslowski, *Die postmoderne Kultur*, 2ª ed., 1988, p. 64 e seg.

²⁰ Ver Jayme, *Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts*, in *Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück* 2 (1991/1992), p. 8 e seg., p. 11-12. Ver também Jessurun D’Oliveira, *Krypto-Internationales Privatrecht*, in *ZfRv* 27 (1986), 246-262, 261 e seg.; aplica-se o direito “Adad” para o cidadão proveniente das Ilhas Molucas, na Indonésia, independentemente da cidadania ou do domicílio: Hoge Raad, 9.6.1978, *Nederlandse Juristenblad* 1978, 517.

Para demonstrar os efeitos desse reconhecimento — aqueles já visíveis e aqueles desejados no futuro — concentrei-me-ei, neste estudo, sobre o direito de família e sobre o direito internacional privado.

Tratarei primeiro dos conflitos de lei no âmbito do direito de família, e após das novas técnicas elaboradas pelo direito internacional privado para resolvê-los.

III - Direito de Família

O direito de família, no mundo atual, parecia mover-se em direção a uma sempre crescente uniformidade sobre a base do princípio da igualdade dos cônjuges e da paridade de tratamento do filho nascido na constância do matrimônio e daquele nascido fora do matrimônio.²¹

Facilita-se o divórcio e procura-se garantir ao cônjuge economicamente mais frágil a possibilidade de manter um certo nível de vida, mesmo depois da dissolução do próprio matrimônio.

Por outro lado, há novos desenvolvimentos que ampliam a liberdade do indivíduo, mesmo no âmbito do direito de família.

Na Alemanha, a Corte Constitucional, pela sentença de 31 de janeiro de 1989, reconheceu o direito fundamental de conhecer a própria origem, isto é, os próprios genitores.²²

Este direito vem configurado como integrante do “Allgemeines Persönlichkeitsrecht”.

A Corte declarou a inconstitucionalidade de certas normas do Código Civil alemão (BGB) que limitavam a ação do filho no caso de desconhecimento de paternidade.

A origem — sempre segundo a Corte Constitucional — dá importantes pontos de referência para a compreensão e o desenvolvimento da individualidade da pessoa e, por isso, insere-se no âmbito do direito fundamental da proteção do livre desenvolvimento da personalidade.

Esta criação de um direito ao conhecimento da própria origem tem repercussões em outros campos do direito, como por exemplo os referentes à adoção; ou seja, este direito favorece a revalorização da adoção “menos plena”, adoção que não faz extinguir os vínculos do filho com a família de origem.

Em uma outra recente decisão, a Corte Constitucional alemã reconheceu, de maneira indireta, a relevância jurídica da convivência de fato, declarando a inconstitucionalidade do § 1738 do BGB, que fazia com que a mãe perdesse, no caso de legirimação da petição do pai, o direito ao pátrio poder.²³

²¹ Ver Jayme, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts – Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, FamRZ 1981, p. 221 ss; Rieg, *L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?*, in *Conflits et harmonisation (Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, p. 473-499, 494 e seg.

²² BVerfG, 31.1.1989, BVerfGE 79, p. 256.

²³ BVerfG, 7.5.1991, FamRZ 1991, p. 913. Ver, para outros aspectos da convivência de fato, Ferrari, *Der neue deliktische Schutz der ebeähnlichen Lebensgemeinschaft in Italien – Eine rechtsvergleichende Kritik*, Rabels Zeitschrift 56 (1992), p. 757 e seg.

Reconhecendo, neste modo, o poder dos dois pais nos confrontos do filho ilegítimo, sempre que esses convivam com o filho, a Corte dava à família de fato, relevância jurídica no âmbito do direito de família.

Estas decisões inserem-se na tendência atual, que confirma a atitude liberal do direito do mundo ocidental baseado em valores jurídicos do iluminismo, dos países europeus e dos Estados Unidos da América.

Por outro lado, estes avanços contrastam com certos preceitos religiosos de outros países, sobretudo com aqueles do mundo islâmico, em que a família patriarcal predomina ainda hoje no direito de família.²⁴

Enquanto se estava normalmente habitado, no mundo europeu, a excluir a aplicação dos direitos islâmicos que violavam certos preceitos constitucionais como fazendo parte da ordem pública internacional²⁵, é interessante ver que, recentemente, os países extra-europeus invocam, para uma tal aplicação das regras religiosas, os direitos do homem, sobretudo a liberdade de religião, para defender a aplicabilidade do direito pessoal segundo a respectiva religião da pessoa.²⁶

Na França, a reforma do divórcio de 1975 introduz novas regras de direito internacional privado.

