

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Silvio Brambila Fragoso Junior

CRITÉRIOS ORIENTADORES
PARA APLICAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA
NO MERCOSUL E NA UNIÃO EUROPEIA

Porto Alegre

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Silvio Brambila Fragoso Junior

CRITÉRIOS ORIENTADORES
PARA APLICAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA
NO MERCOSUL E NA UNIÃO EUROPEIA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2017

Sumário

<i>Considerações iniciais</i>	7
<i>I) Conveniência de definir critérios orientadores para aplicação da ordem pública no Mercosul e na União Europeia</i>	12
1) <i>Ordem pública e soberania estatal</i>	12
1.1.) <i>Evolução da soberania e da ordem pública</i>	13
1.2.) <i>Compartilhamento da Soberania e da Ordem Pública</i>	33
2.) <i>Multiculturalismo e segurança jurídica</i>	50
2.1.) <i>Multiculturalismo e integração regional</i>	51
2.2.) <i>Multiculturalismo e ordem pública</i>	68
<i>II) Sugestão de critérios orientadores para aplicação da ordem pública no Mercosul e na União Europeia</i>	87
3.) <i>Limites à aplicação das leis em processos de integração regional</i>	88
3.1.) <i>Instrumentos limitadores utilizados em situações jurídicas multiconectadas</i>	90
3.2.) <i>Atual situação legislativa e jurisprudencial da ordem pública</i>	104
4.) <i>Sugestão de critérios orientadores para aplicação da ordem pública</i>	126
4.1.) <i>Critérios orientadores com base em Erik Jayme</i>	127
4.2.) <i>Critérios orientadores com base em Robert ALEXY</i>	137
<i>Considerações finais</i>	151
<i>Referências Bibliográficas</i>	156

Resumo

Esta dissertação de mestrado se fundamenta no reconhecimento da relevância da ordem pública no âmbito dos processos de integração regional. O objetivo principal deste trabalho é defender a conveniência de definir critérios orientadores para a aplicação desse princípio jurídico nos processos integrativos e sugerir modelos para esses critérios.

A pesquisa se divide em duas partes. Inicialmente, será defendida a conveniência de definir critérios orientadores de aplicação da ordem pública nos processos de integração regional. Uma vez apresentados os argumentos neste sentido, a segunda parte do trabalho sugere possíveis critérios orientadores de aplicação da ordem pública nos projetos de integração entre Estados.

A busca pela definição de elementos condutores para a utilização da ordem pública teve como base a comparação desse instituto jurídico com a soberania. Ambos os conceitos foram examinados enfatizando sua evolução e seu compartilhamento. Outro argumento em defesa da conveniência de definir critérios orientadores de aplicação da ordem pública foi a necessidade de garantir segurança jurídica no âmbito dos processos de integração regional, considerando também o desafio de adaptar os sistemas jurídicos a uma realidade influenciada pelo multiculturalismo.

Posteriormente, as normas de aplicação imediata e a ordem pública, os chamados instrumentos limitadores utilizados em situações jurídicas multiconectadas, foram analisados. Na sequência, foi feito exame relativo à atual situação legislativa e jurisprudencial da ordem pública em dois processos de integração regional: o Mercosul e a União Europeia. Enquanto o primeiro foi escolhido graças à sua relevância para o Brasil, a União Europeia foi tratada nesta pesquisa por ser a principal referência internacional no que diz respeito à integração entre Estados.

Finalmente, foram sugeridos critérios objetivos para orientar a aplicação da ordem pública nos processos de integração regional. O fundamento dos referidos elementos foi as doutrinas de Erik JAYME e de Robert ALEXY. Os “Métodos para concretização da ordem pública no direito internacional privado” (*Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*) e a “Lei de Colisão” (*Kollision Gesetz*) foram utilizados como base para ter sido proposto um enfoque objetivo no tratamento desse tradicional instituto jurídico cuja principal característica é a abstração.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Integração jurídica; Ordem pública; Mercosul; União Europeia.

Abstract

The concept of this master's degree dissertation is based on the recognition of the importance of *ordre public* in the processes of regional integration. The main goal of this essay has been to defend the convenience of defining orientation criteria for the application of this juridical principle in the processes of regional integration and to suggest models for these principles.

The work is divided in two parts. Firstly, the convenience of defining orientation criteria for the application of *ordre public* in the processes of regional integration is defended. After the presentation of reasons in this regard, the second part of the essay suggests possible orientation models of the application of *ordre public* in integration projects among states.

The quest for the definition of conductive elements for the utilization of *ordre public* has been based on the comparison between this juridical institute and sovereignty. Both concepts are examined with emphasis on their evolution and their common use. Another justification for defending the importance of defining guiding criteria for the application of *ordre public* is the necessity of guaranteeing legal security in the integration processes, also taking into account the challenge of adapting juridical systems to the influences of multiculturalism.

Subsequently, overriding mandatory provisions and *ordre public*, so-called restrictive instruments utilized in multi-connected juridical situations, are analysed. Following this, current legislation and jurisprudence concerning *ordre public* within *Mercosur* and the European Union are examined. The former has been chosen due to its relevance for Brazil. The latter has been analysed because it consists of the main international reference regarding integration among States.

Finally, objective guiding criteria for orientating the application of *ordre public* in the processes of regional integration are suggested. These models are based on the work of Erik JAYME and Robert ALEXANDER. The "Method for concretization of *ordre public* in private international law" (*Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*) and the "Collision Law" (*Kollision Gesetz*) form the basis for an objective approach for studying this traditional juridical institute, the main feature of which is its concern with the abstract.

Keywords: Conflict of Law; Legal Integration; *Ordre Public*; *Mercosur*; *European Union*.

Resumen

Este trabajo tiene como fundamento el reconocimiento de la conveniencia del orden público en los procesos de integración regional. El objetivo principal de este escrito es defender la importancia de definir criterios orientadores para aplicar ese principio jurídico en los procesos de integración y sugerir modelos para dichos criterios.

La investigación se divide en dos partes. Inicialmente, se defenderá la importancia de definir criterios orientadores de aplicación del orden público en los procesos de integración regional. Tras la presentación de los argumentos en este sentido, la segunda parte del trabajo sugiere posibles criterios orientadores de aplicación del orden público en los proyectos de integración entre los Estados.

La búsqueda por la definición de los elementos conductores para la utilización del orden público se basará en la comparación de dicho instituto jurídico con la soberanía. Ambos conceptos se examinarán enfatizando su evolución y su uso compartido. Otro argumento en defensa de la conveniencia de definir criterios orientadores de aplicación del orden público será la necesidad de asegurar la seguridad jurídica en los procesos de integración regional, considerando también el reto de adaptar los sistemas jurídicos a una realidad marcada por el multiculturalismo.

Posteriormente, se analizarán las disposiciones imperativas y el orden público, los llamados instrumentos limitadores utilizados en las situaciones que involucran legislaciones de distintas naciones. Además, se examinará la actual situación legislativa y jurisprudencial del orden público en dos procesos de integración regional: el Mercosur y la Unión Europea. Mientras el primero fue elegido gracias a su importancia para Brasil, la Unión Europea será estudiada en esta investigación por ser la principal referencia internacional relativa a la integración entre Estados.

Finalmente, los criterios objetivos para orientar la aplicación del orden público en los procesos de integración regional serán sugeridos. El fundamento de los referidos elementos será la doctrina de Erik JAYME y Robert ALEXY. El “Método para la concretización del orden público en el derecho internacional privado” (*Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*) y la “Ley de Colisión” (*Kollision Gesetz*) se utilizarán como base para proponer un enfoque objetivo al tratar este tradicional instituto jurídico cuya principal característica es la abstracción.

Palabras-clave: Derecho Internacional Privado; Integración Jurídica; Orden Público; Mercosur; Unión Europea.

Considerações iniciais

O presente trabalho tem como objetivo geral defender a adoção de um enfoque metodológico e objetivo no tratamento do instituto da ordem pública no âmbito do Mercosul e da União Europeia. A hipótese sobre a qual foi elaborada esta pesquisa acadêmica versa acerca da necessidade de dar especial tratamento ao tema, considerando o atual estado evolutivo dos projetos integrativos transnacionais e a sua provável evolução em um futuro próximo¹.

A ordem pública se trata de um dos mais complexos institutos jurídicos. Defini-la consiste em um desafio sobre o qual diversos doutrinadores vêm se debruçando desde tempos remotos². Desde já é relevante esclarecer que a análise detalhada do conteúdo e da definição da ordem pública não faz parte do escopo desta dissertação. Suficiente é dizer que o instituto se relaciona com a defesa de valores caros para uma determinada comunidade, estando, portanto, fortemente vinculado ao conceito de soberania nacional³.

¹Diferenciar processos de integração e processos de cooperação não faz parte do objetivo desta pesquisa. Deste modo, o texto chamará tanto o Mercosul quanto a União Europeia de processos de integração. Cabe destacar, entretanto, a opinião de Cláudia LIMA MARQUES acerca do assunto: “Se de um lado o Mercosul tem personalidade jurídica, parece-se mais com um processo de cooperação econômica internacional do que com um processo de integração, pois a incorporação de suas normas segue a teoria dualista. Longe está do modelo jurídico claro e transparente da União Europeia e nem foi planejado *stricto sensu* como uma Zona de Livre Comércio, como o NAFTA ou a ALCA, pois intenta em ser mais, ser “mercado comum”. Já é de qualquer forma uma união aduaneira imperfeita. MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1809/1505>. Acesso em 01/11/2017.

²Segundo Erik JAYME: “No hace falta decirlo para saberlo, basta con experimentarlo: el orden público constituye el tema más angustiante de la teoría general del derecho internacional privado. Todos los que en el foro, en la cátedra o como estudiantes se han visto confrontados con problemas relativos al llamado orden público internacional, saben por propia experiencia lo complejo y difícil que resulta precisar su contenido y alcance”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 07/02/2017. p. 218-219.

³Segundo Bruno MIRAGEM: “Um dos elementos mais destacados das diferentes ordens jurídicas nacionais para proteção dos seus elementos característicos e que eventualmente as distinguem dos direitos dos demais países é o instituto da ordem pública. Entendido por muitos autores como um conceito impossível de ser definido, segundo ensina Jacob Dolinger, tem sido enriquecido por muita filosofia e também por considerável dose de pragmatismo. Entretanto, é o instituto que, segundo a técnica do direito internacional, tem por finalidade a preservação dos traços fundamentais de uma comunidade nacional. Estes traços se nos apresentam pela cultura dos povos, seu conjunto de crenças e valores, como elementos característicos e indissociáveis de uma dada comunidade. E que, por serem afetos a esta comunidade, pode distinguir-se das demais. O critério para seu estabelecimento, neste sentido, não é o nível de individualidade ou peculiaridade de uma determinada característica da comunidade nacional, mas sua importância e significado para esta mesma comunidade”. 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. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 311.

A partir dessa constatação, o problema a ser enfrentado por esta pesquisa é desenvolvido. Sabe-se que os processos de integração regional, forma de organização que vem se consagrando entre os Estados ao longo das últimas décadas, têm como origem e força motriz a vontade soberana das nações. Paralelamente, integrar-se significa renunciar ao exercício absoluto da soberania estatal. Cria-se, portanto, um paradoxo⁴ ao se tomar a decisão soberana de renunciar à soberania em sua integralidade⁵.

Inexoravelmente, os sistemas jurídicos nacionais terminam afetados por essa condição paradoxal anteriormente citada⁶. A integração, originariamente política, afeta de forma imediata e significativa os sistemas jurídicos dos Estados que se lançam em projetos integrativos. Aos operadores do Direito não lhes resta outra alternativa senão superar o tradicional “enfoque ptolomaico” e aceitar a “revolução copernicana” no âmbito do direito da integração⁷.

De maneira ilustrativa, o centro do sistema jurídico nacional deixa de ser definido dentro das fronteiras dos Estados e passa a ser construído, cooperativamente, sob a égide de valores compartilhados entre os membros do processo de integração. Esta transformação traz consequências diretas e significativas na utilização da ordem pública. Neste novo contexto,

⁴No caso brasileiro, cabe destacar o texto da Constituição Federal. O artigo 1º, ao tratar dos princípios fundamentais, afirma que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania”. Já o parágrafo único do artigo 4º, que versa sobre as relações internacionais do Brasil, afirma que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Pode-se concluir da análise de ambos os artigos que essa integração buscada se dará a partir da construção de uma soberania compartilhada, e não mediante a imposição da vontade do Brasil aos demais países latino-americanos ou da submissão brasileira aos desígnios de nações estrangeiras.

⁵Ao analisar a integração europeia, afirma Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: “La paradoja sugiere que el objetivo de la Unión Europea no puede ser, por el momento, el de constituir un superestado europeo. La dirección adoptada tiene como aspiración el logro de una unión de Estados soberanos, integración según fórmulas nuevas y con matices propios y exclusivos que entrañan diferencias mayores o menores, según los ámbitos de actuación, respecto a los modelos tradicionalmente conocidos tales como los federales y los confederales”. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Breve historia de la construcción europea a través de los Tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordenador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 247.

⁶Neste sentido, segundo Martín LACLAU: “El inédito perfil asumido por la nueva realidad social plantea la necesidad de revisar los conceptos jurídicos que sirvieron para legitimar las relaciones de poder y conferir su estructura racional al derecho vigente. Entre ellos, la noción de soberanía ocupa un lugar central, puesto que de ella dependen puntos esenciales de la regulación jurídica que el nuevo orden mundial requiere”. LACLAU, Martín. *Soberanía y Estado de Derecho*. 2014. Astrea. p. 2.

⁷De forma ilustrativa, afirma Marc ANCEL: “O jurista é sempre mais ou menos xenófobo em direito: sua ordem jurídica lhe parece necessária e se lhe afigura justificada pela sua própria existência. Ora, tal é o desvio contra o qual, hoje, é necessário reagir. O artista, o escritor, mesmo aqueles que se ocupam do que chamamos atualmente a ciência literária voltam-se, natural e constantemente, em direção ao estrangeiro. O cientista mais ainda, pois a ciência pura não conhece fronteiras, nem línguas, nem políticas: qual o médico que recusaria ou repeliria as experiências estrangeiras? E então por que a ciência jurídica deveria se aprisionar nos limites de um só Estado? Limitar-se ao direito de um só país, já dissemos, é como convidar o biólogo a se restringir a uma única espécie viva”. ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1980. p. 17.

caberá ao instituto defender valores compartilhados pelas sociedades que empreendem os projetos integrativos e não mais as crenças e padrões próprios de um grupo ou de uma nação específica.

Além dos efeitos da ampliação e do fortalecimento dos processos de integração concernentes à ordem pública, o instituto também se vê afetado por uma nova realidade pautada pelo multiculturalismo e pelo pensamento pós-moderno. Este último exerce influências significativas no âmbito do direito internacional. Entre os elementos caracterizadores da pós-modernidade jurídica, cabe destacar a flexibilidade, a pluralidade e o exercício do diálogo entre as fontes⁸.

Neste contexto, a atual agilidade e acessibilidade das viagens internacionais viabiliza deslocamentos massivos de grandes fluxos humanos que ultrapassam constantemente as fronteiras nacionais. Este fenômeno gera sérias consequências para os sistemas jurídicos. Em paralelo, a gigantesca evolução da tecnologia permite que as comunicações ocorram de forma imediata, ignorando fronteiras.

Considerando o anteriormente exposto, observa-se um crescimento exponencial no número de relações jurídicas multiconectadas ao longo das últimas décadas. Contratos assinados entre empresas de distintos países, casamentos entre pessoas de diferentes nacionalidades, sucessões internacionais, entre outros exemplos, parecem nunca terem sido tão comuns na rotina dos operadores do Direito⁹. Casos desta natureza se somam ao avanço

⁸Segundo Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO: “A primeira influência da cultura pós-moderna, ou, como alguns afirmam, pós-pós-moderna, está na flexibilidade. Em geral, a pós-modernidade jurídica significa a ausência do absoluto. Assim, a ideia de Código, de tratados internacionais que abranjam todas as situações possíveis já não se persegue. Hoje se trabalham temas concretos, aquilo que se mostra importante em certo momento”. Sobre a pluralidade, assevera o autor: “O segundo dado da influência pós-moderna é, também, a pluralidade. Nenhuma técnica é absoluta. Pode-se mesclar várias técnicas legislativas e várias matérias jurídicas na mesma convenção, como a Convenção sobre Proteção de Menores da Conferência de Haia, já que há regras sobre jurisdição, direito aplicável, cooperação, reconhecimento de sentenças, constituindo atitude absolutamente nova no contexto da legislação internacional”. Finalmente, sobre o diálogo das fontes, afirma: “Por fim, o terceiro elemento da influência pós-moderna é o chamado Diálogo das Fontes, de que tem tratado Erik Jayme e, aqui no Brasil, Cláudia Lima Marques. Tem-se apresentado muito difícil não só para os legisladores dos Estados, mas sobretudo aos juízes saber como devem aplicar as regras. Mesmo em países onde claramente está estabelecida hierarquia entre regras nacionais e internacionais, o aplicador da lei deve mover-se: ir e voltar entre regras nacionais e internacionais”. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *As Novas Tendências do Direito Internacional Privado. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Número IV. Setembro 2005. Porto Alegre. PPGDir/UFRGS. p. 308-309.

⁹De acordo com Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO: “Os problemas envolvendo o Direito Internacional apresentam-se em fase de transformação, em função da maior integração entre os países, o crescente número de viagens e negócios internacionais. Além disso, há um crescente número de estrangeiros nos países, que compram, casam, têm filhos etc. Tais problemas podem trazer menor ou maior importância econômica, mas muitos carecem, ainda, de respostas nos ordenamentos nacionais. Em suma, em virtude da pluralidade de fontes, torna-se cada vez mais difícil solucionar os casos internacionais que se apresentam sem uma adequada especialização”. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *As Novas Tendências do Direito Internacional Privado. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Número IV. Setembro 2005. Porto Alegre. PPGDir/UFRGS. p. 309.

dos processos de integração regional, tornando ainda mais complexa a utilização do instituto da ordem pública.

A interface entre a necessária promoção da segurança jurídica e o respeito ao multiculturalismo também é analisada nesta pesquisa, considerando seu aspecto global e regional. Neste sentido, a experiência da União Europeia será especialmente examinada. Ao lidar com a eliminação de suas fronteiras internas enquanto recebe grandes volumes de imigrantes, os operadores do Direito no continente europeu se veem diante do imperativo de adaptar a aplicação da ordem pública a esta nova e complexa realidade.

Ao debruçar-se sobre a relação entre o instituto da ordem pública e o conceito de multiculturalismo em um âmbito pós-moderno, esta pesquisa busca encontrar elementos comuns entre os indivíduos com o objetivo de identificar um caráter universal da ordem pública. Este passo é fundamental na defesa da conveniência de definir critérios orientadores para a aplicação do instituto, pois ilustra a possibilidade de determinar valores universais aceitos por toda a humanidade¹⁰.

Entre os objetivos específicos deste trabalho, se destaca a comparação entre ordem pública e soberania. Ademais, a pesquisa demonstra a importância de aplicar o instituto considerando o respeito ao pluralismo cultural. Para ilustrar o atual estado de desenvolvimento do tema, este trabalho faz uma análise legislativa e jurisprudencial da ordem pública no âmbito do Mercosul e da União Europeia. No mesmo sentido, as normas de aplicação imediata, cuja relação com a ordem pública é estreita, serão examinadas.

A sugestão de critérios orientadores para aplicar a exceção de ordem pública terá como base os trabalhos de Erik JAYME e Robert ALEXY. Cabe ressaltar que esse ponto da pesquisa não pretende aprofundar a análise dos ensinamentos dos referidos autores, mas apenas sinalizar um caminho para aplicar a ordem pública de forma metodológica e objetiva. Neste sentido, esta dissertação contribui com o desenvolvimento do diálogo acadêmico ao servir de base para que outros pesquisadores evoluam no estudo do tema.

¹⁰Neste sentido, afirma Horacio INSANTI: “La no existencia de un legislador universal que establezca los valores fundamentales, que surge de lo expuesto, no significa, sin embargo que no exista una ley universal del ser. Para ello debemos ante todo convenir qué entendemos, aquí en un sentido filosófico, por “ley”. “Ley” tiene la misma raíz que “logos”, que el verbo “legein”, en tanto éste significa “reunir” y “desocultar”, “hacer patente”, aquello que estaba oculto sustantivado en el logos, tiene el sentido de la “reunión y percepción de los presentes, a través del ser en la medida en que cada uno de ellos son en el brotar que impera en la naturaleza”. Es decir que “ley” es una reunión de lo disperso haciendo visible el vínculo común. Por ahora baste con esto, dejando al mismo tiempo en claro que este sentido de la palabra “ley” no tiene un carácter prescriptivo ni axiológico sino descriptivo, en tanto desoculta una verdad y la muestra, y que en este sentido se puede hablar de una ley divina, o cósmica, o del logos, que es lo mismo. INSANTI, Horacio. *Derecho y Posmodernidad: el ius y la superación de la metafísica*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1999. p. 18.

A metodologia do presente trabalho tem como base o método hipotético-dedutivo. As respostas ao problema formulado (de que forma sugerir critérios orientadores de aplicação da ordem pública nos processos de integração regional?) serão buscadas a partir da adaptação de casos reais e hipotéticos aos modelos propostos. A pesquisa realizada foi eminentemente bibliográfica, incluindo livros e artigos acadêmicos. De maneira suplementar, foram consultados materiais disponíveis na rede mundial de computadores, principalmente estatísticas, bem como artigos e notícias relevantes.

Em resumo, esta dissertação parte do reconhecimento da conveniência de tratar a ordem pública de forma objetiva, reduzindo ou eliminando possíveis subjetivismos em sua aplicação. Os argumentos que fundamentam esta visão incluem, basicamente, a conexão entre o exercício da soberania nacional e o sistema jurídico interno de cada Estado e a existência de valores comuns a todos os seres humanos. Finalmente, os critérios mediante os quais a ordem pública poderia ser tratada de forma mais objetiva são apresentados, a partir das obras de dois consagrados juristas contemporâneos: Erik JAYME e Robert ALEXY.

1) Conveniência de definir critérios orientadores para aplicação da ordem pública no Mercosul e na União Europeia

A primeira parte deste trabalho analisará a conveniência de definir critérios para aplicar a ordem pública no Mercosul e na União Europeia. Uma vez comprovada sua importância, a segunda parte da pesquisa apresentará proposta de definição de critérios para a aplicação do instituto.

O questionamento relativo às vantagens de definir critérios de aplicação da ordem pública será respondido a partir de dois aspectos: por um lado, a comparação entre ordem pública e soberania; por outro, o desafio de promover e garantir segurança jurídica em um contexto social marcado pelo multiculturalismo e pela pós-modernidade.

A conveniência de definir critérios de aplicação da ordem pública nos processos de integração regional será defendida a partir da analogia entre este instituto jurídico e a soberania. Inicialmente, a evolução da soberania e da ordem pública será apresentada. Posteriormente, o compartilhamento de ambos os institutos nos processos de integração regional será enfatizado.

A defesa da definição dos referidos critérios considerará as grandes dificuldades impostas pela pós-modernidade e pelo fenômeno do multiculturalismo à efetividade do princípio da segurança jurídica. Definir critérios de aplicação para um instituto abstrato como a ordem pública contribuirá com os esforços para garantir a estabilidade e a previsibilidade nas relações jurídicas.

1) Ordem pública e soberania estatal

Ao longo dos próximos parágrafos, a relação entre o instituto jurídico da ordem pública e a soberania estatal servirá de base para defender a conveniência de definir critérios de aplicação da ordem pública nos processos de integração regional.

Inicialmente, será apresentado o desenvolvimento paralelo de ambos os institutos no sentido de flexibilizar seu caráter outrora restrito às fronteiras dos Estados. Posteriormente, a pesquisa analisará o compartilhamento da soberania e da ordem pública nos processos de integração regional.

1.1.) Evolução da soberania e da ordem pública

A conveniência de definir critérios de aplicação da ordem pública nas legislações regionais será examinada neste trabalho a partir da inter-relação entre a ciência jurídica, a ciência política e as relações internacionais. A comparação entre ordem pública e soberania será trabalhada para defender a conveniência de definir critérios de aplicação do instituto da ordem pública em processos de integração, mais especificamente no Mercosul e na União Europeia.

Observar-se-á que, tanto a soberania quanto a ordem pública vêm evoluindo no sentido de ampliar sua abrangência para além dos limites dos Estados. Nos processos de integração, a soberania e a ordem pública mantêm sua eficácia quando passam a ser compartilhadas. Do ponto de vista da utilização do instituto da ordem pública, este compartilhamento representa um grande desafio. Diante do obstáculo de conciliar costumes, tradições e valores entre diferentes grupos humanos, definir critérios objetivos de aplicação da ordem pública aparece como uma alternativa vantajosa.

Evolução da soberania

A soberania pode ser definida como a existência de uma autoridade suprema sobre determinado território¹¹. Os Estados, sujeitos de direito internacional público, são iguais; não havendo autoridade alguma acima deles. A soberania está baseada na territorialidade e na exclusão de atores externos das estruturas de autoridade domésticas. Ela é suprema internamente e exclusiva externamente. De acordo com os ensinamentos de José Francisco REZEK:

O fato de encontrar-se sobre certo território bem delimitado uma população estável e sujeita à autoridade de um governo não basta para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de direito das gentes: afinal, esses três elementos se encontram reunidos em circunscrições administrativas várias, em províncias federadas como a Califórnia e o Paraná, até mesmo em municípios como Diamantina e Buenos Aires. Identificamos o Estado quando seu governo – ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições – não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam

¹¹Acerca da natureza da soberania, afirma José Souto Maior BORGES: “Uma coisa é a soberania no sentido ideológico (absoluta e ilimitada), outra, bem diferente, é o seu sentido jurídico-constitucional (limitada)”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 70.

a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com os seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma entidade as possui superiores¹².

Ainda analisando o conceito de soberania, pode-se afirmar que, entre as principais características do instituto, destacam-se sua incontestabilidade jurídica, sua indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade¹³. Sobre a ideia de soberania, assevera José Francisco REZEK:

A soberania não é apenas uma ideia fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, § 1, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA estatui, no art. 3, f, que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados.” De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência¹⁴.

Cabe destacar que a soberania é característica encontrada em todos os Estados que compõem a comunidade das nações. Estes apresentam, portanto, condições de igualdade em relação à soberania. O respeito e o reconhecimento mútuos entre os Estados são os principais elementos organizadores das relações jurídicas no contexto internacional¹⁵.

A soberania se caracteriza pela superioridade do poder político do Estado¹⁶. Trata-se de um conceito mais político¹⁷ que jurídico¹⁸. Acerca desta relação, afirma José Souto Maior BORGES:

¹²REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 259.

¹³Segundo Lenio Luiz STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS: “A soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. p. 130-131

¹⁴REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 260.

¹⁵Segundo Thomas HEALY: “Les nations sont souveraines sur leur propre territoire, mais elles ne doivent pas perdre de vue qu’il existe d’autres nations souveraines à leur tour dans leurs territoires respectifs. Faute de reconnaissance mutuelle des droits de chaque État, les relations internationales seraient plongées dans le chaos. L’intérêt général exige qu’il existe un terrain d’entente pour le règlement des conflits possibles des différentes souverainetés, affectant la même personne ou la même chose”. HEALY, Thomas H. *Théorie Générale de L’Ordre Public. Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925. IV. Volume 9. p. 430.

¹⁶Segundo Enrique LEWANDOWSKI: “Poder, em sua acepção mais simples, significa aptidão de produzir efeitos no plano da realidade fática. Poder social, por sua vez, consiste na capacidade que alguém tem de impor sua vontade a outro indivíduo ou a um grupo de pessoas. Poder político, de seu turno, é aquele exercido pelo Estado, superior a todos os demais poderes existentes na sociedade, porquanto representa a síntese de todos eles. Essa

Uma análise mais refinada porá a descoberto ponto decisivo, embora doutrinariamente inadvertido: o de que não coincidem os conceitos político-ideológicos e jurídico-positivo de soberania. Advertência fundamental nessa matéria onde impera a inadvertência. Será soberano um Estado, na concepção doutrinária tradicional, quando inexista sobre ele outro ordenamento jurídico, inclusive o ordenamento jurídico internacional. Como a soberania é um poder absoluto e incontestável, segue-se que somente existiriam, sob esse prisma, relações de coordenação internacional: a soberania (absoluta) de um Estado chocar-se-ia com a soberania (absoluta) de outro. Assim, quebra-se a unidade do conhecimento pela ciência do direito. Há tantos ordenamentos (sistemas) jurídicos, objeto de conhecimento pela ciência jurídica, quantos Estados soberanos¹⁹.

Alguns autores se debruçaram sobre o estudo da relação entre a ciência do Direito e a ciência política no que diz respeito à soberania²⁰. Luigi FERRAJOLI cita a antinomia entre Direito e soberania e chega a afirmar a existência de uma incompatibilidade entre ambos²¹. Segundo FERRAJOLI, o nascimento do Estado Democrático de Direito foi uma resposta para a resolução deste antagonismo²².

superioridade do poder político é que caracteriza a soberania do Estado”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 273-274.

¹⁷De acordo com José Souto Maior BORGES: “A caracterização tradicional da soberania é conservadora, reacionária, portanto ideológica, e prestou serviços aos imobilistas de todos os matizes, que sempre se opuseram à integração comunitária. Em suma: trata-se de uma ideologia política, escondida sob a face de uma pretensa caracterização jurídica do poder estatal. Pelos seus efeitos políticos ela é conhecida e reconhecida. Ora a soberania – Kelsen exaustivamente o demonstrou – não passa de um atributo ou de um ordenamento jurídico-estatal. Não corresponde juridicamente a um poder físico, poder de fato. A soberania é eficácia do ordenamento estatal considerado como um todo”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 182.

¹⁸Ainda sobre a relação entre a expressão jurídica e política da soberania, diz Luigi FERRAJOLI: “Parlare di “Stati sovrani”, se non è più consentito sul piano della teoria del diritto, non lo è quindi di più sul piano della teoria politica. Ciò che infatti è entrato irreversibilmente in crisi, ben prima che l’attributo della sovranità, è precisamente il suo soggetto: lo Stato nazionale unitario e indipendente, di cui vanno ripensate, alla luce dell’attuale mutamento, di fatto e di diritto, dei rapporti internazionali, l’identità, la collocazione ed il ruolo”. FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. Editori Laterza. 1997. p. 44-45.

¹⁹BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 173.

²⁰Dawn ROTHE e Christopher MULLINS comentam a inter-relação do conceito de soberania no Direito Internacional e nas Relações Internacionais. “In this sense, sovereignty recognizes the territorial boundaries (a condition of statehood) and political authority. In the case at hand, we draw from and use this notion of traditional sovereignty- sovereignty is a legal and political construct that represents and provides for states’ exercising their political authority-where others may not interfere with the a state’s political governance. This coincides with the recognized and practiced concept of sovereignty of international law and international relations”. ROTHE, Dawn L; MULLINS, Christopher W. *The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration. International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34, 2010, 1ª Edição. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016. p. 6.

²¹Afirma Luigi FERRAJOLI: “Almeno sul piano della teoria del diritto, la sovranità si è insomma rivelato uno pseudo-concetto o, peggio, una categoria anti-giuridica. La sua crisi, possiamo ora affermare, inizia per l’appunto, nella sua dimensione interna come in quella esterna, nel momento stesso in cui essa entra in rapporto con il diritto, dato che del diritto essa è la negazione, così come il diritto è la sua negazione. Giacché la sovranità è assenza di limiti e di regole, cioè il contrario di ciò in cui il diritto consiste. Per questo la storia giuridica della sovranità è la storia di un’antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta tra loro”. FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. Editori Laterza. 1997. p. 43.

²²De acordo com Luigi FERRAJOLI: “Quest’antinomia, come si è visto, si è risolta a livello del diritto interno con la nascita dello stato costituzionale di diritto: in forza del quale il diritto regola se stesso, imponendo alla sua

Por sua parte, José Souto Maior BORGES discorre sobre o caráter jurídico e político da soberania e afirma que o instituto foi apropriado pelo Direito. Segundo o autor:

A soberania somente pode ser apropriada pela ciência jurídica enquanto não for considerada um poder de fato, mas atributo de um sistema normativo estatal e, portanto, quando for havida como um poder jurídico limitado no seu âmbito de aplicabilidade. A soberania, considerada como um poder estatal absoluto, atributo essencial do Estado, ao ser o Estado uma autoridade suprema, não passa de uma ilusão – menos ainda que uma ficção jurídica. Assim considerada porém, sob perspectiva político-ideológica, limitar a soberania é destruí-la – como proclamava Rousseau. Nesses termos ideológicos, a soberania corresponderia a um conceito insuscetível de apropriação pela ciência jurídica. Não é aqui lugar apropriado para o desdobramento de uma análise crítica exaustiva da soberania como conceito político e, assim sendo, extrajurídico. Mas conceito jurídico originariamente ela não o é. É, em sentido derivado, um conceito político transformado posteriormente (e indevidamente) em jurídico, e apropriado juridicamente para assegurar o poder estatal, ou seja, a serviço de uma ideologia política²³.

BORGES também chama a atenção para o caráter jurídico e político da soberania, afirmando haver incompatibilidade entre ambos. Enquanto a soberania política do Estado seria ilimitada, a soberania jurídica no plano internacional seria limitada. De tal forma, o poder absoluto impossibilitaria o Estado de se restringir no âmbito das relações internacionais²⁴. Neste sentido:

Não é possível, entretanto, a ilimitação política do Estado soberano conviver com a limitação jurídica das suas funções na ordem internacional, à qual está ele vinculado. E nem mesmo pode ela coabitar com as suas limitações intra-estatais. Se a ordem internacional decorresse da soberania estatal e nela buscasse o seu fundamento bastante de validação, as normas estatais primariam sobre o ordenamento internacional. Nesse sentido, um Estado dependente do reconhecimento de outro para a sua inserção na órbita internacional será *ipso facto* limitado por esse reconhecimento. Sob esse aspecto, revela-se a aporia fundamental que cerca a noção ideológica de soberania²⁵.

Acerca do surgimento e da evolução histórica da soberania, é possível afirmar que o conceito se consagrou a partir do aparecimento do Estado como principal ator no contexto das

produzione vincoli non più solo formali, cioè relativi alle sue forme, ma anche sostanziali, cioè relativi ai suoi contenuti, e quindi condizionando non più soltanto, mediante norme sulle procedure, il vigore delle norme prodotte, ma anche, mediante norme sui diritti fondamentali, la loro validità sostanziale. Nello stato di diritto non esiste quindi nessun sovrano, a meno di non intendere come “sovrano”, con un puro artificio retorico, la stessa costituzione, ossia il sistema di limiti e di vincoli giuridici da essa imposti ai pubblici poteri non più sovrani”. FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. Editori Laterza. 1997. p. 43-44.

²³BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 169-170.

²⁴De acordo com José Souto Maior BORGES: “Norma princípio que é, a soberania inspira a estruturação republicana e federativa do Brasil. Mas, levado às últimas consequências, o dogma da soberania ilimitada (político-ideológico), poder absoluto de autodeterminação, envolveria a incapacidade ou a impossibilidade constitucional de autolimitar-se o Estado brasileiro, nas relações internacionais, essencialmente relações entre iguais (isonomia interestatal)”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 181.

²⁵BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 173.

relações internacionais²⁶. A ideia anterior do “universalismo”²⁷, manifestada pela ação de instituições como a Igreja Católica e o Império Romano, cedeu espaço para a legitimação de poderes locais²⁸. Hans MORGENTHAU explica que:

A ideia moderna de soberania foi formulada pela primeira vez na segunda metade do século XVI e aplicada ao então novo fenômeno do Estado territorial. Ela se referia em termos legais ao fato político fundamental daquela era – o aparecimento de um poder centralizado que exercia a sua autoridade de legislar e fazer cumprir as suas leis no âmbito de um certo território. Esse poder, investido primariamente, mas não necessariamente, em um monarca absoluto, era então superior a quaisquer outras forças que se fizessem sentir naquela extensão de terra. No decorrer de um século, ele se tornou incontestável, tanto no interior como no exterior de seu território. Em outras palavras, ele se tornou supremo. No final da Guerra dos Trinta Anos, a soberania entendida como o poder supremo sobre um determinado território, já constituía um fato político e representava a vitória dos príncipes territoriais sobre a autoridade universal do imperador e do Papa, por um lado, e sobre as aspirações particulares dos varões feudais, por outro. O habitante da França, por exemplo, passou a sentir que ninguém, a não ser o poder real, podia dar-lhe ordens e fazê-las cumprir. Essa experiência do cidadão francês foi duplicada pela experiência do rei da Inglaterra ou do rei da Espanha. Em outras palavras: a autoridade suprema do rei da França dentro do território francês impedia que aqueles dois reis exercessem, por sua própria conta, qualquer autoridade sobre esse território, exceto se tivessem obtido a anuência do próprio rei francês ou conquistado uma vitória em guerra sobre ele. Em compensação, se o rei da Inglaterra ou o rei da Espanha não detinham qualquer poder na França, eles tinham o poder exclusivo sobre seus próprios territórios²⁹.

