
**UMA RELEITURA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS**

***A REREADING OF THE PUBLIC POLICY IN PRIVATE
INTERNATIONAL LAW IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS***

THIAGO ASSUNÇÃO

Doutorando em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em “Educação para a Paz: Direitos Humanos, Cooperação Internacional e Políticas da União Europeia” pela Universidade de Roma III. Bacharel em Direito pelo Unicuritiba. Professor da graduação e pós-graduação dos cursos de Direito e Relações Internacionais do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

RESUMO

O reconhecimento dos direitos humanos a nível internacional, com a criação de sistemas de proteção, trouxe uma centralidade para os direitos humanos, que passaram a influenciar e a condicionar a aplicação do direito em todos os seus âmbitos. O direito internacional privado, que tipicamente se caracterizava por oferecer soluções normativas para conflitos de leis entre os Estados, vem se transformando e se adaptando a esta nova realidade. Um dos institutos mais importantes da disciplina, o da ordem pública, poderia ganhar novos contornos à luz dos direitos da pessoa humana, à medida que esses direitos ganham importância e influenciam cada vez mais todos os ramos do direito internacional. O presente artigo busca analisar, para além da função típica da aplicação da exceção de ordem pública no conflito de leis, a sua função de promotora e garantidora dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, na esteira da teoria do Professor Jacob Dolinger. O foco do estudo é essencialmente a busca de um conteúdo para o conceito de “ordem pública universal” trabalhada

pelo jurista, a partir da reflexão sobre os valores essenciais da comunidade internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado; Direitos Humanos; Ordem Pública.

ABSTRACT

The recognition of the human rights at international level, with the creation of protection systems, brought a centrality to the doctrine of human rights, which started to influence and impose conditions to the application of the law in all spheres. The private international law, which is typically characterized by offering regulatory solutions to conflicts of laws between states, has been transforming and adapting to this new reality. One of the most important institutes of discipline, public policy, could gain new dimensions in the light of the rights of the human person, as these rights emerge in importance and are increasingly influencing all branches of international law. This article seeks to analyze, beyond the typical function of the public policy exception, used in the conflict of laws, its possible role of promoter of internationally recognized human rights, in the wake of the theory of Professor Jacob Dolinger. The focus of the study is essentially a search for content to the concept of "universal public order" crafted by the jurist, departing from the reflection on the essential values of the international community.

KEYWORDS: Private international law; Human Rights; Public Policy.

INTRODUÇÃO

Se Eric Hobsbawm chamou o século XX de a “era dos extremos” (HOBBSAWM, 1995), e Bobbio tenha se referido à “era dos direitos” (BOBBIO, 2004), é possível que o século XXI seja um dia conhecido com a “era dos

direitos humanos”. Já no início deste novo milênio, com os atentados às torres gêmeas, ocorre uma amostra dos sérios desafios que devem ser enfrentados nas décadas seguintes.

O retorno, nos dias atuais, do terrorismo fundamentalista em larga escala; os renovados episódios de racismo e xenofobia explícitos; os confrontos ideológicos gerados pela busca do reconhecimento de novos direitos; a luta pela igualdade de gênero e o combate ao tratamento discriminatório contra pessoas de diferentes orientações sexuais; os desafios ambientais cada vez mais urgentes e de difícil solução; e ainda, o estremecimento das democracias modernas através de questionamentos populares e protestos contra o mal uso do poder; tudo isso faz com que seja imperioso o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos, que se não “pretende ser uma cosmovisão ou abranger todas as facetas da vida social” (CARVALHO RAMOS, 2012, p.156), por outro lado “*la dottrina dei diritti umani ha contribuito, e ancora contribuisce, nella comunità mondiale, a dare un impulso straordinario al rispetto della dignità di tutti gli essere umani*” (CASSESE, 2008, p. 138).

A pós-modernidade trouxe novos elementos a mover o direito em direção a uma interpretação mais fluida e mais atenta às diversidades. O papel dos direitos humanos seria, assim, representar o amálgama que mantém unidos os diversos ordenamentos jurídicos nacionais, por elementos comuns que garantam um mínimo de coesão e de respeito a valores essenciais, estabelecidos internacionalmente através de intenso e incessante diálogo.

Neste sentido, o direito internacional privado não fica imune à centralidade dos direitos humanos. De fato, como assevera o Professor André de Carvalho Ramos, seria “um truísmo a afirmação da necessidade do Direito Internacional Privado respeitar os direitos humanos, pois todo o ordenamento jurídico internacional – e nacional – deve respeito a essa nova centralidade” (CARVALHO RAMOS, 2015).

Por outro lado, é preciso que haja muito cuidado na interpretação desses direitos. Com efeito, é na interpretação dos direitos que se opera a aplicação das normas garantidoras dos direitos humanos. Quanto ao Direito Internacional Privado, afigura-se necessário aprofundar o estudo da existência de direitos reconhecidos a

nível internacional e sua relação com a disciplina, que possui boa parte do seu conteúdo normativo de caráter tipicamente nacional, mas que sofre cada vez mais tentativas de uniformização.