Se os dois cônjuges vivem na França, aplica-se o direito francês.²⁷

Muitos autores dos países islâmicos, sobretudo do Marrocos, reprovavam, na nova disciplina francesa, a falta de sensibilidade para a lei pessoal.²⁸

Com efeito, o velho princípio de Mancini de nacionalidade revela-se mais adaptado às atuais exigências de proteção da identidade cultural da pessoa do que o princípio da aplicabilidade da lei do domicílio, sempre no âmbito do direito de família.²⁹

Um outro conflito surge se se pensa no direito dos países asiáticos, que é caracterizado por um forte impacto do confucionismo sobre o direito de família.

No direito japonês ou tailandês, por exemplo, o divórcio fundamenta-se, de regra, sobre o mútuo consenso dos cônjuges, que vem registrado por um oficial do estado civil, sem que se deva recorrer a um procedimento judiciário.³⁰

²⁴ Ver Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, 1990, e Jayme, FamRZ 1992, p. 1023-1024; Abu-Sahlieh, *Unification des droits arabes et ses constraints, in Conflits et harmonisation* (op. cit.), 177-204, 189 e seg.

²⁵ Ver, por exemplo, sobre repúdio BayOblG, 30.11.1981, IPRax 1982, p. 104; Heinrich, *Internationales Familienrecht*, 1989, p. 115; sobre "patria potestà", ver OLG Karlsruhe, 2.10.1991, FamRZ 1992, 255 e seg., 248-259.

²⁶ Ver Kohler, *Zur praktischen Bedeutung exotischer Rechte im internationalen Privatrecht*, in Eisenmann/Zieger, *Zur Rechtslage Deutschlands - Innerstaatlich und international*, 1990, p. 255 e seg., 248-259.

²⁷ Art.310, § 2º, Code Civil (Loi n. 75-617 du 11 juillet 1975).

²⁸ Ver Monéger, *La convention franco-marocaine du 10 aout 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*, Revue critique de droit international privé, 1984, p. 29 e seg., p. 267 e seg.

²⁹ Para a Suíça, ver Sturm, *Die Entrechtung der Ausländschweizer im neuen IPR-Gesetz*, in Festschrift Keller, Zurique, 1989, p. 529 e seg.

³⁰ Ver Heinrich, *Privatscheidungen im Ausland*, IPRax, 1982, p. 94-95.

Nestes países, o direito cede frente aos costumes; só raramente o matrimônio vem a ser dissolvido pelo juiz, enquanto que, no mundo ocidental, o divórcio vem pronunciado exclusivamente pelo juiz.

A Corte Federal Alemã afrontou a questão da validade do divórcio de dois tailandeses, divórcio baseado no mútuo consenso dos cônjuges, declarado na Alemanha e registrado na embaixada tailandesa em Bonn.³¹

A Corte qualificou a questão como processual e, baseando-se no princípio da aplicabilidade da *lex fori* em relação ao procedimento, decide que tal divórcio, se ocorrido na Alemanha, era nulo.

A máxima da decisão tornou-se, em seguida, lei positiva na reforma do direito internacional privado alemão de 1986 (art. 17, parágrafo segundo, do EGBGB).

Na minha visão, a não-aplicação do direito tailandês nos confrontos de um casal tailandês constrangido, contra os próprios costumes, para obter uma declaração judicial, é incompatível com as tendências atuais viando a proteção da identidade cultural da pessoa.³²

Por isso, coloca-se o problema de identificar quais são as técnicas internacionais-privadas que melhor correspondem a esta necessidade de proteção da pessoa.

IV – Novas técnicas do direito internacional privado

O direito internacional privado atual é caracterizado por um compromisso entre as técnicas clássicas da indicação da lei aplicável (“*Verweisungsrecht*”) e uma certa “materialização” das regras para os conflitos de lei, soluções que visam chegar a um certo resultado material ou substancial.

Podemos mensurar, no direito internacional alemão, a conexão alternativa para favorecer, por exemplo, a constituição da paternidade (art. 20, primeiro parágrafo do EGBGB).³³

Mais que isso, foram elaborados métodos para considerar, no âmbito da lei aplicável, regras de outros sistemas jurídicos como fatos.

Tais métodos prestam-se, sobretudo, para a proteção da identidade cultural da pessoa.

³¹ BGH, 14.10.1981, BGHZ 82, p. 34 = IPRax 1983, p. 37; ver Kegel, *Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechts-geschäft*, IPRax, 1983, p. 22 e seg. Para problemas análogos na Itália, ver Tribunal de Milão, 5.10.1991, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1992, p. 123; Rimini, *Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbinico italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, ibidem, p. 55 e seg.

³² Ver Jayme, *Menschenrechte*, op. cit., p. 22-23.

³³ Ver Heinrich, *Internationales Familienrecht* 1989, p. 195-196.