Também sobre a evolução histórica do conceito de soberania, ensina Amado Luiz CERVO:

Ao término da Renascença e das reformas religiosas, fragmentou-se a área da cristandade em Estados territoriais sob o mando fortalecido de reis que ignoravam a autoridade central e estavam dispostos a integrar uma associação anti-hegemônica em defesa das múltiplas independências. Tornam-se, pois, compreensíveis as dificuldades que enfrentavam os Habsburgos, herdeiros do Santo Império Romano Germânico, para restabelecer a autoridade central e repor a hegemonia da cristandade. Pequenas e médias potências europeias, até mesmo com a ajuda do Império Otomano, compunham e recompunham alianças, obstando, desse modo, no século XVI, ao sonho dos Habsburgos. O século XVII acabou por legitimar a "sociedade de Estados independentes" como força histórica do sistema internacional. Com efeito, o Congresso de Vestfália (1648), primeiro grande foro internacional dos tempos

²⁶Segundo Lenio Luiz STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS: “A ideia de soberania, antiga conhecida dos lidadores no campo da teoria do Estado, é um conceito que emerge e se consagra já nos anos 1500. De lá para cá, o tema tem sofrido transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestatais”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. p. 130.

²⁷Segundo Henry KISSINGER: “What historians describe today as the European balance-of-power system emerged in the seventeenth century from the final collapse of the medieval aspiration to universality – a concept of world order that represented a blending of the traditions of the Roman Empire and the Catholic Church. The world was conceived as mirroring the Heavens. Just as one God ruled in Heaven, so one emperor would rule over the secular world and one Pope over the Universal Church”. KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. Nova Iorque. Simon and Schuster Paperbacks. 1994. p. 56.

²⁸Afirma Paulo Borba CASELLA: “Pode-se fazer remontar ao Cristianismo medieval, ou mesmo até a Antiguidade, a noção de unidade espiritual e cultural, concomitante ou não às tentativas de união política, dos povos que habitavam esse espaço do planeta, ao mesmo tempo em que se sucedem os conflitos opondo esses mesmos povos ao longo dos séculos”. CASELLA, Paulo Borba. *Perspectivas da Integração Europeia*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Volume 109. janeiro/dezembro 2014. p. 44.

²⁹MORGENTHAU, Hans J. *A Política entre as Nações – A luta pelo Poder e pela Paz*. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/0179_politica_entre_as_nacoes.pdf Acesso em 20/12/2016. p. 568.

modernos, consagrou a superioridade do princípio da independência dos Estados, em assuntos internos e externos, sobre o princípio antagônico da hegemonia. A *raison d'État*, conceito elaborado pelo cardeal de Richelieu, conselheiro do rei da França, para regular as relações internacionais, prevaleceu sobre o *imperium* universal, ao qual os Habsburgos haveriam de renunciar³⁰.

Inicialmente, a ideia de soberania era inquestionavelmente absoluta. Desta forma, os Estados se relacionavam no cenário internacional sem nenhum tipo de condicionamento além dos próprios interesses nacionais. A relativização do poder de manifestar a soberania externa surgiu em paralelo ao maior desenvolvimento da capacidade de destruição dos armamentos e sua utilização em conflitos bélicos de grande magnitude. Os enormes prejuízos gerados pelas guerras modernas e a ameaça de colocar em risco a própria existência da espécie humana em futuras disputas originaram os primeiros questionamentos acerca da manifestação de soberania externa dos Estados. Neste sentido, afirma Luigi FERRAJOLI:

Questo paradigma della sovranità esterna giunge al suo massimo fulgore e insieme al suo tragico fallimento nella prima metà del nostro secolo, con quella nuova guerra europea dei trent'anni (1914-1945) che sono state le due guerre mondiali e che ne segna, per così dire, il suicidio. La sua fine è sanzionata, sul piano del diritto internazionale, dalla Carta dell'Onu varata a San Francisco il 26 giugno 1945, e poi dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Questi due documenti trasformano, almeno sul piano normativo, l'ordine giuridico del mondo, portandolo dallo stato di natura allo stato civile. La sovranità anche esterna dello Stato – almeno in via di principio – cessa con essi di essere una libertà assoluta e selvaggia e si subordina, giuridicamente, a due norme fondamentali: l'imperativo della pace e la tutela dei diritti umani. È da allora che lo stesso concetto di sovranità esterna diventa logicamente inconsistente e può parlarsi, in accordo con la dottrina monistica di Kelsen, del diritto internazionale e dei diversi diritti statali come di un unico ordinamento.³¹

FERRAJOLI também destaca o fato de que a soberania externa dos Estados se justificava a partir da necessidade de defesa contra o inimigo estrangeiro. Neste sentido, a evolução das Relações Internacionais e a consagração dos meios pacíficos de resolução de controvérsias³² colocaram a comunidade internacional diante do desafio de reavaliar os critérios de legitimidade da soberania no atual contexto das relações internacionais³³.

³⁰CERVO, Amado Luiz. Hegemonia coletiva e equilíbrio: a construção do mundo liberal (1815-1871). In SARAIVA, José Flávio Sombra. (Organizador) *História das Relações Internacionais Contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era de globalização*. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 41-75.

³¹FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. 1997. Editori Laterza. p. 39-41.

³²Mesmo posteriormente se mostrando ineficaz para evitar conflitos de grande magnitude, destaca-se, neste sentido, a assinatura do Tratado de Renúncia à Guerra, também chamado de Pacto de Paris ou Pacto Briand Kellog, de 1928. Seu artigo 1º diz que: “As Altas Partes contratantes declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a isso renunciam, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Organizador). *Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal*. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008. p. 272.

³³Segundo o autor: “La sovranità esterna dello Stato ha sempre avuto come principale giustificazione la necessità della difesa da nemici esterni. Oggi che con la fine dei blocchi contrapposti questa necessità è venuta meno,

Ao longo do tempo, o debate acerca da soberania ganhou relevância no âmbito das relações internacionais. A complexidade das relações entre os Estados despertou o interesse dos estudiosos. Neste sentido, segundo João Pontes NOGUEIRA e Nizar MESSARI:

O debate sobre o tema da soberania tem mobilizado teóricos e tomadores de decisão nos últimos 15 anos. Fomentado pelo debate sobre intervenções humanitárias e sobre a existência ou não de limites à soberania dos Estados, o debate sobre a soberania pode ter consequências empíricas e teóricas muito amplas. Enquanto alguns defendem a soberania como intocável, total e não divisível, outros a consideram a causa – ou no melhor dos casos, a expressão – de grandes anomalias nas relações internacionais contemporâneas; as variações entre esses dois extremos são grandes. A multiplicação dos livros sobre o tema é um indicador de sua relevância e de sua importância. O tema da soberania leva, também, a considerações e questionamentos sobre a existência ou não de comunidades políticas alternativas ao Estado, e sobre o próprio Estado e sua contínua relevância nas relações internacionais. Por fim, uma das consequências do intenso debate sobre soberania, e não das menores, é que a própria definição do que é interno e o que é externo, o que é doméstico e o que é internacional, pode vir a ser modificada³⁴.

As mudanças ocorridas durante das últimas décadas no campo do direito internacional e das relações internacionais vêm alterando as ações e o posicionamento dos Estados como principais sujeitos de direitos e deveres e transformado o conceito de soberania³⁵. Definir a fronteira entre “interno” e externo” é tarefa cada vez mais complexa, considerando sobretudo a velocidade nas comunicações e as intrincadas e variadas conexões entre os Estados. Também é fundamental destacar a influência que atores não estatais exercem sobre a soberania das nações, principalmente os grandes agentes econômicos³⁶.

l'intensificarsi delle interdipendenze e insieme le promesse non mantenute del diritto internazionale e tutte iscritte in quel patto costituente che è la Carta dell'Onu – la pace, l'uguaglianza, lo sviluppo, i diritti universali degli uomini e dei popoli – stanno producendo una crisi di legittimazione del sistema di sovranità disuguali e di relazioni sempre più asimmetriche tra paesi ricchi e paesi poveri nel quale si è trasformata la comunità internazionale: un sistema che non sembra tollerabile, nei tempi lunghi, dagli stessi ordinamenti politici dei paesi avanzati, che proprio su quelle promesse e sul loro universalismo basano la loro identità e legittimazione democratica”. FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. 1997. Editori Laterza. p. 46-47.

³⁴NOGUEIRA, João Pontes e MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais. Correntes e Debates*. 7ª Reimpressão. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2005. p. 237-238.

³⁵Afirma Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “A ideia de uma soberania sem limites, aliás, nunca existiu e muito menos tem lugar nos dias atuais, sobretudo porque as transformações históricas pelas quais os Estados passaram fizeram com que ela acabasse ficando “mais complexa, menos rígida, mais maleável do que a noção legada pela tradição”, como observa Raymon Polin. Embora a soberania subsista como poder funcionalmente absoluto, isto é, como a *ultima ratio* do Estado, ela se inscreve num contexto mais e mais marcado pela interdependência de fato”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 295.

³⁶Segundo Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “De fato, pela primeira vez desde que se consolidou como *summa potestas* no plano interno e internacional, em especial a partir da Paz de Westphalia, o Estado não consegue mais controlar de forma satisfatória a repercussão doméstica das variáveis econômicas geradas externamente. Em outras palavras, o poder de autodeterminação das comunidades políticas organizadas em Estados passou a ser cerceado pelo poder dos agentes econômicos transnacionais, com o que ficou abalada a própria legitimidade dos governantes”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 254.

Apesar das alterações significativas observadas ao longo do tempo, mais especificamente durante o último século, os Estados ainda se constituem nos principais atores no âmbito do direito internacional³⁷. O fundamento de suas ações continua alicerçado sobre o conceito de soberania. Internamente, as decisões são tomadas sem a participação de elementos estrangeiros e, externamente, os Estados são considerados unidades autônomas³⁸. Como afirma Enrique Ricardo LEWANDOWSKI:

Em que pesem, portanto, os múltiplos usos que se deu ao longo do tempo ao termo “soberania”, o seu núcleo conceitual permanece inalterado. Por mais que alguns queiram atenuar sua importância ou diminuir-lhe a abrangência, continua a ser o poder incondicionado de decidir em última instância sobre tudo que se diga respeito aos interesses fundamentais de uma comunidade. Nunca é demais recordar, contudo, que se trata de uma autonomia jurídica e não real, pois jamais algum Estado logrou subtrair-se integralmente aos condicionamentos do mundo fático³⁹.

O conceito tradicional de soberania é ainda hoje uma das bases da legitimidade dos Estados. Todas as ações, tanto no contexto interno quanto em relação aos demais membros da comunidade internacional, têm como fundamento a soberania; consequência da manifestação democrática da vontade da população de cada Estado⁴⁰.

³⁷Neste sentido, afirma José Francisco REZEK: “A personalidade jurídica do Estado, em direito das gentes, diz-se *originária*, enquanto *derivada* a das organizações. O Estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de seres humanos. A organização internacional carece dessa dupla dimensão material. Ela é produto exclusivo de uma elaboração jurídica resultante da vontade conjugada de certo número de Estados”. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 181-182.

³⁸Afirma Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “As recentes mudanças nas relações internacionais, pois, não tiveram o condão de abalar os atributos fundamentais da soberania. No plano interno, o soberano continua dispondo da decisão final sobre todas as competências, ao passo que, na esfera externa, segue mantendo a independência que lhe permite assumir ou não determinadas obrigações. Se a soberania fosse atingível em qualquer um desses aspectos, o Estado estaria subordinado a algum outro poder e, portanto, não seria verdadeiramente soberano”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 294.

³⁹LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 295.

⁴⁰Segundo Armin VON BOGDANDY e Sergio DELLAVALLE: “Globalization and related terms comprise a disparate set of ideas, the common thread of which is the weakened influence of the traditional nation-state, at least in its European variant. This transformation affects the legitimacy of the law because the nation-state has so far formed the only framework for democracy’s successful realizations. The traditional European understanding of the nation-state is mostly based on the particularistic paradigm – in particular, on the assumption of a fundamental congruence between a people integrated by strong economic, cultural and historic bonds and its state, the main task of which is to organize and developed this nation. The nation-state, visualized through borders, colored areas on maps, symbols, buildings and persons, provides the all-encompassing unity in which human life finds its place and sense. In the traditional understanding, the nation-state is seen as the highest form of realization of a people bound in solidarity. It is the source of all law and the foundation and framework of the national economy. Only through the nation-state can the national language, literature, system of science and arts and culture in general realize their full potential.

This understanding of the nation-state finds its legal basis in the traditional concept of sovereignty. Under international law, sovereignty protects the state against foreign interference. Under municipal law sovereignty express the state’s supreme power and therefore its supremacy over all other social spheres. Under a democratic constitution, popular sovereignty is nothing but the realization of democracy on which the legitimacy of all public power rests. On this basis, the symbiosis of the nation-state and democracy was formed. This remains the

Mesmo ainda contando com grande reconhecimento, o conceito atual de soberania deve ser entendido com certo grau de limitação⁴¹. Esta restrição à manifestação da soberania se observa tanto na face interna quanto externa⁴². Resgatando as origens do conceito de soberania, é possível afirmar que, apesar de o direito internacional e das relações internacionais atualmente consagrarem uma visão universalista, a soberania segue desempenhando um papel fundamental para compreender as relações entre os Estados. Como afirma Luigi FERRAJOLI, a “parábola” da soberania ainda está longe de terminar. Segundo o autor:

E tuttavia la parabola della sovranità è ben lontana dall’essersi conclusa. Anche l’Organizzazione delle Nazioni Unite, nonostante la sua ispirazione e la sua aspirazione

dominant conception of democracy today”. VON BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE, Sergio. *Parochialism, Cosmopolitanism and the Paradigms of International Law*. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2014. p. 354-355.

⁴¹Segundo José Souto Maior BORGES: “O conceito doutrinário tradicional de soberania está historicamente defasado e mesmo superado. Porque a soberania só cobra sentido jurídico-positivo enquanto correspondente a um conceito de direito constitucional (CF, art. 1º, I). E assim sendo as construções doutrinárias tradicionais, contaminadas pela metodologia extrajurídica se mostram inadequadas para interpretar normas positivas que demarcam, no plano nacional, esse conceito. Doutrinariamente o conceito de soberania é havido como ilimitado e absoluto. Sob o ponto de vista do direito positivo, i. é, das normas constitucionais que a disciplinam, a soberania é limitada e relativa, porque restrita a uma órbita demarcada de validade das normas que a estruturam. Não há, pois, e como visto, co-extensividade conceitual entre ambos os níveis de linguagem (política e jurídica). Se a soberania decorre de normas constitucionais de estruturação estatal e se inexistem normas de direito posto com âmbitos de validade ilimitados, caberá concluir que a soberania é juridicamente limitada pelo seu âmbito juridicamente demarcado de validade. Vale até onde se efetiva a autoridade da lei nacional. Fora desse campo, inexistente soberania”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 188. No mesmo sentido, afirma Luigi FERRAJOLI: “Certamente, sul piano giuridico, nonostante l’art. 2 della Carta dell’Onu, il principio della pace è un principio imperativo, che fa della “sovranità” degli Stati, se vogliamo ancora usare questa parola in omaggio alla lettera della norma, una sovranità limitata; E i diritti fondamentali, dopo la Dichiarazione del’48 e i Patti del’66, non rientrano più tra quelle che l’art. 2 comma 7 chiama “questioni che appartengono alla competenza interna di ogni Stato”, ma sono diritti sovra-statali la cui tutela andrebbe garantita giurisdizionalmente a livello internazionale proprio contro gli Stati. Ma questo vuol dire che le loro violazioni sono oggi interpretabili come il frutto dell’irrisolta *antinomia* del vecchio principio vittoriano dell’uguale sovranità degli Stati non più semplicemente con il diritto naturale ma con i principi positivi del nuovo diritto internazionale; mentre l’assenza di idonee garanzie contro tali violazioni ad opera degli Stati è a sua volta configurabile come un’indebita *lacuna* che dev’essere riempita. Voul dire, in altre parole, che l’odierno ordinamento internazionale è ineffetivo per il fatto che i suoi organi equivalgono non già a un “terzo assente”, ma a un “terzo impotente”. FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. 1997. Editori Laterza. p. 42-43.

⁴²Segundo Luigi FERRAJOLI: “A questo punto – e vengo così alla mia terza ipotesi di lavoro – cadono tutti i presupposti e tutti i caratteri della sovranità, sia interna che esterna. La sovranità, che già si era svuotata fino a dissolversi nella sua dimensione interna con lo sviluppo dello stato costituzionale di diritto, viene meno anche nella sua dimensione esterna in presenza di un sistema di norme internazionali caratterizzabili come *ius cogens*, cioè come diritto immediatamente vincolante per gli Stati membri. Nel nuovo ordinamento sono infatti soggetti di diritto internazionale non più solo gli Stati, ma anche gli individui ed i popoli: i primi in quanto titolari nei confronti dei loro stessi Stati dei diritti umani loro conferiti dalla Dichiarazione del’48 e dai Patti del’66; i secondi in quanto titolari del diritto di autodeterminazione riconosciuto dall’art. 1 dei medesimi patti. Basti pensare, per misurare sul piano teorico il mutamento avvenuto, a quanto sarebbe stato impensabile, prima della Carta dell’Onu, il ricorso di un cittadino contro il proprio Stato dinanzi a una giurisdizione internazionale; così come fino al secolo scorso, prima dell’istituzione di una giustizia amministrativa, sarebbe stato inconcepibile il ricorso del cittadino contro lo Stato davanti alle giurisdizioni statali”. FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. 1997. Editori Laterza. p. 41.

universalistica, continua, não só no plano fático mas também no plano jurídico, ad essere condizionata dal principio della sovranità degli Stati. "L'Organizzazione - dice il primo comma dell'art. 2 della Carta - è fondata sul principio della *sovrana* uguaglianza di tutti i suoi membri"; e questo principio, precisa il comma 7 del medesimo articolo, comporta il divieto d'ingerenza dell'Organizzazione nelle questioni interne di ciascuno Stato. Si aggiunga che la scienza giuridica internazionalistica, dopo tre secoli di diritto internazionale pattizio, non ha ancora aggiornato le sue categorie ed è tuttora affetta da una sorta d'insicurezza di sé, quasi un complesso d'inferiorità scientifica e giuridica che la porta a svalutare la nuova dimensione normativa del diritto internazionale e ad appiattirla sull'effettività dei rapporti di forza tra gli Stati⁴³.

Ao se debruçar sobre o estudo da soberania no século XXI, David LAKE declara acerca da relação entre as faces interna e externa da soberania, por ele chamadas de "hierarquia doméstica" e "anarquia internacional"⁴⁴, o seguinte:

The deviations from Westphalian sovereignty highlighted in this new literature are forms of hierarchy and map onto dimensions of variations by issue area and unit. Anarchy is but one type of relationship between polities, even between states. Many forms of hierarchy have existed and continue to exist within the international system. Explicit theorizing and data-gathering on hierarchy are likely to be accompanied by significant payoffs for the study of international relations as well as policy. Recasting existing research programs always has uncertain benefits. But the potential for gains appears sufficiently large to warrant the intellectual effort necessary to move beyond the assumption that the international system is anarchic and to rebuild international relations theory on the more realistic premise that the system is actually characterized by myriad relationships of varying and sometimes hierarchical authority⁴⁵.

Outro fenômeno que deve ser considerado ao analisar a evolução da soberania é o significativo aumento da participação dos atores não estatais no âmbito das relações internacionais. Este processo ganhou força principalmente a partir de meados do século XX⁴⁶. A ascensão das organizações internacionais, empresas multinacionais e organizações não

⁴³FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. 1997. Editori Laterza. p. 41-42.

⁴⁴LAKE, David A. The New Sovereignty in International Relations. *International Studies Review* (2003) 5, p. 303-323. Disponível em: <https://quote.ucsd.edu/lake/files/2014/07/ISR-5-3-2003.pdf>. Acesso em 05/10/2016. p. 305.

⁴⁵LAKE, David A. The New Sovereignty in International Relations. *International Studies Review* (2003) 5, p. 303-323. Disponível em: <https://quote.ucsd.edu/lake/files/2014/07/ISR-5-3-2003.pdf>. Acesso em 05/10/2016. p. 320.

⁴⁶Segundo Dawn ROTHE e Christopher MULLINS: "Since the mid-twentieth century, a remarkable expansion of non-state actors within international society has been steadily unfolding. Multinational corporations have grown in size and scope, many operating in a truly global context. Quasi-governmental organizations intended to address political concerns at the international level have been established and expanded their realms of influence (i.e., The United Nations, the European Union). The Breton Woods institutions (i.e., the International Monetary Fund and the World Bank), established to aid in European reconstruction after the second World War, have expanded their mandates and influences beyond their original charters, seemingly taking on a life of their own. New institutions of criminal justice and international law adjudication continue to be developed and implemented (i.e., the International Court of Justice, the European Court of Human Rights and the International Criminal Court). Such an expansion of non-state-based power has led some to suggest that this has resulted in power shifts in international affairs and has stimulated scholarship in many disciplines, including criminology". ROTHE, Dawn L; MULLINS, Christopher W. The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34, 2010, 1ª Edição. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016. p. 3.

governamentais⁴⁷ promoveu um certo declínio do outrora absoluto e irrefreável poder soberano dos Estados⁴⁸. Paulo Borba CASELLA afirma que o surgimento e fortalecimento das organizações internacionais marcaram uma mudança estrutural no direito internacional. De uma etapa de coexistência entre os Estados, passou-se a uma fase de cooperação entre eles. Neste sentido:

As organizações internacionais correspondem à mutação estrutural do direito internacional: na passagem do direito internacional de coexistência para direito internacional da cooperação, estas correspondem ao funcionamento de modelo que se convencionou denominar “diplomacia parlamentar”. Às organizações internacionais, sobretudo à Organização das Nações Unidas é injusto imputar a pecha de ineficientes, porquanto contam poucas décadas de vida e funcionamento: são modelos, todavia em aperfeiçoamento. Tanto mais no caso único da União Europeia em que se avança no patamar da integração, alhures não experimentado⁴⁹.

O interesse criado pelo debate acerca do papel da soberania a partir do advento do fenômeno da globalização levou Dawn ROTHE e Christopher MULLINS a abordarem empiricamente a questão. Eles analisaram detalhadamente as reservas opostas pelas partes de oito importantes tratados internacionais assinados ao longo do século XX⁵⁰. A conclusão da pesquisa foi de que a soberania se mantém sólida, entendendo que a formulação de reservas em tratados consiste em uma manifestação inequívoca da soberania estatal⁵¹.

⁴⁷Especificamente sobre as organizações não governamentais, afirmam Lenio Luiz STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS: “Outro agente fundamental neste processo de transformação – de eclipse, para alguns – da noção de soberania são as organizações não governamentais (ONGs). Estas entidades, que podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais, atuam em setores variados, tais como: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional), saúde (Médicos Sem Fronteiras) etc. O papel das mesmas vem-se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional etc. Tais vínculos, incongruentes com a ideia de poder soberano, são uma realidade da contemporaneidade onde os relatórios destas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, em especial naqueles que dependem da ajuda econômica internacional”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. p. 133.

⁴⁸De acordo com Dawn L ROTHE e Christopher W. MULLINS: “The power of states is seen as declining while other transnational actors, like multinational corporations, are becoming more powerful and less controllable”. ROTHE, Dawn L; MULLINS, Christopher W. *The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration*. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34, 2010, 1ª Edição. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016.

⁴⁹CASELLA, Paulo Borba. Perspectivas da Integração Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Volume 109. janeiro/dezembro 2014. p. 43.

⁵⁰Os tratados escolhidos foram: Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio (1948), Convenções de Genebra (1949), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1963), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). ROTHE, Dawn L; MULLINS, Christopher W. *The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration*. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34, 2010, 1ª Edição. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016. p. 9-10.

⁵¹ Segundo Dawn ROTHE e Christopher WMULLINS: “Our findings suggest that despite greater attention in global consciousness amongst countries and economies, states intensely protect their right to self-determination

Ainda em relação à evolução da soberania, cabe destacar a flexibilização observada em relação à imunidade dos Estados no âmbito internacional. Sobre o particular, ao citar a Convenção europeia sobre imunidade do Estado de 1972 e o *State Immunity Act* editado na Grã-Bretanha em 1978, afirma Francisco REZEK:

O que impressiona, tanto na Convenção europeia quanto nos diplomas domésticos promulgados nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, é que esses textos fulminam a imunidade do Estado estrangeiro em hipóteses completamente distintas daquela atividade comercial heterodoxa a que se entregavam alguns países em lugares como Londres, Nova York ou Zurique – prática inimaginável em Brasília, em Moscou ou em Damasco -, e que haviam já produzido os primeiros arranhões na regra da imunidade absoluta. Com efeito, recrutar servidores subalternos no Estado local e contratar a construção do prédio representativo são atos inscritos na rotina diplomática; comuns, portanto, em todas as capitais do mundo. É também na casualidade do dia a dia que pode ocorrer um acidente imputável ao Estado estrangeiro, acarretando dano a pessoas da terra. O caminho tomado por esses recentes diplomas, vindos à luz em áreas de grande prestígio na cena internacional, solapou de modo irremediável as bases da velha regra costumeira – a se entender derogada na medida em que os demais países, abstendo-se de protestar, assumem, um após outro, igual diretriz⁵².

Segundo o exposto, observa-se que a soberania vem evoluindo ao longo das últimas décadas no sentido de limitar sua condição outrora absoluta no cenário internacional⁵³. Desta forma, é possível concluir afirmando que a restrição da magnitude das manifestações soberanas dos Estados não descaracteriza o instituto, mas o adapta a uma realidade mais flexível.

A seguir, a evolução da ordem pública será analisada com o objetivo de traçar um paralelo entre ela e a soberania. Da mesma forma que a última, a ordem pública se transformou ao longo dos últimos anos. Este processo evolutivo também é marcado pela maleabilidade e ampliação do conceito, outrora restrito às fronteiras dos Estados nacionais.

while signing and ratifying treaties, compacts and other international agreements. After providing a detailed discussion of these findings, we conclude that state sovereignty is not eroding and is far from dead”. ROTHE, Dawn L; MULLINS, Christopher W. The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34, 2010, 1ª Edição. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016. p. 2. Os autores reiteram sua conclusão ao afirmar que: “While there are nuances within our data, the overwhelming conclusion to us was that sovereignty, in the traditional and legal sense, is by no means eroding or reconstructed in the legal, political, or conceptual sense”. ROTHE, Dawn L; MULLINS, Christopher W. The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34, 2010, 1ª Edição. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016. p. 20.

⁵²REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. 463 p. 209-210.

⁵³Analisando as perspectivas relativas à evolução da imunidade do Estado no âmbito internacional, assevera Francisco REZEK: “A imunidade tende a reduzir-se, desse modo, ao mais estrito sentido dos *acta jure imperii*, a um domínio regido seja pelo direito das gentes, seja pelas leis do próprio Estado estrangeiro: suas relações com o Estado local ou com a terceira soberania, com seus próprios agentes recrutados na origem, com seus nacionais em matéria de direito público – questões tendo a ver com a nacionalidade, os direitos políticos, a função pública, o serviço militar, entre outras”. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. 463 p. 211.

Evolução da ordem pública

Após analisar a evolução da soberania estatal, passa-se a examinar a evolução da ordem pública. O paralelo traçado entre ambos os institutos tem como finalidade defender a conveniência de definir critérios de aplicação da ordem pública nos processos de integração regional.

No direito internacional privado, a ordem pública tem como objetivo afastar a aplicação da lei estrangeira indicada pelo elemento de conexão quando esta for incompatível com a moral e os valores da comunidade local⁵⁴. A execução de sentenças prolatadas no exterior e atos jurídicos realizados no estrangeiro também podem ser afastados mediante o uso da exceção de ordem pública. Cabe destacar que a aplicação da exceção de ordem pública não é a única maneira de impedir o uso da norma estrangeira em situações jurídicas multiconectadas⁵⁵.

O referido instituto jurídico está intimamente ligado à soberania nacional⁵⁶. Pode-se afirmar que a soberania representa o viés político da ordem pública; trata-se da integridade de uma nação perante a comunidade internacional⁵⁷. Não faz sentido falar em uma ordem pública senão naquela inerente a cada Estado, pois representa a moral básica de uma nação. Exercendo sua soberania, o Estado aplicará a ordem pública como instrumento de manutenção da segurança, da moral e da boa governança⁵⁸.

⁵⁴Afirma Jacob DOLINGER: “A ordem pública no direito internacional privado não é internacional, já o vimos, ela é interna, objetivando proteção em casos de natureza internacional”. DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 246.

⁵⁵Segundo Nadia de ARAUJO: “Mas não é essa a única maneira de se impedir a utilização da norma estrangeira designada pela regra de conexão. Há situações em que o interesse de proteção estatal é de tal ordem que há normas imperativas ou de aplicação imediata – *lois de police* – impedindo o uso da lei estrangeira. São normas que se caracterizam por serem de aplicação obrigatória, usadas em situações internacionais sujeitas a um direito estrangeiro, sendo controvertido o sentido, o alcance e o limite de sua intromissão. Portanto, independentemente do sistema geral das normas de conflitos de leis do país, serão estas utilizadas diretamente”. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p. 107. Na segunda parte desta pesquisa, ponto 5.1., as Normas de Aplicação Imediatas serão analisadas de forma mais detalhada.

⁵⁶PELLANDA, Osiris Vargas. *O controle de constitucionalidade no Direito Internacional Privado*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/53167. Acesso em 06/10/2016. p. 16.

⁵⁷PELLANDA, Osiris Vargas. *O controle de constitucionalidade no Direito Internacional Privado*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/53167. Acesso em 06/10/2016. p. 5.

⁵⁸Afirma Thomas HEALY: “Qu’il suffise pour le moment de dire que l’ordre public est le principe qui autorise le souverain territorial à appliquer en tout temps et envers tous les individus présents sur son territoire, sans s’inquiéter de ce que peuvent être leurs lois personnelles ou autres, tous les règlements que lui, souverain territorial, considère comme essentiels pour la sécurité, la morale et le bon gouvernement de son territoire”. HEALY, Thomas H. *Théorie Générale de L’Ordre Public. Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 IV. Volume 9. p. 412.

Assim como a soberania, o instituto da ordem pública também conta com uma face interna e outra externa. Neste sentido, a doutrina classifica a ordem pública em interna e internacional. Enquanto no direito interno a ordem pública tem a função de impor determinadas normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes⁵⁹, no direito internacional privado a exceção de ordem pública tem como objetivo afastar a aplicação da lei estrangeira indicada pelo elemento de conexão quando esta for incompatível com a moral e os valores da comunidade local.

De acordo com Giuseppe SPERDUTI:

Il faut ici confirmer la distinction entre ordre public interne et ordre public international, distinction qui se rattache à la spécialisation des fonctions du droit international privé. Aussi bien l'ordre public interne que l'ordre public international aboutissent à limiter la reconnaissance et l'application interne du droit étranger, tant et si bien que l'on parle, dans l'ensemble, de limite de l'ordre public. Les deux concepts sont toutefois différents, et cela se reflète dans la manière d'être et de fonctionner de la limite à laquelle ils sont respectivement traités⁶⁰.

Discorrendo acerca da inter-relação entre ordem pública e soberania, Bruno MIRAGEM afirma que a primeira é o “conceito essencial” de afirmação da segunda. Neste sentido, ensina:

O direito internacional privado é um direito em mudança. A pós-modernidade, enquanto fenômeno cultural, exige dos diversos agentes sociais uma nova postura e a revisão de paradigmas antigos. Entre estes, a figura do Estado nacional, formado através dos três clássicos elementos da teoria do Estado – povo, território e soberania – e os diversos modos de expressão do seu caráter soberano (*jus imperium*) devem ser revistos.

A ordem pública no direito internacional é o conceito essencial de afirmação da soberania estatal moderna. A atualidade, contudo, não responde a um conceito que indique a mera exclusão do direito estrangeiro, em um caráter de exclusividade do direito nacional. Ao contrário, o pluralismo pós-moderno reclama uma cultura de aproximação dos povos, a partir do respeito das diferenças existentes⁶¹.

No âmbito do direito internacional privado, a ordem pública garante o adequado funcionamento da eventual aplicação de norma estrangeira pelo juiz nacional. O instituto impede a aplicação da lei estrangeira, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros Estados⁶². Este afastamento da lei

⁵⁹Segundo DE BOER: “An agreement by the parties on substantive issues or on the object and extent of their litigation is ineffective if interests of a higher order than their own are at stake”. DE BOER, Th. M. *Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1996. Volume 257. p 349.

⁶⁰SPERDUTI, Giuseppe. *Théorie du droit international privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. A.W. Sijthoff, Leyde. 1967 III. Volume.122. p. 311.

⁶¹MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 348.

⁶²Em certos casos, as decisões estrangeiras poderão ser compatíveis com a ordem pública do foro. Diz Andreas BUCHER: “L'ordre public est limité aux principes. Il peut tolérer une solution étrangère différente de celle préconisée par une règle de droit interne du for, pourvu que le résultat de l'application du droit étranger soit

designada ocasionaria um efeito negativo⁶³ e, dado seu caráter excepcional, deveria ser usado raramente⁶⁴. Ao efeito negativo citado, segue a ocorrência de um efeito positivo, que consistiria na aplicação da regra adequada ao caso concreto⁶⁵. Segundo Nádia de ARAÚJO, a ordem pública internacional é uma “válvula de escape” que se configura em um elemento de grande utilidade para flexibilizar o sistema jurídico⁶⁶.

Ao analisar o instituto, Jacob DOLINGER identifica o que chama de “duas fronteiras” da ordem pública internacional: uma com o direito interno e outra com o direito internacional *lato sensu*. Considerando a primeira fronteira, o autor identifica três diferentes níveis de operação da ordem pública⁶⁷.

O primeiro garante a prevalência de certos valores no campo do direito interno, impedindo que as partes não os cumpram. Destaca-se a ausência de necessidade de que a legislação traga expressa referência a esse efeito. DOLINGER ressalta a tradicional carência de regras expressas sobre a inderrogabilidade de leis protegidas pelo princípio da ordem pública na legislação civil brasileira. Neste sentido, o autor diz se tratar de um princípio imanente na filosofia jurídica que não demanda referências expressas a seus efeitos⁶⁸.

encore compatible avec les principes de base, dans la mesure où ceux-ci sont d'importance vitale pour l'Etat du for. BUCHER, Andreas. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II. Volume. 239. p. 26.

⁶³ Segundo Jacob DOLINGER: “A ordem pública no Direito Internacional Privado tem características eminentemente negativas, pois impede a aplicação da lei normalmente aplicável segundo indicação de uma regra de conexão. Há que se acentuar que esta característica negativa se verifica em todas as hipóteses, mesmo nas do chamado efeito positivo, pois neste o julgador recusa aplicar uma lei proibitiva estrangeira, para fundamentar sua decisão numa lei permissiva do foro. O efeito é positivo, mas a característica negativa para com a lei estrangeira, no sentido da rejeição de sua norma está bem presente”. DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 242.

⁶⁴ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p.106.

⁶⁵ De acordo com Andreas BUCHER: “Como duas faces da mesma moeda”. BUCHER, Andreas. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II. Volume. 239. p. 29. O autor ainda afirma que a ordem pública gera um efeito duplo. Neste sentido, assevera: “Elle produit, d'une part, un effet négatif, consistant en l'éviction de toute solution différente prévue dans une loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cette conséquence implique nécessairement una sanction qui vise non seulement le résultat de l'application de la loi étrangère, mas également celle-ci, voire la règle de conflit ayant désigné cette loi. La règle d'ordre publique entraîne, d'autre part, un effet positif détermine, étant donnée qu'elle contient la solution à retenir, dans le cas particulier, pour l'intérêt de la sauvegarde de l'ordre public du for. BUCHER, Andreas. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II. Volume. 239. p. 38.

⁶⁶ Nadia de ARAUJO afirma que: “a ordem pública é uma válvula de escape que pode auxiliar a dar ao sistema de conflito de leis a flexibilidade necessária à sua própria manutenção, especialmente porque o método conflitual, nos moldes tradicionais, não mais atende aos reclames do momento”. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2008. p 106.

⁶⁷ DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume 828. p.33. Outubro 2004. p.1.

⁶⁸ Segundo DOLINGER: “trata-se de um princípio tão imanente na nossa filosofia jurídica, no nosso sistema jurídico, na estrutura da nossa macroeconomia, que não há necessidade de fazer referência expressa a seus efeitos”. DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume 828. p.33. Outubro 2004. p.2.