É assim que este artigo busca tratar do conceito de ordem pública no direito internacional privado, resgatando a teoria do Professor Jacob Dolinger que defende uma “ordem pública verdadeiramente internacional”, analisando o que poderia ser o conteúdo dessa “nova” ordem pública, a partir da construção e crescimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2 ORDEM PÚBLICA INTERNA E ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O princípio da ordem pública é consagrado no direito e utilizado de maneira ampla no mundo todo. Possui uma função primordial que pode ser interpretada como “amortecedora”, fazendo a mediação quando o conflito de leis, tanto no âmbito interno como no direito internacional, possa ferir valores essenciais da sociedade em questão. Afasta, por conseguinte, a norma que não se coaduna com esses valores.

No direito interno, a ordem pública é entendida como um princípio que limita a autonomia privada das partes, que não podem contrariar regras de direito público consideradas cogentes (BASSO, 2013, p.319). Para Valladão (1971), quanto aos tipos de ordem pública,

Essa distinção entre ordem pública interna e externa ou internacional foi levada ao último extremo por Bustamante, com suas três categorias de lei, de ordem privada, dispositivas, dependentes da autonomia da vontade, de ordem pública interna, extraterritorial, aplicáveis em razão do domicílio ou da nacionalidade, e de ordem pública internacional, territoriais, que sujeitam todos os habitantes do território.

Já no Direito Internacional Privado, a ordem pública atua de modo a impedir “a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países,

constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina” (DOLINGER, 2014, p.418).

A primeira noção de ordem pública teria surgido com Bártolo, quando fez distinção entre os “estatutos odiosos” dos “estatutos favoráveis”, sendo que os primeiros não poderiam ser aplicados fora de onde tivessem sido aprovados, por indesejáveis (DOLINGER, 2014, p.421). Em um dos mais antigos posicionamentos sobre o tema, o Professor de Harvard e Juiz da Suprema Corte norte-americana Joseph Story (2014, p. 414), comenta:

Nación alguna puede ser justamente requerida a ceder sus conveniencias políticas e instituciones fundamentales en favor de las de otra nación. Mucho menos puede nación alguna ser requerida á sacrificar sus intereses a favor de otra, ó á (sic) practicar doctrinas que, en un concepto moral ó político sean incompatibles con su seguridad ó felicidad, ó con su conciencia de la justicia y del deber.

Savigny, quando trata da sua famosa formulação da comunidade de direitos dos povos, fala de “leis absolutas” ou “leis de natureza positiva rigorosamente obrigatórias”, as quais não se enquadravam em sua teoria da comunidade internacional. Para Dolinger, o mestre alemão já trazia assim a noção do que mais tarde se chamou de ordem pública no direito internacional (DOLINGER, 2014, p.418).

Assim, a ordem pública internacional possui um forte componente nacionalista ou territorialista. Para Dolinger, “a característica essencial do princípio da ordem pública no DIP é a sua natureza nacional, em defesa de interesses internos contra leis estrangeiras inassimiláveis, o que tem ocasionado em certo exagero na sua utilização” (DOLINGER, 1986, p. 208).

Quanto à dificuldade de definição do instituto, deve-se chamar atenção para o fato de que o princípio da ordem pública possui natureza complexa, não se limitando a um conteúdo estritamente jurídico, mas possui uma “natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível” (DOLINGER, 1986, p. 209). Para Maristela Basso,

[...] a ordem pública estabelece imediatamente um conjunto de regras e princípios cuja obediência o Estado impõe para que haja harmonia

entre ele mesmo e os indivíduos, em salvaguarda de interesses substanciais da sociedade (BASSO, 2013, p.320).

Efetivamente, toda vez que se fala em ordem pública, se mencionam elementos normalmente estranhos à dogmática jurídica, como por exemplo a “moral” e os “bons costumes”. Para Dolinger, a ordem pública do Direito Internacional Privado representa a “moral básica de uma nação” (BASSO, 2013, p.321). Como lembra Bruno Miragem, a moral foi separada do direito pelo positivismo de Hans Kelsen, mas não há como negar um componente moral no direito internacional, já que “ao incidir sobre relações entre Estados e indivíduos, diz respeito à relação das culturas e o modo de vislumbrar o mundo desses mesmos indivíduos” (MIRAGEM, 2005, p.310). Tudo isso envolve o estudo, por consequência, da cultura dos povos, seu conjunto de crenças e valores, pois é o que caracteriza os elementos característicos de uma dada comunidade nacional, o que influencia o que será considerado ou não “ordem pública” para cada comunidade. Já Vasconcelos aduz que o surgimento do conceito de ordem pública no âmbito do direito internacional privado se deve à necessidade de se proteger uma “moralidade fundamental” dos ordenamentos nacionais. Seria um “resguardo de um núcleo moral inegociável de determinado ordenamento”, um modo de se garantir os “valores essenciais do foro” (VASCONCELOS, 2014, p.223).