V – A “zweistufige Theorie”

Iniciamos a falar da teoria internacional privatista, assim dita, dos dois níveis ou dois degraus (*zweistufige Theorie*).³⁴

Trata-se de uma teoria desenvolvida na Alemanha baseada em teorias americanas.³⁵

O primeiro passo é aquele de resolver um conflito de leis indicando uma das leis em conflito.

O segundo passo conduz a considerar como fato da lei colocada de lado (*accantonata*), no processo de integração da lei material indicada inicialmente.

Cito um exemplo da praxe alemã. A Corte federal, na sentença de 28 de janeiro de 1987, afrontou o problema da validade de um acordo entre uma mulher árabe de religião muçulmana, cidadã do Estado de Israel e o marido alemão, convertido ao Islã.³⁶

O acordo referia-se ao pagamento de um “mahr”, isto é, de uma soma de dinheiro da parte do marido: o acordo – segundo o direito islâmico – faz parte do contrato de casamento.³⁷

Em muitos casos esta soma vem prometida no momento do casamento para depois ser paga em caso de divórcio, e em particular, no caso de repúdio à mulher por parte do marido.

No nosso caso, seguindo a declaração de divórcio regida por um juiz alemão, a mulher requer o pagamento da soma pactuada, mais de 100 mil marcos alemães; o marido, por sua vez, objetivava a invalidade, segundo o direito alemão, de tal acordo.

A Corte resolveu, inicialmente, a questão do conflito de leis. Como os cônjuges tinham vivido na Alemanha, era aplicável – em referência a todos os aspectos deste instituto jurídico desconhecido pelo ordenamento alemão – a lei alemã. Em um segundo passo, a Corte, antes de enviar o caso à Corte de Apelação, sugeriu qualificar este acordo como pacto de manutenção depois do divórcio.³⁸

³⁴ Ver Jayme, *Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung und Theorie des Internationalen Privatrechts*, in Zacher (ed.), *Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis*, Berlin 1985, p. 423 e seg., p. 424-425; Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht – Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, Munique 1985; Egon Lorenz, *Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue Versorgungsausgleichsrecht*, FamRZ 1987, p. 645 e seg.; para desenvolvimentos similares na Itália ver Rimini, *Il ripudio*, op. cit.

³⁵ Ver Jayme, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtung zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, in Jayme/Kegel (ed.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweigs* 1976, p. 35 e seg.; Hessler, *Datum-Theorie und Zweistufigkeit des Internationalen Privatrechts*, in Albert A. Ehrenzweigs und das Internationale Privatrecht, Heidelberg 1986, p. 137 e seg.; Jayme, *Internationales Familienrecht heute*, in Festschrift Müller-Freienfels, 1986, p. 341 e seg., p. 367-370.

³⁶ BGH, 28.1.1987, IPRax 1988, p. 109; ver Hessler, *Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht*, IPRax 1988, p. 95 e seg.

³⁷ Ver Krüger, *Ehe – und Brautgabe – Rechtliche Probleme bei Ehen mit Angehörigen islamischer Staaten, dargestellt am Beispiel Tunesiens*, FamRZ 1977, p. 114 e seg.

³⁸ BGH, 28.1.1987, IPRax 1988, p. 109 e seg., p. 113.

A Corte considerou o matrimônio islâmico, surgido segundo as regras religiosas, como condição de validade para tal pacto.³⁹

Esta técnica internacional privatista que exclui, em um primeiro momento, a relevância das normas religiosas, enquanto observa a indicação da lei aplicável, para considerá-la depois, em um segundo momento, na interpretação da lei material indicada aplicável, presta-se bem, em minha opinião, ao direito de família da sociedade multicultural.

Esta técnica pode também operar ao inverso: afirma-se primeiro a aplicabilidade da lei estrangeira que, depois, vem interpretada considerando o direito alemão.

Como exemplo, pode-se citar o divórcio de dois cônjuges marroquinos, declarado pela Corte de Apelação de Hamm, com sentença de 10 de fevereiro de 1992.⁴⁰

Segundo o direito marroquino aplicável em conformidade com o direito internacional privado alemão, a mulher pode pedir o divórcio se prova que era maltratada pelo marido.

No caso em exame, este último objetivava que as circunstâncias, conforme os costumes do Marrocos, não justificavam o divórcio.

A Corte, ao invés, interpretou a noção de mau tratamento prevista na lei marroquina conforme o direito alemão, visto que a mulher sempre viveu na Alemanha.

A teoria internacional privatista dos dois 'degraus' permite, como observa-se, encontrar um compromisso entre valores contrastantes.

VI - Criação de novas normas substanciais para a sociedade multicultural

Na mesma direção, move-se também a tendência atual a criar novas normas substanciais de direito familiar para a sociedade multicultural.

O matrimônio poligâmico, por exemplo, foi regulado, no Reino Unido, com uma lei especial.⁴¹

A doutrina propôs a elaboração de um código de direito de família válido para as pessoas de religião islâmica que vivem na Europa.⁴²

As soluções mais promissoras são provavelmente aquelas previstas nas convenções bilaterais entre a França e os países da África do Norte.