Em sua relação com o direito interno, o segundo nível da ordem pública é o de aplicação das leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do direito internacional privado. Neste contexto, a rejeição da aplicação de norma do direito estrangeiro contrária à ordem pública local ocorre apenas diante de casos nos quais a lei externa choca de forma grave a ordem pública do foro. Ademais, Jacob DOLINGER afirma que o instituto se manifesta de forma mais intensa no plano exclusivamente interno, a partir do choque entre a vontade das partes e a norma, do que no plano interno em matéria de direito internacional privado⁶⁹.

O reconhecimento de direitos adquiridos no exterior consiste no terceiro nível da ordem pública no âmbito do direito interno. Cabe destacar que o direito adquirido no exterior será afastado apenas em casos nos quais sua execução representar ofensa gravíssima à ordem pública do foro⁷⁰. Torna-se, portanto, necessário diferenciar a aplicação direta e a aplicação indireta do direito estrangeiro. Na primeira, o tribunal local aplica a legislação estrangeira; enquanto na segunda se reconhece lei estrangeira aplicada em sentença prolatada no exterior que tenha concedido determinado direito a um sujeito⁷¹.

Após identificar os diferentes níveis da ordem pública internacional, conclui Jacob DOLINGER:

Temos, assim, os três níveis de ordem pública quando justaposto o direito internacional privado ao direito interno: a proteção contra a vontade contratual das partes, a proteção contra a aplicação de determinadas normas de direito estrangeiro e a proteção contra certas situações adquiridas no exterior, inclusive sentenças estrangeiras, que o raio de alcance da ordem pública decresce do primeiro para o segundo nível e do segundo para o terceiro⁷².

⁶⁹Segundo DOLINGER: “a incidência da ordem pública no plano interno em matéria de Direito Internacional Privado é bem menos frequente do que no plano puramente interno”. DOLINGER, Jacob. *A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. Revista dos Tribunais*. Volume 828. p.33. Outubro 2004. p.3.

⁷⁰Afirma Jacob DOLINGER, ao exemplificar a situação com um hipotético casamento poligâmico celebrado no exterior cujos efeitos se aplicariam no Brasil: “Neste patamar só deixaremos de respeitar direitos adquiridos no exterior quando a sua execução em nossa jurisdição for chocante de forma gravíssima. Entende-se - ainda que não unanimemente - que a vinda de um estrangeiro com suas duas esposas, para se radicar no Brasil, pleiteando que se respeitem a validade e legitimidade de seus dois casamentos concomitantes, permitindo-se-lhe viver no Brasil, deve ser vedada, porque provocaria uma situação gravíssima atentatória a nossos princípios monogâmicos e, portanto, contrária à nossa ordem pública interna para efeitos internacionais, mesmo tratando-se de direitos já adquiridos no exterior”. DOLINGER, Jacob. *A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. Revista dos Tribunais*. Volume. 828. Outubro 2004. p.3.

⁷¹Bruno MIRAGEM resume os ensinamentos de Jacob DOLINGER: “Dolinger, aliás, propõe em sua clássica monografia sobre o tema, a existência de três níveis para a classificação, identificando sua aplicação em direito interno, para restringir o poder jurídico da vontade em relação à disposição de determinadas normas, como elemento que determina a rejeição à aplicação do direito estrangeiro que lhe seja substancialmente contrário. E por fim, em um terceiro nível, a possibilidade de reconhecimento, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de direitos adquiridos pelo particular no exterior, sob o influxo de outro ordenamento jurídico. 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. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 339.

⁷²DOLINGER, Jacob. *A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. Revista dos Tribunais*. Volume. 828. Outubro 2004. p. 4.

Jacob DOLINGER também distingue três níveis de perspectiva ao justapor a ordem pública e o direito internacional em sentido *lato*⁷³. O primeiro trata da defesa da ordem jurídica interna, dos princípios éticos, jurídicos e econômicos fundamentais para o sistema. O segundo se refere à defesa dos citados valores contra leis e sentenças estrangeiras que representem eventual ameaça contra eles. Finalmente, o terceiro nível diz respeito à defesa de princípios universais nos vários setores do direito internacional e das relações internacionais. Pode ser considerada uma ordem pública verdadeiramente mundial, conjunto de valores superiores ao dos sistemas jurídicos nacionais. Neste âmbito, a natureza da ordem pública mudaria sua natureza de negativa - protetora da ordem interna - para positiva - visando disciplinar relações jurídicas no plano internacional e impor obrigações positivas aos atores⁷⁴.

O objetivo desta ordem pública internacional consiste em proteger valores que transcendam as jurisdições dos Estados, além de zelar pelo resguardo de interesses que afetam outros povos. Ao solicitar medidas ou iniciativas às autoridades, ela tem caráter positivo⁷⁵. A ordem pública internacional se manifesta de formas variadas: protegendo outra jurisdição, acatando a ordem pública de outra jurisdição e respeitando atos soberanos de outros Estados. Manifesta-se também em âmbitos como o do direito internacional penal, direito econômico internacional e direito ambiental internacional, entre outros⁷⁶.

Jacob DOLINGER analisa o processo evolutivo do princípio da ordem pública internacional e o classifica em quatro momentos⁷⁷. Inicialmente, a ordem pública local rejeitava a aplicação de direito estrangeiro que ofendia os valores básicos da lei do foro. Posteriormente, as regras internas que refletiam a ordem pública de cada jurisdição foram estendidas para proteger a de outros Estados, mesmo quando estes não estabeleciam para si mesmos a mesma proteção. Em um terceiro momento, passou-se a considerar e respeitar a ordem pública estrangeira sempre que a ordem pública interna não fosse ameaçada. Finalmente, cada jurisdição passou a tratar os princípios derivados da ordem pública

⁷³DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume 828. Outubro 2004. p. 4.

⁷⁴Afirma Jacob DOLINGER: "A ordem pública interna visa proteger a política, a moral e a economia de cada país; a ordem pública universal há de defender padrões de moralidade, de equidade e de igualdade entre os Estados para a manutenção de uma ordem que, em última análise, estão interessados todos os membros componentes da sociedade internacional". DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 251.

⁷⁵DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume. 828. Outubro 2004. p. 4

⁷⁶DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume. 828. Outubro 2004. p. 6-7.

⁷⁷DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume 828. Outubro 2004. p. 7.

realmente internacional de maneira suprema, mesmo quando isto afrontasse a ordem pública local.

Cabe destacar o desenvolvimento da matéria no âmbito do direito internacional penal. A existência de crimes que ameaçam a comunidade internacional demanda uma regulamentação universal. A criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) e de tribunais internacionais para julgar crimes de guerra, como os cometidos na ex-Iugoslávia e em Ruanda⁷⁸, ilustram a evolução desta ideia.

A ordem pública internacional também evolui em áreas como as do direito econômico internacional e do direito ambiental internacional. Atualmente, a atuação dos operadores do Direito em ambos os campos tem caráter universal. Ao longo das últimas décadas, as relações ambientais e econômicas entre os Estados ganharam quantidade e densidade; tendência que deve se acentuar em um futuro próximo. O direito penal, assim como o direito ambiental e econômico, tutelam valores que superam as fronteiras nacionais e devem ser tratados pela comunidade internacional mediante ações conjuntas⁷⁹.

Acerca da chamada ordem pública internacional, afirma Jacob DOLINGER:

A ordem pública verdadeiramente internacional ou universal é aquela que inspira uma determinada disciplina nas relações privadas internacionais, através de tratados e convenções. É a ordem pública que comanda uma atitude uniforme de todos os membros componentes da sociedade internacional. Ordem pública esta 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 situações incontroláveis, em que os entendimentos político-militares seriam impotentes para evitar a eclosão de conflitos armados. É a grande, suprema, universal ordem pública, pela qual devem preocupar-se os governos de todos os Estados e os membros de todas as nações da humanidade. É a ordem pública máxima que visa garantir um equilíbrio que impeça o surgimento de situações que possam acarretar conflitos maiores ou menores, uns e outros capazes hodiernamente de levar ao desastre coletivo⁸⁰.

No mesmo diapasão, Gabriel Valente dos REIS destaca as diretivas da ordem pública verdadeiramente internacional. Segundo o autor:

⁷⁸Segundo Roberto CIPPITANI: "La universalidad comporta consecuencias importantes en el plan del derecho penal internacional. De hecho, los tribunales penales internacionales castigan los crímenes contra la humanidad, como violación de los derechos fundamentales, que tienen origen en el derecho transnacional y con independencia de su previsión en el ordenamiento jurídico nacional". CIPPITANI, Roberto. Interpretación y derecho de la integración. Coleção *Diálogos desde la Diversidad*. Calógero Pizzolo. Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 16.

⁷⁹Segundo Jacob DOLINGER: "A ordem pública verdadeiramente internacional visa, em primeiro lugar, proibir e punir os delitos internacionais como o tráfico de escravos, o tráfico de entorpecentes, a pirataria, o terrorismo, e principalmente os crimes de guerra, os crimes contra a paz, os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio". DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 246.

⁸⁰DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 247.

Assim sendo, a ordem pública verdadeiramente internacional parece importar, no Direito Internacional Privado, as seguintes diretivas: (i) a utilização da técnica da ordem pública para proteger não somente a sociedade local, como também outras sociedades, em espírito de solidariedade; (ii) a tomada em consideração das ordens públicas estrangeiras relacionadas à situação; e (iii) a atenção a alguns princípios mais elevados, relativos aos interesses comuns da humanidade, ainda que isso altere, em determinados casos, o escopo daquilo que se entende por ordem pública local⁸¹.

Segundo pesquisa realizada por Jacob DOLINGER acerca do futuro do instituto da ordem pública no direito internacional privado, alguns autores afirmavam que o desenvolvimento natural das relações jurídicas entre diferentes povos levaria a uma diminuição dos casos de aplicação da exceção de ordem pública ou até mesmo ao seu desaparecimento. Outros estudiosos identificavam tendência de crescimento da utilização da ordem pública. Havia também aqueles cujos prognósticos eram mistos, variando entre o aumento e a redução do uso do instituto de acordo com as diferentes matérias jurídicas⁸².

Observa-se uma evolução no conceito de ordem pública no direito internacional privado. Ao longo do tempo, o instituto sofreu transformações e expandiu seu alcance. É possível traçar um paralelo entre as alterações no reconhecimento da soberania, inicialmente absoluto e posteriormente relativizado, e na aplicação da exceção de ordem pública no direito internacional. Segundo o Professor Jacob DOLINGER, este fenômeno pode ser ilustrado após o término da Segunda Guerra Mundial e a consequente criação do arcabouço econômico-financeiro internacional. Segundo o autor:

Até a Segunda Guerra Mundial, via de regra, os tribunais se recusavam a julgar com base em regulamentos cambiais de outros países, baseados justamente na rejeição da ordem pública interna no plano internacional. Com a criação do Fundo Monetário Internacional, e na conformidade de sua Convenção, especialmente o artigo VIII, seção 2, letra b, tornou-se obrigatório para os membros do FMI atentar para as normas cambiais dos outros membros do Fundo e, conforme demonstramos em nossa referida tese, esta obrigação se estende igualmente para as normas cambiais de países não membros do Fundo. Isto significa que a tradicional ordem pública interna de efeitos internacionais se curva diante da ordem pública verdadeiramente internacional que exige dos membros das Nações Unidas renunciar a determinadas regras e tradições em prol do bem-estar maior da comunidade internacional⁸³.

⁸¹REIS, Gabriel Valente dos. Ordem Pública e Cosmopolitismo. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores) *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte. 2015. Arraes Editores. p. 316.

⁸²Entre os defensores da ideia de redução do uso da ordem pública citados por DOLINGER se encontram: SAVIGNY, Pierre ARMINJON, Albert EHRENZWEIG e Luiz ARAUJO CORRÊA DE BRITO. O britânico Geoffrey CHESHIRE afirmava que haveria aumento na utilização do instituto. Finalmente, Étienne Bartin opinava que, em matéria de reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública seria cada vez menos aplicada. No mesmo sentido, o fenômeno seria observado em matéria de divórcios. Contrariamente, a aplicação da exceção de ordem pública seria mantida em relação à responsabilidade civil e a alienação de títulos. DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 237-238.

⁸³DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 248.

No mesmo sentido, a *Corte di Cassazione* da Itália, em decisão recente acerca da aplicação da exceção de ordem pública, apresenta uma interessante análise sobre a evolução histórica da interpretação do instituto. O tribunal afirma, categoricamente, que se observa uma redução no nível de proteção outrora conferido pela ordem pública às normas, institutos jurídicos e valores locais. Neste sentido:

Si è avuta una progressiva evoluzione nell'interpretazione della nozione di ordine pubblico (cui si aggiungeva, nell'abrogato art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale, il richiamo al buon costume), inteso originariamente come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, ai fini della salvaguardia di determinate concezioni di ordine morale e politico, particolarmente affermate nella società statale e assunte dal legislatore (ordinario) a criteri direttivi e informativi della sua opera. Specialmente intorno agli anni Trenta dello scorso secolo, la nozione di ordine pubblico era funzionale ad escludere l'applicabilità delle norme straniere costituenti espressione di principi etici contrastanti con quelli dell'ordinamento interno in un determinato momento storico, o più precisamente con quei principi a cui lo Stato "non può o non crede di dover rinunciare" ovvero con i "sommi inderogabili canoni del nostro sistema positivo". La nozione di ordine pubblico insensu internazionale veniva ritenuta non pertinente, in quanto troppo astratta, oppure legata ai principi dell'ordinamento interno, cioè alle regole di contenuto rigido, aderenti alle esigenze peculiari del singolo Stato e perciò destinate ad operare solo nel suo ambito. La conseguenza era di impedire l'applicazione, nel territorio dello Stato, di qualsiasi disposizione del diritto straniero non conforme a quelle norme di diritto interno che dal giudice fossero ritenute rappresentative di uno stabile assetto normativo nazionale. A questa concezione di ispirazione statualista se ne è opposta un'altra, di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, della Costituzione e alla corrispondente attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale. Tale più aperta concezione si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali. Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo dove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato. Questa evoluzione della nozione di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei. Se ne ha conferma nella normativa comunitaria, che esclude il riconoscimento delle decisioni emesse in uno Stato membro (ora previsto come automatico) nei soli casi di "manifestata" contrarietà all'ordine pubblico⁸⁴.

As transformações notadas ao longo das últimas décadas em relação à redução das distâncias e aproximação dos grupos humanos se relacionam diretamente com a ciência jurídica. Por se tratar de um instituto intimamente relacionado aos valores de uma determinada sociedade em uma época específica, a ordem pública se vê especialmente afetada por esta nova realidade. Afirma Bruno MIRAGEM:

A realidade contemporânea de globalização e aproximação dos países recomenda um exame mais atento do direito internacional e de suas características conflituais. Ao contrário de alguns anos atrás, quando as situações do cotidiano que apresentavam um elemento de estraneidade, de modo a ensinar a atuação do direito internacional, eram relativamente limitadas, hoje estas

⁸⁴Disponível em: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19599_10_2016.pdf. Acesso em 25/04/2017.

circunstâncias são extremamente comuns. Assim, a mera rejeição em aplicar o direito estrangeiro, em situações nas quais esta é a solução indicada pelas normas de Direito Internacional Privado, não satisfaz por si a necessidade de respeito e consideração entre os Estados nacionais. E o conceito que em direito internacional traduz esta proteção da ordem jurídica interna, a ordem pública, deve ser examinado de modo a atentar para estas transformações históricas⁸⁵.

É possível concluir a análise comparativa entre a evolução da ordem pública e da soberania afirmando que ambos os institutos vêm se desenvolvendo ao longo do tempo no sentido de relativizar seu caráter outrora absoluto e restrito às fronteiras estatais. No mesmo sentido, ampliam sua eficácia ao se fundamentar em elementos comuns à sociedade internacional, como, por exemplo, o reconhecimento da primazia dos direitos humanos.

As transformações observadas na comunidade internacional, tanto no âmbito do Direito quanto no das Relações Internacionais, tornaram imperativa esta flexibilização. Desta forma, observa-se a conveniência de definir critérios de aplicação do instituto da ordem pública diante de uma realidade na qual abundam casos nos quais se relacionam costumes, valores e tradições significativamente díspares.

1.2.) Compartilhamento da Soberania e da Ordem Pública

Após analisar a evolução da ordem pública e da soberania, destacando a superação de seu caráter originalmente nacional e restrito às fronteiras dos Estados, o presente ponto da pesquisa examinará o compartilhamento de ambos os institutos ocorrido no âmbito de processos de integração regional.

Partindo do entendimento de que, tanto a soberania quanto a ordem pública evoluíram no sentido de flexibilizar sua condição outrora absoluta, será traçado um paralelo entre o compartilhamento de ambos os institutos com a intenção de demonstrar a necessidade de definir elementos comuns entre os membros de processos de integração para viabilizar a manifestação de uma soberania e de uma ordem pública compartilhadas.

Soberania compartilhada

⁸⁵MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de. (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 308.

O compartilhamento da soberania nos processos de integração será examinado a seguir. A conclusão desta análise mostrará que a soberania não deixa de existir, mas se transforma ao ser compartilhada entre os Estados participantes de processos de integração.

Pode-se afirmar que, em projetos integracionistas promovidos entre Estados, a consideração dos interesses nacionais é substituída por interesses regionais. Na aproximação entre diferentes Estados soberanos, as políticas nacionais ganham importância diante do desafio de adaptá-las a um maior grau de interdependência devido à necessidade de sincronizar os objetivos nacionais dentro do processo de integração.

Ao analisar o papel da soberania no direito de integração comunitária, tratando mais especificamente da União Europeia, afirma José Souto Maior BORGES:

Não é possível erradicar, de uma vez por todas, os resquícios históricos da noção político-ideológica da soberania. Ela resiste e persiste até no processo de integração comunitária europeia. No âmbito do direito comunitário europeu, cada Estado pleiteia sem mais a soberania plena e não repartida, no âmbito interestatal e em sua pertinência aos Estados⁸⁶.

Ao estudar os processos de integração interestatais, observa-se que alguns deles são de caráter intergovernamental enquanto outros se organizam a partir da supranacionalidade. Nos primeiros, as decisões são tomadas a partir do consenso entre os membros do bloco. Já nos processos pautados pela supranacionalidade, são constituídos novos órgãos que servem de condutores da integração. Cabe destacar as diferenças relativas ao exercício da soberania por parte dos Estados em ambas as situações. Neste sentido, afirma Enrique Ricardo LEWANDOWSKI:

A cessão de competências e atribuições a entidades estranhas ao Estado gera consequências políticas e jurídicas. Essa discussão, todavia, não se coloca para os organismos de caráter intergovernamental, porquanto os representantes dos Estados, que neles têm assento, decidem sobre as matérias que lhes são submetidas, caso a caso, pela regra do consenso ou da unanimidade. O problema surge com relação às instituições supranacionais, que possuem a faculdade de deliberar autonomamente. A indagação que emerge é saber se a transferência de poderes a tais entidades acarreta eventual perda de soberania por parte dos Estados⁸⁷.

Adolfo Roberto VÁZQUEZ analisa em profundidade o exercício da soberania nos processos de integração entre Estados. Neste sentido, assevera que a soberania reside apenas nos Estados:

⁸⁶BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 184.

⁸⁷LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 275.

Esta idea de la posibilidad de limitar la soberanía nacional a partir de un voluntario sometimiento expresado en tratados internacionales fue claramente advertida en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 5 de febrero de 1963 en el caso “Vand Gend y Loos”. Al examinar un conflicto entre el Tratado de Roma y cierta disposición de la legislación neerlandesa señaló el Tribunal que “...la Comunidad [Europea] constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos...”. Quiere decir, entonces, que los Estados pueden pactar mediante tratados cuantas limitaciones a su soberanía se estimen oportunas, sin que ello signifique, de ningún modo, transferencia de soberanía, especialmente cuando esos tratados establecen procedimientos u órganos supranacionales por cuyo medio y en cuyo ámbito han entendido encauzar mejor los asuntos de su recíproco interés. En estos casos, valga insistir sobre ello, lejos están los Estados de transferir soberanía, pues lo único que hacen es una cesión recíproca de competencias, donde lo que reciben es generalmente mayor que lo que otorgan (por lo que en la relación costo-beneficio salen ganando), de suerte tal que lo supranacional deja intacta la soberanía”. Al respecto, obsérvese que la soberanía sólo reside – como no puede ser de otro modo – en los Estados, y jamás un sujeto u órgano supranacional podría ejercerla en nombre de aquellos, ni siquiera parcialmente⁸⁸.

O autor reconhece o surgimento de um “novo” conceito de soberania, mediante o qual os Estados transferem competências para órgãos supranacionais. Neste sentido:

Ahora bien, esta “nueva” concepción de una soberanía estatal plena y propia de cada Estado que, sin negar los límites que marca el poder soberano de otras naciones (criterio tradicional), agrega como novel elemento el atinente a las limitaciones que provengan de tratados internacionales en los que se hacen cesiones o transferencias de competencias hacia órganos o entidades supranacionales (criterio moderno), se inserta claramente en el nacimiento del llamado “orden comunitario”, que en todos los confines del mundo se abre paso día a día, inclusive en aquellas regiones integradas por países que cuentan con Constituciones que, por su antigüedad u otras razones históricas, nada contemplan sobre la atribución a órganos internacionales de competencias en materias relacionadas con los asuntos externos o internos del Estado, dado que, no obstante ello, se acepta ampliamente que en esta materia rige la regla interpretativa según la cual el silencio no puede ser interpretado como prohibición⁸⁹.

Diante do fenômeno da globalização, os nacionalismos passam a ser questionados. Ao se lançar em um projeto integracionista, o Estado manifesta seu desejo de substituir a defesa intransigente de seus interesses nacionais e passa a negociar com outras entidades autônomas com o objetivo de definir objetivos mais amplos. Alguns autores entendem que isto acarretaria uma crise do conceito de soberania⁹⁰.

⁸⁸VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. Soberanía, Supranacionalidad e Integración: La Cuestión en los Países del Mercosur. *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Curitiba. Juruá. 2007. Volume 1. p 23-24.

⁸⁹VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. Soberanía, Supranacionalidad e Integración: La Cuestión en los Países del Mercosur. *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Curitiba. Juruá. 2007. Volume 1. p. 37-38.

⁹⁰Afirma José Souto Maior BORGES: “Já ao nível intermediário – que é o da regionalização - a globalização tendencial envolve uma clara superação histórica dos nacionalismos, que tiveram a sua fundamentação ideológica no princípio da soberania. Mas o nacionalismo constituiu-se numa ideologia de circunstância. A atitude nacionalista mostrou-se legítima na medida em que viabilizou a autonomia nacional e a independência estatal diante de influências estrangeiras intervencionistas – e, portanto, nocivas – nos assuntos internos do país. Entretanto, num mundo globalizado, um nacionalismo estreito não tem mais hora, nem vez. Daí a crise do conceito de soberania. Em decorrência de sua positivação em sede constitucional (CF, art. 1º, I), a soberania não

Vale lembrar que o desafio de adaptar o exercício da soberania por parte dos Estados para reduzir seu caráter absoluto se manifesta não apenas nos processos de integração, mas também na criação de instituições e organismos internacionais⁹¹. O incremento nas atividades dessas entidades também pode ser considerado como um fator restritivo da autonomia dos Estados. Afirma Enrique Ricardo LEWANDOWSKI:

Com efeito, o intrincado plexo normativo que resulta das relações internacionais na presente quadra histórica restringe cada vez mais a autonomia dos Estados, sobretudo quanto à disciplina das variáveis econômicas que os afetam. Nesse sentido, pode-se afirmar, lançando mão de conceitos consagrados pelos administrativistas, que os Estados, quando passam a fazer parte da OMC, do MERCOSUL, do NAFTA etc., perdem, nos domínios abrangidos pela atuação desses organismos intergovernamentais, o poder de agir discricionariamente, ou seja, a faculdade de decidir segundo critérios de oportunidade e conveniência, passando sua ação a ser vinculada, isto é, predeterminada pelas deliberações tomadas no âmbito desses órgãos. A circunstância de participarem do processo de formação dessas decisões em nada minimiza o constrangimento que a ação estatal sofre no plano fático, porquanto não é dado aos Estados, em suas atividades reguladoras e controladoras, contrariar as condições internacionais em que estão imersos, sob pena de ineficácia de suas decisões macroeconômicas⁹².

Os projetos integracionistas, com o objetivo de contar com um arcabouço jurídico adequado para seu correto funcionamento, podem promover a criação de um Direito comum aos membros do grupo⁹³. No caso da União Europeia, uma das principais iniciativas integracionistas colocadas em prática até hoje, o conjunto de tais regras é chamado hoje de direito unional⁹⁴. Apesar de sua primazia e aplicabilidade imediata sobre o direito interno de cada um dos Estados⁹⁵, este fenômeno não prejudica o exercício da soberania.

mais suporta a sua caracterização tradicional como um poder uno, absoluto, incontestável, indivisível e irrenunciável”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 70.

⁹¹Como assinala Augusto JAEGER JUNIOR: “Vale lembrar o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Carta manifesta expressamente uma tendência política em favor do regionalismo e reconhece às instituições um papel importante no âmbito do sistema universal da paz e segurança coletiva. Surgiu, também na América, uma pluralidade de organizações internacionais de caráter continental ou regional. Algumas destas perseguiram objetivos econômicos e foram instrumentos da reconstrução da ordem econômica, concretizando, posteriormente, a chamada nova ordem econômica internacional”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 47.

⁹²LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 269.

⁹³Sobre o particular, afirma José Souto Maior BORGES: “Também sob outro aspecto se manifesta a relatividade do conceito jurídico de soberania. A integração dos países europeus, como na União Europeia, configura macroformas de direito comunitário. E convoca os estudos jurídicos para a interpretação das normas de direito comunitário atenta às suas peculiaridades e ao modo como elas atropelam (numa evidência de superação) o individualismo do Estado soberano, inobstante a oposição doutrinária obstinada ao reconhecimento desse fenômeno. Decerto, a globalização pode acarretar intervenções nocivas à autonomia estatal e, pois, à igualdade jurídica entre os Estados”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 188.

⁹⁴De acordo com Augusto JAEGER JUNIOR, o Direito da União é “supremo na União Europeia, é ramo que não somente impõe obrigações aos indivíduos, senão que está destinado a lhes conferir direitos que formam parte de seu patrimônio jurídico”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 182. Segundo o autor: “A natureza deste Direito implica que suas medidas terão efetiva precedência sobre as medidas nacionais. Assim, a

Acerca da autonomia do sistema normativo europeu, mais especificamente a respeito das competências legislativas da União Europeia, afirma Augusto JAEGER JUNIOR:

A União Europeia possui uma ampla competência legislativa para emitir medidas na área do direito internacional privado em todos os seus aspectos. Assim, as regras surgidas fazem parte de um direito internacional privado elaborado pela União Europeia. De acordo com art. 3º, número 2 TUE, a União proporcionará aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas. As autoridades da organização, então, o Conselho e o Parlamento Europeu, dispõem de competência para regular esse espaço, no que está compreendida a emissão de regras de direito internacional privado. De modo paralelo, quando as autoridades da União Europeia usam da competência para elaborar tais regras, os Estados-membros perdem progressivamente as suas competências na matéria regulada. As competências da União Europeia se encontram atualmente estabelecidas no TFUE devido ao fato que a cooperação judicial em matéria civil é uma matéria que foi transportada, pelos efeitos do Tratado de Amsterdam, do terceiro ao primeiro pilar do processo comunitário⁹⁶.

Cabe destacar que a supremacia do direito unional, vigente na União Europeia, não se observa claramente em todos os processos de integração entre Estados. É o caso do Mercosul⁹⁷. A intergovernabilidade desse processo de integração sul-americano é uma característica basilar que o diferencia marcadamente da União Europeia⁹⁸. Sobre o modelo de integração do Mercosul, assevera Cláudia LIMA MARQUES:

União Europeia experimentou a formação de um direito novo, cogente e supranacional, o Direito Comunitário” (hoje chamado unional). JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Económicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 181.

⁹⁵Segundo Adolfo Roberto VÁZQUEZ: “la definición de la primacía del derecho comunitario sobre cualquier norma de carácter nacional fue abordada, con firmeza, ya desde antiguo en el caso “Costa c/ En el”, fallado el 15 de julio de 1964. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dijo en su sentencia que ...judicialmente no se puede oponer al derecho comunitario un texto interno, cualquiera él sea y aunque su dictado sea posterior al tratado”. VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. Soberanía, Supranacionalidad e Integración: La Cuestión en los Países del Mercosur. *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2007. p. 38.

⁹⁶JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 95.

⁹⁷Afirma Adolfo Roberto VÁZQUEZ: “Cabe consignar, asimismo, que la primacía del derecho comunitario no está expresada en las normas constitutivas del Mercosur. En tal sentido, el Tratado de Asunción de 1991 nada dice al respecto, y el Protocolo de Ouro Preto (1994) solamente establece la vigencia simultánea de las normas comunitarias y su obligatoriedad (art. 42), así como el compromiso de los Estados Parte de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las mismas (art. 38), pero nada hay que indique la primacía del derecho comunitario, y mucho menos su eficacia directa o inmediata independientemente o con abstracción de la existencia de un acto de incorporación por cada país. VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. Soberanía, Supranacionalidad e Integración: La Cuestión en los Países del Mercosur. *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2007. p 23-38.

⁹⁸Acerca da intergovernabilidade no Mercosul, mais especificamente sobre o Protocolo de Ouro Preto, afirma Augusto JAEGER JUNIOR: “Esse documento do direito primário sublinhou uma vez mais a opção por um caráter intergovernamental do processo, isto é, pela ausência de supranacionalidade, em que as decisões são tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-partes, estabelecido que foi no artigo 2º que os órgãos com capacidade decisória são de natureza intergovernamental. Tal opção, embora muito tenha se falado sobre a adoção de um modelo como o comunitário para a estrutura organizacional, representa a maior assimetria entre os processos de integração do Mercosul e da União Europeia, sendo apontada como o principal impedimento à necessária execução do direito da integração nos Estados-partes. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Económicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 62.

Inicialmente, mister repetir que o caminho jurídico utilizado pelo Mercosul é normalmente o do Direito Internacional clássico, com seus órgãos intergovernamentais e nenhuma transferência clara de soberania ou de competências soberanas para estes órgãos. Estes órgãos não são independentes, nem autônomos e manifestam-se através de normas, que necessitam de incorporação. Assim, se o tema é polêmico ou importante em demasia para correr riscos, os órgãos utilizam-se de tratados multilaterais (todos denominados “protocolos” ou “acordos”) para impor novo direito⁹⁹.

Analisando o tema da soberania dos Estados nos processos de integração, torna-se necessário abordar mais especificamente a situação da União Europeia, por se tratar de um processo integracionista altamente evoluído¹⁰⁰. Nela, a chamada “fase de integração econômica” já se encontra consolidada. É possível afirmar que a União Europeia “já evoluiu até mesmo para um mercado interno e além”¹⁰¹. Em relação à soberania, desde os primórdios da integração europeia surgiram debates acerca de seu papel no processo. Por um lado, afirmava-se que os membros do grupo delegariam soberania aos órgãos comunitários. Por outro lado, havia quem defendesse a ideia da renúncia à soberania¹⁰².

⁹⁹MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1809/1505>. Acesso em 01/11/2017.

¹⁰⁰Destaca-se, como exemplo prático da profundidade deste projeto de integração, a criação do cargo de “Alto Representante da União Europeia para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança”. Esta autoridade é responsável pela coordenação e condução da Política Externa e de Segurança Comum e da Política Comum de Segurança e Defesa da União Europeia, garantindo a consistência da ação externa geral do bloco. Trata-se de temas extremamente estratégicos e sensíveis, que historicamente constituíam parte do núcleo principal da soberania estatal. De acordo com o artigo 27 do Tratado de Lisboa: “1. O Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, que preside ao Conselho dos Negócios Estrangeiros, contribui com as suas propostas para a elaboração da política externa e de segurança comum e assegura a execução das decisões adotadas pelo Conselho Europeu e pelo Conselho. 2. O Alto Representante representa a União nas matérias do âmbito da política externa e de segurança comum. Conduz o diálogo político com terceiros em nome da União e exprime a posição da União nas organizações internacionais e em conferências internacionais. 3. No desempenho das suas funções, o Alto Representante é apoiado por um serviço europeu para a ação externa. Este serviço trabalha em colaboração com os serviços diplomáticos dos Estados-Membros e é composto por funcionários provenientes dos serviços competentes do Secretariado-Geral do Conselho e da Comissão e por pessoal destacado dos serviços diplomáticos nacionais. A organização e o funcionamento do serviço europeu para a ação externa são estabelecidos por decisão do Conselho. Este delibera sob proposta do Alto Representante, após consulta ao Parlamento Europeu e após aprovação da Comissão. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf Acesso em 03/02/2017.

¹⁰¹JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 49.

¹⁰²Afirma Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “Essa polêmica, mal resolvida até hoje, deita raízes nos embates doutrinários travados por ocasião da criação das Comunidades. Com efeito, de um lado, situavam-se aqueles que advogavam a tese da delegação, pretendendo que o processo de integração tivesse como base os Estados, que manteriam a titularidade e, portanto, a disponibilidade dos poderes soberanos, concedendo aos órgãos comunitários meramente o exercício de alguns deles; de outro, colocavam-se os que entendiam que os Estados renunciariam definitivamente a uma parte de seus poderes soberanos no momento de sua adesão à Comunidade, transferindo-os definitivamente à entidade criada, para não mais reavê-los. Nasceria, assim, um poder comunitário novo e não derivado da soberania dos Estados-membros”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 276-277.

Paulo Borba CASELLA analisa a questão recordando as raízes históricas do continente europeu¹⁰³. Ao se referir à estrutura administrativa e à política do Sacro império romano-germânico, afirma:

A atualidade da experiência de integração europeia, à qual se lhe procura imprimir dimensão constitucional, muito embora oscile entre o mito e a operacionalidade, parece ter sido antecipada em séculos anteriores. Como mostra a experiência do Sacro império romano-germânico, no qual se conjugavam diferentes níveis de soberania, que conviviam em amplo e heteróclito conjunto de principados, bispados, cidades independentes, e compuseram, durante séculos, o sistema político central da Europa, a partir do final do século XV, até o início do século XIX. A experiência histórica anterior talvez explique porque a doutrina alemã, há mais de cinquenta anos, aceita a supranacionalidade, e convive com a ideia de divisibilidade da soberania, com a repartição de competências entre os governos nacionais e as autoridades da União, enquanto do outro lado do Reno, os colegas franceses ainda se batem, tentando negar que os respectivos países deixaram de ser plenamente soberanos, na medida em que delegaram campos inteiros de suas competências às autoridades comunitárias, como por exemplo, todas as políticas comuns, nas quais não mais podem legislar os estados, e o mais espetacular, na existência e operação da moeda comum, o euro, pelo Banco central europeu¹⁰⁴.

Enrique Ricardo LEWANDOWSKI se coloca entre os defensores da tese da delegação de soberania por parte dos Estados-membros. Neste sentido, explica:

De fato, a tese da delegação é a que melhor caracteriza a natureza jurídica dessa cessão de poderes, visto que ela decorre de um ato soberano dos Estados-membros, que agem autorizados pelos respectivos ordenamentos jurídicos internos. Assim, não há que se falar numa soberania comunitária, que poderia eventualmente decorrer da somatória de parcelas de soberania transferidas definitivamente pelos Estados que integram a Comunidade, ainda que o ordenamento jurídico desta seja autônomo e tenha hierarquia superior relativamente ao direito interno daqueles¹⁰⁵.

Ao amparar a ideia de que os integrantes da União Europeia não renunciam à soberania, mas passam a agir de forma conjunta, o autor afirma:

Os Estados que ingressaram na União Europeia não renunciaram à sua soberania nem mesmo a parcelas dela em favor do todo. Simplesmente passaram a atuar de modo conjunto em determinadas áreas, sobretudo no campo da economia, de maneira a conferir maior eficácia às respectivas ações. Isso porque os Estados não têm mais condições, na era da globalização, de lidar eficazmente com as consequências de fenômenos que ocorrem além de suas fronteiras. Por tal razão, passaram a *compartilhar* as respectivas soberanias com outros Estados, em áreas

¹⁰³Também sobre a tradição jurídica europeia, afirma Reinhard ZIMMERMANN: “La peculiar dinámica y vitalidad de la tradición jurídica europea se explica por la fértil tensión entre unidad y diversidad, pues el derecho medieval y de principios de la edad moderna se componía de distintos elementos como el derecho romano, el derecho propio de cada territorio, el derecho canónico, el derecho feudal, la costumbre mercantil y la teoría del derecho natural. Incluso la práctica jurídica durante la recepción del derecho romano estaba impregnada de un pluralismo legal apenas imaginable hoy en día. Con todo, era una diversidad en el marco de una unidad intelectual, determinada por la enseñanza del derecho y por una literatura jurídica culta que bebían de las mismas fuentes”. ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho Privado Europeo*. Buenos Aires. 2017. Astrea. p.100.