Uma das questões mais difíceis se dá na tentativa de se definir o conteúdo dessa ordem pública, restando esta tarefa ao arbítrio do magistrado na análise de cada caso. Eis uma importante característica da ordem pública, que seria a “relatividade”. Vasconcelos critica o excesso de discricionariedade que esta situação comporta, para em seguida defender como necessária e inevitável uma flexibilidade espaço-temporal (VASCONCELOS, 2014, p.224). Lembra, no entanto, que apenas o conteúdo da ordem pública é de certa forma discricionário, já que a aplicação do instituto, quando devida, trata-se de um dever e não de uma opção do julgador (VASCONCELOS, 2014, p.225).

Ademais, nota-se um forte componente social na determinação do conteúdo da ordem pública, já que o aplicador do direito deve perscrutar a “mentalidade e (...) sensibilidade médias de determinada sociedade em

determinada época” (DOLINGER, 2014, p.412). Absolutamente móvel, fluido, portanto, o conteúdo do princípio da ordem pública internacional, que depende essencialmente de qual comunidade jurídica pretende aplica-lo ou não, e em relação a qual norma estrangeira colidente. Portanto, a decisão de aplicação da norma estrangeira deverá sempre passar pelo filtro que garante que esta norma não fere valores sociais, econômicos, políticos e culturais do local do foro.

No direito brasileiro, é o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que rege a ordem pública no direito internacional. O texto menciona três hipóteses em que a lei estrangeira não terá eficácia no Brasil:

[...] as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a *soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes* (BRASIL, 1942). (grifos nossos).

Na prática, quando a lei estrangeira é considerada inadmissível por contrariar a ordem pública interna, será aplicada a *lex fori*. O efeito da aplicação da exceção de ordem pública será positivo ou negativo. Positivo se a lei estrangeira for contra algo que não pode ser proibido segundo a lei local. Um exemplo seria se a lei estrangeira proibisse o casamento inter-racial, o que por óbvio contrariaria frontalmente a legislação brasileira, a qual, nesse caso se imporá. Por outro lado, o efeito seria negativo, se a *lex fori* buscasse proibir o que a lei estrangeira autoriza. Exemplo clássico seria o de poligamia, inadmitido pelo ordenamento jurídico brasileiro (DOLINGER, 2014, p.415).

Dolinger critica a redação do art. 17, que já constava na antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1917. Para ele, citando vários outros doutrinadores, a menção à “soberania nacional” seria supérflua (AMILCAR DE CASTRO, 1977 apud DOLINGER, 2014, p. 429). Já quanto aos “bons costumes”, Clóvis Beviláqua considera que se referem a princípios jurídicos inspirados pela moral, o que vai de encontro à tradição inglesa, que traz como conteúdo da ordem pública “*fundamental conceptions of English justice*” ou “*conceptions of morality*” (CLÓVIS BEVILÁQUA, 1897 apud DOLINGER, 2014, p. 429).

No nosso sistema, recai frequentemente sob o Judiciário o papel de determinar qual a lei aplicável nos casos de conflitos de leis. Assim, é pelas mãos dos magistrados que ganha conteúdo o princípio da ordem pública. Denota-se tendência à utilização frequente do instituto no Brasil. Dolinger aponta que isso se dá muitas vezes por um sentimento “chauvinista” do aplicador do direito, ou mesmo para facilitar a apreciação da matéria em exame, aplicando-se a mais conhecida lei local em detrimento do direito estrangeiro (DOLINGER, 2014, p.412), o que demandaria um estudo mais refinado e laborioso.

Importante ressaltar que muitos tratados de direito internacional privado trazem em seu texto a exceção de ordem pública. É o caso do Tratado de Lima de 1878; passando pela Convenção da Haia de 1955 para Regular os Conflitos entre a Lei Nacional e a Lei do Domicílio; as Convenções aprovadas nas Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado, entre 1975 e 1994; e ainda, a Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais no âmbito da Comunidade Europeia, entre outros. Recorrente e consagrado, portanto, o uso do instituto.

Ao comentar alguns casos de aplicação da ordem pública internacional na jurisprudência comparada, Dolinger cita o “repúdio” do marido contra a mulher com ele casada, prática comum nos países muçulmanos do norte da África e aceito pelos tribunais desses países. A jurisprudência francesa admitia a aplicação desse instituto para imigrantes desses países, residentes na França, afirmando que não violaria a ordem pública francesa. No entanto, nos últimos anos houve uma guinada na interpretação dos tribunais franceses, que passaram a inadmitir o reconhecimento das sentenças que homologam o repúdio, oriundas de tribunais religiosos, com fundamento na ordem pública francesa (nitidamente móvel, portanto), bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos (DOLINGER, 2014, p.440).