Como, por exemplo, pode-se citar a convenção bilateral franco-algerina de 21 de junho de 1988, "*relativa às crianças de casais mistos, franco-enagaleses, separados*".⁴³

³⁹ BGH, 28.1.1987, IPRax 1988, p. 109 e seg., p. 112.

⁴⁰ OLG Hamm, 10.2.1992, FamRZ 1992, p. 1180-1181.

⁴¹ Saunders/Walter, *The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, in *International and Comparative Quarterly* 21 (1972), p. 781 e seg.

⁴² Ver Menhofer, *Islamisches Recht in westlichen Staaten*, IPRax 1990, p. 419 e seg.

⁴³ No original: "*relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens*". Dalloz Sirey 1988 L.p. 407 s. (entrada em vigor em 1º de agosto de 1988). Ver Mebroukine, *La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés - le point de vue d'un Algérien*, *Revue critique de droit international privé* 80 (1991), p. 1 e seg.; Menhofer, *Das grenzüberschreitende Besuchsrecht in europäisch-islamischen Kindschaftsfällen - Der algerisch-französische Staatsvertrag als Modell*, IPRax 1991, p. 353 e seg.

A convenção pressupõe as divergências insuperáveis do direito francês e do direito islâmico no exercício do pátrio poder depois da separação.

No direito islâmico prevalece quase sempre o pai, enquanto que no direito francês se decide na base dos interesses do filho, interesses que, de costume, coincidem com aqueles da mãe francesa.

Qualquer que seja a solução nacional, a Convenção cria um direito de visita transnacional em favor do cônjuge que perdeu, segundo as leis nacionais aplicáveis pelo respectivo juiz, a titularidade ou o exercício do pátrio poder.⁴⁴

Garante-se, além disso, o retorno do filho, depois da visita no país do outro genitor, à sua residência, permitindo a este, assim, o desenvolvimento da sua identidade pluricultural.

VII - Autonomia das partes

Estes avanços tendentes à elaboração de métodos complexos para resolver os conflitos entre culturas diversas não excluem, portanto, de dar relevância, com a finalidade de proteger a identidade da pessoa, as técnicas clássicas do direito internacional privado.

Deve-se pensar, a este propósito, no princípio da autonomia da vontade das partes de escolher a lei aplicável, princípio que pode ser estendido, cautelosamente, também ao direito de família.⁴⁵

No caso do casal tailandês, que deseja divorciar-se na Alemanha por consenso mútuo segundo a própria lei nacional⁴⁶, o monopólio dos tribunais alemães de declarar divórcios sobre o território alemão deve ceder, em minha opinião, à ideia da autonomia das partes.

VIII - Conclusões

Chego às conclusões. O direito de família em uma sociedade pluricultural requer, caso procure-se reconhecer um direito da pessoa à proteção da sua identidade cultural, uma certa “personalização” das respectivas regras para resolver os conflitos de lei.⁴⁷

⁴⁴ Ver *Cour de Cassation*, 16.4.1991, *Revue critique de droit international privé* 81 (1992), p. 328, nota Bertrand Ancel.

⁴⁵ Ver Gannagé, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique de droit international privé* 81 (1992), p. 425 e seg. OGH (austriaca), 12.12.1991, IPRax 1992, p. 329; ver, entretanto, a crítica de Schwind, *Rechtswahl und Personalstatut im österreichisch-jugoslawischen Scheidungsrecht*, IPRax 1992, p. 334-335; BGH.

⁴⁶ Ver Sturm, *Die Entrechtung der Auslandsschweizer im neuen IPR-Gesetz*, op.cit.

⁴⁷ Ver Rainer Becker, *Integration und kulturelle Identität - Entwicklungen des IPR in Europa - Symposium in Trier*, IPRax 1992, p. 336.

Sobre o plano do requerimento à lei estrangeira, pode-se prospectar uma autonomia das partes mais ampla e uma certa revalorização do princípio de Mancini da nacionalidade como fundamento do direito das “gentes”.⁴⁸

Além disso, precisa-se desenvolver, para resolver os problemas interculturais, novas técnicas que considerem, sobre o plano da aplicação da lei material indicada pelas normas de conflito, os preceitos e costumes culturais.

⁴⁸ Ver Pasquale Stanislao Mancini, *Della nazionalità come fondamento Del diritto delle genti*, in *Diritto internazionale, Prelezione con un Saggio su Machiavelli*, Napoli 1873, p. 35 e seg.; Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)*, op. cit. ; ver também Treggiari, *Nationales Recht und Recht der Nationalität*, in Jayme/Mansel (ed.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, 1990, p. 145 e seg.