¹⁰⁴CASELLA, Paulo Borba. Perspectivas da Integração Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Volume 109. Janeiro/dezembro 2014. p. 26.

¹⁰⁵LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 277-278.

consideradas críticas, por intermédio dos órgãos comunitários, aos quais atribuíram um certo número de competências, taxativamente explicitadas nos tratados constitutivos¹⁰⁶.

Analisando a ideia da cessão parcial da soberania para a comunidade de Estados sob a ótica do Direito brasileiro, José Souto Maior BORGES afirma que a soberania nacional não pode sofrer nenhum tipo de restrição. No caso do Brasil, a integração em uma comunidade de Estados soberanos está explícita na Constituição Federal¹⁰⁷. A partir do estudo do texto constitucional, assevera:

No direito brasileiro, a soberania, conceito jurídico-positivo, estruturante apenas da organização político-administrativa interna do país, ou seja, fundante de federação, não pode sem oposição contra significativa de normas, sofrer nenhuma restrição, pela cessão, mesmo parcial, de faculdades soberanas (CF, art. 1º, I). Não é possível ceder-se o que não se tem na ordem internacional. Por isso não tem aplicabilidade no Brasil a doutrina que vê na comunidade o produto de uma cessão parcial de direitos soberanos. Não é possível ceder-se o que não existe. Nas relações internacionais, o Brasil se rege por princípio diverso, o da independência nacional (CF, art. 4º, I). Se restrição houvesse, seria restrição da independência nacional, o que constituiria requintado despropósito. No direito comunitário, a independência nacional se exercita num plano mais elevado, o da solidariedade intercontinental (CF, art. 4º, parágrafo único)¹⁰⁸.

Seguindo o raciocínio de Enrique Ricardo LEWANDOWSKI, observa-se que o autor entende o compartilhamento da soberania como sendo um elemento potencializador da ação dos Estados. Ele defende a tese do exercício conjunto da soberania por parte dos Estados¹⁰⁹ no processo de integração europeu.

¹⁰⁶LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 291.

¹⁰⁷De acordo com José Souto Maior BORGES: “Dada a convergência de planos de ordenação normativa diversos, a influir na aceleração ou desaceleração do processo de integração comunitária, a ordem jurídica nacional pode estimulá-la ou desestimulá-la. No Brasil, a integração comunitária é estimulada por norma-objetivo: o dever de inserção na comunidade latino-americana das nações (CF, art. 4º, parágrafo único)”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 190.

¹⁰⁸BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 189.

¹⁰⁹Segundo Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “Vê-se, pois, que os integrantes da União não sofrem nenhuma perda de poder. Na verdade, o contrário é que ocorre, uma vez que sua capacidade de atuação, ao invés de diminuir, passa a ser potencializada pela ação comum. Compartilhar a soberania significa conferir-lhe operacionalidade, ou seja, possibilidade de intervir de forma objetiva e consequente na realizada fática. Essa técnica, é interessante notar, apresenta um aspecto paradoxal, qual seja, embora aparentemente os Estados renunciem a parcelas de sua soberania, na realidade conjugam forças para melhor preservá-la. Dito isso, é preciso fazer uma distinção clara, que nem sempre é evidenciada pelos diferentes autores que tratam do tema, entre a palavra “partilhar” e o termo “compartilhar” soberania para designar a técnica de governo supranacional. Do ponto de vista semântico, “partilhar” encerra a ideia de uma divisão de poderes ou de competências, tal como ocorre nas federações, ao passo que “compartilhar” significa exercê-los conjuntamente, conforme acontece nas confederações. A tese da “soberania compartilhada”, à evidência, é a que mais se coaduna com a prática europeia”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 292.

De maneira adversa, José Souto Maior BORGES nega que a soberania compartilhada possa ser considerada soberania. Afirma que a transferência de soberania para a União Europeia por parte dos Estados faria com que a primeira tivesse uma soberania parcial, medida pelo grau de transferência dos poderes cedidos. Neste sentido:

A doutrina tradicionalmente pretende explicar a criação da União e Comunidades Europeias pela teoria da transferência parcial de poderes soberanos dos Estados-membros para essas organizações internacionais. Mas se a soberania fosse parcialmente transferida pelos Estados-membros à União e Comunidades Europeias seria uma soberania compartilhada, não importa se e em que medida compartilhada. Essa transferência importaria a negação da soberania como um poder absoluto e ilimitado e, pois, não compartilhável no âmbito das relações internacionais (noção ideológica e absolutista da soberania). Mas o ilogismo dessa solução teórica é desnudado por uma análise severa. Se poderes soberanos lhes fossem transferidos, as comunidades seriam titulares dessa “soberania parcial”. Mas a doutrina inadmitte caracterizá-las como soberanas. Assim sendo, a tese da transferência parcial de soberania choca-se frontalmente com a conclusão (decerto correta) de que a União e as Comunidades não são soberanas, porque elas não detêm a competência-das-competências (*kompetenz-kompetenz*), característica da soberania estatal. Dificilmente poder-se-á compatibilizar a tese da soberania estatal absoluta com a transferência dos poderes soberanos para a comunidade. Soberania compartilhada não é mais soberania. Se a transferência de soberania fosse mesmo consumada, as comunidades seriam *ipso facto*... parcialmente soberanas, ou seja, soberanas, na medida da transferência parcial dos poderes estatais. A teoria da transferência parcial dos poderes soberanos para as comunidades é, no direito comunitário, uma hipótese tão inútil quanto o foi a do éter estacionário para a física relativista¹¹⁰.

O autor também critica o conceito tradicional de soberania e assevera que, partindo desta base, a construção de um processo de integração é inviável. Afirma ser impossível que Estados soberanos limitem suas soberanias.

Urge afastar da ciência jurídica os preconceitos ligados à noção de soberania estatal absoluta e que tanto dificultam a integração do Brasil numa comunidade latino-americana das nações, objeto de princípio constitucional programático (CF, art. 4º, parágrafo único). Não será possível, entretanto, lograr essa superação sem um critério de demarcação estrito das fronteiras entre a ciência jurídica e a ciência política, esta última com suas ideologias, porque a soberania sempre esteve tradicionalmente ligada a ideologias políticas, sobretudo a superioridade do poder estatal sobre a ordem jurídica internacional. É fácil perceber que não é possível constituir um direito de integração nessas bases. Não são viáveis limitações recíprocas de Estados Soberanos¹¹¹.

José Souto Maior BORGES vai além e amplia sua análise crítica defendendo a incompatibilidade entre o conceito tradicional de soberania e as relações entre os Estados. Destaca a autonomia como elemento necessário para promover os processos de integração:

Mas o conceito clássico de soberania é de todo incompatível com relações jurídicas internacionais regidas pela igualdade entre Estados, princípio fundamental nessas relações interestatais (CF art. 4º, V). Se todos os Estados latino-americanos são soberanos nas suas relações interestatais, com todas as conotações de ilimitação que o conceito político-ideológico de soberania envolve, então não poderia haver, nas relações externas, comunidade latino-americana das nações (CF art. 4º, parágrafo único). Impossível lográ-la, no direito brasileiro,

¹¹⁰BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 70.

¹¹¹BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 171.

sem ruptura com a noção clássica da soberania: um poder absoluto, ilimitado, insuscetível de ser compartilhado ou repartido. Para a doutrina tradicional, soberania compartilhada é um “ferro de madeira”, uma contradição em termos (contra-significação). Se todos os Estados se regem por esse “isolacionismo” ou “solipsismo estatal”, produto típico da soberania, não haveria como o Estado despir-se de parcelas de sua soberania – o que lhes seria sem embargo exigível para a integração latino-americana das nações. Essa integração comunitária é contudo possível, preservando-se a harmoniosa convivência interestatal, com a efetivação da autonomia, ou seja, a independência estatal (CF art. 4º, I). Aliás, o autogoverno (*auto-nomos*, como indica a etimologia dessa bela palavra), longe de ser um obstáculo à integração comunitária, é um requisito necessário à formação de uma comunidade latino-americana das nações, o que não se confunde com uma integração parcial restrita à área econômica: comunidade econômica. Trata-se de uma comunidade política e social, inclusive econômica e cultural, envolvendo mais amplamente aspectos sociais de superlativa relevância, como a disciplina do meio ambiente. (CF art. 225)¹¹².

A respeito do compartilhamento da soberania, Enrique Ricardo LEWANDOWSKI afirma que se trata da forma mais adequada de enfrentar os desafios de um mundo cada vez mais interconectado e globalizado. Estes fenômenos, segundo o jurista, não representariam uma ameaça ao vigor do Estado e do conseqüente exercício de sua soberania¹¹³.

Pode-se afirmar que as relações de integração entre os Estados, baseadas em objetivos comuns e negociações, são elementos de manutenção das soberanias estatais. Este tipo de relacionamento interestatal difere diametralmente do intervencionismo. As intervenções impedem que os Estados afetados exerçam sua soberania¹¹⁴. Desta forma, é possível afirmar que as organizações internacionais contribuem com a preservação do instituto da soberania. É o que assevera José Souto Maior BORGES:

¹¹²BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 180-181.

¹¹³Afirma o autor: “Com os olhos voltados para o processo de globalização e o de regionalização, que constituem fenômenos que se integram e complementam, muitos vaticinam o fim ou a relativização da soberania e, até mesmo, o desaparecimento do Estado. Nada indica, todavia, que isso irá acontecer num futuro próximo. Embora os Estados possam ter eventualmente a autonomia cerceada em alguns aspectos, a sua soberania, ao menos no que ela tem de essencial, não se vê afetada. Na realidade, jamais um Estado, por mais poderoso que fosse, logrou subtrair-se integralmente aos condicionamentos de natureza jurídica ou de ordem fática. A ideia de uma soberania sem limites, aliás, nunca existiu, muito menos tem lugar nos dias atuais, sobretudo porque as transformações históricas pelas quais os Estados passaram fizeram com que ela acabasse ficando mais flexível do que a noção legada pela tradição. Nem mesmo os integrantes da União Europeia, que se submeteram ao direito comunitário, renunciaram à soberania ou a parcelas desta. Simplesmente passaram a atuar de modo conjunto em determinadas áreas, sobretudo no campo da economia, para conferir maior eficácia às respectivas ações. Dito de outra forma, passaram a *compartilhar* as respectivas soberanias, em áreas consideradas críticas, por intermédio de órgãos supranacionais, aos quais delegaram um certo número de competências, taxativamente explicitadas nos tratados constitutivos”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 300.

¹¹⁴De acordo com José Souto Maior BORGES: “No âmbito da circulação econômica de bens (moeda, bens móveis, como as mercadorias), em nível mundial, a integração comunitária, quase paradoxalmente, é um instrumento de preservação da autonomia estatal e reflexamente da própria soberania interna. A integração comunitária é o oposto do intervencionismo interestatal, que arruína a soberania. A soberania mostrar-se-á mais efetiva à medida que se consumar a integração dos Estados soberanos no âmbito comunitário, porque só assim os poderes do Estado, na ordem nacional e interestatal, poderão harmonizar-se, sem anular-se. Por esse caminho, o adensamento das relações interestatais acaba por revelar-se fator de preservação dos poderes estatais de autogoverno”. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 189.

As organizações transnacionais, como a União e Comunidades Europeias, são reversamente indutoras de integração comunitária e assim sendo de preservação da soberania, como exposto. Na medida em que seja a comunidade um produto direto dos tratados internacionais, a sua institucionalização constitui um procedimento juridicamente complexo de preservação da soberania estatal e integração interestatal. Porque o tratado é ato autônomo (celebrado pelos Estados), instituinte de normas convencionais. Noutras palavras: é fonte autônoma – é dizer, sem ingerência alheia- de produção jurídica¹¹⁵.

Considerando o anteriormente exposto, é possível afirmar que a iniciativa de formar parte de um processo de integração se trata de uma manifestação inequívoca de soberania por parte dos Estados. Desta forma, o instituto não perde eficácia no contexto da integração; apenas se transforma. Esta mutação confere abrangência e flexibilidade à soberania, potencializando a ação dos Estados.

Conclui-se afirmando que o inexorável processo de aproximação entre os países, tendência observada ao longo das últimas décadas, gera consequências diretas no exercício da soberania. Apesar disto, este conceito basilar no âmbito do direito internacional continua sendo fundamental para o relacionamento interestatal. Não há mais espaço no mundo de hoje para a manifestação absoluta e unilateral da soberania. Neste contexto, o compartilhamento se configura como sendo a melhor alternativa para manter e até mesmo intensificar a ação soberana dos Estados.

A seguir, o instituto jurídico da ordem pública será analisado sob a ótica do compartilhamento. Assim como ocorre com a soberania, será observado que a ordem pública ganha força ao transcender os limites do Estado e ampliar sua área de ação.

Ordem pública compartilhada

Após examinar o compartilhamento da soberania, passa-se a analisar o papel da ordem pública nos processos de integração entre Estados. Será traçado um paralelo entre a ampliação do alcance da soberania e a transformação da ordem pública, com o objetivo de justificar a conveniência de definir critérios objetivos de aplicação desta última.

Nos processos de integração entre Estados, assim como a soberania estatal cede espaço para uma soberania comum, o mesmo ocorre com o instituto da ordem pública. Seu

¹¹⁵BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 189.

caráter deixa de ser eminentemente nacional e sua definição não é mais unilateral¹¹⁶. Esta expansão, inexoravelmente, passa a considerar valores de outras comunidades. O conceito de ordem pública assume feições mais abrangentes nos processos de integração, de modo a permitir uma aplicação mais coesa do Direito.

A soberania comunitária avança sobre a soberania estatal, paralelamente ao que ocorre com a ordem pública. Esta última transcende as fragmentações das culturas nacionais e se estende com o objetivo de contemplar também os valores das demais sociedades dos Estados que se incorporam ao processo de integração. A transcendência da ordem pública no âmbito dos processos de integração regional cumpre papel fundamental na busca da harmonização jurídica¹¹⁷.

Assim como o Estado continua no exercício da soberania que lhe é inerente, mas deverá “compartilhá-la” com os demais integrantes do processo associativo, a ordem pública interna continuará existindo e sendo respeitada. À medida que o processo de integração interestatal avança, um marco ampliado de aplicação da ordem pública é formado. Este fenômeno ocorre a partir do compartilhamento do instituto.

Em desacordo com a ideia defendida nesta pesquisa, pode-se afirmar que, nos processos de integração, a ordem pública tenderá a ser utilizada cada vez menos. Esta opinião pode ser comparada a dos arautos da ideia de que a soberania se enfraquece e tende a desaparecer nos processos de integração entre Estados. Não é este o ponto de vista aqui

¹¹⁶Analizando o instituto da ordem pública na União Europeia, afirma Silvio BATTELLO: “Al enfrentar el orden público internacional de los Estados miembros como límite a la aplicación del derecho comunitario, verificamos que el alcance del concepto del orden público internacional no puede ser dado unilateralmente por cada Estado, esto porque los Estados no conservan una discreción absoluta en cuanto a la definición de su orden público internacional. Y aunque el orden público tome como referencia una escala de valores de los Estados, esta escala siempre obedecerá a la perspectiva comunitaria, respetando y conciliando los intereses nacionales en juego con los intereses comunitarios”. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 82.

¹¹⁷Neste sentido, segundo Renata Fialho de OLIVEIRA: “Especialmente no que se refere às organizações regionais de integração econômica, a harmonização jurídica assume ainda outra dimensão: fazer funcionar o modelo institucional de integração acordado entre os respectivos Estados-membros. Seu papel, nesse quadro, é a remoção dos obstáculos jurídicos para o estabelecimento de tarifa externa comum ou para o trânsito, por exemplo, de bens, mercadorias, serviços e pessoas, por meio da criação de direito comum mínimo entre os membros da organização. Questão essencialmente vinculada à criação de ordenamento jurídico da organização de integração é a interpretação e aplicação uniforme das regras desse sistema. De pouca valia seria o hercúleo esforço para harmonizar o direito com vistas à integração, se suas regras fossem aplicadas de forma desarmonizada pelos juízes nacionais. Assim, para que haja harmonização jurídica efetiva, é necessário, além de direito comum mínimo, o estabelecimento de critérios uniformes para sua interpretação e aplicação, seja por órgão supranacional, seja pelos judiciários nacionais ou outra instância a que se tenha atribuído essa competência”. OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2008. p. 23-24.

defendido. Entende-se que reconhecer tanto a soberania quanto a ordem pública supranacional se trata de uma decisão soberana dos Estados.¹¹⁸

Acerca dos presságios de redução na aplicação de exceção de ordem pública, afirma Jacob DOLINGER:

Nota-se nestes prognósticos um aspecto importante – todos os autores que vislumbram a diminuição no recurso à ordem pública no direito internacional se inspiram na tendência à uniformização de certos institutos jurídicos no mundo civilizado. Haja vista as alterações no direito de família processadas em tantas legislações no século XX, reformas estas que cada vez mais aproximam o conteúdo das legislações de vários sistemas jurídicos. Na medida em que as leis se aproximam em sua dogmática geral, mesmo contendo dispositivos específicos diferentes, torna-se menos difícil aplicar suas leis, normalmente competentes por determinação das regras de conexão, e a ordem pública deixa de ser invocada por desnecessária¹¹⁹.

Apesar disto, o autor afirma que o instituto da ordem pública ainda tem uma “longa vida pela frente”:

Achamos que a ordem pública como anteparo à aplicação de leis estrangeiras não toleráveis pela jurisdição local, seja considerada como exceção ou como regra, tem ainda uma longa vida pela frente, que a colaboração efetiva dos judiciários de diferentes países é uma utopia que briga com ideias de soberania ainda profundamente enraizadas na mente dos povos, mas pensamos que os efeitos da ordem pública se converterão em benefício para a comunidade internacional à medida que outra ordem pública entrar em funcionamento – a ordem pública verdadeiramente internacional, a ordem pública universal¹²⁰.

O conteúdo dessa ordem pública compartilhada entre os Estados seria preenchido por temas que atingem e preocupam a comunidade internacional como um todo, avançando além das fronteiras da soberania dos Estados. O direito penal internacional, o direito da concorrência, o direito do consumidor, bem como os assuntos relativos à ecologia e ao comércio internacional, são exemplos de questões abordadas internacionalmente¹²¹. De acordo com Jacob DOLINGER:

¹¹⁸Segundo Jacob DOLINGER: “Dividem-se as opiniões sobre a tendência da ordem pública no futuro do direito internacional privado. Desaparecerá? Permanecerá? Reduzida ou ampliada? Ou será alterada em sua essência para transformar-se de repulsa à aplicação da norma estrangeira em método de harmonização das leis de diversas soberanias?” DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 237.

¹¹⁹DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 238.

¹²⁰DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 242.

¹²¹Neste sentido, afirma Mahmoud Cherif BASSIOUNI: “In short, protection, resource-sharing, and international criminal justice must be part of the new world social contract in the age of globalization”. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik*. *Georgia State University Law Review*. Volume 22, Artigo 2, 3ª Edição, 2006. p. 541-560. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2115&context=gsulr>. Acesso em 11/03/2017. p. 546.

A doutrina está dividida entre os que prognosticam a redução da ordem pública no direito internacional privado e os que entendem que ainda permanecerá por muito tempo sem alteração. Entendemos que ela continuará operando, podendo, contudo, converter-se em benefício para a comunidade internacional. Este benefício se materializará com o reconhecimento da ordem pública verdadeiramente internacional ou universal, que reforçará o respeito internacional pela ordem pública interna de cada soberania. Esta ordem pública verdadeiramente internacional, aludida por alguns autores de forma inadequada, não foi ainda conceituada nem compreendida pela doutrina. Ela abrange, além do direito penal internacional, uma série de medidas e criações convencionais, como o FMI e o GATT, que visam criar uma ordem pública positiva, de caráter universal, garantidora do bem-estar e dos interesses de cada uma das comunidades que compõem a sociedade internacional. A ordem pública internacional comandará o respeito em cada jurisdição pela ordem pública dos outros Estados, poderá fazer com que as jurisdições abduquem de aplicar seu próprio direito e até seu princípio de ordem pública, numa nova e ampliada *comitas gentium*, criará um sistema de reconhecimento e aplicação das leis fiscais de outras soberanias, introduzirá na arbitragem internacional o respeito pela ordem pública dos Estados interessados na decisão, patrocinará um Código de conduta para as empresas multinacionais, ocupar-se-á com a ecologia universal e com todas as questões em que estejam indissolúvelmente ligados os interesses de cada nacionalidade e da sociedade internacional¹²².

Ao analisar a evolução da ordem pública no direito internacional privado, Bruno MIRAGEM destaca no fundamento do instituto a existência de valores comuns compartilhados pela comunidade internacional. Desta forma, seria possível falar em uma ordem pública compartilhada.

Em Direito Internacional, embora num primeiro momento possamos indicar no limite da ordem pública uma restrição à aplicação do direito estrangeiro, ela se compõe essencialmente de elementos de valor comuns internacionalmente, determinada pela formação de um corpo de convenções compartilhadas pelos sujeitos internacionais... É evidente, contudo, que a aproximação, em nível internacional, de determinações que preservassem princípios comuns relativos à ordem pública, faria imprescindível a investigação de valores possíveis de serem percebidos na comunidade internacional. Esta realidade exigiria o reconhecimento de valores comuns - o que só foi possível identificar após os eventos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945)¹²³.

O compartilhamento da ordem pública se relaciona diretamente com o reconhecimento de valores comuns por parte das diferentes sociedades. Este fenômeno vem sendo observado com mais clareza desde meados do século XX. Sobre o particular, afirma Mahmoud Cherif BASSIOUNI:

The dominant feature of interstate relations is by state interests. Nevertheless, the evolution of interstate and international relations since World War II – until now defined by the Westphalian concept of sovereignty and the Hegelian concept of state interest bridled only by prudence and good judgment – indicates that a significant change has occurred. This change is characterized by commonly-shared values that transcend the unilateral pursuit and preservation of power and wealth that are now part of the global equation. This result is reflected in the many changes that have occurred in the international legal system in the 20th century,

¹²²DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 263.

¹²³MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 316.

particularly with respect to multilateral decision-making and limitations on state sovereignty deriving from commonly-shared values and interests¹²⁴.

No mesmo sentido, segundo Roberto CIPPITANI:

Después de la segunda mitad del siglo XX, junto con la constitucionalización de los derechos de la persona, se ha producido otro fenómeno jurídico importante que se conoce como la “internacionalización de los derechos”. Las tragedias del Age of Extremes (como Hobsbawm llamó al siglo XX), causadas por Estados totalitarios, han enseñado que una protección efectiva de los derechos de los particulares, especialmente contra el poder excesivo de los Estados, solo puede lograrse a nivel internacional. Por lo tanto, durante las últimas décadas, la protección de los derechos de las personas no es sólo un problema confinado dentro de las fronteras nacionales, sino que tiene que ser abordado desde el punto de vista de un “constitucionalismo mundial” o de un “constitucionalismo multinivel”, como necesaria evolución de las constituciones nacionales. Junto con el establecimiento de las organizaciones y tratados internacionales vinculados con el tema económico, los Estados han estipulado acuerdos internacionales relacionados con el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos de los seres humanos. No obstante, este tipo de protección no es absolutamente nuevo; lo que es típico de nuestra época es el enorme desarrollo de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Estos instrumentos pueden ser implementados en un contexto donde el derecho internacional se caracteriza por una tendencia a la “legalización” de las relaciones transnacionales, debido -sobre todo- al crecimiento de la importancia de las instituciones internacionales. En particular, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 establece en su Preámbulo, antes del objetivo, “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”, la necesidad de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”, para “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”¹²⁵.

O reconhecimento de valores comuns por parte da comunidade internacional está diretamente vinculado ao surgimento da ideia da defesa dos direitos humanos fundamentais¹²⁶, cujo marco inicial foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada em 1948)¹²⁷. Este reconhecimento passa a formar parte do conteúdo atual da ordem pública compartilhada entre os Estados.

¹²⁴BASSIOUNI, M. Cherif. The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik. *Georgia State University Law Review*. Volume 22, Artigo 2, 3ª Edição, 2006. p. 541-560. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2115&context=gsulr>. Acesso em 11/03/2017. p. 543.

¹²⁵CIPPITANI, Roberto. *Interpretación y derecho de la integración*. Coleção Diálogos desde la Diversidad. Calógero Pizzolo (Organizador) Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 9-13.

¹²⁶Bruno MIRAGEM afirma que o sentido da ordem pública em parte é reconstruído a partir dos direitos humanos. Esta ideia será desenvolvida no ponto 2.2. da presente pesquisa. Segundo o autor: “O direito internacional pós-moderno reconstrói o sentido da ordem pública a partir dos direitos humanos, o que – dado o caráter universal destes - indica uma aproximação dos diversos Estados nacionais a partir de um conteúdo comum ao conceito geral de ordem pública. Do mesmo modo, o direito internacional privado, a partir desta nova concepção de ordem pública, passa a enfrentar o desafio de equilibrar sobre sua disciplina a realidade internacional de disputa entre diferentes forças, defensoras de interesses contraditórios, cuja harmonia passa a representar um dos objetivos do DIP”. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 348.

¹²⁷Segundo Bruno MIRAGEM: “A relação entre o conceito de ordem pública e direitos humanos fundamentais, indiscutivelmente, é um fenômeno novo, em termos da história do direito internacional. Além disso, é possível

Neste sentido, Nádya de ARAÚJO assevera que a aplicação da exceção de ordem pública deverá ocorrer com base em princípios. Um dos mais importantes seria o princípio da dignidade humana. Segundo a autora:

A valoração da aplicação da lei estrangeira ordenada pela regra de conexão deve ser analisada pelo magistrado a luz de uma metodologia *princípial*, que utiliza os princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico. Nesse contexto, o princípio da dignidade humana funciona como um dos eixos fundamentais dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, no plano interno, tendo grande influência nas decisões dos magistrados¹²⁸.

Ao analisar o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos no Brasil, André de CARVALHO RAMOS destaca a necessidade de valorizar as deliberações de órgãos internacionais que possam condenar o país por violar direitos dessa natureza¹²⁹. O autor sugere promover o que chama de um “diálogo entre as cortes”¹³⁰, brasileiras e estrangeiras, no sentido de promover uma coordenação relativa ao tema. Examinando o debate sobre a condição dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, afirma:

O debate sobre o estatuto interno dos tratados de direitos humanos também trouxe à tona várias ilações sobre a controvérsia entre os monistas e dualistas na história do Direito Internacional. Porém, reiteradamente os órgãos judiciais e quase-judiciais internacionais impõem o que denomino de “unilateralismo radical” que se sobrepõe à *discussion d'école* entre monistas e dualistas: os tratados de direitos humanos devem ser cumpridos, sem considerar qualquer outro argumento de Direito interno. Chegamos ao ponto do problema: não é suficiente assinalar, formalmente, os direitos previstos no Direito Internacional e registrar, com júbilo, seu estatuto normativo de cunho constitucional. Esse esquema tradicional de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos não é mais adequado para levarmos os direitos humanos internacionais a sério. É necessário que avancemos na aceitação da interpretação desses direitos pelo Direito Internacional, ou, como defendi em livro anterior (edição comercial de minha tese de livre-docência), que se inicie um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais¹⁹. Até o momento, são raros os casos nos quais o Supremo Tribunal Federal abre as portas para o diálogo com a interpretação dos Tribunais internacionais de direitos humanos e, em especial, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Então, pleiteamos um giro copernicano da discussão sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no STF: que seja agregada também ao debate a discussão

afirmar que este conceito marca um novo direito internacional, o direito internacional pós-moderno. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádya de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 325.

¹²⁸ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p. 121-122.

¹²⁹RAMOS, André de Carvalho. A Interpretação Internacional dos Direitos Humanos: Choque ou Diálogo com o Supremo Tribunal Federal? In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores) *Novos Caminhos do Século XXI. Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais – Uma Homenagem a Celso Lafer*. 2ª Edição. Revista e Atualizada. Curitiba. Juruá. 2013. p. 289.

¹³⁰RAMOS, André de Carvalho. A Interpretação Internacional dos Direitos Humanos: Choque ou Diálogo com o Supremo Tribunal Federal? In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores) *Novos Caminhos do Século XXI. Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais – Uma Homenagem a Celso Lafer*. 2ª Edição. Revista e Atualizada. Curitiba. Juruá. 2013. p. 293.

sobre a interpretação dos tratados pelos órgãos em relação aos quais o Brasil já reconheceu a jurisdição obrigatória¹³¹.

Após estudar em profundidade a ordem pública no direito internacional privado do Mercosul, Silvio BATTELLO também destaca a importância dos direitos fundamentais como orientação para a aplicação do instituto. Segundo o autor:

La aplicación del orden público por preceptos constitucionales debe ser vista como un sistema armónico de reglas y de principios, con preponderancia de estos últimos sobre los primeros. Vemos también que la función interpretativa del juez adquiere un nuevo significado a la luz de la argumentación jurídica, que sirve al mismo tiempo como limitadora de los poderes del magistrado por la aplicación de los derechos fundamentales como elementos guía en la evicción del orden público internacional¹³².

Estendendo sua análise, BATTELLO ressalta a importância da ordem pública como elemento de proteção de valores caros às partes nos processos de integração entre Estados:

La experiencia comparativa con la Unión Europea como elemento de reflexión también ha arrojado resultados positivos. Verificamos que a medida que la integración avanza se exige una actividad jurídica más intensa para garantizar precisamente la libre circulación de bienes, servicios y personas. Nuevamente el orden público, ahora como principio regional, es llamado para servir de escudo protector de los valores esenciales de la comunidad¹³³.

No mesmo sentido, acrescenta o autor:

El orden público ha demostrado igualmente sus servicios para el afianzamiento del proceso de integración. El contrato, la reglamentación societaria y los sistemas concursales son institutos jurídicos que por sí solos pueden llevar al éxito o al fracaso de cualquier programa de integración, funcionando como verdaderos institutos de apertura o contracción de los mercados. Y es precisamente el orden público una de las válvulas que se encarga de abrir o cerrar ese sistema¹³⁴.

Especificamente em relação à União Europeia, é possível observar o alargamento da noção de ordem pública. Neste sentido, afirma Augusto JAEGER JUNIOR:

Contudo, é possível de se pensar que a ordem pública da *lex fori* encontra um limite na ordem pública comunitária. De fato, também o direito da União Europeia contribui para a definição e

¹³¹RAMOS, André de Carvalho. A Interpretação Internacional dos Direitos Humanos: Choque ou Diálogo com o Supremo Tribunal Federal? In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores) *Novos Caminhos do Século XXI. Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais – Uma Homenagem a Celso Lafer*. 2ª Edição. Revista e Atualizada. Curitiba. Juruá. 2013. p. 289-290.

¹³²BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 253.

¹³³BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 254.

¹³⁴BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 254.

até mesmo para o alargamento do conteúdo da noção de ordem pública, Atingindo indiretamente a sua aplicação sobre uma lei estrangeira que tenha tido o seu emprego designado. Os principais elementos de uma ordem pública comunitária são preenchidos pelos princípios da não discriminação em razão da nacionalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade ou por aqueles diretamente decorrentes de normas materiais, como as dos arts. 101 TFUE e seguintes a respeito do direito comunitário da concorrência¹³⁵.

Em paralelo à transformação da soberania e sua flexibilização diante do atual estado de integração observado entre grande número de países, o instituto jurídico da ordem pública também deve transcender os limites dos Estados. De acordo com o anteriormente exposto, pode-se concluir que o compartilhamento da ordem pública contribuirá fundamentalmente para evoluir no sentido de harmonizar internacionalmente a aplicação do Direito.

Esse processo de construção de uma ordem pública ampliada se trata de um grande desafio para todas as sociedades envolvidas nos processos de integração. No mesmo sentido, a aplicação do referido instituto no âmbito regional tampouco é uma tarefa simples. Neste contexto, se torna conveniente definir critérios orientadores para aplicar a ordem pública.

Após defender essa conveniência com base na transformação da soberania e da ordem pública, o próximo ponto desta pesquisa analisa a questão a partir do fenômeno do multiculturalismo e da pós-modernidade.

2.) *Multiculturalismo e segurança jurídica*

Após comparar a evolução da soberania e da ordem pública e examinar seu compartilhamento nos processos de integração regional, tendo concluído que ambos os institutos vêm perdendo sua condição outrora absoluta e que, atualmente, sua base deve ser construída de forma cooperativa, o presente ponto do trabalho desenvolve a análise da influência do multiculturalismo e da pós-modernidade sobre a segurança jurídica.

A defesa da conveniência de definir critérios de aplicação da ordem pública tem como um de seus fundamentos os desafios apresentados pelo multiculturalismo e pela pós-modernidade aos processos de integração entre Estados.

¹³⁵JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 148.

Inicialmente, será examinada a influência do multiculturalismo e da pós-modernidade nas experiências de integração regional existentes. Posteriormente, mediante a apresentação de casos concretos, será tratada a relação direta entre os conceitos citados e a ordem pública.

2.1.) Multiculturalismo e integração regional

Este ponto do trabalho tratará a influência do multiculturalismo e da pós-modernidade nos processos de integração regional. A permeabilidade das fronteiras nacionais existente na atualidade e o grande desenvolvimento das comunicações repercute nas relações sociais, gerando também consequências jurídicas.

Cabe destacar que a integração não ocorre apenas entre sociedades culturalmente próximas. Os processos migratórios vêm permitindo que povos cujos costumes e tradições são muito diferentes compartilhem um mesmo espaço geográfico.

Diante deste contexto, observa-se a conveniência de definir critérios de aplicação da ordem pública nos processos de integração. Em se tratando de um instituto abstrato, a definição de critérios para sua aplicação contribuiria com o melhor funcionamento do sistema jurídico e com a harmonia social.

Globalização e multiculturalismo

Ao longo dos próximos parágrafos, a normatização da ordem pública será defendida considerando o fenômeno do multiculturalismo. Inicialmente, os processos de integração regional serão analisados sob o aspecto do multiculturalismo. Posteriormente, será considerada a inexorável influência do multiculturalismo na aplicação do instituto da ordem pública.

Sabe-se que o conceito de ordem pública está intimamente vinculado aos valores de uma determinada sociedade em certo momento histórico¹³⁶. Desta forma, a intensa mobilidade

¹³⁶Afirma Jacob DOLINGER: “O princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de cada nação, que reflete as necessidades econômicas de cada Estado”. DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à

existente na atualidade entre grupos humanos, incluindo numerosos grupos de imigrantes¹³⁷, aliada à preocupação de respeitar seus valores culturais atinge diretamente este instituto jurídico. Desenvolver mecanismos facilitadores de uma convivência harmoniosa entre os indivíduos é um dos grandes desafios da atualidade¹³⁸.

Preliminarmente, cabe destacar a plurivocidade semântica do termo “multiculturalismo”; embora defini-lo não seja parte um dos principais objetivos do presente estudo¹³⁹. Para oferecer uma visão geral acerca do tema, resumir-se-á sua conceituação a partir dos ensinamentos de José Augusto LINDGREN ALVES:

Simplificadamente, é possível reunir as várias vertentes do multiculturalismo em duas grandes correntes: a *integracionista*, simbolizada no republicanismo secular francês, e a *diferencialista*, predominante nos movimentos sociais do mundo anglo-saxão. O integracionismo atual não se confunde com o velho “assimilacionismo” esmagador de diferenças. Idealmente propõe-se promover a aceitação de todos os aportes, minoritários e majoritários, para construir com eles um todo social maior, acima das “comunidades” subnacionais. Do outro lado, a vertente diferencialista, praticada pela Inglaterra desde a época da expansão colonial e atualizada dentro do país pelos Governos conservadores e trabalhistas, dá realce ao modelo do “mosaico cultural”, em que as comunidades convivem lado a lado, sem misturas. Essa vertente ganhou preeminência mais recente primeiramente no Canadá, tornando-se “hegemônica” depois, quando encampada pela Academia e movimentos sociais nos Estados Unidos (após a superação da metáfora do *melting pot*, sempre aplicado exclusivamente à fusão dos diferentes contingentes europeus). Transportou-se, então, aos poucos, para os organismos multilaterais pela via das organizações não governamentais – ONGs –, particularmente influentes nos secretariados, e é hoje a vertente dominante do multiculturalismo, sem maiores considerações com a especificidade das situações¹⁴⁰.

Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. 1979. p. 4.

¹³⁷Ada LATTUCA analisa a situação migratória mundial na última década e assevera: “El desplazamiento humano es intenso y de 20 a 30 millones de personas abandonan anualmente su lugar de residencia en búsqueda de lugares donde vivir dignamente, entre los cuales aumenta aceleradamente el aporte de población activa”. LATTUCA, Ada. *Desequilibrios Sociales de la Globalización: los Desplazamientos Humanos. Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Curitiba. Juruá. 2007. Volume 1. p 11-22.