3 ORDEM PÚBLICA “VERDADEIRAMENTE INTERNACIONAL” OU “ORDEM PÚBLICA UNIVERSAL”

Jacob Dolinger delinea pela primeira vez a sua teoria sobre a ordem pública internacional em seu livro de 1979 intitulado “A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado” (DOLINGER, 1979). A obra faz extensa e pormenorizada análise do instituto, mas apenas ao final, de forma incipiente, esboça sua tese de que estaria se constituindo uma “ordem pública verdadeiramente internacional” ou “ordem pública universal”.

Primeiramente, o autor pontua diversos posicionamentos doutrinários estrangeiros que tratariam da ordem pública na sua esfera internacional, mas na realidade estariam se referindo, tanto aos direitos internos de diferentes países, que coincidem em proibir certas práticas; como ao campo do direito internacional público que disciplinaria a conduta dos Estados. Exemplos antigos seriam a proibição e combate à pirataria, tráfico de escravos e ao “mercado de brancas” (DOLINGER, 1979, p.243), normas que ou foram sendo aprovadas de forma isolada pelos Estados, ou acabaram se transformando em tratados com intenção de uniformizar condutas.

É o que aconteceria com as normas de direito humanitário, limitadoras das condutas nos conflitos armados, bem como normas de direito penal internacional, que protegem interesses que os Estados tem em comum, proibindo a prática de certos crimes internacionais, como o crime de guerra, os crimes contra a humanidade, que configurando uma “ordem pública internacional” (DOLINGER, 1979, p.243).

O Professor da UERJ ressalta que em algumas ocasiões se usou o termo “ordem pública internacional” para designar situações onde teria havido mera coincidência de ordens públicas de países de culturas e ordenamentos jurídicos similares. Trata-se de fenômeno, segundo o autor, de “ordem pública interna de efeitos internacionais, de caráter generalizado, coincidindo em alguns ou muitos países que adotam a mesma filosofia e/ou se caracterizam por idêntica sensibilidade jurídica” (DOLINGER, 1979, p.246). No entanto, ele deixa claro que nenhuma das hipóteses anteriores se trata da ordem internacional que

está a vislumbrar. Os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime de genocídio compõem, na sua opinião, uma ordem pública de fato internacional, na medida em que violam “valores morais e princípios humanitários universais” (DOLINGER, 1979, p.246). Mas a tutela contra os atos mais bárbaros cometidos contra coletividades, bem como as violações da lei dos conflitos armados, não encerram o conceito a que se pretende chegar, muito mais amplo e não limitado à esfera penal.

Para esclarecer o que entende por esta ordem pública de alcance mundial, Dolinger (1986, p.211) distingue em três graus o conceito de ordem pública: o primeiro grau seria a ordem pública de direito interno, que como já visto, estabelece que a autonomia das partes não é irrestrita, devendo se coadunar com as normas cogentes de caráter público do ordenamento interno; o segundo grau seria a ordem pública internacional, regra de direito internacional privado que obsta a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiras, por ferirem valores nacionais, e o terceiro grau:

[...] é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da humanidade (DOLINGER, 1986, p.212).

O ponto de distinção de uma ordem pública “verdadeiramente internacional” se dá na medida em que ela atuaria no *sentido oposto* ao da ordem pública, como entendida no direito internacional privado. A ideia é que haveria não apenas interesses comuns entre os Estados, a ponto de criarem circunstanciais tratados de direito internacional público, mas uma ordem pública:

Que comanda uma atitude uniforme de todos os membros componentes da sociedade internacional (...) que está latente em diversos tratados e organizações internacionais, especialmente aqueles que objetivam disciplinar a macroeconomia internacional, que, se entregue ao *'laissez faire'* de cada um, levaria a humanidade a situações incontrolláveis, em que entendimentos políticos-militares seriam impotentes para evitar a eclosão de conflitos armados (DOLINGER, 1979, p.247).

Nota-se nesta passagem as duas preocupação centrais do autor: tanto a possibilidade de graves conflitos bélicos, originada da desordem político-militar do sistema-mundo, quanto ao caos econômico, que poderia levar a consequências de certa forma similares. Assim, a preocupação com a economia política internacional ganha destaque, sendo considerada o ponto central de equilíbrio ou caos nas relações internacionais. O almejado equilíbrio, portanto, seria uma motivação para que haja uma regulação centrada em valores essenciais comuns a todos os habitantes do planeta (DOLINGER, 1979, p.247).

É preciso contextualizar o momento que originou dita visão. Na década de 1970 o mundo estava em plena Guerra Fria, com a polarização característica entre Leste e Oeste, pregando cada qual seu modelo econômico-cultural, e principalmente, em plena corrida armamentista entre as duas superpotências (EUA e URSS). Se por um lado, o restante do mundo assistia atônito às duas nações se digladiarem com ameaças veladas e a possibilidade de aniquilamento total, de outro o ainda jovem sistema da Organização das Nações Unidas vivia intensos debates e se buscava interpretar os diversos instrumentos de proteção do ser humano que haviam sido criados, por aceitação expressa dos Estados, mas em detrimento dos mesmos (PIOVESAN, 2000, p.196). Diante desse quadro, Dolinger manifesta sua teoria de que:

[...] uma ordem pública de efeitos internacionais se curva diante de uma ordem pública verdadeiramente internacional que exige dos membros das Nações Unidas renunciar a determinadas regras e tradições em prol (*sic*) do bem estar maior da comunidade internacional (DOLINGER, 1979, p.248).

Assim, estaria se constituindo uma “nova” ordem pública, não mais baseada na exclusão da aplicação da lei estrangeira, por um critério territorialista apegado à soberania, mas uma ordem pública comum, global, calcada em valores essenciais da comunidade internacional.

4 CONTEÚDO DE UMA ORDEM PÚBLICA “UNIVERSAL” OU “VALORES ESSENCIAIS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL”

A ideia de que interesses maiores da comunidade internacional possam ser levados em conta, a ponto de afastar a aplicação da lei nacional, apesar de em um primeiro momento ser difícil de ser aceita, pode fazer algum sentido quando se tem como base a construção histórico-cultural da proteção internacional dos direitos humanos.

Mas antes, pretende-se identificar outras fontes de valores no direito internacional que deveriam ser consideradas para a reflexão sobre uma ordem pública “universal”. Argumenta-se no presente trabalho que quatro seriam as esferas no direito internacional que contribuem com o conteúdo do que Dolinger chamou de ordem pública “verdadeiramente internacional” ou “universal”, e que poderíamos também chamar de “valores essenciais da comunidade internacional”.

A primeira esfera seriam as normas do direito penal internacional que proíbem os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, consubstanciadas hoje no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional. Essas normas constituiriam a “nova” ordem pública universal, na medida em que tutelam interesses coletivos internacionais da mais alta importância, sendo a resposta histórica a horrores cometidos e incapazes de serem contidos pelo direito dos Estados¹. Atrocidades como estupros coletivos, ataques deliberados à população civil, tortura, escravidão e extermínio de grupos étnicos ou religiosos, os quais ferem gravemente a consciência jurídica universal, tendo sido por este motivo criminalizados, na tentativa de que não sejam repetidos.

O segundo manancial de valores que se destacariam do hodierno direito internacional público, para compor um *ethos* universal, seriam algumas disposições do direito internacional do meio ambiente, ramo do direito

¹ Muitas vezes, são os próprios aparatos estatais que são utilizados para perpetrar as piores barbaridades contra grupos de pessoas, minorias étnicas ou religiosas, em sangrentos conflitos e guerras civis, onde governantes despóticos possuem interesses muito diversos dos almejados pela população.

internacional em franca expansão (SOARES, 2003, p.15). A partir da revolução industrial e com o crescimento do comércio internacional, principalmente no pós-segunda guerra, o planeta começou a sentir os efeitos da degradação ambiental causada pelo homem, o que se intensificou a ponto de gerar sério desequilíbrio dos ecossistemas, perda da biodiversidade terrestre e mais recentemente, afetando de modo perigoso os sistemas climáticos do planeta, com potencial futuro catastrófico. A imperatividade de uma resposta adequada da comunidade internacional, diante dessas graves problemáticas, abre a possibilidade para uma gradativa, cuidadosa e necessariamente bem regulado² afastamento pontual de certas normas nacionais, quando contrariarem frontalmente o interesse maior da preservação das condições de habitabilidade do planeta. Lembre-se, ademais, que o direito ao meio ambiente limpo e saudável é por si só um direito humano reconhecido como tal por diversos tratados, o que não afasta, no entanto, a especificidade e imprescindibilidade desse direito que vem ganhando uma crescente proteção em âmbito internacional. Importante exemplo seria a negociação em curso para se alcançar um novo tratado pós Protocolo de Quioto, com o objetivo de combater o aquecimento global decorrente da poluição atmosférica causada pelas atividades humanas.

O terceiro componente encontraria suas fontes no direito comercial internacional. Normas nacionais que ao serem aplicadas pudessem fazer colapsar ou gerar sérios prejuízos à economia global, atingindo não apenas corporações privadas, mas gerando encargos traumáticos a outros países e a seus contribuintes, poderiam ser afastadas no momento da sua aplicação. Neste ponto surge uma possível função da ordem pública universal: a que se refere com a preocupação de uma nação não apenas com seus próprios interesses, mas levando em consideração os interesses de toda a comunidade internacional.

² Fazem-se essas ressalvas para que não se pense que a quebra absoluta da soberania estatal nesses casos possa ser feita de maneira absoluta ou desregrada. Fato é que o direito internacional ambiental ainda deverá criar mecanismos para possibilitar que os interesses comuns da humanidade sejam tutelados sem permitir o abuso de poder de algumas nações, nem o uso da justificativa ambiental para mascarar interesses geopolíticos.

Para Dolinger:

[...] a ordem pública interna de outros países deverá ser objeto da mais cuidadosa atenção dos tribunais, e desde que não seja afetada a ordem pública do foro, a ordem pública de outra comunidade será tomada em devida consideração.