¹³⁸De acordo com Héctor Ricardo LEIS: “Este “novo mundo”, analisado sob uma perspectiva política não-determinista, se apresenta como uma comunidade global-fragmentada. De acordo com isto, pode concluir-se que a maior prioridade-oportunidade deste momento se traduz na organização de um espaço público transnacional que faça viável a democratização das relações internacionais e a construção de bases firmes para uma governabilidade global”. LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 54.

¹³⁹Segundo José Augusto LINDGREN ALVES: “Multiculturalismo é uma dessas palavras novas que entram em moda com tal vigor que todos passam a usá-la, sem atentar para o que é. O mesmo vejo ocorrer com a expressão “direito à diferença”, que não me consta integrar qualquer declaração de direitos humanos e é amplamente aceita como designação de um direito incontestado. Na medida em que ambos os termos têm semântica flexível, de conotação positiva, adaptada aos objetivos de quem os utiliza, não cabe a mim defini-los de maneira a evitar ambiguidades”. ALVES, Lindgren. *Viagens no Multiculturalismo. O comitê para a eliminação da discriminação racial, das Nações Unidas, e seu funcionamento*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG. 2010. p. 28.

¹⁴⁰ALVES, Lindgren. *Viagens no Multiculturalismo. O comitê para a eliminação da discriminação racial, das Nações Unidas, e seu funcionamento*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG, 2010. p. 29.

Ademais, o multiculturalismo deve ser percebido não apenas a partir de seu caráter descritivo; o de uma determinada sociedade formada por elementos culturalmente diversos¹⁴¹. Também deve ser entendido prescritivamente, quando relacionado a certas políticas cuja implementação se faz necessária para tratar temas específicos relativos a essas sociedades¹⁴². O maior contato entre diferentes populações, normalmente estudado com maior frequência pelos sociólogos, gera significativas consequências para a atividade dos operadores do Direito¹⁴³.

A ideia de multiculturalismo parte do pressuposto das construções de identidade por parte dos indivíduos¹⁴⁴. Estes, ao se definirem como membros de uma coletividade, conseqüentemente percebem o outro como diferente. Neste sentido, afirma José Alcebiades de OLIVEIRA JUNIOR:

A construção da identidade no mundo moderno depende, ao mesmo tempo, de uma dimensão objetiva e social e de uma dimensão subjetiva e individual. A construção da identidade, portanto, resultante de um encontro entre um “eu” e um “outro”, e entre o “eu” e o “nós”, pode ser traduzida como o produto daquilo que eu penso a respeito de mim mesmo e, ao mesmo tempo, daquilo que os outros pensam a meu respeito. A dignidade das pessoas e dos grupos estará preservada, na medida em que houver um equilíbrio entre essas dimensões, de modo que

¹⁴¹Sobre este primeiro sentido do termo, afirma Carlos ABELLA VÁZQUEZ: “¿Por qué el multiculturalismo se convierte en un tema tan importante en este contexto? Esta pregunta es pertinente si se parte desde una perspectiva histórica, ya que lo común a lo largo del tiempo ha sido la convivencia (o coexistencia, al menos) de grupos culturales diversos en un mismo espacio social: “el multiculturalismo, lejos de ser una condición singular de la cultura moderna, es la condición normal de toda cultura” ABELLA VÁZQUEZ, Carlos M. Globalización y Multiculturalismo: ¿Son posibles las democracias multiculturales en la era del globalismo? *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidade de Barcelona. Volume VII. Número 135. 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-135.htm> Acesso em 17/01/2017.

¹⁴²Neste sentido, segundo Kenan Malik: “Untangling the many strands of the multiculturalism debate requires understanding the concept itself. The term “multicultural” has come to define both a society that is particularly diverse, usually as a result of immigration, and the policies necessary to manage such a society. It thus embodies both a description of society and a prescription for dealing with it”. MALIK, Kenan. The Failure of Multiculturalism. *Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017.

¹⁴³De acordo com Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “Embora corresponda fundamentalmente a uma nova etapa na evolução do capitalismo, ensejada pelo progresso das comunicações e da informática, a globalização também resulta – e é causa ao mesmo tempo – da uniformização dos padrões culturais e dos problemas que hoje afetam o planeta como um todo”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 253.

¹⁴⁴Ao analisar o trabalho de Charles TAYLOR, afirma José Alcebiades OLIVEIRA JUNIOR: “Das ideias de TAYLOR, pode-se inferir que, se um certo sentimento de autenticidade é fundamental na formação da identidade das pessoas, ela é também fundamental na formação dos grupos. Inclusive uma simetria mais ou menos ampla entre o modo de pensar dos seus integrantes e o que pensa o grupo como um todo é essencial para a existência dos grupos. Contudo, mesmo no interior dos grupos e, sobretudo, na relação de um grupo com outro, poderão surgir diferenças e diferentes, e é diante dessa situação que as instituições têm de agir”. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Multiculturalismo: O “Olho do Furacão” no Direito Pós-moderno. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. Volume 1. Número 1. p. 166.

o ser eu mesmo não implique um sentimento de exclusão daquilo que pensa o grupo, nem o grupo em face de determinados “tipos” de ser pessoa os veja como estranhos e os exclua¹⁴⁵.

O multiculturalismo também se manifesta a partir da diferenciação entre os grupos ao aceitarem a pluralidade de culturas. Afirma Florisbal DEL´OLMO:

O multiculturalismo, por seu turno, constitui-se em substancial manifestação de pluralismo cultural, colocado contra a discriminação por motivos de raça ou cultura, privilegiando o reconhecimento das diferenças culturais como um direito inerente às minorias. A postura multicultural contra a assimilação irrefreada, a par de se constituir em uma realidade, tem sido vista como uma proposta de organização social¹⁴⁶.

O multiculturalismo é uma das principais características do atual contexto de pós-modernidade. À medida que os contatos entre as variadas culturas aumentam em intensidade e quantidade, torna-se necessário falar acerca do “sujeito internacional”, cujos vínculos não mais se encontram exclusivamente ligados a um lugar ou cultura específicos¹⁴⁷. Neste contexto, os operadores do Direito se veem diante do desafio de desenvolver e aplicar formas de aceitar as diferenças e facilitar o relacionamento entre os diferentes grupos. O direito comparado exerce uma importante função neste contexto. Neste sentido, afirma Renata Fialho de OLIVEIRA:

O direito comparado, no contexto pós-moderno, pode e deve ser o modo de regular a convivência entre distintas visões e modos de solução da regulação das questões sociais e controvérsias entre sujeitos e agentes, quer nos respectivos planos internos, como no internacional. O diálogo e a compreensão recíproca, não somente enquanto expressões de *comitas gentium*, mas, concretamente, de modo a ensejar enxergar o outro, e os outros, e a respeitar a diversidade de escolhas e de caminhos, o que se torna imperativo, com o direito internacional, como meio e modo de evitar o recurso à violência, e ao uso direto da força, por Estados, como por pessoas a grupos, sob pena de comprometer o funcionamento institucional da sociedade internacional. Neste contexto pós-moderno se reafirma a convicção quanto à

¹⁴⁵OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Multiculturalismo: O “Olho do Furacão” no Direito Pós-moderno. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. Volume 1. Número 1. p. 166.

¹⁴⁶DEL´OLMO, Florisbal de Souza. Globalização e Multiculturalismo: Aproximações e Divergências na Atualidade. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Volume 1. número 1. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. p 60.

¹⁴⁷Afirma Bruno MIRAGEM: “A evolução tecnológica em termos de produção, distribuição e acesso à informação determina uma realidade internacional de difusão do conhecimento independente das fronteiras nacionais. Mesmo os meios de controle material das fronteiras dos Estados terminaram por avançar, de modo informal, para muito além do que quaisquer acordos de cooperação ou integração entre os Estados. Hoje é possível falarmos do sujeito internacional, o cidadão do mundo com menos vínculos exclusivos com um lugar ou cultura específicos. Diante disto, parece paradoxal que convivam, como resultado de um mesmo fenômeno, a tendência de aproximação e uniformidade das diferentes culturas e a já mencionada preservação da diversidade e dos elementos específicos e minoritários da identidade cultural”. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 330-331.

necessidade, o papel e o alcance do direito comparado, no tempo histórico e no contexto cultural presentes, ao se apontar que o direito comparado, no contexto da pós-modernidade, tal como hoje se vive e se põe, é imperativo de convivência entre sociedades humanas e suas superestruturas políticas estatais. Na construção das premissas, colocam-se suas formas de implementação¹⁴⁸.

Atualmente, o Direito Internacional também desempenha destacado papel disciplinador das relações entre diferentes culturas ao incidir sobre casos envolvendo distintos Estados e indivíduos¹⁴⁹. Acerca da relação entre Direito e multiculturalismo, assevera Andrea SEMPRINI:

O direito está intrinsecamente ligado à modernidade. Sua independência e sua neutralidade constituem dois pilares das democracias liberais. Poderá causar estranheza ver o direito sendo recuperado pelos partidários do multiculturalismo. No entanto, esta recuperação tem sua lógica. Os multiculturalistas não ignoram a real dimensão da independência entre jurídico e político e a efetiva equidade da justiça. Eles tentam, não obstante, utilizar o direito por assim dizer contra ele mesmo. Ao interpretar literalmente seu papel de fiador *super partes* da igualdade e da justiça, eles apelam ao direito para resolver situações apresentadas como regidas por valores e tradições “universais”, enquanto de fato elas são regidas por costumes ou por convenções inspiradas pelos valores e tradições de uma maioria monocultural. Manipulado habilmente por grupos organizados num novo clima social, o direito tem se mostrado uma arma poderosa, um “pé-de-cabra” nas trincas da modernidade. O direito cumpre um papel ativo no desenvolvimento do paradigma ético, pois ele viabiliza a coalizão entre as esferas privada e pública. Como já pudemos ver, ele é frequentemente utilizado nos processos civis para resolver conflitos de relacionamento. Estes conflitos referem-se a problemas – assédio sexual, sexismo, comportamentos discriminatórios, casos de racismo – que no passado estavam fora do campo jurídico e faziam parte de domínios menos formalizados, embora igualmente obrigantes, como os valores familiares, a pressão dos pares, as tradições, as convenções, a etiqueta. Estes conflitos eram considerados típicos da esfera privada da vida dos indivíduos e não caíam sob o domínio do direito. A mudança de atitude das vítimas e a incapacidade da monocultura dominante em evoluir exacerbou as controvérsias. Não encontrando resposta à sua exigência de respeito na esfera privada, os indivíduos, apelando ao direito, têm transferido seus problemas relacionais e socioculturais para a praça pública. O direito viu-se assim chamado, muito a contragosto, a formalizar e a regulamentar a incapacidade da esfera privada de acomodar-se à mudança sociocultural¹⁵⁰.

Acerca da definição de cultura, mais especificamente da cultura jurídica, afirma Reinhard ZIMMERMANN:

¹⁴⁸OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo. Editora. Quartier Latin. 2008. 206 p. 1-2.

¹⁴⁹Segundo Bruno MIRAGEM: “É inegável reconhecer na dinâmica do direito internacional a presença mais sensível de um componente moral, tendo em vista as relações factuais de que se ocupa. O caráter internacional do direito lhe determina uma segunda interação da maior relevância que se estabelece pela relação de culturas distintas. O direito internacional, ao incidir sobre relações entre Estados e indivíduos, diz respeito à relação das culturas e o modo de vislumbrar o mundo desses mesmos indivíduos. A multiplicidade de culturas e as significativas distinções entre elas implicam a observação do direito internacional como um ramo do direito em que a efetividade dos seus preceitos não prescinde da compreensão e mediação – mais do que de interesses – de modos de vislumbrar os fenômenos da realidade”. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 310.

¹⁵⁰SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru-SP.EDUSC. 1999. p.164-165.

"Cultura" es un concepto espinoso, especialmente conocido en la literatura antropológica y sociológica, que se supone que encapsula la especificidad de una concreta sociedad. Se utiliza para definir dicha sociedad, para describir su identidad, y para distinguirla de otras. Por ello, con frecuencia presenta una connotación esencialista y de contraposición. Lo mismo vale para la expresión "cultura jurídica", que ha ganado actualidad en el discurso comparatista para enfatizar que el estudio del derecho comparado no consiste exclusivamente en la comparación entre normas jurídicas. Esto último es correcto, pero olvida explicitar que el derecho, por lo menos en nuestra experiencia europea, constituye una tradición. Tiene una historia que lo ha moldeado, y se caracteriza por su capacidad intrínseca de desarrollarse¹⁵¹.

O fenômeno da globalização e o conseqüente desenvolvimento de comunidades que compartilham um mesmo espaço, mas não necessariamente os mesmos costumes, tradições e valores¹⁵², debilita a legitimidade das atuais estruturas estatais e legislativas¹⁵³, demandando a criação de novos critérios de coesão¹⁵⁴. Neste sentido, afirma João Martins BERTASO:

Da mesma forma que num passado não muito distante, a coesão coletiva girava em torno de um núcleo de ideais e de valores comuns, e funcionava como um vínculo umbilical, a sustentação do grupo de nacionais, dando a natureza de união política para a cidadania, neste momento vai rompendo aqueles laços tradicionais. Sem a preocupação de refletir a partir de uma escala valorativa de mérito, o fato é que a vida social se torna mediada pelo mercado global de estilos, lugares e imagens, pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, as identidades se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares histórias e tradições específicos e parecem flutuar livremente. É nesse âmbito que o discurso de uma nacionalidade cívica que gira em torno de uma ordem política vai se tornando insuficiente para sustentar a representação de uma identidade estável para o cidadão. Essa é a complexidade da análise aqui. A cidadania não possui genética cultural, mas política e jurídica. Os valores nacionais são valores sensatos e adequados do conhecimento, ainda que de tendência a reconhecer uma só identidade. Já o nacionalismo exacerbado, produz uma cidadania excedida em sua realização, pelo fato de intoxicar todo o corpo social, o debilita para o funcionamento democrático; sua força está em exorcizar os estranhos do seu organismo. A pertinência de se pensar numa cidadania translocal, contudo, é o fato de termos que reconhecer a complexidade da sociedade que é local-global e multicultural, onde deve prevalecer o direito humano de conviver a diversidade de povos e de culturas, de grupos e de indivíduos; na pluralidade das demandas dos

¹⁵¹ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho Privado Europeo*. Buenos Aires. 2017. Astrea. p. 100.

¹⁵²Segundo Charles TAYLOR: "En el mundo moderno siempre ocurrirá que no todos los que viven como ciudadanos bajo cierta jurisdicción pertenezcan al grupo nacional así favorecido. Podría pensarse que esto, en sí mismo, provoca la discriminación. Pero, más allá, la búsqueda del fin colectivo probablemente incluirá tratar de manera distinta a los de "dentro" y a los de "fuera". TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 83.

¹⁵³Sobre este ponto, afirma Luigi FERRAJOLI: "Paradossalmente, infatti, è proprio la rapidità e la molteplicità delle comunicazioni che ha accentuato il bisogno di identità dei popoli, delle etnie, delle minoranze e insieme il valore associato alle differenze, innestando conflitti etnici disgreganti entro i confini degli Stati e processi inversi d'integrazione nazionale al di là dei loro confini. Sta in tal modo svelandosi il carattere effettivamente artificiale e fittizio degli Stati, assai, spesso creati dall'alto, come molti di quelli di recente formazione, e sempre volti, comunque, a irrigidire le identità dei popoli con la pretesa di sussumerli entro forzose unità e così di negarne le differenze non meno delle comuni identità". FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. 1997. Editori Laterza. p. 47-48.

¹⁵⁴Segundo Héctor Ricardo LEIS: "A rigor, a questão da governabilidade é sumamente complexa, já que se refere à capacidade real de um governo ou administração para realizar suas políticas. Em relação aos problemas globais, ela depende hoje do surgimento de instituições e valores convergentes, assim como da intensidade e liberdade do fluxo de comunicação entre os vários atores do cenário internacional, de modo que estes possam orientar-se para formas de ação mais cooperativas e menos conflitivas (apesar de suas diferenças culturais e desigualdades de poder)". LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 54-55.

movimentos e das inter-relações sociais que (trans) passam as fronteiras, e nem por isso há que se tornar a cidadania incompatível as exigências mínimas de fidelidade ao Estado nacional. O fato é que o movimento humano em direção à realização da felicidade individual e grupal transcende fronteiras geográficas, ainda que algumas localidades, mais ou menos preparadas, as alcancem de forma mais efetiva¹⁵⁵.

Considerando o atual estado evolutivo do processo de globalização e suas amplas consequências¹⁵⁶, a opção mais sensata para os Estados consiste em apostar na integração¹⁵⁷ e relativizar sua autonomia¹⁵⁸. A coletivização do processo decisório passa a ser fundamental para os países que desejam exercer algum tipo de influência externa e fazer valer seus interesses além de suas fronteiras¹⁵⁹.

A abertura das sociedades à imigração, aliada ao significativo compartilhamento de informação entre os diferentes grupos humanos, cria a necessidade de superar o simples

¹⁵⁵BERTASO, João Martins. Fragmentos de Cidadania no Direito e na Psicanálise. In: SANTOS, André Leonardo Copeti e DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Organizadores). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos*. Rio de Janeiro. Forense. 2009. p. 309.

¹⁵⁶Armin VON BOGDANDY e Sergio DELLAVALLE ilustram esta realidade: “An increasing number of persons have daily contact with individuals outside their nations; numerous persons migrate outside their original cultural spheres in search of a better life; national economies are increasingly becoming bound to a global economy; national cultures are placed in a context of a globally operating entertainment industry and in numerous academic fields, a career depends on being published in a handful of international journals. At the same time, globalization indicates new dangers that are not confined to a distinct territory. Such dangers extend from climate change to financial crises to globally operating criminal and terrorist groups”. VON BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE, Sergio. Parochialism, Cosmopolitanism and the Paradigms of International Law. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 358-359.

¹⁵⁷De acordo com Héctor Ricardo LEIS: “O “tribalismo” e o nacionalismo político têm sido sempre motivados pelo colapso (antes militar e agora econômico) dos antigos impérios e dos grandes Estados multiétnicos (sendo a desintegração da União Soviética um de seus últimos exemplos). Sucessivas ondas nacionalistas deram como resultado uma comunidade de países que se triplicou durante a segunda metade deste século. Se observarmos como a enorme maioria deste novos Estados já nasce fraca e vulnerável, com baixíssima capacidade para sustentar-se e controlar minimamente seus próprios destinos, pode concluir-se que o futuro dessas tendências nacionalistas é difícil de prever, embora certamente elas venham perdendo progressivamente terreno, especialmente em relação a sua capacidade de gerar uma maior governabilidade mundial”. LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. In: *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p. 55.

¹⁵⁸Segundo Georges CONTOGEOGIS: “En effet, il n’y a pas longtemps que le principe de la souveraineté nationale a servi la cause de l’homogénéisation de la société, à savoir de la suppression – et non pas de la non-expression – de “l’autre” culturel (voir, par exemple, l’interdiction des langues minoritaires, etc.). La question de l’indivisibilité de l’État prévaut sur tout projet d’auto-affirmation politique des groupes culturels. Devant le dilemme autonomie ou intégration, la deuxième option ne fait pas de doute”. CONTOGEOGIS, Georges. Les fondements et les limites du multiculturalisme européen. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. *Identidade europeia e multiculturalismo*. Coimbra. 2002. Quarteto Editora. p. 68.

¹⁵⁹Segundo M. Cherif BASSIOUNI: “Experience has demonstrated that multilateralism, notwithstanding its weakness and shortcomings, accomplishes more than unilateralism can. What is lost in unilateral freedom of action is compensated by what is gained from collective decision-making and collective as well as cooperative action”. BASSIOUNI, M. Cherif. The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik. *Georgia State University Law Review*. Volume 22, Artigo 2, 3ª Edição, 2006. p. 541-560. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2115&context=gsulr>. Acesso em 11/03/2017. p. 548.

reconhecimento das outras culturas¹⁶⁰. Atualmente, torna-se fundamental reconhecê-las como possuidoras de valores. Neste sentido, afirma Charles TAYLOR:

Sin embargo, la controversia es perturbadora, y lo es por la razón que antes mencioné: que todas las sociedades se tornan cada vez más multiculturales y a la vez se vuelven más porosas. En realidad, estos dos hechos van unidos: su porosidad significa que están más abiertas a la migración multinacional y que un número cada vez mayor de sus miembros lleva la vida de la diáspora, cuyo centro está en otra parte. En estas circunstancias, no es fácil responder simplemente: "Así es como hacemos aquí las cosas". ... La dificultad surge del hecho de que hay una cantidad considerable de personas que son ciudadanos y que también pertenecen a la cultura que pone en entredicho nuestras fronteras filosóficas. El desafío consiste en enfrentarse a su sentido de marginación sin comprometer nuestros principios políticos fundamentales. Esto nos lleva a la cuestión del multiculturalismo tal como hoy se le debate, que tiene mucho que ver con la imposición de algunas culturas sobre otras, y con la supuesta superioridad que posibilita esta imposición. Se cree que las sociedades liberales de Occidente son sumamente culpables a este respecto, debido en parte a su pasado colonial y en parte a la marginación de los sectores de su población que proceden de otras culturas. Y en este contexto, la respuesta "así es como hacemos aquí las cosas" puede parecer burda y brutal. Aun así, según la naturaleza de las cosas, llegar aquí a un acuerdo es casi imposible – o bien prohibimos el asesinato o bien lo permitimos – la actitud que da a entender la réplica parece de desprecio. A menudo, en realidad, esta suposición es correcta. Y así volvemos a la cuestión del reconocimiento. El reconocimiento del valor igualitario no era lo que estaba en cuestión - al menos en el sentido fuerte - en la sección anterior. Se trataba de saber si la supervivencia cultural sería reconocida como meta legítima, si los objetivos colectivos se tolerarían como consideraciones legítimas en la revisión judicial o para otros propósitos de la política social. La exigencia radicaba en permitir que las culturas se defendieran a sí mismas dentro de unos límites razonables. Pero la otra exigencia que tratamos aquí es que todos reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no solo las dejemos sobrevivir, sino que reconozcamos su valor¹⁶¹.

Em relação às consequências do processo de globalização enfrentadas pelas diferentes sociedades nacionais, cabe destacar a importância de desenvolver maneiras de lidar com as diversidades culturais. De acordo com Héctor Ricardo LEIS, esta tarefa deve considerar certas matrizes civilizatórias básicas. Afirma o autor:

Democratizar significa compatibilizar a diversidade, não suprimi-la. As sociedades humanas não são matematizáveis, no sentido de que para resolver um problema exista uma só "equação". Ao contrário, a melhor estratégia para obter nelas um consenso, capaz de viabilizar a solução de um problema, é assumir como ponto de partida que existem também várias

¹⁶⁰Sobre a diversidade cultural e a necessidade de promoção do diálogo entre as diversas religiões, afirma Héctor Ricardo LEIS: "A dificuldade para pensar um mundo onde a diversidade cultural possa dialogar surge do suposto de que o processo de secularização e modernização, imposto pela etnocêntrica razão ocidental, continua sendo a melhor receita disponível para tratar os problemas da globalização (os perigos que se escondem por trás desta onipotência da modernidade se exemplificam bem na relativamente rápida adaptação unidimensional, para seus próprios fins, que as elites das grandes potências industriais fizeram da ainda inacabada, embora multidimensional, teoria do desenvolvimento sustentável). É difícil avaliar em detalhe a hipótese sobre os choques civilizatórios, mas se eles representam uma ameaça verdadeira, parece injustificável não sugerir imediatamente a necessidade de promover, com urgência e no máximo nível, um espaço público para que as principais religiões possam começar um diálogo produtivo, entre si e com os demais atores, sobre os principais problemas da humanidade". LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 64.

¹⁶¹TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 94-95.

soluções possíveis para o mesmo. Igualmente, existem também vários princípios ou fundamentos sobre os quais se pode organizar uma comunidade política¹⁶².

Héctor Ricardo LEIS sugere três matrizes civilizatórias básicas¹⁶³, que serão comentadas de maneira resumida. A primeira tem como força propulsora a ação do mercado e, segundo o autor, trata-se de uma tendência dominante na atualidade. Seu principal vetor consiste na homogeneização do conjunto de práticas e valores sociais. Ao realizar esse processo, identidades culturais e sociais são anuladas¹⁶⁴. Outra matriz civilizatória se fundamenta no tradicional sistema de Estados soberanos e considera que cada país ou região conta com sistemas políticos e culturais únicos e irreconciliáveis. Pode ser entendida como uma reação contrária ao primeiro esquema, pois pretende organizar as relações entre as distintas culturas a partir do reconhecimento da singularidade de cada uma delas.

Finalmente, a terceira e menos visível das matrizes civilizatórias segundo o autor se relaciona às demandas de movimentos e organizações sociais. Héctor Ricardo LEIS afirma que ela se orienta a partir de uma realidade comunicativa e “pretende que a diversidade cultural e as alternativas políticas e econômicas existentes estejam ao alcance de todos”¹⁶⁵. Seu foco está na cooperação entre os diferentes grupos. Entende-se ser este o caminho mais adequado para lidar com a questão da harmonização das diversas culturas.

União Europeia e Multiculturalismo

Após analisar o multiculturalismo em nível global, passa-se a examinar o tema no contexto dos processos de integração, mais especificamente na União Europeia.

O exemplo foi escolhido por se tratar de um dos projetos integracionistas mais antigos e bem-sucedidos existentes até o momento. Ademais, o continente europeu vem atraindo

¹⁶²LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 68-69.

¹⁶³LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 71.

¹⁶⁴LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 72.

¹⁶⁵LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 75.

significativos grupos de imigrantes de variadas origens ao longo das últimas décadas. Concorrem para este fenômeno, entre outros motivos, o alto nível de desenvolvimento humano da região, sua solidez econômica e também a localização geográfica do continente europeu.

A intensificação dos processos de integração entre Estados verificada ao longo das últimas décadas se trata de outro importante fenômeno relacionado ao multiculturalismo. O aumento das relações econômicas, políticas e sociais entre diferentes países repercute diretamente na vida dos indivíduos, enriquecendo culturalmente as sociedades e gerando novos desafios para as autoridades. Torna-se imprescindível abordar o tema a partir da experiência da União Europeia¹⁶⁶. Acerca da influência da imigração na sociedade europeia e sua percepção, assevera Kenan MALIK:

Both proponents and critics of multiculturalism broadly accepted the premise that mass immigration has transformed European societies by making them more diverse. To a certain extent, this seems self-evidently true. Today, Germany is the world's second most popular immigrant destination, after the United States. In 2013, more than ten million people, or just over 12 percent of the population, were born abroad. In Austria, that figure was 16 percent; in Sweden, 15 percent; and in France and the United Kingdom, around 12 percent. From a historical perspective, however, the claim that these countries are more plural than ever is not a straightforward as it may seem. Nineteenth-century European societies may look homogeneous from the vantage point of today, but that is not how those societies saw themselves then¹⁶⁷.

Analisando o multiculturalismo sob o ponto de vista europeu, Georges CONTOGEOGRIS sugere a realização de esforços no sentido de elaborar uma nova abordagem do pluralismo cultural no continente. O autor avalia o fenômeno da globalização e

¹⁶⁶O fenômeno do multiculturalismo no continente europeu vem sendo tratado pelos estudiosos desde antes da assinatura do Tratado de Maastrich. Segundo Kenan MALIK: “Thirty years ago, many Europeans saw multiculturalism – the embrace of an inclusive, diverse society – as an answer to Europe’s social problems. Today, a growing number consider it to be a cause of them”. Afirma o autor que a mudança de opinião se explica de acordo com distintas percepções. Afirma MALIK: “How did this transformation come about? According to multiculturalism’s critics, Europe has allowed excessive immigration without demanding enough integration – a mismatch that has eroded social cohesion, undermined national identities, and degraded public trust. Multiculturalism’s proponents, on the other hand, counter that the problem is not too much diversity but too much racism”. MALIK, Kenan. *The Failure of Multiculturalism. Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017. No mesmo sentido, o filósofo José ORTEGA Y GASSET já afirmava no início do século XX que a Europa possuía uma sociedade coletiva. Segundo o autor: “Europa ha sido siempre um ámbito social unitario, sin fronteras absolutas ni discontinuidades, porque nunca ha faltado ese fondo o tesoro de “vigencias colectivas” – convicciones humanas y tablas de valores dotadas de esa fuerza coactiva tan extraña en que consiste “lo social”. No sería nada exagerado decir que la sociedad europea existe antes que las naciones europeas, y que éstas han nacido y se han desarrollado en el regazo maternal de aquélla”. ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 3ª Edição. Madri. Alianza Editorial. 1981. p. 222.

¹⁶⁷MALIK, Kenan. *The Failure of Multiculturalism. Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017.

destaca como seu principal efeito a liberdade de circulação de trabalhadores e pessoas¹⁶⁸. Neste sentido, afirma:

L'effet le plus important de la mondialisation ne sera pas, comme on le croit, la libre circulation des capitaux, de l'échange, etc., mais l'accélération de la mobilité du travail, de la dite émigration économique, en direction des pays qui mènent l'anthropocentrisme, et plus particulièrement de l'Europe. Il s'agit d'un changement capital dans l'approche et la gestion de la question sociale. Pendant la période de la transition proto-génétiq ue à l'anthropocentrisme, la question sociale se posait essentiellement dans les pays d'origine. Maintenant, à la phase de l'intégration de la périphérie planétaire à l'anthropocentrisme, la question sociale se présente en termes de transfert "physique" du monde du travail dans les pays de la prospérité. Il n'est pas lieu, ici, d'apporter une explication au phénomène, mais de montrer que si, selon toutes les évidences, les paramètres anthropocentriques continuent à évoluer en ce sens, au bout d'un siècle, le travail importé dépassera largement la population "légale" des pays de l'union européenne. La conséquence ne concerne pas seulement l'homogénéité sociologique, ethnique ou religieuse des pays concernés, et de ce point de vue, une accélération de la transition à des formes de patriotisme capables d'intégrer les nouveaux venus; elle se focalise surtout sur la relation entre citoyenneté et travail, qui ira s'aggravant. L'aggravation de cette relation, qui peut aussi se définir en termes de dissociation de la citoyenneté par rapport au travail ou de rejet du travail, et plus précisément du passage du travail - citoyen au travail marchandise, poserait entre autres le problème de la participation des citoyens ou travailleurs à la (re) distribution de la plusvalue économique. Favoriser une culture anthropocentrique fondée sur la liberté suppose toutefois que l'on contourne les cultures "fantasmes", et l'avènement d'un nouveau "siècle des Lumières" qui mènerait, premièrement, à une reconstitution de l'histoire et au-delà, de la conscience historique; deuxième, à l'institutionnalisation d'un dialogue approfondi avec "l'autre" de chez nous, fondé sur l'autonomie et non sur l'intégration homogénéisante; troisièmement, à la mise en place de politiques visant non pas à la exclusion mais à la cohabitation et à la synthèse. L'élaboration d'une nouvelle approche du pluralisme culturel européen implique, en dernière analyse, la conception d'un système de valeurs et d'un système social et politique capable de soutenir une Europe de progrès. Pour y parvenir, il est nécessaire qu'on parvienne à une certaine harmonisation de l'Europe en matière d'intégration anthropocentrique et qu'on procède à l'élaboration de nouvelles formes de liberté, au delà de son cadre individuel, au niveau du social et du politique¹⁶⁹.

No mesmo sentido, Carlos ABELLA VÁZQUEZ destaca a importância de que um ente supraestatal, como a União Europeia, garanta aos indivíduos o respeito aos direitos multiculturais. Assevera o autor:

Los derechos sociales ya no serán suficientes para este nuevo Estado del Bienestar: tendrá que incluir, además, los derechos multiculturales. En definitiva, hay que llevar a cabo políticas activas tendentes a lograr la integración socioeconómica y cultural de todos los ciudadanos. Si es necesario, el estatus de ciudadanía tendrá que ser ampliado, *flexibilizado*, para dar cabida rápidamente a todos. El criterio de residencia, y no el de nacionalidad, deberá prevalecer. Lo que está en juego es la posibilidad de una convivencia más o menos pacífica, basada en la

¹⁶⁸Augusto JAEGER JUNIOR discorre acerca desse ponto ao analisar o "histórico da supressão do economicismo comunitário" na seguinte obra: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Económicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 350-355.

¹⁶⁹CONTOGEOGIS, Georges. Les fondements et les limites du multiculturalisme européen. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. *Identidade europeia e multiculturalismo*. Coimbra.2002. Quarteto Editora. p. 71-72.

justicia social y en la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, más allá de sus identidades particulares¹⁷⁰.

A complexidade do tema no âmbito da União Europeia demanda um profundo estudo. A interação entre nacionais de diferentes Estados ocorre de forma fluida no continente europeu, como decorrência de um dos pilares do processo de integração: a liberdade de circulação de trabalhadores e de pessoas¹⁷¹. Como elemento necessário para o exercício adequado desta liberdade, observa-se o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade ou de igualdade de tratamento em relação aos trabalhadores nacionais do Estado-membro de acolhida. A amplitude deste fenômeno no processo de integração europeu, que nasceu com a ideia expansionista, materializa-se nos chamados “alargamentos”¹⁷². Estes vêm sendo constantes desde a década de 1970¹⁷³.

A circulação de pessoas dentro das fronteiras da União Europeia ao longo dos últimos anos vem promovendo a criação de uma cidadania europeia, que ultrapassa as fronteiras dos

¹⁷⁰ABELLA VÁZQUEZ, Carlos M. Globalización y Multiculturalismo: ¿Son posibles las democracias multiculturales en la era del globalismo? *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidade de Barcelona. Vol. VII, Número 135, 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-135.htm> Acesso em 17/01/2017.

¹⁷¹O tema é desenvolvido em profundidade em: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 314-368.

¹⁷²Considerando sua importância para o presente estudo, de maneira resumida é possível afirmar que, em 1973, ocorreu o chamado alargamento para o norte. Foram então aceitos como membros da então Comunidade Econômica Europeia a Dinamarca, Inglaterra e Irlanda. Em 1981, sucedeu um alargamento para o sul com a integração de Espanha, Grécia e Portugal ao bloco. Em 1995, Áustria, Finlândia e Suécia aderiram ao processo de integração. Já em 2004 e 2007 ocorreram as incorporações de vários países do leste europeu, o que consistiu em um grande impulso para o enriquecimento cultural da União Europeia. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 51-52.

¹⁷³Especificamente sobre o primeiro alargamento, ocorrido em 1973, afirma Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: “La primera ampliación comunitaria habría de iniciar su andadura en un contexto de crisis económica general y de falta de solidaridad entre sus miembros. E incluso la propia adhesión del Reino Unido a las Comunidades, una vez consumada, plantearía problemas no menos graves”. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2015. p. 104. Sobre a incorporação de países em diferentes níveis de desenvolvimento ao processo de integração europeu e a necessária articulação de uma política regional para reduzir desequilíbrios entre os Estados, assevera o autor: “Esta falta de regulación expresa se debe, fundamentalmente, a que, en el momento que se firman los Tratados, los constituyentes europeo pensaban que el mero funcionamiento del Mercado Común, tal como era denominado en aquella época, era suficiente para salvar cualquier desequilibrio regional. Más tarde, con la primera ampliación en 1973, que incluyó a un país pobre en aquella época como era Irlanda, se puso de manifiesto que dichos desequilibrios no sólo no se reducían, sino que se iban a ver aumentados. La incorporación de Grecia en 1981 y las candidaturas portuguesa y española, que se irían a materializar en 1986, no hicieron sino consolidar esta convicción. Conscientes de ello, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros acordaron en el Consejo Europeo de París de 1972 conceder absoluta prioridad a la eliminación en la Europa integrada de las disparidades regionales y estructurales que pudiesen afectar a la construcción del proyecto común”. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume IV. Curitiba. Juruá. 2015. p. 505-506.

Estados-membros¹⁷⁴. Este fenômeno, de significativas consequências para as culturas locais, ocorre em paralelo à superação do caráter economicista¹⁷⁵ do projeto de integração. Sobre a cidadania europeia, afirma Augusto JAEGER JUNIOR:

Esta experiência, entre outras, como a queda das fronteiras internas, a exteriorização dos controles alfandegários, a efetiva possibilidade de circulação de pessoas, não mais lhes sendo exigido que fossem agentes econômicos, podendo ser somente pessoas na pura acepção da palavra, fez com que o legislador comunitário aproveitasse o momento desse sentimento evoluído de participação civil e positivasse no TUE, em 1992, a cidadania da União, pela qual os cidadãos nacionais dos Estados-membros, a partir de então, seriam cidadãos da UE, que estava conjuntamente a surgir e possuidores de novos direitos¹⁷⁶.

Apesar da superação das barreiras nacionais no que pode ser considerado uma evolução integracionista mundial e regional, a identificação de muitos europeus com suas nações ainda é bastante significativa. Neste sentido, acerca das particularidades existentes dentro de certos Estados, mais especificamente do Reino da Espanha¹⁷⁷, comenta Florisbal de Souza DEL'OLMO:

Se a globalização, como analisado neste estudo, transforma o planeta em um ponto solitário, a diversidade de culturas mantém suas particularidades revitalizadas. Assim, enquanto a Europa unifica vinte e sete países, formando verdadeira federação, uma dessas parcelas, a Espanha, vivencia em seu interior movimento de culturas, como a catalã, a galega e a basca, visando cada uma delas à consolidação de vida própria. No exemplo referido, apenas o respeito ao multiculturalismo, intensamente costurado pelos dirigentes espanhóis, permite a desejável manutenção do Estado espanhol e a integração do mesmo na União Europeia. O multiculturalismo, valorizando a língua, a religião, as tradições e o legado histórico de cada

¹⁷⁴Sobre a necessidade de integração dos povos europeus para o progresso do continente, afirma José ORTEGA Y GASSET: “Europa se ha hecho en forma de pequeñas naciones. En cierto modo, la idea y el sentimiento nacionales han sido su invención más característica. Y ahora se ve obligada a superarse a sí misma. Este es el esquema del drama enorme que va a representarse en los años venideros. ¿Sabrá libertarse de supervivencias, o quedará prisionera para siempre de ellas? Porque ya ha acaecido una vez en la historia que una gran civilización murió por no poder sustituir su idea tradicional de Estado”. ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 3ª Edição. Madri. Alianza Editorial. 1981. p. 165.

¹⁷⁵De acordo com Enrique Ricardo LEWANDOWSKI: “Mas não é apenas por razões econômicas que os Estados agrupam-se em blocos. Associados, eles podem enfrentar melhor os desafios da globalização também em outros campos, como o ambiental e o cultural. A Europa unificada constitui um eloquente exemplo nesse sentido. Normas de proteção do meio ambiente, comuns aos seus integrantes, protegem hoje os respectivos territórios contra agressões à natureza que transcendem as fronteiras nacionais. Por outro lado, a busca de uma identidade própria e a recuperação dos valores europeus constituem atitudes que se contrapõem à padronização cultural que afeta hoje a humanidade como um todo”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 298.

¹⁷⁶JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 347.

¹⁷⁷Em relação ao multiculturalismo na Espanha, afirma Carlos ABELLA VÁZQUEZ: “Por todo lo dicho, es lógico pensar que el multiculturalismo va a suponer (ya lo supone, de hecho) un desafío de primer orden para la democracia española. Sin políticas activas e imaginativas de integración socioeconómica, por un lado, y multiculturales, por otro (si es que ambas pueden ser diferenciadas), es previsible un escenario de serios problemas sociales. La dificultad del reto se ve aumentada si tenemos en cuenta el contexto en el que el desafío multicultural tiene lugar: imperio del neoliberalismo económico, recorte del Estado del Bienestar, o repliegue del Estado (*lo político*) frente al mercado (*lo económico*). ABELLA VÁZQUEZ, Carlos M. *Globalización y Multiculturalismo: ¿Son posibles las democracias multiculturales en la era del globalismo?* *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidade de Barcelona. Volume VII. Número 135. 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-135.htm> Acesso em 17/01/2017.

segmento do conjunto maior, pode e deve constituir-se em inestimável fator de aproximação entre os seres humanos¹⁷⁸.

Para dimensionar o fenômeno multicultural no continente europeu e sua influência no cotidiano dos indivíduos, apresentar-se-á um breve resumo das políticas multiculturais colocadas em prática nas últimas décadas em dois dos principais membros da União Europeia: Alemanha e França¹⁷⁹. Trata-se aqui do multiculturalismo no sentido prescritivo.

Após o colapso da economia alemã uma vez finalizada a Segunda Guerra Mundial, o país necessitou contar com o ingresso de trabalhadores estrangeiros dispostos a cobrir as vagas disponíveis diante da grave ausência de mão-de-obra. Surgiu a figura do *Gastarbeiter* (trabalhador convidado). Estes provinham majoritariamente de países do sul da Europa, como Espanha, Itália e Grécia, e também da Turquia. O termo que identificava esses estrangeiros deixava claro que não eram vistos como imigrantes cujo intuito era se integrar à sociedade alemã, mas apenas trabalhadores que, uma vez recuperada a combalida economia germânica, retornariam a seus lugares de origem.

Com o passar do tempo, o que seria uma estadia temporária se converteu em uma situação permanente. Paradoxalmente, o sólido crescimento econômico colaborou para que muitos dos trabalhadores fixassem residência na Alemanha. Apesar dessa situação, o Estado seguia considerando o *Gastarbeiter* como não pertencente à sociedade local.

No início da década de 1980, o governo alemão colocou em prática uma política multiculturalista¹⁸⁰ dirigida à significativa comunidade turca residente no país. Os imigrantes foram incentivados a preservarem sua cultura, estilo de vida e idioma. Apesar das intenções integracionistas, a principal consequência das medidas foi o fortalecimento de comunidades paralelas e o consequente baixo nível de integração.

Na atualidade, a Alemanha é um dos principais destinos europeus para imigrantes provenientes tanto da União Europeia quanto de fora dela. A pujante economia local atrai principalmente jovens em busca de oportunidades profissionais¹⁸¹.

¹⁷⁸DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Globalização e Multiculturalismo: Aproximações e Divergências na Atualidade. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Volume 1. Número 1. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. p 62.

¹⁷⁹Resumo da pesquisa realizada por Kenan MALIK em artigo publicado em 2015. MALIK, Kenan. The Failure of Multiculturalism. *Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017.

¹⁸⁰Política esta de vertente “diferencialista”, segundo a definição de José Augusto LINDGREN ALVES.

¹⁸¹Segundo o EUROSTAT, autoridade estatística da União Europeia: “Em 2014, o afluxo líquido de migrantes (de outras regiões do mesmo Estado-Membro, de outras regiões da UE ou de países terceiros) concentrou-se particularmente em muitas zonas da Alemanha. Entre as 19 regiões com migração líquida de 15,0 por cada 1.000 habitantes ou mais, 12 pertenciam à Alemanha”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics->

O tema migratório na França se reveste de maior complexidade considerando o passado colonial do país e as extensas áreas administradas pelos franceses, sobretudo na África e na Ásia, ao longo dos séculos XIX e XX. A partir do incremento do fenômeno mundial da descolonização, ocorrido com mais intensidade durante a década de 1960, grandes fluxos de imigrantes chegaram à França.

Mesmo a facilidade inicial de adaptação proporcionada pelo domínio do idioma não evitou que aqueles imigrantes sofressem sérios problemas de inserção social. Durante as décadas de 1970 e 1980, o governo francês se mostrou tolerante em relação a práticas culturais e religiosas forâneas, seguindo a vertente “integracionista” do multiculturalismo.

Apesar da abordagem distinta, a aplicação de políticas multiculturalistas na França também teve como resultado a fratura da sociedade. Comunidades de imigrantes provenientes do Norte da África e seus descendentes são muitas vezes vistos como cidadãos de segunda classe. Este grupo em particular se identifica não apenas pela sua origem geográfica, mas principalmente por professar a religião islâmica.

Atualmente, muitos franceses veem o avanço do islamismo no país como ameaçador. Uma das consequências dessa perspectiva é o crescimento de movimentos políticos nacionalistas¹⁸².

A segregação dos imigrantes na França pode também ser estudada a partir de seu aspecto espacial. Jean-Louis Pan Ké SHON assevera, ao estudar a concentração geográfica de grupos de imigrantes no país:

En France, les Maghrébins, les Africains subsahariens, les Turcs et les Asiatiques représentent les populations immigrées faisant l’objet d’une ségrégation spatiale importante. Entre 1990 et 1999, cette situation s’accroît pour les Turcs, les Algériens et les Marocains, mais s’amenuise pour les Tunisiens et stagne pour les Africains subsahariens. Sur une période plus longue (1968-1999), la ségrégation diminue pour tous. Comme le montre l’enquête *Trajectoires et origines* (TeO) effectuée par l’Ined en 2008, 42 % des immigrés d’Afrique, du Maghreb et de Turquie se situent dans les 10% des quartiers où le taux de chômage est le plus élevé, et constituent 28 % de la population des “quartiers sensibles“. Les fils et filles de ces immigrés sont toutefois moins concentrés dans les quartiers défavorisés, montrant ainsi une dynamique d’intégration résidentielle¹⁸³.

explained/index.php/Population_statistics_at_regional_level/pt#Estrutura_populacional_e_envelhecimento_demogr.C3.A1fco Acesso em 09/04/2017.

¹⁸²De acordo com dados oficiais do Institut National D’Études Démographiques (INED) francês referentes ao ano de 2013, os imigrantes provenientes da Argélia, Marrocos, Tunísia e Turquia são aproximadamente 2 milhões de pessoas na França. Fonte: INED. Immigrés par pays de naissance 2013. Disponível em <http://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/immigres-etrangers/immigres-pays-naissance/> Acesso em 09/04/2017.

¹⁸³SHON, Jean-Louis Pan Ké. La ségrégation des immigrés en France: état des lieux. In: *Bulletin Mensuel D’Information de L’Institut National D’Études Démographiques*. Número 477. Abril de 2011. Disponível em: http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/19145/popetsoc_477.fr.pdf Acesso em 10/04/2017. p.4.

Kenan MALIK resume sua análise acerca da implementação de políticas multiculturalistas na Europa superando a dicotomia entre as vertentes "diferencialista" e "integracionista". Segundo o autor, o debate sobre o multiculturalismo no continente europeu deve partir dos seguintes pontos:

First, Europe should separate diversity as a lived experience from multiculturalism as a political process. The experience of living in a society made diverse by mass immigration should be welcomed. Attempts to institutionalize such diversity through the formal recognition of cultural differences should be resisted. Second, Europe should distinguish colorblindness from blindness to racism. The assimilationist resolve to treat everyone equally as citizens, rather than as bearers of specific racial or cultural histories, is valuable. But that does not mean that the state should ignore discrimination against particular groups. Citizenship has no meaning if different classes of citizens are treated differently, whether because of multicultural policies or because of racism. Finally, Europe should differentiate between peoples and values. Multiculturalists argue that societal diversity erodes the possibility of common values. Similarly, assimilationists suggest that such values are possible only within a more culturally—and, for some, ethnically—homogeneous society. Both regard minority communities as homogeneous wholes, attached to a particular set of cultural traits, faiths, beliefs, and values, rather than as constituent parts of a modern democracy¹⁸⁴.

Ele conclui sua análise afirmando que a Europa deve “redescobrir um sentido progressivo de valores universais” e, desta forma, “reviver o universalismo” no continente para aprofundar a integração¹⁸⁵. Assevera que, mais do que novas políticas de Estados, o que a Europa precisa é de uma renovação da sociedade civil¹⁸⁶.

¹⁸⁴MALIK, Kenan. The Failure of Multiculturalism. *Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017.

¹⁸⁵Segundo José ORTEGA Y GASSET: “Si observamos la situación histórica que precede inmediatamente al nacimiento de un Estado, encontraremos siempre el siguiente esquema: varias colectividades pequeñas cuya estructura social está hecha para que viva cada cual hacia dentro de sí misma. La forma social de cada una sirve sólo para una convivencia interna. Esto indica que en el pasado vivieron efectivamente aisladas cada una por sí y para sí, sin más que contactos excepcionales con las limítrofes. Pero a este aislamiento efectivo ha sucedido de hecho una convivencia externa, sobre todo económica. El individuo de cada colectividad no vive ya sólo de ésta, sino que parte de su vida está trabada con individuos de otras colectividades, con los cuales comercia mercantil e intelectualmente. Sobreviene, pues, un desequilibrio entre dos convivencias: la interna y la externa. La forma social establecida – derechos, costumbres y religión favorece la interna y dificulta la externa, más amplia y nueva. En esta situación, el principio estatal es el movimiento que lleva a aniquilar las formas sociales de convivencia interna, sustituyéndolas por una forma social adecuada a la nueva convivencia externa. Aplíquese esto al momento actual europeo y estas expresiones abstractas adquirirán figura y color. No hay creación estatal si la mente de ciertos pueblos no es capaz de abandonar la estructura tradicional de una forma de convivencia y, además, de imaginar otra salida. Por eso es auténtica creación. El Estado comienza por ser una obra de imaginación absoluta. La imaginación es el poder libertador que el hombre tiene. Un pueblo es capaz de Estado en la medida en que sepa imaginar. De aquí que todos los pueblos hayan tenido un límite en su evolución estatal, precisamente el límite impuesto por la naturaleza a su fantasía”. ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 3ª Edição. Madri. Alianza Editorial. 1981. p. 169.

¹⁸⁶MALIK, Kenan. The Failure of Multiculturalism. *Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017.

Outro ponto importante a ser analisado em relação à imigração extra-comunitária na Europa é o fenômeno da chegada de grupos de imigrantes indocumentados ao continente¹⁸⁷. Esta realidade esteve permanentemente presente ao longo das décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial, onde a Europa crescia economicamente e demandava novos trabalhadores. Mais recentemente, a chegada de imigrantes, muitos deles refugiados provenientes do norte da África e do Oriente Médio, acentuou-se. Independentemente de sua condição legal, o imigrante influi culturalmente na sociedade que o recebe. Sobre esta questão, afirma Phillippe FARGUES:

La Méditerranée est devenue la route migratoire la plus létale au monde depuis le début du XXI^e siècle, le risque de décès pendant le voyage y est en moyenne de 15 pour mille entre 2000 et 2015. Les réfugiés représentent la majorité des flux les plus récents. Leur proportion est passée de 33 % à 76 % parmi les migrants entrés irrégulièrement en Italie et en Grèce au cours des cinq dernières années. La "crise des réfugiés" se déroule parallèlement à une crise de dépopulation qui menace l'Europe. Les migrations de remplacement pourraient donc faire partie des réponses de l'Europe à sa situation démographique¹⁸⁸.

Ainda sobre a questão do significativo deslocamento de imigrantes provenientes de países em desenvolvimento rumo à Europa, cabe destacar a necessidade de promover as condições necessárias para absorver e integrar essas populações sem comprometer o nível de vida das comunidades locais. De acordo com Nathan SMITH:

Without migration controls it would probably be impossible for Western governments to maintain social safety nets, in the sense of public programs guaranteeing a decent standard of living to all residents residing within a country's territory. At current levels of benefits, a vast influx of immigrants would bankrupt the welfare state, as newcomers would not be able to pay enough in taxes to finance the benefits to which they would be entitled. (A possible solution might involve curtailing welfare programs, or at least their generosity to the foreign-born.) It follows that open borders would probably lead to a large increase in visible extreme poverty in the West. Yet impoverishment by Western standards looks like affluence to much of the world. And far from creating such poverty, open borders would actually be alleviating it. The new huddled masses, although worse off than the average Western natives, would be better off in

¹⁸⁷Sobre o fenômeno das migrações, afirma Nathan SMITH: "When the Statue of Liberty was erected in 1886, most of the world's borders could be freely crossed without passports. Passport requirements had sometimes existed before and were still in place in backward tsarist Russia, but the more liberal governments of advanced European nations regulated migration, as modern democracies regulate speech, only rather lightly and in exceptional cases, if at all. Comprehensive restrictions on international movement, which almost everyone today regards as a normal and necessary government function, are really an innovation of the twentieth century, which emerged as liberalism gave way to nationalism and socialism in the wake of World War I. Although the reasons for border control were often explicitly racist—such as the national origins quotas of the 1924 U.S. Immigration Act—the restrictions were also motivated by bona fide national security concerns, as well as a desire to protect native wages and welfare states from immigrant competition and foreign dependents". SMITH, Nathan. *A World Without Borders. Foreign Affairs*. Fevereiro 2017. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-02-28/world-without-borders>. Acesso em 03/03/2017.

¹⁸⁸FARGUES, Phillippe. Un million de migrants arrivés sans visa en Europe en 2015: Qui sont-ils?. In: *Bulletin Mensuel D'Information de L'Institut National D'Études Démographiques*. Número 532. Abril de 2016. Disponível em: http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25200/532_population.societes.avril.2016.migrants.europe.fr.pdf Acesso em 10/04/2017. p. 2.

their new countries than they were at home. The only difference would be that without borders, Westerners would see the poverty that today is kept comfortably out of sight¹⁸⁹.

Concluindo a análise da globalização e dos processos de integração regional sob o aspecto do multiculturalismo, é possível afirmar que a promoção da cooperação consiste no ponto de partida para evitar conflitos e aprimorar a convivência entre diferentes culturas. O incremento das relações entre indivíduos que não compartilham as mesmas tradições é uma realidade cada vez mais complexa e que demanda soluções por parte de autoridades e comunidades. Neste sentido, aduz Charles TAYLOR:

Existen otras culturas, y tenemos que convivir, cada vez más tanto en la escala mundial como en cada sociedad individual. Lo que ya está aquí es la presuposición de igual valor antes descrita, y que consiste en la actitud que adoptamos al emprender el estudio de los otros. Tal vez no es necesario preguntarnos si hay algo que los otros puedan exigirnos como un derecho propio. Simplemente bastaría con preguntar si ésta es la manera como debemos enfocar a los otros¹⁹⁰.

Finalmente, é possível afirmar que o multiculturalismo representa um elemento desafiador para os projetos de integração regional. O atual estado de interação entre populações locais e imigrantes trará como consequência no curto prazo a inexorável fusão dos costumes, valores e tradições. Diante desta nova realidade, entende-se ser conveniente definir critérios de utilização da ordem pública para facilitar a aplicação do Direito.

2.2.) *Multiculturalismo e ordem pública*

Após examinar a correspondência entre integração regional e multiculturalismo, passa-se a tratar o tema sob a ótica da ordem pública. Inicialmente, a inter-relação entre ordem pública e multiculturalismo será analisada a partir de exemplos concretos.

Posteriormente, com o objetivo de justificar a conveniência de normatizar a ordem pública nos processos de integração regional, o instituto será analisado a partir de seu caráter universal. Apesar das diferenças de costumes, tradições e valores entre os povos, buscar

¹⁸⁹SMITH, Nathan. A World Without Borders. *Foreign Affairs*. Fevereiro 2017. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-02-28/world-without-borders>. Acesso em 03/03/2017.

¹⁹⁰TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 106.

elementos comuns que possam ser aplicados em todas as sociedades é um desafio que deve ser enfrentado pelos operadores do Direito.

Inter-relação entre ordem pública e multiculturalismo

No ponto anterior da presente pesquisa, foi analisada a significativa relação entre multiculturalismo e globalização, bem como da influência da maior aproximação entre diferentes culturas nos processos de integração regional. Estes fenômenos representam um forte e inequívoco impacto na aplicação do instituto jurídico da ordem pública¹⁹¹.

Em uma sociedade homogênea e coesa, que compartilha determinadas crenças e valores, certas pautas servem de base para definir o que pode ser considerado como questão de ordem pública. O mesmo não ocorre quando se está diante de um processo de integração entre distintas sociedades nacionais ou quando essas coletividades decidem absorver e integrar grandes grupos de imigrantes de variadas origens.

Ao longo dos próximos parágrafos, serão destacadas situações nas quais certos grupos humanos se veem diante do desafio de se integrar à determinadas sociedades cujos costumes e credos¹⁹² muitas vezes são radicalmente distintos. O grande obstáculo nesses casos é conciliar a adaptação dos imigrantes, o respeito por suas culturas¹⁹³ e a aplicação do instituto jurídico da ordem pública nas relações jurídicas.

¹⁹¹O referido impacto excede o âmbito jurídico e afeta também a própria governabilidade. Segundo Héctor Ricardo LEIS: “Este “novo mundo”, analisado sob uma perspectiva política não determinista, se apresenta como uma comunidade global fragmentada. De acordo com isto, pode concluir-se que a maior prioridade-oportunidade deste momento se traduz na organização de um espaço público transnacional que faça viável a democratização das relações internacionais e a construção de bases firmes para uma governabilidade global”. LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*. In: *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000, p 54.

¹⁹²Acerca da relação entre cultura e religião, afirma Georges CONTOGEOGIS: “Les remarques ci-dessus montrent que la culture n’est pas identique à la religion et que les différences culturelles, bien que se reflétant aussi dans la religion, s’évaluent finalement comme le résultat global de la réalité socio-économique et politique d’une époque. De ce point de vue, la discussion sur le pluralisme culturel européen ouvre le débat sur les fondements cosmossystémiques de l’Europe, et en occurrence sur la nature de celle-ci. En ce sens, si contradictoire paraisse-t-elle *a priori*, la projection d’une philosophie de l’histoire fondée sur la religion s’avère très utile pour comprendre l’Europe dans ses fondements identitaires, issus de son évolution cosmossystémique”. CONTOGEOGIS, Georges. *Les fondements et les limites du multiculturalisme européen*. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. *Identidade europeia e multiculturalismo*. Coimbra. 2002. Quarteto Editora. p. 57-58.

¹⁹³Afirma Carlos ABELLA VÁZQUEZ: “En nuestro planteamiento de la temática multicultural, las ideas precedentes pueden ser válidas como declaración de principios más o menos general. Las dificultades surgen cuando *se descende* al terreno de las prácticas, de las costumbres, de los hechos concretos. ¿Cómo juzgar la legitimidad o ilegitimidad de práctica *sajenas* a la cultura de la sociedad de recepción? ¿Qué criterios aplicar

Apesar de muitas vezes sua origem estar relacionada ao mundo do trabalho, por ser este campo de atividade humana historicamente um dos principais motivos geradores de movimentos migratórios, a integração dos novos membros da sociedade transcende as relações laborais. A adaptação deve ser promovida de forma ampla, o que representa uma dificuldade¹⁹⁴ ainda maior¹⁹⁵. Andrea SEMPRINI afirma, por exemplo, que o “multiculturalismo propõe um sério desafio de civilização às sociedades contemporâneas”¹⁹⁶. Esta complexa questão pode ser encarada desde um plano político e outro jurídico. Segundo José Alcebíades de OLIVEIRA JUNIOR:

Gostaríamos de focar dois tipos de preocupações futuras. A primeira, no âmbito do Político, que se entende como a instância adequada para ser pensar o diferente, e a partir do qual toda a articulação da convivência deveria ser pensada, e dentro do qual poderíamos nos perguntar com Touraine: "poderemos viver juntos?" E, para tal, dentre outras coisas é urgente repensar o papel que joga a democracia na implementação de Direitos Humanos multiculturais no mundo hoje. Certamente, necessitamos de várias redefinições, desde a postura clássica de democracia como “a defesa das regras do jogo” (Bobbio), até as questões de sua função e finalidades, com autores como Perry Anderson e Jurgen Habermas, entre outros. Há uma tensão entre Direitos Humanos e democracia que talvez possa ser expressa através da necessidade de uma relativização do princípio da maioria, que, classicamente, se impôs quando da hegemonia burguesa, assim como, também, embora polêmico, e deva repensar as ideias de representação e participação popular, estas últimas tornadas dominantes com a emergência do socialismo real e

para ello? Si se aplicaran dichos criterios con la misma rigidez a la cultura propia, ¿acaso no se revelarían como ilegítimas ciertas pautas culturales *nuestras*? Ya que partimos de posiciones que rechazan el relativismo moral, suponemos que ha de haber ciertos principios generales válidos *universalmente*. Y que existirá algún criterio, más o menos objetivo, para juzgar la legitimidad de cada práctica cultural”. ABELLA VÁZQUEZ, Carlos M. Globalización y Multiculturalismo: ¿Son posibles las democracias multiculturales en la era del globalismo? *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidade de Barcelona. Volume VII. Número 135. 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-135.htm> Acesso em 17/01/2017.

¹⁹⁴De acordo com Héctor Ricardo LEIS: “Um dos desafios mais visíveis do mundo atual consiste em resolver criativamente o desfasamento (e até contradição) existente entre o nível de globalização alcançado e os antigos conceitos e instituições que todavia regem na vida nacional e internacional, já que, se tudo continua igual, as fortes assimetrias existentes entre os diversos Estados, regiões e grupos sociais continuarão aumentando”. LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. In. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 55.

¹⁹⁵Neste sentido, segundo Ada LATTUCA: “Los márgenes de tolerancia – aplicados o sólo publicitados – en muchos países receptores no son suficientes, lo esencial no es sólo eso, sino lograr la completa integración. El fenómeno de la integración no debe ser asimilado exclusivamente al mundo del trabajo, debe ser considerado desde la amplia dimensión integradora social, de la garantía y de la tutela de los derechos del inmigrante. En definitiva, la gestión de los flujos de refugiados y de los inmigrantes constituye el principal desafío para los espacios económicos supranacionales surgidos en el proceso de globalización de la economía de mercado capitalista, sin embargo, creo que aún está muy distante el cumplimiento de los principios que deben animar a una sociedad multicultural y multiétnica, como la que se nos aproxima y al parecer nos cuesta comprender”. LATTUCA, Ada. Desequilibrios Sociales de la Globalización: los Desplazamientos Humanos. *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2007. p 11-22.

¹⁹⁶Segundo Andrea SEMPRINI: “O multiculturalismo surge dessa maneira como um importante indicador da crise do projeto da modernidade. Com efeito, são as principais categorias – filosóficas, políticas, sociais – desse projeto que estão sofrendo um processo de questionamento, por vezes radical, pelas reivindicações multiculturais e principalmente pela exigência de integrar no seio mesmo desse projeto o conceito de diferença. Ao colocar à modernidade a questão da diferença, o multiculturalismo ultrapassa a especificidade de qualquer contexto nacional e propõe um sério desafio de civilização às sociedades contemporâneas”. SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru-SP. EDUSC. 1999. p.8-9.

dos vários governos de esquerda pelo mundo afora. A segunda, no âmbito do Jurídico, enquanto lugar para se pensar a moralidade que se deseja e os critérios para o estabelecimento da repressão que se julgar necessária em busca de determinados fins, que nunca estão ou estarão suficientemente claros e definitivamente estabelecidos. E essa discussão, que poderá ser interna nos países, não poderá deixar de passar pela comunidade internacional, em que pesem os interesses antagônicos e divergentes e que são de domínio público¹⁹⁷.

O atual estado de permeabilidade das fronteiras nacionais e o desejo de integração manifestado por muitas sociedades coloca os operadores do Direito diante do questionamento acerca da validade do caráter local do instituto da ordem pública. Considerar a ordem pública não mais a partir de seu caráter interno e nacional, mas tendo como base o diálogo entre diferentes culturas é o grande desafio que se apresenta na atualidade. Esta nova identidade se constrói mediante o reconhecimento das diferenças e longe do isolamento¹⁹⁸.

Inicialmente, poder-se-ia imaginar que uma boa estratégia a ser aplicada seria a promoção da defesa irrestrita das diferenças e a consequente aceitação dos valores de todos aqueles que se integram a uma determinada sociedade. Entretanto, segundo alerta Carlos ABELLA VÁZQUEZ, esta “radicalização do multiculturalismo” pode levar a sociedade receptora a um relativismo moral pernicioso. Neste sentido, afirma:

De esta forma, podemos afirmar que el multiculturalismo radicalizado, llevado al extremo, puede desembocar en un *relativismo moral*, de tal forma que las restricciones internas pueden quedar legitimadas. Y esto es inaceptable en una democracia liberal, por muy sensible que sea a los derechos colectivos. Porque hay que repetir que son dos reivindicaciones distintas: "Las protecciones externas ofrecen a las personas el derecho a mantener su forma de vida si así lo prefieren: las restricciones internas imponen a la gente la obligación de mantener su forma de vida, aun cuando no la hayan elegido voluntariamente. Las primeras, por tanto, permiten mantener la identidad cultural propia, permiten tal *elección*. Las segundas impiden que exista elección e imponen una determinada identidad. Son coactivas y abren la puerta a todo tipo de prácticas antidemocráticas y desigualitarias dentro de un grupo cultural dado, tales como la discriminación sexual, los matrimonios forzosos, la mutilación genital femenina o la costumbre del divorcio *talaq*, mediante el cual un hombre se puede divorciar unilateralmente de su esposa, sin que ésta tenga un derecho similar recíproco¹⁹⁹.

¹⁹⁷OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Multiculturalismo: O “Olho do Furacão” no Direito Pós-moderno. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Volume 1. Número 1. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. p 170-171.

¹⁹⁸Afirma Charles TAYLOR: “De este modo, el que yo descubra mi propia identidad no significa que yo la haya elaborado en el aislamiento, sino que la he negociado por medio del diálogo, en parte abierto, en parte interno, con los demás. Por ello, el desarrollo de un ideal de identidad que se genera internamente atribuye una nueva importancia al reconocimiento. Mi propia identidad depende, en forma crucial, de mis relaciones dialógicas con los demás”. TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 55.

¹⁹⁹ABELLA VÁZQUEZ, Carlos M. Globalización y Multiculturalismo: ¿Son posibles las democracias multiculturales en la era del globalismo? *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidade de Barcelona. Volume VII. Número 135. 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-135.htm> Acesso em 17/01/2017.

Como se observa, o atual contexto internacional é complexo e não pode ser considerado a partir de soluções simplificadas. Os operadores do Direito se encontram diante de grandes desafios, como de que forma ajustar a utilização do princípio da ordem pública a uma realidade pós-moderna fluida²⁰⁰, na qual a velocidade dos acontecimentos e relativização de valores demanda uma adaptação rápida sob pena de prejudicar a legitimidade do sistema.

Na União Europeia, por exemplo, abundam exemplos de situações complexas envolvendo a inter-relação entre ordem pública e multiculturalismo²⁰¹. Inicialmente, cabe destacar o caso da Suécia, país que conta com aproximadamente 10 milhões de habitantes e que, recentemente, recebeu mais imigrantes em relação ao número de residentes do que qualquer outro membro da União Europeia²⁰². De acordo com dados oficiais, apenas em 2016 a população sueca cresceu em 140 mil pessoas²⁰³. A maior parte desse grupo é formada por imigrantes oriundos do Oriente Médio.

A integração desse contingente de pessoas, majoritariamente refugiados escapando de graves conflitos bélicos que assolam suas áreas de origem, vem se constituindo em um enorme desafio para as autoridades suecas. Neste sentido, a chegada de um número considerável de crianças casadas com adultos ao país escandinavo, prática permitida entre certos grupos islâmicos, representa uma formidável dificuldade para integrar os imigrantes à sociedade local²⁰⁴. Trata-se de uma das inúmeras situações concretas nas quais não parecer ser viável aplicar o instituto da ordem pública nos moldes tradicionais.

Também acerca da muitas vezes complexa integração de grupos praticantes da religião muçulmana às sociedades ocidentais, novamente a União Europeia oferece um exemplo

²⁰⁰ Cabe destacar a consagrada teoria do renomado sociólogo Zygmunt BAUMAN sobre a chamada “Modernidade Líquida”. Segundo o autor, a velocidade representa de forma marcante a sociedade atual. No mesmo sentido, as relações entre os indivíduos se caracterizam por não serem duráveis e o poder estatal se encontra desterritorializado. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro. Editora Zahar. 2001. 260 p.

²⁰¹Também no âmbito do Mercosul a ordem pública cumpre importante função de dinamizadora de desafios culturais. Segundo Silvio BATTELLO: “El valor de la diversidad cultural, o los valores que de ella nacen forman parte de la propia ontología del Derecho Internacional Privado, destinado a respetar, tolerar y comprender las diferencias entre los pueblos. Esto es aún más evidente en el Mercosur. La región es un verdadero crisol de razas, comenzando por los pueblos indígenas que habitan en la región, se constata además que la mayor colonia de japoneses fuera de Japón se encuentra aquí, y lo mismo podemos decir de italianos, españoles, árabes y africanos, etc. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 203.

²⁰²De acordo com fontes oficiais suecas: “In the wake of the ongoing Syrian Civil War, Sweden has welcomed more refugees than any other European country in relation to its population – and it has taken its toll on parts of society”. Disponível em <https://sweden.se/migration/#2015>. Acesso em 22/04/2017.

²⁰³Disponível em <https://sweden.se/migration/#2015>. Acesso em 20/04/2017.

²⁰⁴O tema recebe grande cobertura por parte dos meios de imprensa locais e internacionais. . A título de exemplo: <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=6347194>, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=6096214> e <http://www.expressen.se/kvallsposten/14-ar-gammal-gift-och-hoggravid/> Acesso em 22/04/2017.

polêmico: o conflito entre a liberdade de manifestação religiosa e o direito de uma empresa a colocar em prática uma política de neutralidade.

O Tribunal de Justiça da União Europeia julgou ação relativa à proibição imposta por empresa privada a seus trabalhadores de usarem, no seu local de trabalho, sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas e praticar quaisquer rituais relativos a essas convicções²⁰⁵. O caso concreto dizia respeito à contratação de uma recepcionista muçulmana que utilizava seu lenço islâmico durante o horário de trabalho. Esta manifestação externa de crença religiosa contrariava a neutralidade seguida pela empresa²⁰⁶.

Ao ser despedida, a autora da ação solicitou a reversão de sua demissão. Argumentava no sentido de ter sido discriminada em razão de sua fé. Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. Após recurso, o tribunal declarou que a autora não tinha sido despedida devido à sua crença religiosa, mas por ter insistido em manifestá-la, de forma visível, durante as horas de trabalho, usando um lenço islâmico.

Segundo o Tribunal, a vontade de um empregador de transmitir uma imagem de neutralidade aos clientes diz respeito à liberdade de empresa e tem, em princípio, caráter legítimo, especificamente quando o empregador envolve apenas na realização desse objetivo os trabalhadores que devem entrar em contato direto com o público. Neste sentido, o fato de proibir os trabalhadores de usarem de forma visível sinais de suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas garante a correta aplicação de uma política de neutralidade, caso essa política seja conduzida de forma coerente e sistemática pela empresa.

Outro âmbito da vida humana que afeta fortemente os sistemas jurídicos e a prática do Direito é o das relações matrimoniais. Aqui, as discrepâncias não são marcadas apenas por diferenças religiosas; mas são visíveis muitas vezes até mesmo entre culturas que compartilham origens semelhantes. Alguns estudiosos chegam a falar até mesmo em um “conflito de civilizações” relativo ao tema. Neste sentido, segundo Augusto JAEGER JUNIOR:

Por fim, em terceiro lugar, se está vivendo um conflito de civilizações, como apontam Calvo Caravaca e Carrascosa González. Ademais dos conflitos de leis, em matérias de crises matrimoniais, estariam sendo percebidos profundos conflitos de civilizações. Vislumbra-se um forte enfrentamento entre diferentes e opostas maneiras de contemplar e regular as relações sociais. Para os doutrinadores, esse conflito de civilizações seria difícil de ser resolvido com o método tradicional do direito internacional privado, baseado na seleção de uma lei aplicável às

²⁰⁵O pedido teve por objeto a interpretação do artigo 2.º, n.º 2, alínea a, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

²⁰⁶Processo C-157/15. Disponível no portal do Tribunal de Justiça da União Europeia: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=188852&occ=first&dir=&cid=207881. Acesso em 20/04/2017.

situações de crises. Quando é aplicada uma lei autônoma interna de um Estado e não outra, parece então que uma civilização triunfa sobre outra, um modelo de família triunfa sobre outro²⁰⁷.

Neste contexto tão privado da vida humana, cabe também destacar a intrincada situação dos relacionamentos homoafetivos. Relações desta natureza; até não muito tempo atrás consideradas criminosas por certos sistemas jurídicos, vêm paulatinamente ganhando reconhecimento internacional²⁰⁸. A disparidade nas legislações relativas ao tema acarreta, muitas vezes, sérias consequências para as vidas dos cônjuges.

A complexidade da questão matrimonial se amplifica ainda mais quando estamos diante de situações envolvendo paternidade e maternidade. Sobre o particular, cabe comentar brevemente a resolução de um caso recentemente julgado pela Corte Suprema Italiana (*Corte di Cassazione*) envolvendo um casal homoafetivo e seu filho menor de idade²⁰⁹.

Em 2009, uma cidadã espanhola casou com uma nacional italiana na cidade de Barcelona (Espanha). A união foi devidamente considerada um casamento entre pessoas do mesmo sexo, de acordo com a legislação local. Em 2011, mediante técnicas de reprodução assistida, nasceu na Espanha uma criança que foi considerada legalmente filha de ambas as mulheres. Enquanto a italiana forneceu o óvulo para a fecundação, a espanhola gerou a nova vida em seu útero.

Posteriormente, o casal fixou residência na Itália, onde acabou se separando. Com o objetivo de fazer valer seus direitos sobre o menor, a genitora italiana solicitou às autoridades locais o reconhecimento de sua condição de mãe, segundo constava no documento emitido pelas autoridades espanholas. Cabe destacar que o referido reconhecimento significaria não apenas os direitos e deveres relativos à maternidade, mas também a possibilidade de que o menor adquirisse ademais a nacionalidade originária italiana.