Neste sentido, cita-se interessante caso onde a Corte de Arbitragem da Bulgária deixou de aplicar a lei nacional, pois ela colidiria com as regras correntes do direito comercial internacional, em claro exemplo de inversão do uso da ordem pública internacional como normalmente concebida:

Il s'agit en fait là de l'application inverse du concept d'ordre public tel qu'il existe en droit international privé. Au lieu de refuser l'application d'une règle étrangère jugée contravenir à l'ordre public du for, c'est la règle de droit interne normalmente applicable qui cede le pas dans la mesure où elle porte atteinte aux normes fondamentales du monde international des affaires (DOLINGER, 1979, p. 248).

Finalmente, o quarto e talvez mais importante componente gerador de valores de uma ordem pública global seria o próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. Aqui, várias problemáticas se afiguram, a ponto de merecer considerações mais detidas. Inicialmente, parte-se do pressuposto de que a possibilidade de ser construída gradativamente, uma ordem internacional baseada em valores aceitos de forma generalizada, fruto de interesses comuns da humanidade, não se trata de mera utopia. É justamente o que vem acontecendo há décadas com o surgimento e desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Uma primeira distinção a ser feita seria que a aplicação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, para eventualmente afastar a aplicabilidade de uma lei nacional, com base no conceito de ordem pública, não se confunde absolutamente com o já conhecido instituto do *jus cogens*. Este busca alçar certos princípios gerais e direitos internacionalmente consagrados, como a proibição à tortura e à escravidão, à uma categoria “superior” que não admite derrogação, a não ser por outra norma da mesma natureza (FRIEDRICH, 2004 p.32). Nesse caso, a interpretação da norma que deve preponderar, por

constituir *jus cogens*, é feita por tribunais internacionais com base no próprio direito internacional, e não em normas nacionais, motivo pelo qual se trata de típica matéria de direito internacional público, diferente por óbvio dos conflitos de leis nacionais objeto deste estudo³.

Outra observação importante diz respeito ao conceito de obrigações *erga omnes*. Essas obrigações seriam deveres que os Estados possuem perante a comunidade internacional de respeitar certos “valores essenciais” (CARVALHO RAMOS, 2014, p.66). Trata-se de construção jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça, cujo precedente foi o caso *Barcelona Traction* (CARVALHO RAMOS, 2014, p.66), no qual se decidiu que certas obrigações que não sejam aquelas bilaterais e multilaterais clássicas, mas que os Estados possuem perante todos os demais Estados, diante da importância de seu conteúdo “essencial”. Inclui-se nessa ideia, segundo a Corte, “*principles and rules concerning basic rights of the human person*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1970), ou seja, os direitos humanos. Assim, o conceito de obrigações *erga omnes* do direito internacional público seria paralelo equivalente, mas não substituto ou coincidente, com o conceito de “ordem pública universal” no direito internacional privado, já que se baseia igualmente em “valores essenciais” da comunidade internacional. Mas são nitidamente diferentes, pois de efeitos distintos, já que o primeiro visa pautar o comportamento do Estado perante os demais Estados como um todo, enquanto o segundo possui como objetivo, servir de parâmetro para dirimir os casos particulares que ensejam conflitos de leis entre os Estados. Embora sejam diferentes e possuam efeitos distintos, ambos os institutos podem ter como fontes as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, que seriam, a bem dizer, a sua fonte principal, tanto no âmbito interno de cada jurisdição, como no âmbito da comunidade das nações.

Certo é que a aplicação desses direitos, aceitos não raras vezes em declaração solenes despidas de comprometimento efetivo, não se dá de forma fácil ou uniforme. Mas a sua existência é, por definição, a expressão de um

³ Para distinção pormenorizada entre os conceitos de *Jus Cogens* e Ordem Pública, vide FRIEDRICH, 2004, p. 69.

esforço da comunidade internacional de fazer valer certos padrões mínimos de sobrevivência e convivência. Esses valores comuns de alcance global, além de constituir um ramo próprio do direito internacional público, incidiriam sobre o direito internacional privado, essencialmente nacional, apesar de sua tendência à uniformização, através do instituto da ordem pública universal.

Seria inevitável considerar, por outro lado, que a ideia dos direitos humanos serem reconhecidos como fonte da ordem pública universal, se relaciona com a própria ideia de universalismo desses direitos, já que foram eles considerados, já na Declaração Universal, como os direitos indispensáveis para um convívio harmônico entre todos os povos e nações. Lembre-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi construída a muitas mãos através de um intenso debate, tendo em vista o multiculturalismo e as diferenças (MIRAGEM, 2005, p.311). Ou seja, uma ordem pública “universal” estaria necessariamente fundada no respeito a essas garantias mínimas acordadas nas declarações e pactos internacionais que protegem valores comuns.

Não há dúvidas, entretanto, que a caracterização pura e simples dos direitos humanos como universais acarreta algumas controvérsias. Não são poucos os que questionam esse caráter universal, revelando os opositores uma preocupação com o respeito à diversidade cultural inerente às comunidades humanas espalhadas pelo globo, com as mais variadas tradições e costumes.