²⁰⁷JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 372.

²⁰⁸Acerca das relações homoafetivas na União Europeia: “Muitos países já reconheceram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como: Bélgica (2003), Holanda (2001), Espanha (2005), Suécia (2009), Noruega (2008), Portugal (2010), Islândia (2010), Dinamarca (2012), França (2013), Inglaterra (2014) e Luxemburgo (2014). Alguns países permitem apenas a parceria registrada para casais homoafetivos como: Alemanha, Áustria, Hungria, Irlanda, República Tcheca e Eslovênia; dentre estes, alguns ordenamentos conhecem também a possibilidade de os casais escolherem entre casamento ou parceria registrada, como a Bélgica e a Holanda”. FAERMANN, Flávia. Necessidade de regulamentação, pela União Europeia, dos relacionamentos homoafetivos. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. 2016. Gráfica e Editora RJR. p. 207.

²⁰⁹Decisione Corte di Cassazione No. 19599/2016, X & Y v. Ministero dell’Interno. Disponível em: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19599_10_2016.pdf. Acesso em 25/04/2017.

Em primeira instância, a justiça italiana alegou que o reconhecimento de uma certidão de nascimento constando duas mães seria contrário à ordem pública. De acordo com o entendimento local, por ter dado à luz ao menor apenas a cidadã espanhola seria sua mãe.

A decisão foi revertida a partir da regra de direito internacional privado italiano no sentido de definir a filiação a partir da legislação nacional da criança no momento de seu nascimento. Desta forma, e considerando que tanto a legislação espanhola quanto a italiana concedem nacionalidade aos filhos dos cidadãos nascidos em ambos os países; ao menor caberia ser reconhecido como italiano.

Sobre a exceção de ordem pública, o entendimento da Corte Suprema foi no sentido de afirmar que a Constituição Italiana nada diz em relação à determinação da paternidade ou maternidade, tampouco trata de temas relativos à reprodução assistida. Portanto, cabe aplicar o Direito Internacional Privado e, no caso em questão, o que determina a legislação espanhola. Esta aplicação da lei estrangeira não pode ser considerada contrária à ordem pública. Ademais, uma das bases da decisão obviamente foi considerar a defesa dos interesses do menor.

Segundo a decisão da *Corte di Cassazione* da República Italiana:

Il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio di due donne – in particolare, da una donna italiana (indicata come madre B) che ha donato l’ovulo ad una donna spagnola (indicata come madre A) che l’ha partorito, nell’ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese – non contrastano con l’ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell’interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello status filiationis, validamente acquisito all’estero (nella specie, in un altro paese della UE)²¹⁰.

De acordo com os exemplos apresentados, observa-se a importância de reavaliar a compreensão relativa ao instituto da ordem pública diante das sensíveis modificações pelas quais a sociedade internacional vem passando na atualidade em relação a costumes, crenças e valores em um contexto pós-moderno.

A ordem pública, outrora baseada nas diferenças e particularidades existentes entre as tradições das distintas comunidades nacionais, deve ser interpretada hoje em dia considerando aquilo que aproxima todos os seres humanos²¹¹.

²¹⁰Decisione Corte di Cassazione No. 19599/2016, X & Y v. Ministero dell’Interno. Disponível em: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19599_10_2016.pdf. Acesso em 25/04/2017.

²¹¹De acordo com Robert ALEXY: “Os direitos fundamentais, como direitos do homem transformados em direito positivo, descansam sobre uma base filosófica, no núcleo, intertemporal e universal. Simultaneamente,

Neste novo contexto marcado pela pós-modernidade, o instituto da ordem pública deve ser utilizado como elemento de construção e promoção daqueles valores universais consagrados de forma comum e deve também ser um elemento de defesa da harmonização da convivência entre os diferentes grupos humanos. Segundo Bruno MIRAGEM:

O elemento inovador da pós-modernidade, contudo, se estabelece pela conformação do conteúdo de ordem pública. Em que pesem as características locais e culturais na determinação da matéria que lhe compõem, de se reconhecer que em face da proteção e promoção dos direitos humanos, a proteção da pessoa humana adquire um *status* supranacional. Neste sentido, inclusive, destacam-se os recentes desenvolvimentos do direito internacional privado, no que se refere à flexibilização das soluções rígidas resultantes da aplicação e identificação do elemento de conexão na norma indireta de DIP, a determinação da lei aplicável e sua efetiva aplicação. O caráter estanque das soluções de DIP, neste sentido, cede espaço para a construção e adoção de novas orientações, como o princípio da proximidade (*proximity principle*), o qual indica, para além do resultado da aplicação da norma indireta e seu elemento de conexão, o resultado concreto de sua aplicação. Neste sentido, passa-se a privilegiar, no caso concreto, a maior aproximação deste com um determinado ordenamento jurídico²¹².

Uma vez apresentados exemplos de casos nos quais os operadores do Direito enfrentaram dificuldades para aplicar o princípio da ordem pública, considerando peculiaridades relativas ao fenômeno das migrações e aos valores da chamada pós-modernidade, o próximo ponto da pesquisa tratará acerca do caráter universal do instituto.

A presente pesquisa defenderá a ideia de que a busca por elementos comuns é o instrumento mediante o qual as soluções para casos como os anteriormente apresentados devem ser encontradas. Estes serão os subsídios a partir dos quais se poderá elaborar um conceito mais amplo de ordem pública.

Caráter universal da ordem pública

Após analisar as transformações no instituto da soberania e observar os desafios representados pelo multiculturalismo nos processos de integração regional, este ponto do trabalho defenderá a possibilidade de definir valores universais que possam servir de base para uma ordem pública mundial. A partir desses princípios, será possível sugerir, posteriormente, critérios orientadores para a aplicação da ordem pública.

porém, sua institucionalização somente na história é possível e, lá, eles são objeto de lutas políticas”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 13.

²¹²MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 343-344.

Mesmo sendo ainda o principal ator no âmbito das Relações Internacionais²¹³, o protagonismo outrora absoluto do Estado vem diminuindo²¹⁴. Ao longo das últimas décadas, por exemplo, muitos dos principais debates mundiais ocorreram no contexto das organizações internacionais. Desde tempos remotos, a convicção acerca da existência de elementos comuns a todos os seres humanos, superiores aos valores definidos por cada Estado, influencia o direito internacional e, conseqüentemente, o instituto da ordem pública²¹⁵.

Apesar da existência de visíveis discrepâncias entre os indivíduos, suas origens, crenças e costumes, é possível promover o convívio social saudável entre os diferentes. A ideia da unificação jurídica²¹⁶, a partir do reconhecimento de uma base de direitos comuns

²¹³Segundo Antonio Celso Alves Pereira: “De fato, apesar das transformações operadas na sociedade internacional nos últimos anos, que acabaram por tirar do Estado a condição de único sujeito de direito na ordem pública internacional, a despeito da limitação de sua ação externa pelas forças econômicas transnacionais, pelas condições de redução de seu papel pelo consenso neoliberal e pelas doutrinas minimalistas, é forçoso reconhecer que, não obstante esses desafios à sua soberania, os Estados continuam predominando na cena internacional, uma vez que são eles os criadores das organizações intergovernamentais, são eles que lideram a atividade diplomática mundial, negociam tratados, têm larga influência sobre a produção de bens e serviços e sobre o comércio, enfim, são eles que fazem a guerra e celebram a paz”. PEREIRA, Antonio Celso Alves. A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Organizador). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG. 2007. p 41.

²¹⁴Sobre o papel do Estado no atual contexto internacional, afirma Mateus KOWALSKI: “O universalismo não pretende a implosão do Estado ou a abolição das suas fronteiras. Pelo contrário, e especialmente quanto existam elementos aglutinadores culturais, étnicos e históricos fortes, o Estado deve continuar a ser um ator central na comunidade internacional. Todavia, para o universalismo, o substrato da ordem pública inclui todos os seres humanos independentemente das fronteiras dos Estados de origem. O ser humano é universal porque é um indivíduo de uma mesma espécie num mesmo ecossistema, que partilha com os seus pares um mesmo processo mental fruto da sua racionalidade e que determina um acervo mínimo de valores, princípios e aspirações comuns. Aqueles valores, princípios e aspirações comuns servem de fundamento para a existência de um núcleo duro de Direito Internacional universal”. KOWALSKI, Mateus. A “Ordem Pública Universal” como o fim da história? Universalização e dilemas na codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume 88. Coimbra. janeiro de 2012. p. 864.

²¹⁵De acordo com Thomas WOODS JR, as críticas aos tratamentos dados aos habitantes do continente americano por alguns colonizadores espanhóis quando da chegada dos últimos à América despertou a indignação de vários estudiosos. O autor destaca o trabalho desenvolvido por Francisco de VITORIA. Neste sentido, afirma: “VITORIA e seus aliados defendiam, pois, que o direito natural não existe apenas para os cristãos, mas para qualquer ser humano. Isto é, defendiam a existência de um sistema ético natural que não depende da revelação cristã nem a contradiz, mas se sustenta por si mesmo. Afirmavam, com São Paulo, que a lei natural está inscrita no coração humano e que, por essa razão, existia uma base sobre a qual estabelecer regras internacionais de conduta que obrigassem moralmente mesmo os que nunca tivessem ouvido falar do Evangelho (ou que o tivessem rejeitado). Consideravam também que todos os homens possuem o senso básico do certo e do errado, resumido nos Dez Mandamentos e na lei áurea – alguns teólogos praticamente chegavam a identificar ambos esses sistemas com a própria lei natural -, de onde se podiam deduzir as obrigações internacionais”. WOODS JR, Thomas E. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. 9ª Edição. São Paulo. Quadrante. 2014. p. 134-135.

²¹⁶Pode-se afirmar que a unificação do Direito se encontra diretamente vinculada ao universalismo. Neste sentido, assevera Marc ANCEL: “É preciso, enfim, lembrar, ainda, o surgimento e o desenvolvimento, há cinquenta anos, de ramos do direito de caráter propriamente internacional, que tendem naturalmente à uniformidade. Isso ocorre não apenas, como no fim do século XIX, em matéria de direito comercial ou marítimo, com o escopo de favorecer a aplicação prática deste direito, mas também em outras disciplinas, que constituem matérias essencialmente universais: assim, o direito social, o direito do trabalho, o direito aeronáutico, e, mais tarde, o direito espacial e o direito nuclear. Para que se possa perceber claramente esta evolução, basta que se considere, por um instante, a matéria muito atual da luta contra a poluição. A poluição do ar ou da água suscita

reconhecidos, promove a busca por um certo grau de igualdade entre os desiguais²¹⁷. Neste contexto, a ordem pública poderia servir como elemento facilitador do reconhecimento recíproco entre crenças e valores de diferentes grupos no âmbito da aplicação do Direito²¹⁸.

A convicção acerca da existência de elementos comuns a todos os seres humanos, superiores aos definidos por cada sociedade, influencia o direito internacional²¹⁹ e, conseqüentemente, o instituto da ordem pública. Segundo Mateus KOWALSKI:

Ao contrário do que acontece com aquelas concepções conservadoras do Direito Internacional, as correntes que se congregam no universalismo defendem que uma ordem pública universal é possível e recomendável, quando não mesmo uma construção lógica induzida pela razão. Estas correntes partilham uma concepção universal da ordem pública, dotada de um núcleo

problemas de caráter internacional, reclamando, simultaneamente, a cooperação dos Estados, dos juristas, dos sábios e dos técnicos, e relevando todos os ramos do direito: direito público e privado, direito administrativo e comercial, direito social, direito econômico e direito internacional público (notadamente aqui, no que se refere ao regime dos mares e dos rios internacionais). O estudo, e mais ainda, a solução de semelhante problema, suscita, normalmente, o universalismo”. ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1980. p. 91.

²¹⁷Neste sentido, afirma Brian LEPARD: “I begin with the assertion of a preeminent ethical principle: that of “unity in diversity”. According to this principle, all human beings are first and foremost members of a single human family and should act toward one another as family members. However, diversity of nationality, race, ethnic, origin, language, sex, thought, opinion and religion is to be cherished as enriching this one human family. Individuals have a right to associate with and take pride in, this array of lesser communities and these communities have certain rights to self-governance but all within the framework of participation in a global community of humankind. This is why the principle is referred to as one of “unity in diversity”. LEPARD, Brian D. *Parochial Restraints on Religious Liberty*. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 1334-1335.

²¹⁸Afirma Charles TAYLOR: “Toda conciencia busca el reconocimiento de otra conciencia, y esto no es señal de una falta de virtud. Pero el concepto ordinario del honor jerárquico adolece de una falla decisiva: no puede satisfacer la necesidad que impulsa a las personas a buscar el reconocimiento por encima de todo. Quienes no logran triunfar en la carrera por el honor se quedan sin reconocimiento. Pero aun los que ganan quedan frustrados de modo más sutil, porque obtienen el reconocimiento de los perdedores, y tal reconocimiento, por hipótesis, no es realmente valioso, pues los perdedores no son sujetos libres que puedan sostenerse a sí mismos y estén al mismo nivel de los vencedores. La lucha por el reconocimiento sólo puede encontrar una solución satisfactoria, y ésta consiste en el régimen del reconocimiento recíproco entre iguales”. TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 76.

²¹⁹Ao analisar a ambição universalista da codificação internacional, André de CARVALHO RAMOS afirma que: “O Direito Internacional Privado, desde a estabilização conflitual coroada por Savigny, valoriza a existência de valores partilhados por uma comunidade das nações, o que influenciou o DIPr no Brasil. Como ensina Dolinger, “nosso direito internacional privado seguiu, tradicionalmente, a filosofia universalista, que vê o mundo assim chamado civilizado como uma comunidade das nações, conforme descrito por Savigny no 8º volume de seu tratado sobre o direito romano, conceito que se desenvolveu e evoluiu na doutrina que se seguiu ao longo dos séculos XIX e XX, passando a ser conhecido como a sociedade internacional. Essa aceitação – sem maior xenofobia ou chauvinismo jurídico – da norma estrangeira é uma primeira faceta da ambição universalista. Uma segunda faceta do universalismo no DIPr é justamente o que foi retratado neste artigo: a crescente importância de tratados, que impõem suas regras para além do localismo das leis nacionais de DIPr. Uma terceira faceta do universalismo é atingida pela interpretação internacionalista das normas dos tratados de DIPr. Há, por exemplo, na União Europeia, mecanismos aptos a provocar a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia, impedindo que a interpretação local desfigure o sabor universalista que todo tratado acarreta”. RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional Privado e a Ambição Universalista*. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores) *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015. p. 29.

normativo fundamental que é comum aos atores internacionais e instituições para a ação coletiva em prol de objetivos universais²²⁰.

Sobre este ponto, Bruno MIRAGEM destaca o peso da concepção cultural na conceituação atual da ordem pública e afirma que esta deve superar o critério da nacionalidade²²¹. Neste sentido, assevera:

O caráter atual do conceito de ordem pública, contudo, reside exatamente no fato de que a concepção cultural que assegura um sentido de correção ou conformidade de um determinado comportamento se faz sentir para além do critério de nacionalidade. O elemento cultural na pós-modernidade pode ser verificado a partir de dois critérios. Primeiro, a não limitação nacional de formação das identidades individuais e coletivas. Neste sentido, é perceptível que, embora cada país ou região possua determinados caracteres típicos, impressos no modo de ser de suas respectivas populações, as mesmas garantem o fenômeno de uniformidade sobre os valores que se observam com razoável identidade em distintos grupos étnicos ou nacionais. O respeito à verdade e à sinceridade, assim como pela preservação da pessoa humana, são fenômenos perceptíveis nas mais distintas culturas. O elemento de variabilidade, aqui, refere-se ao modo como estes valores uniformes têm sua proteção percebida e fomentada pelas diferentes ordens jurídicas²²².

Neste diapasão, o autor sugere buscar valores comuns reconhecidos pela comunidade internacional²²³ e utilizá-los como base para trabalhar o conceito de ordem pública na

²²⁰KOWALSKI, Mateus. A “Ordem Pública Universal” como o fim da história? Universalização e dilemas na codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume 88. Coimbra. Janeiro de 2012. p. 863.

²²¹De acordo com Bruno MIRAGEM: “A própria solução clássica de direito internacional, que reconhece à lei pessoal do indivíduo a aptidão para a configuração ou não de direitos da personalidade, perde certa aplicabilidade, desde o instante em que estes direitos passam a fazer parte do conteúdo da ordem pública dos diversos países. Esta circunstância vai determinar mesmo – em alguns casos – o afastamento da lei pessoal e o reconhecimento, ao indivíduo estrangeiro, de direitos titulados pelos nacionais, em face do caráter universal dos direitos humanos”. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 344-345.

²²²MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 315.

²²³A mudança no sentido de aceitar estes valores compartilhados é analisada por Mahmoud. Cherif BASSIOUNI: “The dominant feature of interstate relations is by state interests. Nevertheless, the evolution of interstate and international relations since World War II – until now defined by the Westphalian concept of sovereignty and the Hegelian concept of state interest bridled only by prudence and good judgment – indicates that a significant change has occurred. This change is characterized by commonly-shared values that transcend the unilateral pursuit and preservation of power and wealth that are now part of the global equation. This result is reflected in the many changes that have occurred in the international legal system in the 20th century, particularly with respect to multilateral decision-making and limitations on state sovereignty deriving from commonly-shared values and interests”. BASSIOUNI, M. Cherif. The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik. *Georgia State University Law Review*. Volume 22, Artigo 2, 3^a Edição, 2006. p. 541-560. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2115&context=gsulr>. Acesso em 11/03/2017. p. 543. Agrega o autor: “The identification, application and enforcement of commonly-shared values and interests in the international system presupposes the existence of a community that postulates certain universal objects and moral imperatives that require inter alia certain actions, while proscribing others”. BASSIOUNI, M. Cherif. The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik. *Georgia State University Law Review*. Volume 22, Artigo 2, 3^a Edição, 2006. p. 541-560. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2115&context=gsulr>. Acesso em 11/03/2017. p. 543.

atualidade²²⁴. MIRAGEM afirma que esses princípios comuns foram identificados²²⁵ em meados do século XX e se relacionam à noção moderna de Direitos Humanos, principalmente ao que diz respeito à dignidade da pessoa humana²²⁶. Esta relação se caracteriza como sendo um fenômeno da pós-modernidade²²⁷.

Neste sentido, afirma Calógero PIZZOLO:

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en la inmediata posguerra, toma impulso el paradigma de la internacionalización de los derechos humanos, donde el Estado comienza a ser desplazado del centro de la escena y su lugar ocupado por los individuos. Bajo el nuevo paradigma se construye un derecho, ya no con vista al Estado, sino en interés de las personas. La formación de los sistemas internacionales de protección expresan, por sí mismos, el cambio de paradigma en el derecho internacional. El reconocimiento a las personas del derecho a petitionar ante dichos sistemas es la síntesis del cambio de época. El Estado-Nación cede ante la integración regional; cada vez son abrumadoramente más los países que procuran agruparse en bloques que los que intentan sobrevivir aisladamente. Pero así como el Estado cede frente a la integración regional, también cede en materia de control de los derechos humanos. En efecto, la soberanía en los tiempos de globalización tampoco servirá de refugio a los autoritarismos y totalitarismos que han hecho de la violación sistemática de estos derechos sus políticas de Estado. La consolidación de organismos internacionales de control contribuirá a la erosión de la rigidez de la soberanía, promoviendo el respeto de las obligaciones internacionales asumidas al ratificar el Estado los tratados sobre derechos humanos²²⁸.

Um passo prévio à definição de objetivos universais ocorre a partir da organização dos Estados em processos de integração regional. Neles, os membros abrem mão da defesa intransigente de seus interesses nacionais e colaboram com outros Estados para obter

²²⁴Afirma Cláudia Lima MARQUES: “Os direitos humanos seriam as novas “normas fundamentais” e esses direitos incluídos nas constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto de o Direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural”. MARQUES, Cláudia Lima. *Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme*. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Organizador). *Faces do Multiculturalismo: teoria – política - direito*. Santo Ângelo. EDIURI. 2007. p. 31.

²²⁵MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 316.

²²⁶Segundo Bruno MIRAGEM: “O conceito de ordem pública, desta maneira, não pode prescindir da noção pós-moderna de direitos humanos, sobretudo no que diz respeito à compreensão multicultural das relações reguladas pelo direito internacional. E este elemento multicultural, de que Jayme se ocupou em seu Curso (*Cours général de droit international privé* - 1995), é a perspectiva pela qual se chega ao novo conteúdo da ordem pública em direito internacional, vinculando-se, de modo indissociável, ao princípio da dignidade da pessoa humana”. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 313.

²²⁷Afirma Bruno MIRAGEM: “A relação entre o conceito de ordem pública e direitos humanos fundamentais, indiscutivelmente, é um fenômeno novo, em termos de história do direito internacional. Além disso, é possível afirmar que este conceito marca um novo direito internacional, o direito internacional pós-moderno”. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. (Organizadoras) *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 325.

²²⁸PIZZOLO, Calógero. Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos. In: PIZZOLO, Calógero; MEZZETI, Luca. *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Coleção: Diálogos desde la Diversidad. Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 252.

benefícios em maior escala. Portanto, os processos de integração originam debates acerca de valores e objetivos comuns, o que se relaciona diretamente com o instituto jurídico da ordem pública.

Cabe destacar que, independentemente de seu nível de engajamento em processos de integração, os Estados têm como base de seus sistemas legais o sentimento de justiça. Sendo assim, as relações com os ordenamentos jurídicos estrangeiros se pautam na expectativa de promover a reciprocidade na aplicação de regras cujo objetivo seja agir de maneira justa²²⁹. Neste contexto, por se tratar de um instituto jurídico abstrato e de difícil definição, a exceção de ordem pública deve operar como elemento de promoção desse senso mais amplo de justiça²³⁰.

Ao longo das últimas décadas, muitos Estados, mesmo os que não participam de processos de integração, vêm subordinando a aplicação da ordem pública a critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais²³¹ com o objetivo de prevenir inconstitucionalidades na aplicação ou no afastamento da legislação estrangeira. Estes chamados direitos fundamentais²³² gozam de respeito e confiança por parte da comunidade internacional²³³.

²²⁹Sobre este ponto, afirmam Armin VON BOGDANDY e Sergio DELLAVALLE: “International legal scholarship should not be limited to debate about the best interpretation of a given norm in a given situation. It should also extend to a broader discourse about the varied conceptions of legal order that have developed in different legal cultures throughout the world”. VON BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE, Sergio. *Parochialism, Cosmopolitanism and the Paradigms of International Law*. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *International and Comparative Law*. Cambridge University Press. 2014. p. 290.

²³⁰No início do século XX, já afirmava Thomas HEALY: “Il est vrai que, si l’on passe en revue les questions récentes soulevées dans la plupart des pays civilisés, on peut constater que le sentiment de justice joue partout un grand rôle; mais on peut dire que c’est là quelque chose de récent un signe de civilisation avancée. Les gouvernements d’aujourd’hui on trouvé que s’ils font justice aux étrangers, justice est faite en retour à leurs propres citoyens et qu’un bien-être général en résulte. S’il est vrai que, dans un large mesure, l’esprit de justice domine aujourd’hui en droit international privé, on peut dire que ce n’est pas seulement par suite de considérations désintéressées, mais aussi parce que les gouvernements ont trouvé qu’il était de leur intérêt de rendre justice aux étrangers”. HEALY, Thomas H. *Théorie Générale de L’Ordre Public*. *Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 IV. Volume. 9. p. 435.

²³¹ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p. 110.

²³²Segundo Robert ALEXY: “Direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito ou com a intenção de positivizar direitos do homem. Essa tentativa de positivação dos direitos do homem pode, como cada tentativa, dar mais ou menos bom resultado. Isso vale não só para a positivação por uma constituição, mas também para a positivação por pactos de direitos do homem internacionais. A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 10-11.

²³³Armin VON BOGDANDY e Sergio DELLAVALLE falam em uma “desnacionalização” da legislação nacional: “National law, once considered the expression of the will of a people, accordingly implements ever more international rules resulting from an international process that is necessarily different from process under domestic constitutions. National law is thereby denationalized”. VON BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE,

A procura de soluções para situações de carácter internacional demanda a utilização de uma nova concepção de ordem pública²³⁴. Ao aplicar a norma estrangeira, o magistrado deverá observar os princípios do sistema jurídico, especialmente o da dignidade humana.

O visível incremento na mobilidade internacional dos indivíduos, fenômeno que não discrimina origem nem condição socioeconômica, é uma característica inquestionável deste início de século XXI. Superar os limites geográficos de seus Estados de origem, de forma temporária ou permanente, ao longo de suas vidas é uma condição cada vez mais comum para um significativo número de pessoas. Esta situação repercute diretamente nas relações sociais e jurídicas, conseqüentemente na prática do direito internacional. O maior convívio entre distintos grupos leva a uma inexorável alteração na escala valorativa de cada sociedade, o que gera reflexos diretos no instituto da ordem pública²³⁵.

Outro ponto que merece destaque é a importância cada vez maior da Internet como meio de promoção das relações digitais entre a sociedade globalizada²³⁶. O acesso à rede mundial de computadores vem se expandindo e popularizando enormemente ao longo dos últimos anos, em uma velocidade surpreendente. Este fenômeno gera conseqüências jurídicas, principalmente em relação à utilização do instituto da ordem pública²³⁷.

Sergio. Parochialism, Cosmopolitanism and the Paradigms of International Law. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 361.

²³⁴ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p. 121.

²³⁵Segundo Renata Fialho de OLIVEIRA: “Verifica-se, na atualidade, maior número de casais de nacionalidades distintas, empresas com estabelecimentos no exterior, contratos cuja execução deve ocorrer em dois ou até mais países, do que se identificava há até algumas décadas. Esses são apenas alguns exemplos de relações que, sujeitas a ordens jurídicas diferentes, suscitam insegurança jurídica. Surge daí a conveniência – e necessidade –, de regular certas instituições, marcadas pela presença contínua no cenário internacional, de forma harmônica. E isso em duas esferas: global e regional. Apesar de existir semelhanças e mesmo certa relação entre a harmonização jurídica na esfera global e a harmonização jurídica na esfera regional, há diferenças substanciais entre uma e outra, principalmente quanto à matéria, objetivos, números de Estados envolvidos e instrumentos utilizados”. OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2008. 206 p. 23-24.

²³⁶Sobre o particular, Patrícia Peck PINHEIRO afirma que apenas a prerrogativa de ordem pública daria à Internet um poder maior na solução dos conflitos gerados a partir da própria rede. Segundo a autora: “Verifica-se a necessidade de se desenvolver algo novo, melhor adaptável para o cenário da Internet, que possa aproveitar o que já funciona no contexto internacional mas elevar a categoria desta norma da Internet a um nível supraconstitucional, para que seja aplicável independente da discricionariedade de cada magistrado de origem em cada país. Apenas assim este modelo receberia a funcionalidade de máximo desempenho só alcançado quando há normas de aplicação imediata, sem que haja discussão de competência de ordenamento jurídico. Haveria uma grande economia de tempo ao não haver necessidade de debate sobre qual lei deva ser aplicada, pois haveria uma jurisdição da Internet, com a Constituição a ser aplicada da mesma sobre os seus cidadãos digitais”. PINHEIRO, Patrícia Peck. *Cyber Rights: Direitos fundamentais dos cidadãos digitais e a existência de uma Ordem Pública global através da internet*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Volume 971. 2016. p. 177.

²³⁷Heriberto Simón HOCSMAN, ao analisar os contratos eletrônicos internacionais, afirma que: “En esta materia predomina el principio de la autonomía de la voluntad, a pesar de haber sido rechazado por el Tratado de Montevideo, por lo que las partes podrán elegir la jurisdicción y ley aplicables. Empero, esta autonomía de la

Ao examinar a importância do instituto da ordem pública em relação às relações de consumo no mercado de comércio eletrônico, afirma Silvio BATTELLO:

Entre las diversas manifestaciones actuales de consumo internacional, la más preocupante es sin duda la indefensión de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico. El consumo *on-line* implica el análisis de dos cuestiones diferentes, si bien relacionadas: Internet como medio de las relaciones de consumo y la propia actividad de consumo que en ella se realiza. El uso de Internet como medio abre el debate sobre el control estatal vs. auto-reglamentación, como son los modelos alternativos para la resolución de conflictos y en la consagración de sustitutos de las jurisdicciones nacionales. La segunda cuestión de la actividad de consumo en el ámbito virtual, obliga a reflexionar sobre el derecho aplicable. Eso porque las viejas soluciones en el derecho internacional privado (en especial la autonomía de la voluntad) se debaten entre reaprovechamiento o sustitución por normas especiales²³⁸.

Como já foi afirmado, o reconhecimento de valores comuns por parte de distintas sociedades está diretamente vinculado ao surgimento da ideia da defesa dos direitos humanos fundamentais; cujo marco inicial foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este reconhecimento passa a formar parte do conteúdo atual da ordem pública compartilhada entre os Estados.

Analisando o conceito de direitos humanos, Lenio Luiz STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS destacam algumas das principais características destes elementos, que podem servir como conteúdo para uma ordem pública compartilhada. Neste sentido, asseveram os autores:

Os direitos humanos são universais e, cada vez mais se projetam no sentido de seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade. São históricos, não definitivos, exigindo a todo o instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação. Preferimos dizer que se generalizam – ou difundem – na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação (e.g. função social) dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões. Ou seja, da 1ª geração com interesses de perfil individual passamos a, na (s) última (s), transcender o indivíduo como sujeito dos interesses reconhecidos, sem desconsiderá-lo, obviamente²³⁹.

voluntad no es absoluta, sino relativa, y puede estar sujeta a ciertas restricciones. Las principales limitaciones señaladas por la doctrina a la autonomía de la voluntad son: orden público internacional, fraude a la ley, internacionalidad objetiva, número de leyes, oportunidad o tiempo de elección de la ley, elección de la ley entre las jurídicamente relevantes, catálogo ofrecido por el legislador; rechazo del reenvío, tutela a ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles y normas de policía o normas locales internacionalmente imperativas”. HOCSMAN, Heriberto Simón. *Negocios en Internet*. Buenos Aires. Astrea. 2005 p.21.

²³⁸BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 127-128.

²³⁹STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. p. 138.

No mesmo sentido, o debate acerca da universalidade da ordem pública também está relacionado à ideia da primazia do direito internacional sobre a atual organização anárquica da sociedade internacional. Segundo Mateus KOWALSKI:

A teorização sobre a universalidade da ordem pública e, em especial, o debate atual em torno da sua constitucionalização, é, ao nível do Direito Internacional, um expoente de racionalidade moderna que caracteriza o pensamento liberal dominante. Neste sentido, a “ordem pública universal” assume-se como um objetivo de constituição e desenvolvimento de um corpo normativo de aplicação universal sobre matéria de pendor universal que ultrapassa a capacidade de jurisdição individual dos Estados e que, como tal, exige uma regulação que vá para além da ordem interna dos Estados e que tenha primazia sobre esta²⁴⁰.

Nesta construção de valores universais para uma comunidade internacional cada vez mais integrada e com necessidades homogêneas, os organismos internacionais podem desempenhar um papel fundamental. As sólidas experiências democráticas de muitas dessas organizações podem ser valorizadas como ponto de partida para debates mais profundos acerca de definições mais abrangentes.

Robert ALEXY define os direitos do homem a partir da identificação das seguintes características: universalidade, fundamentalidade, abstratividade, moralidade e prioridade. Segundo o autor:

Direitos do homem são definidos por cinco características: A primeira é a sua *universalidade*. Titular dos direitos do homem é cada pessoa como pessoa. A universalidade do lado do destinatário é mais complicada. Alguns direitos do homem, como o à vida, dirigem-se contra todos que podem ser destinatários de deveres, portanto, contra todas as pessoas, mas também contra todos os estados e organizações. Outros direitos do homem, como o direito eleitoral, dirigem-se somente contra o estado ao qual pertence o particular ou no qual ele vive. A segunda característica dos direitos do homem é a *fundamentalidade* de seu objeto. Direitos do homem não protegem todas as fontes do bem-estar imagináveis, mas somente interesses e carências fundamentais. Como também a compensação e a distribuição, no âmbito de interesses não fundamentais, é um problema de justiça, existe um discurso de direitos fundamentais fora do discurso dos direitos do homem. Também a terceira característica concerne ao objeto dos direitos do homem. É a sua *abstratividade*. Pode rapidamente se acordar sobre isto, que cada um tem um direito à saúde, sobre isto, o que isso significa no caso concreto, pode, porém, rebentar-se um litígio prolongado. A quarta e a quinta características não concernem nem aos titulares, nem aos destinatários, nem aos objetos dos direitos do homem, mas a sua validade. Direitos do homem como tais têm somente uma validade moral. Pode, sob esse aspecto, falar-se da *moralidade* dos direitos do homem. Um direito vale moralmente quando perante cada um, que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificado. A existência dos direitos do homem consiste, portanto, em sua fundamentabilidade e em nada mais. Aqui espreitam abismos. A quinta e última característica dos direitos do homem resulta de sua moralidade, portanto, de sua validade moral. Direitos do homem, como direitos moralmente vigentes, não podem por direito positivo, portanto, não por leis, regulamentos, contratos ou sentenças judiciais, ser deixados sem vigência. Leis, regulamentos, contratos e decisões judiciais, que se opõem a eles, são sempre juridicamente viciosos e, em casos extremos, até juridicamente nulos. Sua imposição é, então, o exercício de pura força. Direitos do homem têm, nesse sentido, uma *prioridade* perante o direito positivo. Com isso, as

²⁴⁰KOWALSKI, Mateus. A “Ordem Pública Universal” como o fim da história? Universalização e dilemas na codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume 88. Coimbra. janeiro de 2012. p. 857-858.

cinco características, que caracterizam os direitos do homem, sobretudo, de outros direitos, estão juntas: direitos do homem são direitos (1) universais, (2) fundamentais, (3) abstratos, (4) morais e (5) prioritários²⁴¹.

É possível concluir a análise do caráter universal da ordem pública afirmando que o desenvolvimento futuro do instituto passa pela consagração de valores reconhecidos pela humanidade e que transcendem as fronteiras dos Estados²⁴². Um dos pontos de partida para este complexo e necessário trabalho pode ser a identificação de pontos de tensão entre as diferentes comunidades e sua posterior superação dentro de uma dimensão pluralista de valores²⁴³.

Como foi destacado, o reconhecimento dos direitos humanos como valores aceitos internacionalmente deve ser tomado como base para a construção de uma noção universal de ordem pública. Sobre a noção internacional de ordem pública, afirma Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE:

Entendo que, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a noção de *ordre public* internacional se reveste de sentido inteiramente distinto, e de difícil definição, porquanto encerra valores que preexistem e são superiores às normas do direito positivo. Estamos ante uma ordem pública humanizada, ou mesmo verdadeiramente humanista, em que o interesse público ou o interesse geral coincide plenamente com a prevalência dos direitos humanos²⁴⁴.

Ao analisar o que chama de cristalização da noção de ordem pública internacional, o autor destaca o papel dos tribunais internacionais. Neste sentido, assevera:

Os dois tribunais internacionais - Cortes Europeia e Interamericana - de direitos humanos existentes no presente têm efetivamente contribuído para a cristalização da noção de *ordre public* internacional no presente domínio de proteção. Recorde-se, para invocar um par de exemplos de sua jurisprudência recente, que a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Loizidou versus Turquia* (exceções preliminares, 1995), qualificou expressamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos de “um instrumento constitucional da ordem pública [*ordre public, public order*] europeia” (parágrafo 75). E a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, no caso *Castillo Páez versus Peru* (mérito, 1997), ponderou que o direito a um

²⁴¹ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. P. 94-95.

²⁴²Segundo Lenio Luiz STRECK e José Luiz BOLZAN DE MORAIS: “Resumidamente, poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-política-psíquico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. p. 139.

²⁴³KOWALSKI, Mateus. A “Ordem Pública Universal” como o fim da história? Universalização e dilemas na codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume 88. Coimbra. janeiro de 2012. p. 879.

²⁴⁴CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Organizador). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG. 2007. p. 300.

recurso efetivo perante os tribunais ou juízes nacionais competentes, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, constitui “um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito [*rule of law, État de Droit*] em uma sociedade democrática no sentido da Convenção” (parágrafo 82). Desde então a Corte Interamericana tem reiterado este importante *obiter dictum*, que hoje integra sua *jurisprudence constante*²⁴⁵.

As transformações observadas na comunidade internacional, tanto no âmbito do Direito quanto no das Relações Internacionais, tornam imperativa a flexibilização da resolução de conflitos de valores. Esta tarefa deve ser realizada tomando como base os direitos humanos, valores consagrados pela comunidade internacional. Cabe aos operadores do Direito promoverem a tomada de consciência acerca da dificuldade e importância desta tarefa.