Entretanto, tudo indica que o debate universalismo *versus* relativismo está superado. Para o Prof. André de Carvalho Ramos, a saída seria um diálogo cultural à luz dos direitos humanos. O necessário diálogo se daria tanto no âmbito interno (no seio de cada cultura) quanto externo (entre as diferentes culturas), o que geraria uma “reavaliação dos próprios padrões de direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2012, p.161-162). Ademais, “nada impede que a maioria da população, ao efetuar o diálogo interno e a interpretação iluminista, rejeite padrões universais de direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2012, p.162). No mesmo sentido, complementa a Professora Flavia Piovesan:

A abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência. Para tanto, essencial é o potencial emancipatório e transformador do diálogo, em que o vértice não seja mais marcado pela ideia do choque entre civilizações (“*clash of civilizations*”), mas pela ideia do diálogo entre as civilizações (“*dialogue among civilizations*”) (PIOVESAN, 2011).

Assim, a grande questão reside em se perguntar se é realmente necessário negar a diversidade cultural inerente aos povos, para se afirmar a existência de um mínimo essencial, necessário a uma vida decente para todo ser humano do planeta.

No que diz respeito à terminologia, pode-se fazer uma crítica ao uso do termo “ordem pública” no sentido aqui tratado, pois para haver “ordem” no sentido de ordenamento jurídico, seria necessário o poder do Estado, cujo monopólio do uso da força é legitimado pela necessidade da imposição das regras a serem respeitadas indistintamente, na conhecida lição de Weber. Sabe-se que uma das principais distinções entre o direito internacional e o direito interno é a ausência de autoridade central do primeiro, capaz de fazer valer coercitivamente suas normas. Entretanto, é preciso que se atente para a construção gradativa, desde o pós-segunda guerra, de mecanismos e instituições que constituem verdadeira ordem internacional ou, para usar um termo mais atual, uma governança global. O que é relativamente novo, neste sentido, é a afirmação cada vez mais recorrente de necessárias reformas e fortalecimento dessa governança sistêmica mundial⁴, a ponto de conseguir lidar de forma mais adequada com problemas complexos e abrangentes, como por exemplo, a questão das mudanças climáticas, cuja dificuldade de resposta reside justamente no voluntarismo dos Estados. Assim, é possível que o estudo de uma ordem pública “universal” ou “global” colabore ou mesmo se antecipe a

⁴ Como o Relatório “*In Larger Freedom: Towards Security, Development and Human Rights for All*”, publicado em 2005 pelo então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, onde propõe reformas no Secretariado e no Conselho de Segurança da ONU; ou o Relatório final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20) intitulado “O Futuro que Queremos”, onde se defende reformas no sistema ONU para melhor atender os objetivos do desenvolvimento sustentável.

essa tendência, contribuindo para inclusive moldar novos organismos e novas autoridades decorrentes da necessária “nova governança global”.

Outra questão importante a ser considerada é a existência de blocos regionais que produzem normas próprias, de caráter supranacional. É cada vez mais claro que, pelo menos no âmbito da União Europeia, já se invocam regras comunitárias que se sobrepõe aos ordenamentos jurídicos nacionais, constituindo-se verdadeira ordem pública regional. Algumas das normas comunitárias que fundamentam a autoridade das instituições europeias, como os seus tratados constitutivos, bem como aquelas essenciais ao bom funcionamento da união monetária, diante das mais de vinte economias nacionais que a compõe, certamente se enquadrariam em uma noção de ordem pública supranacional.

Ainda no caso do velho continente, e mais no que tange ao objeto deste estudo, um importantíssimo instrumento de aglutinação do que poderia se chamar de ordem pública regional seriam os direitos protegidos no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que conteriam parte do que o Conselho da Europa chama de “valores europeus”, juntamente com o estado de direito e a democracia. Neste sentido, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos cumpre a importantíssima tarefa de uniformizar e garantir respeito a esses direitos no continente, atuando até mesmo, quando necessário, de maneira contra-majoritária. No entanto, a ordem pública “universal” aqui tratada seria mais do que um conjunto de valores comuns regionalizados, já que a integração regional nasce através de interesses nacionais que coincidem para certos fins, como o desenvolvimento econômico e a prevenção de conflitos, enquanto a ordem pública global, como visto, se refere a “valores essenciais” de toda a comunidade internacional. No caso da defesa dos direitos humanos pelos sistemas regionais, ocorre que esses direitos coincidem, em sua quase totalidade, aos já previstos no sistema global de proteção, havendo portanto, justaposição protetiva, mas nada impede que futuros sistemas regionais se baseiem em valores diferentes, não necessariamente os mesmos “valores essenciais da comunidade internacional” de que se trata aqui.

A necessidade de se pensar e construir uma ideia de valores essenciais parece urgente, diante da ausência de referências que se vive com o advento do que se chamou de pós-modernidade. Miragem reflete sobre este fenômeno, que indica a “desconstrução de ideias modernas” em face da “sociedade da informação”, onde “o sujeito pós-moderno busca alcançar a plena liberdade, desregulamentada e nômade, através do reconhecimento da diferença” (MIRAGEM, 2005, p. 313). O sentimento geral de incerteza desta condição nos traz a uma “crise de legitimação”, gerando, através de um subjetivismo extremo, o risco da “ausência de significação”. A pós-modernidade seria, portanto, “a mistura de estilos, a descrença da razão e o desprestígio do Estado” (MIRAGEM, 2005, p. 314).

Como resposta, os operadores do direito deverão estar sempre atentos aos fundamentos axiológicos de aplicação das normas. A Constituição desempenha um papel fundamental nos ordenamentos jurídicos internos, como repositórios dos valores de cada povo, mas no âmbito internacional, apesar da existência dos consagrados instrumentos de proteção dos direitos humanos, ainda se está para construir mecanismos efetivos, inclusive de governança, para que esses direitos sejam colocados em prática, mesmo quando os Estados assim não o quiserem ou conseguirem.

A crise imigratória na Europa, e o número crescente de refugiados no mundo, por exemplo, revela que não há mais como os Estados se ensimesmarem em seus problemas domésticos, sem considerar as dificuldades de outras nações. A resposta, no longo prazo, deverá ser um aumento significativo da cooperação internacional, em todos os âmbitos, de modo que um esforço coletivo seja feito para reduzir na raiz as causas dos conflitos, das perseguições, da fome e da miséria, que geram os fluxos de grande contingente de pessoas pelas fronteiras transnacionais.

A ordem pública se revestiria assim, para além da sua característica exclusivista e negativa (na aplicação da lei estrangeira), de um caráter positivo de promoção dos direitos humanos (MIRAGEM, 2005, p. 312).

CONCLUSÃO

É possível que a ordem pública universal ou global, baseada em “valores essenciais” da comunidade internacional, entre eles os direitos humanos, seja cada vez mais aceita e utilizada pelo aplicador do direito no contexto da fluidez transnacional do mundo atual.

O conteúdo dessa nova “ordem pública”, se é que assim se chamará no futuro, do modo como trabalhado no presente estudo, de fato não é absolutamente algo pronto e acabado, sendo ainda uma hipótese a ser mais bem verificada e demonstrada, principalmente através da análise de casos concretos e sua interpretação pelas cortes.

Para que se desenvolva efetivamente uma ordem pública que o Professor Dolinger chama de “verdadeiramente internacional”, seria necessário que os aplicadores do direito, em cada Estado, se abstenham de atentar apenas e tão somente aos interesses nacionais do seu próprio país, mas quando necessário, tenham a sensibilidade e coragem de considerar a proteção da dignidade humana, e os efeitos das decisões para a comunidade internacional como um todo. Quem sabe, como diz o jurista, “esta será uma nova *comitas gentium*, em que os Estados considerarão os interesses dos outros Estados e às vezes irão até ao ponto de sacrificar o cumprimento de suas próprias leis” (DOLINGER, 1979, p.249).

Essa noção de alteridade, onde um Estado interpreta o direito de um indivíduo não levando em consideração apenas o seu próprio interesse nacional, mas “se colocando no lugar do outro”, possivelmente coloca em jogo a ideia de nacionalidade tal como entendida hoje, na medida em que abre a possibilidade para que passe a ser levado em consideração não sempre o nacional em primeiro lugar, mas quiçá, cada vez mais, o ser humano e suas necessidades, independentemente da origem nacional.

É possível, neste sentido, que a evolução da ordem pública como estudada neste artigo represente uma mudança em gestação quanto ao próprio papel do Estado no cenário internacional, cuja relativização da soberania vem crescendo desde que a integração regional avançou de forma consistente nas

últimas décadas, bem como encontra limites cada vez maiores com a assinatura de acordos e tratados de proteção internacional dos direitos humanos, os quais buscam garantir um *ethos* mínimo de convivência harmônica entre os povos.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 setembro 1942.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direito Internacional Privado e a ambição universalista. In: **Homenagem aos 80 anos do Prof. Jacob Dolinger**, Belo Horizonte: Arraes, 2015.

CASSESE, Antonio; GAETA Paola. **Le sfide attuali del diritto Internazionale**. Bologna: Il Mulino, 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited**. Sentença de 5 de fevereiro de 1970, parágrafo 34, p. 33. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>> Acesso em 14 jun 2015.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1979.

_____. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Ordem Pública Mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado**. R. Inf. Legislativa. ano 23, n. 90, Brasília, abr./jun. 1986.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público**. *Jus Cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Normas imperativas do direito internacional privado** - Lois de Police. Belo Horizonte: Forum, 2007.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno in: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de (orgs). **O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Guido. **Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Soberania, direitos humanos e a finalidade do direito Internacional privado in: **Los servicios en el derecho internacional privado - Jornadas de la ASADIP 2014**, Porto Alegre, ASADIP e Editora RJR, 2014.