Após comparar o instituto da ordem pública com a soberania e examinar o desafio de promover a segurança jurídica diante de contextos sociais cada vez mais heterogêneos e multiculturais, esta pesquisa conclui parcialmente que defender a conveniência de definir critérios de aplicação do instituto da ordem pública é uma tarefa imperativa. Os referidos critérios contribuirão para assegurar a necessária estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas diante de uma realidade na qual a ordem pública se flexibiliza para além das fronteiras dos Estados e o multiculturalismo afeta indelevelmente a convivência entre os diferentes grupos humanos.

Em sua segunda parte, esta dissertação sugerirá critérios objetivos para a aplicação da ordem pública em processos de integração regional, especificamente no Mercosul e na União Europeia. Em primeiro lugar, serão analisados os instrumentos que limitam a aplicação das leis nos referidos processos de integração regional (normas de aplicação imediatas e exceção de ordem pública). Posteriormente, será analisada a atual situação da ordem pública, em especial a existência de legislação e jurisprudência acerca do tema, no âmbito do Mercosul e da União Europeia. Na conclusão do trabalho, serão sugeridos critérios de utilização da ordem pública com base nas doutrinas de Erik JAYME e Robert ALEXY.

²⁴⁵CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Organizador). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG. 2007. p 302.

II) Sugestão de critérios orientadores para aplicação da ordem pública no Mercosul e na União Europeia

Na parte inicial deste trabalho, se defendeu a necessidade de definir critérios para aplicar a ordem pública a partir da comparação entre sua evolução e a da soberania. Observou-se que ambos os institutos perderam sua condição outrora absoluta e restrita às fronteiras nacionais. No mesmo sentido, em sua primeira parte, a presente pesquisa também analisou a influência do fenômeno do multiculturalismo na sociedade atual e sua relação com a segurança jurídica.

A necessidade de definir um enfoque metodológico²⁴⁶ para aplicar a ordem pública tem como base, portanto, os dois pilares citados anteriormente: a existência de uma ordem pública compartilhada entre distintos sistemas jurídicos nacionais e o marcado peso exercido pelo multiculturalismo sobre a aplicação do direito. Esta realidade demanda um tratamento sistemático para a utilização do referido instituto jurídico.

Uma vez demonstrada a conveniência de definir critérios objetivos de aplicação da ordem pública em processos de integração, esta parte da dissertação apresentará sugestões neste sentido. Para ilustrar o atual estado de evolução do tema, inicialmente, serão analisados dois mecanismos que permitem aos operadores do Direito limitar a aplicação das leis cuja utilização seja considerada negativa para o correto funcionamento do sistema jurídico: as normas de aplicação imediata²⁴⁷ e a exceção de ordem pública.

²⁴⁶Acerca da importância do método como meio de alcançar a verdade, afirma Lenio Luiz STRECK: “Com o advento da modernidade, a questão a respeito do fundamento transporta-se para o sujeito. René Descartes inaugura a modernidade e inverte a polaridade sujeito-objeto, razão pela qual o sentido passa a estar no sujeito, e não mais no objeto. Assim, um objeto passará a ser o *quê* determinado pela consciência do sujeito-cognoscente, uma vez que o homem vai procurar unicamente em si mesmo uma base segura e um ponto de partida para o conhecimento filosófico. Entra em cena a questão do método, como caminho seguro para obtenção da verdade. A análise, a observação e o cálculo, ativados por qualquer indivíduo em direção a algum objeto, conferem a este o estatuto de *subjectum*, sujeito, fundamento do seu saber resultante do seu esforço de entendimento. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a dos standards probatórios. Notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. Novos Estudos Jurídicos. Volume 22. Número 2. 2017. Disponível em: [https:// siaiap32. u nivali.br/ seer /index.php/nej/article/view/10981/pdf](https://siaiap32.u.nivali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981/pdf). Acesso em 27/10/2017.

²⁴⁷Optou-se por utilizar nesta pesquisa a expressão “normas de aplicação imediata” por ser o termo constante nas versões dos Regulamentos da União Europeia de direito internacional privado redigidas em idioma português. Segundo Kenny SONTAG: “A expressão norma de aplicação imediata é utilizada nas versões portuguesas dos Regulamentos da União Europeia de Direito Internacional Privado, contudo são frequentes as nomenclaturas *lois de police*, leis de aplicação necessária, (*lois d’application necessaire*), normas de ordem pública ou normas expressas de ordem pública, normas autolimitadas (*norme autolimitate*), normas com esfera de eficácia delimitada (*norme con apposita delimitazione dalla loro sfera d’efficacia*), normas peremptórias (*peremptory rules*), normas rígidas expressas, normas exclusivas (*Exclusivnormen*), normas de intervenção (*Eingriffsnormen*), normas internacionais compulsórias (*international zwingende Normen*) e normas espacialmente condicionadas (*spatial conditioned rules*)”. SONTAG, Kenny. Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado

Posteriormente, por estar vinculada ao escopo desta pesquisa, a legislação e a jurisprudência relativas à ordem pública na União Europeia e no Mercosul serão analisadas. O primeiro processo de integração foi escolhido graças a sua longa trajetória e aos resultados obtidos até o presente momento, características já comentadas neste trabalho. Por sua parte, Mercosul será analisado por se tratar de um desenvolvido e ambicioso projeto de integração do qual o Brasil faz parte.

Finalmente, serão sugeridos critérios de aplicação da ordem pública para os referidos processos de integração regional. Estes serão definidos com base nos estudos de Erik JAYME e Robert ALEX Y. Após sua definição, os critérios serão aplicados a casos práticos, reais e hipotéticos, com o objetivo de ilustrar sua funcionalidade. A conclusão desta segunda parte da pesquisa avaliará a utilidade dos critérios orientadores sugeridos no sentido de aperfeiçoar o funcionamento dos sistemas jurídicos dos processos de integração analisados neste trabalho.

3.) *Limites à aplicação das leis em processos de integração regional*

Ao longo da História, a humanidade utilizou múltiplas versões da ordem social criadas com base em sucessivos modelos. A partir de 1648, com o advento da chamada Paz da Vestfália, o Estado passou a ser o grande padrão organizacional dos agrupamentos humanos²⁴⁸. Diante do aumento da dificuldade de conciliar os interesses nacionais às suas consequências no cenário internacional, a partir de meados do século XX alguns Estados passaram a investir na integração como forma de potencializar sua ação internacional. Segundo Ricardo SEITENFUS:

Contudo, para fazer frente à complexidade crescente das relações internacionais – extraordinária teia que envolve múltiplos aspectos e interesses – os Estados decidiram criar novas instituições decorrentes dos liames permanentes que surgem entre eles e que fossem capazes de levar adiante ações de interesse comum. Portanto, estas organizações constituem um elemento novo externo aos Estados, detentoras de uma existência objetiva de natureza

da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR.2016. p. 524. O ponto 5.1. da presente pesquisa tratará de forma mais aprofundada a questão terminológica do instituto.

²⁴⁸De acordo com Henry KISSINGER: “In the century following the Peace of Westphalia of 1648, ending the Thirty Year’s War, the doctrine of *raison d’état* grew into the guiding principle of European diplomacy”. KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. Nova Iorque. Simon and Schuster Paperbacks. 1994. p. 65.

internacional. Em outras palavras, o fenômeno que nos interessa é algo decorrente da vontade do Estado, mas que se encontra além dele²⁴⁹.

O fenômeno da integração regional surgiu a partir da vontade política de chefes de Estado e de governo²⁵⁰, mas, ao longo do tempo, seu desenvolvimento vem repercutindo fortemente no âmbito jurídico. A evolução do tema fez com que se convertesse em matéria independente²⁵¹, o que levou pesquisadores a se debruçarem sobre diferentes experiências de integração existentes e propor até mesmo uma teoria jurídica da integração regional. Neste sentido, destaca-se o trabalho de Jamile Bergamaschine Mata DIZ e Augusto JAEGER JUNIOR:

A integração regional entendida como a formação de processos de associação interestatais com a finalidade de conformar um sistema comum mediante a convergência de interesses e valores sempre foi objeto de atenção por parte da sociedade e dos acadêmicos das mais diversas áreas. Como tema específico vinculado ao direito internacional, foi pouco a pouco ganhando expressão no âmbito universitário até conformar-se como disciplina autônoma, já que ostenta objeto, métodos e fontes próprios, além de fundamentar-se sobre pressupostos independentes daqueles aplicados pelo direito internacional²⁵².

Da mesma forma, Roberto CIPPITANI identifica elementos diferenciadores dos processos de integração regional quando comparados a outras formas de relações internacionais. Segundo o autor:

La integración regional tiene las características de otras formas de relaciones internacionales, porque se pone en marcha sobre la base de acuerdos entre Estados. No obstante ese origen común, dos elementos parecen diferenciar los procesos regionales de integración con otros en el marco de las relaciones internacionales: el contenido comprendido como la intensidad de la cooperación, y la institucionalización de las relaciones, sobre todo por medio de la creación de órganos judiciales o arbitrales. Los elementos antes mencionados no producen una

²⁴⁹SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5º Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

²⁵⁰Afirma Roberto CIPPITANI: “El fenómeno de la integración jurídica es más complejo y corresponde a la crisis irreversible del paradigma legalista, jerarquizado, territorial del Estado nacional soberano. El nuevo paradigma del derecho de la integración está naciendo en las sentencias de las cortes regionales, sobre todo en América y en Europa. Además, se hace necesario que la ciencia jurídica sea la que transforme este proceso heurístico en una metodología para el conocimiento del derecho”. CIPPITANI, Roberto. Interpretación y derecho de la integración. Coleção *Diálogos desde la Diversidad*. Buenos Aires. Astrea, 2016. p. 188.

²⁵¹Segundo Jamile Bergamaschine Mata DIZ e Augusto JAEGER JUNIOR: “Os princípios do direito da integração nascem do direito internacional, mas, posteriormente, adquirem natureza própria, como é o caso da gradualidade, da flexibilidade e do equilíbrio, todos eles calcados, em maior ou menor medida, no princípio do tratamento diferenciado; bem como os princípios da primacia, da aplicabilidade imediata e do efeito direto no caso do direito europeu”. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JUNIOR, Augusto. Por uma Teoria Jurídica da Integração Regional: a inter-relação Direito Interno, Direito Internacional Público e Direito da Integração. *Revista de Direito Internacional*. Volume 12. N 2. 2015. Teoria do Direito Internacional. Disponível em: <http://publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3710/pdf>. Acesso em 05/10/2016. p. 151.

²⁵²DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JUNIOR, Augusto. Por uma Teoria Jurídica da Integração Regional: a inter-relação Direito Interno, Direito Internacional Público e Direito da Integração. *Revista de Direito Internacional*. Volume 12. N 2. 2015. Teoria do Direito Internacional. Disponível em: <http://publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3710/pdf>. Acesso em 05/10/2016. p. 140.

modificación en el paradigma internacionalista, sino el fortalecimiento de las relaciones transnacionales. De acuerdo con el contenido de la integración regional, en comparación con otras formas de relaciones internacionales, los objetivos de la cooperación entre los Estados se vuelven más concretos, como también los problemas con los que se enfrentan y las soluciones que se deben buscar. A tal propósito, los procesos de integración regional a menudo son inducidos (o justificados) por razones económicas, ya que un mayor movimiento de personas, productos y factores de producción son capaces de aumentar los flujos económicos y conducir al desarrollo de la región. Independientemente de que se logre una construcción de mercados comunes o de uniones aduaneras, se trata casi siempre de un instrumento táctico para iniciar los procesos de integración regional, con el fin de alcanzar objetivos estratégicos más políticos²⁵³.

Antes de sugerir critérios para a utilização da exceção de ordem pública para os processos de integração regional, as limitações à aplicação das leis nos processos de integração serão analisadas. O exame será realizado com base nas chamadas normas imperativas e no instituto da ordem pública. Posteriormente, por tratar-se do objeto deste trabalho, o atual estado da ordem pública será examinado em duas relevantes experiências integracionistas: a União Europeia e o Mercosul.

A análise incluirá a situação legislativa e jurisprudencial da ordem pública em ambos os projetos de integração. Cabe destacar que a União Europeia foi escolhida em virtude da complexidade e ousadia do projeto e também do desenvolvimento alcançado até o presente momento²⁵⁴. A relevância de analisar o Mercosul reside no fato de se tratar do mais ambicioso processo de integração vigente do qual o Brasil faz parte²⁵⁵.

Na conclusão deste ponto, será observado o destacado papel desempenhado pela ordem pública nos citados processos de integração e os benefícios que a definição de critérios de utilização do instituto trariam para o funcionamento do sistema jurídico.

3.1.) *Instrumentos limitadores utilizados em situações jurídicas multiconectadas*

²⁵³CIPPITANI, Roberto. *Interpretación y derecho de la integración*. Coleção Diálogos desde la Diversidad. Calógero Pizzolo. Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 21

²⁵⁴De acordo com Ricardo SEITENFUS: “A atual União Europeia constituiu um modelo *sui generis* de organização internacional a abrigar características, objetivos, fundamentos institucionais e jurídicos que a diferem das demais”. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5º Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 310.

²⁵⁵Afirma Ricardo SEITENFUS: “O Mercosul é gerado a partir da mesma retórica que caracterizou as fracassadas ALADI e ALALC. Sua grande motivação é política. As dificuldades que, mais tarde, comprometerão o processo nascem com o próprio Tratado de Assunção. Quanto ao Brasil, diferenciam-se claramente, naquele momento, dois grupos entre os formuladores da política externa brasileira. O primeiro deles persegue oportunidades comerciais, criando novos fluxos e desviando comércio para a própria região das trocas até então realizadas com terceiros. Multiplicar-se-iam as *joint ventures*; as pequenas e médias empresas, inexperientes na área internacional passariam a agir no novo mercado; abrir-se-iam novas *fatias* de mercado intra-regional”. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5º Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. p. 295.

A seguir, as normas de aplicação imediata e a exceção de ordem pública serão examinadas com o objetivo de apresentar esses dois principais elementos existentes à disposição dos operadores do Direito para resguardar valores considerados relevantes para o funcionamento do sistema jurídico²⁵⁶.

Ambos os institutos derivam de uma mesma origem e compartilham semelhanças relativas às suas funções; entretanto não se confundem²⁵⁷. Com o objetivo de diferenciá-los, serão analisados nos próximos pontos desta pesquisa.

Após caracterizar e diferenciar as normas de aplicação imediata e a ordem pública, a atual situação legislativa e jurisprudencial do último dos institutos será analisada detalhadamente em dois processos de integração regional: o Mercosul e a União Europeia.

Normas de aplicação imediata

As normas de aplicação imediata compartilham com a ordem pública a característica de servir como instrumento de defesa de valores considerados essenciais para o adequado funcionamento do sistema jurídico.

Preliminarmente, cabe destacar a heterogeneidade relativa à pluralidade terminológica do instituto²⁵⁸. Neste sentido, afirma Tatyana FRIEDRICH:

Se, por um lado, a existência das normas imperativas é incontestável nos dias atuais, sua denominação, por outro, é objeto de inúmeras discussões que decorrem da falta de

²⁵⁶De acordo com Silvio BATTELLO: “El orden público como principio del derecho internacional privado no es la única forma de excluir la aplicación del derecho extranjero indicado para solucionar el caso por la norma indirecta. En determinadas hipótesis el interés estatal es de tal importancia que la aplicación del derecho extranjero queda excluida de forma apriorística, antes del análisis conflictual. Son denominadas normas imperativas, de aplicación inmediata o leyes de policía, y se caracterizan por ser de aplicación obligatoria. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 58.

²⁵⁷Segundo Tatyana FRIEDRICH: O tema das normas imperativas aparece diretamente vinculado à noção de ordem pública tendo em vista que ambos decorrem de uma valoração do ordenamento jurídico interno do país, gerando consequências nos casos concretos de direito internacional privado. Os dois institutos têm o potencial de afastar a escolha ou aplicação do direito estrangeiro, a execução local de atos realizados no exterior; o reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros e a escolha da lei regente dos contratos”; FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p.79.

²⁵⁸Horacio DE LA FUENTE afirma que: “A las normas imperativas también se las denomina “forzosas”, “coactivas”, “jus cogens”, “inderrogables”, “de derecho necesario”, “de orden público”, “irrenunciabiles”, “indisponibles”, etcétera”. DE LA FUENTE, Horacio H. *Orden Público*. Buenos Aires. Astrea. 2003. p. 65.

uniformização terminológica por parte da doutrina, numa situação em que cada autor utiliza, e defende, a denominação que entende ser mais oportuna. Parra-Aranguren lista e comenta as opções dos doutrinadores da era moderna: “*lois de police*”, que mesmo Phocion Francescakis considera apropriada se a restrição territorial imposta pelo artigo 2, parágrafo 1, do Código Civil Francês for abandonada; *leyes de aplicación necesaria* (José Antonio Carrillo Salcedo), enfatizando o fato de que elas necessariamente devem ser aplicadas pelo juiz; *lois d’ordre public* (Giuseppe Sperdutti) ou *normas expresas de orden público internacional* (Werner Goldschmidt), uma denominação que relembra os ensinamentos da escola italiana; *norme autolimitate* ou *norme con apposita delimitazione dalla loro sfera d’efficacia* (Rodolfo de Nova), porque deve existir como uma regra, expressa ou implícita, prescrevendo sua aplicação à questão particular. Acrescenta ao extenso rol também *Eingriffnormen* (Paul Heinrich Neuhaus), pela sua interferência no funcionamento das regras de conflito, *Exclusivnormen* (Gerhard Kegel) porque elas estendem excepcionalmente a aplicação de seu próprio sistema legal e, finalmente, as *normas rígidas expresas* (Werner Goldschmidt) ou *spatial conditioned rules* (Arthur Nussbaum). Várias acepções do mesmo termo geram, inevitavelmente, dificuldades na sua tradução para as diversas línguas dos doutrinadores. Em resumo, na língua francesa, prevalecem as expressões *règles d’application immédiate e lois de police*. Para exemplificar, a versão francesa da Convenção de Roma, que será estudada mais adiante, utiliza o termo *dispositions impératives* no artigo 3.3. e *lois de police* no artigo 7. Em inglês, dentre as várias denominações, destacam-se *rules of immediate application, peremptory norms (rules), imperative norms e mandatory norms*²⁵⁹.

Apesar de seus antecedentes históricos remontarem à Idade Média²⁶⁰, foi apenas no século XX²⁶¹ que as normas de aplicação imediata passaram a ser estudadas de forma mais aprofundada. Segundo Silvio BATTELLO:

Fue sólo en la segunda mitad del siglo XX que las normas imperativas comenzaron a ser analizadas en profundidad por la doctrina. Se le atribuye a Francescakis, en su obra *La théorie du renvoi*, de 1958, y en trabajos posteriores, ser el primero en distinguir claramente entre la evicción del derecho extranjero con fundamento en el orden público y las normas imperativas o de aplicación inmediata. Luego de analizar la jurisprudencia francesa sobre la materia, Francescakis percibió que algunas leyes del foro adquieren, como consecuencia de su contenido material, un lugar destacado en la mayoría de los sistemas de normas bilaterales de conflicto. Afirma que llegó a esta conclusión como fruto de constatar que la doctrina prevé la utilización del método conflictual para llegar a la ley aplicable, partiendo del tipo de relación humana en cuestión para luego constatar cuál es la legislación adecuada²⁶².

²⁵⁹FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 30-31.

²⁶⁰Segundo Tatyana FRIEDRICH: “No plano legislativo, Parra-Aranguren aponta como antecedente histórico as “Leyes de Castilla – Las Siete Partidas”, que vigoraram na Espanha no século XII. FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 33. No mesmo sentido, afirma Silvio BATTELLO: “Sobre sus orígenes, la doctrina ha identificado la existencia de ciertas normas municipales de la legislación medieval con carácter absoluto, que debían aplicarse siempre, independientemente de la relación del caso con otros ordenamientos jurídicos lo que hoy llamamos de normas imperativas”. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 59.

²⁶¹É o que também afirma Tatyana FRIEDRICH: “Apenas na segunda metade do século XX as normas imperativas passaram a ser objeto de estudos específicos, principalmente a partir do trabalho distintivo realizado pela doutrina francesa através de Phocion Francescakis, que cunhou pela primeira vez a expressão “leis de aplicação imediata”. FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 37.

²⁶²BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p.60-61.

As normas de aplicação imediata consistem em regras materiais internas de cada Estado, cujo conteúdo apresenta temas considerados fundamentais para o sistema jurídico que as cria²⁶³. Acerca da conceituação do instituto no âmbito do direito internacional privado, assevera Tatyana FRIEDRICH:

As normas imperativas de direito internacional privado são aquelas regras de âmbito interno que contêm determinados assuntos considerados essenciais ao país que as promulgou e, por isso, são automaticamente aplicadas. Diante de casos conectados a ordenamentos jurídicos de mais de um país, elas têm o poder de afastar a busca pela legislação aplicável através do método conflitual, e assim, evitar o uso do direito estrangeiro, sendo aplicadas de imediato. Embora de difícil conceituação, esse potencial de limitar a aplicação da lei competente é seu elemento caracterizador²⁶⁴.

A utilização das normas de aplicação imediata nos processos de integração regional tende a ocorrer de forma complexa. Nos referidos processos, pode haver coexistência entre as normas de aplicação imediata produzidas pelas autoridades comuns e as criadas pelos sistemas jurídicos nacionais dos Estados²⁶⁵. Ao referir-se ao Direito da União Europeia com o objetivo de ilustrar esse fenômeno, Tatyana FRIEDRICH afirma que ele: *“coexiste com os sistemas nacionais e, conseqüentemente, com as normas imperativas internas. Além disso, preceitos comunitários podem tornar-se imperativos, aplicando-se a toda a sociedade europeia. Muitos problemas podem, então, surgir”*²⁶⁶.

Em se tratando de União Europeia, cabe ressaltar que o Regulamento Roma I (Regulamento (CE) Número 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho

²⁶³Sobre a valoração das normas de aplicação imediata, assevera Nádia de ARAÚJO: “A ordem pública e as normas de caráter imperativo estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. Sua valoração não prescinde de uma hermenêutica ligada à eficácia dos princípios, cuja posituação pode ser encontrada nas Constituições dos Estados – v.g. art. 5º da Constituição Brasileira – e nos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso se quer prevenir resultados inconstitucionais na aplicação da lei estrangeira, tal como ocorre com a aplicação das leis em geral no plano interno. As normas de direito internacional privado também são baluartes de defesa desses princípios, agora alçados à categoria de normas-chave de todo o sistema jurídico”. ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p.110-111.

²⁶⁴FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 25.

²⁶⁵Segundo Kenny SONTAG: “No Direito da Integração, a exceção das normas de aplicação imediata tende a ser mais complexa, já que normas imperativas derivadas da integração podem coexistir com normas imperativas domésticas dos Estados-membros. A relação entre essas normas dependerá do grau de integração acordado por meio do direito internacional público”. SONTAG, Kenny. *Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado da União Europeia*. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR.2016. p. 532.

²⁶⁶FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 76.

de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais) traz em seu artigo 9º uma definição de normas de aplicação imediata²⁶⁷. De acordo com o referido dispositivo:

Artigo 9º. Normas de aplicação imediata. 1. As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou econômica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento. 2. As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro. 3. Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação²⁶⁸.

Augusto JAEGER JUNIOR afirma que essa conceituação proposta pelo legislador europeu no citado artigo do Regulamento Roma I possibilita ao Tribunal da União Europeia controlar a adequação das normas internas dos Estados-membros relativa às suas qualificações como sendo normas de aplicação imediata²⁶⁹. O autor conclui que a definição encontrada no citado Regulamento sobre a lei aplicável às obrigações contratuais alcança todos os demais documentos de direito internacional privado da União Europeia²⁷⁰.

Além do referido dispositivo legal, outros Regulamentos europeus tratam o tema das normas de aplicação imediata. São eles: Regulamento (CE) Número 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais; Regulamento (CE) Número 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares; Regulamento (UE) Número 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial; Regulamento (UE) Número 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu; Regulamento (UE) Número 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da

²⁶⁷JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 149.

²⁶⁸Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008R0593>. Acesso em 20/07/2017.

²⁶⁹JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 149.

²⁷⁰JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 150.

execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e Regulamento (UE) Número 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas.

Ressalta-se também a importância do Tribunal de Justiça da União Europeia no tratamento dado às normas de aplicação imediata²⁷¹. A definição dos princípios basilares do instituto, em sintonia com os objetivos fundamentais do grupo de Estados membros da União, contempla as ideias de proporcionalidade, equivalência e reconhecimento mútuo.

Ao contrário do observado na União Europeia, e em sintonia com grande parte da legislação internacional²⁷², não há registro de definição das normas de aplicação imediata nos textos legais regionais no âmbito do Mercosul. Nos sistemas jurídicos nacionais dos Estados-membros do bloco, cabe destacar a presença do instituto no artigo 2599 do Código Civil e Comercial da República Argentina.²⁷³ No mesmo sentido, o artigo 10º da *Ley de Derecho Internacional Privado* da Venezuela trata o tema²⁷⁴. Por sua parte, o Código Civil Brasileiro refere-se às normas de aplicação imediata em seu artigo 166 ao tratar da invalidade do negócio jurídico²⁷⁵.

²⁷¹Tatyana FRIEDRICH afirma que: “O Tribunal de Justiça das Comunidade Europeias teve papel primordial na definição dos princípios fundamentais do Direito Comunitário. Em relação às normas imperativas não tem sido diferente já que foi ele quem traçou as citadas diretrizes”. FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p.77.

²⁷²Segundo Tatyana FRIEDRICH: “Analisando a legislação estrangeira, percebe-se ainda uma reticência do legislador em definir expressamente as normas materiais que têm caráter imperativo dentro de seu ordenamento jurídico. Em relação às normas imperativas para casos de direito internacional privado, leis recentes tratam do tema modo mais incisivo”. FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p.143-144.

²⁷³Código Civil e Comercial da Nação Argentina – Lei 26.994. Título IV. Disposições de Direito Internacional Privado. Capítulo I. Disposições Gerais. Artigo 2599: Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> Acesso em 03/07/2017.

²⁷⁴FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p.166. Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial Nº 36.511 de 6 de agosto de 1998. Art. 10º: Artículo 10. No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicará necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/private/rexcor/rexcor_resp_ven25.pdf. Acesso em 03/07/2017.

²⁷⁵FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 196. Segundo o referido artigo: Código Civil Brasileiro. Lei Nº 10.406: CAPÍTULO V. Da Invalidade do Negócio Jurídico Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

No contexto legislativo latino-americano, as normas de aplicação imediata são tratadas em alguns instrumentos legais. No Código de Bustamante, as referidas normas aparecem misturadas ao instituto da ordem pública²⁷⁶. Na Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) ocorrida em Montevideu no ano de 1979, a proposta de incluir as normas de aplicação imediata foi rejeitada²⁷⁷. Em 1994, na quinta edição da conferência (CIDIP V) o instituto foi recebido expressamente no artigo 11 da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais²⁷⁸.

Apesar das semelhanças entre os institutos da ordem pública e das normas de aplicação imediata, ambos não se confundem. Os motivos que os diferenciam passam pelo destaque dado aos efeitos dos instrumentos. A ordem pública exerce seu efeito negativo ao afastar a aplicação da legislação estrangeira, ao contrário das normas de aplicação imediata, que geram um efeito positivo²⁷⁹. Estas agiriam antes do funcionamento do método conflitual, resguardando os valores fundamentais do sistema jurídico²⁸⁰.

Acerca das diferenças entre ordem pública e normas de aplicação imediata, cabe ressaltar que as referências às segundas nos distintos ordenamentos jurídicos são significativamente inferiores quando comparadas às primeiras²⁸¹. Após analisar em profundidade as relações entre ordem pública e normas de aplicação imediata, afirma Tatyana FRIEDRICH:

Independentemente dos posicionamentos em prol da aproximação ou do afastamento dos dois institutos, percebe-se que eles têm características próprias que, a cada passo na evolução das relações privadas internacionais, tornam-se mais peculiares. Valoriza-se, com isso, a autonomia

²⁷⁶Segundo Silvio BATTELLO: “En el ámbito convencional latinoamericano, el Código de Bustamante distingue las leyes de orden privado, las de orden público interno y las de orden público internacional y engloba dentro de estas últimas a las normas constitucionales y a todas las reglas de protección individual y colectivas, establecidas por el derecho político y administrativo, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario (arts. 3º, 4º, 5º). El Código impone el criterio de un orden público apriorístico, que consiste en tipificar como leyes de orden público una serie de materias, confundiendo así la figura del orden público con normas de aplicación inmediata o necesaria”. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p.61-62.

²⁷⁷Silvio BATTELLO afirma que, na CIDIP II, realizada em Montevideu em 1979, a delegação venezuelana apresentou proposta que contemplava o instituto das normas de aplicação imediata. A Comissão rejeitou a sugestão, com base no argumento do Dr. Werner Goldschmidt. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p.62.

²⁷⁸Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. Artigo 11: “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm Acesso em 17/08/2017.

²⁷⁹Sobre o efeito negativo e positivo da ordem pública, ver ponto 1.2. do presente trabalho.

²⁸⁰FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p.88.

²⁸¹FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 91.

do fenômeno das normas imperativas, tendo em vista que essa discussão não tem mais espaço em relação à ordem pública²⁸².

Após analisar os instrumentos limitadores utilizados em situações jurídicas multiconectadas e apresentar as principais características das normas de aplicação imediata e sua utilização no contexto dos processos de integração regional, passa-se a examinar o instituto da ordem pública como o segundo elemento limitador da aplicação da legislação estrangeira.

Posteriormente, a ordem pública será analisada em maior profundidade, tendo em vista sua atual situação legislativa e jurisprudencial no âmbito de dois processos de integração regional: o Mercosul e a União Europeia. No ponto 4. desta pesquisa, com base no exposto nas páginas anteriores, serão sugeridos critérios orientadores para aplicação da exceção de ordem pública nos processos de integração regional.

Exceção de ordem pública

O instituto da ordem pública²⁸³ se originou no período histórico de apogeu do Antigo Império sediado em Roma. Sob a égide do Direito Romano, a ordem pública consistia em fator impeditivo da derrogação de leis por meio de convenções²⁸⁴. Posteriormente, mais especificamente entre os séculos XV e XVIII²⁸⁵, a ideia precursora²⁸⁶ do princípio da ordem pública se originou com base nos “estatutos odiosos”²⁸⁷ das escolas estatutárias europeias da

²⁸²FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. p. 91.

²⁸³Segundo Horacio DE LA FUENTE: “Para evitar las confusiones que se derivan del hecho de que se emplea la misma expresión – orden público – para individualizar dos conceptos sustancialmente diferentes, como lo son los intereses generales y la institución que los tiene por objeto, proponemos que se mantenga la misma denominación por la tradición que existe al respecto, con un agregado que aclare que un caso se trata de la institución propiamente dicha (orden público – institución), y en otro del bien jurídico – interés general – objeto de protección (orden público – objeto)”. DE LA FUENTE, Horacio H. *Orden Público*. Buenos Aires. Astrea. 2003. p.143-144.

²⁸⁴DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. 1979. 282 p. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 60.

²⁸⁵BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p.23.

²⁸⁶RIBEIRO, Elmo Pila. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre, 1966. p. 28.

²⁸⁷DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. 1979. 282 p. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 61.

Idade Média. Estes, ao contrário dos “estatutos favoráveis”, permitiam descumprir leis consideradas odiosas ou nefastas²⁸⁸. Cabe destacar que os estatutos odiosos careciam de extraterritorialidade²⁸⁹, enquanto os chamados estatutos permissivos eram extraterritoriais, com certas limitações²⁹⁰. Já o princípio moderno da ordem pública teve origem a partir de variadas fontes doutrinárias nos séculos XVII e XVIII²⁹¹.

A noção de ordem pública no direito internacional privado, apesar de seus remotos antecedentes, foi apresentada com clareza apenas no início do século XIX, em uma época onde se inaugurou o processo de positivação do direito internacional privado²⁹².

As primeiras normas de ordem pública de efeitos internacionais, no âmbito do direito internacional privado moderno, foram criadas na França. O artigo 6º do Código Napoleônico, que tratava do campo do direito interno, dispunha: “*On ne peut déroger, par les conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*”²⁹³. O artigo 3º do mesmo regulamento trazia, em sua primeira parte, uma disposição que foi sendo interpretada gradualmente pelos operadores do direito no sentido de neutralizar a aplicação de leis estrangeiras contrárias à ordem pública na França²⁹⁴.

Como já foi citado nesta pesquisa, definir o conceito de ordem pública se trata de um grande desafio. Segundo Jacob DOLINGER, o instituto é “indefinível e de efeitos imprevisíveis”²⁹⁵. O autor também afirma que a ordem pública reflete a filosofia sócio-político-jurídica da legislação e que inclui o plano filosófico, político, jurídico, moral e

²⁸⁸Segundo Th. M. DE BOER: “Since the days of the Statuists there has been a need for an excuse not to apply foreign law on account of its odious content, or because the interests of the forum community are deemed of such cardinal import that they should come first anyhow. These days, public policy functions primarily as a choice-of-law corrective, particularly when it turns out that application of the designated foreign law would lead to intolerable results”. DE BOER, Th. M. *Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law. Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1996, vol. 257, p 395.

²⁸⁹Andreas BUCHER afirma que: “Selon Bertole, les statuts odieux ne pouvant pas s’appliquer que sur le territoire du pays concerné”. BUCHER, Andreas. *L’Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II. vol. 239. p. 44.

²⁹⁰RIBEIRO, Elmo Pila. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre. 1966. p. 27.

²⁹¹DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. 1979. 282 p. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 63.

²⁹²ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p.39.

²⁹³CODE NAPOLÉON, ÉDITION ORIGINALE ET SEULE OFFICIELLE. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5406276n/f11.item.zoom>. Acesso em 10/07/2016.

²⁹⁴CODE NAPOLÉON, ÉDITION ORIGINALE ET SEULE OFFICIELLE. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5406276n/f11.item.zoom>. Acesso em 10/07/2016.

²⁹⁵DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. 1979. 282 p. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado. p. 255.

econômico do sistema jurídico²⁹⁶. Trata-se de um princípio imanente da legislação, um conceito abstrato que busca proteger o sistema jurídico e moral de uma determinada sociedade em certo período de tempo.

No âmbito do direito internacional privado, o instituto limita a aplicação da lei estrangeira particular e defende a consistência interna do sistema, bloqueando valores jurídicos externos contrários aos conceitos sociais do sistema do foro. Segundo Bruno MIRAGEM:

Já em direito internacional, o conceito de ordem pública assume como característica marcante a preservação dos valores imanentes de uma determinada ordem jurídica nacional, servindo, portanto, como espécie de defesa do direito interno e de sua aplicação em relações que digam com uma determinada ordem jurídica²⁹⁷.

A ordem pública tem natureza geral, expressa princípios fundamentais e defende valores essenciais da justiça²⁹⁸. Não é passível de definição, sendo aferida pela mentalidade e pela sensibilidade média da sociedade em certa época²⁹⁹. Sempre que necessário para a aplicação da ordem pública a casos concretos, o instituto é apurado. Sua definição se trata, portanto, de conceito mutável, podendo se alterar graças a mudanças de costumes, de mentalidades e de interesses. Negi CALIXTO afirma que elementos como a soberania nacional, os bons costumes, a ordem econômica e administrativa do Estado compreendem o conceito de ordem pública³⁰⁰. Apesar da complexidade de definir o instituto da ordem pública, a necessidade de aplicar o princípio a casos práticos se mostra imprescindível. Neste sentido, assevera Thomas HEALY:

Bien que l'ordre public soit une chose vague, indéfinie, relative et changeable, c'est néanmoins une réalité qui a, dans le monde entier, une influence décisive à propos de nombreuses questions de droit international privé. S'il est difficile, sinon impossible, de le renfermer dans certaines limites définies et scientifiques, on peut s'en faire une idée assez exacte par l'examen des différents cas où il est impliqué. Il est vrai que les

²⁹⁶Segundo o referido dispositivo legal: “Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française”. DOLINGER, Jacob. *DIPr: (Parte Geral)*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 386.

²⁹⁷MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAUJO, Nadia de. (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 314.

²⁹⁸Afirma Andreas BUCHER que: “Le rôle primaire de la clause d'ordre public consiste en la sauvegard des valeurs essentielles de justice, qui sont à la base de l'ordre juridique”. BUCHER, Andreas. *L'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II. vol. 239. p. 26.

²⁹⁹Segundo Thomas HEALY: “L'ordre public est une mesure nationale applicable à toutes les personnes et à toutes les choses se trouvant sur le territoire de la nation intéressée”. “La plupart des auteurs, même ceux qui donnent une place importante à l'ordre public, reconnaissent que c'est une notion extrêmement vague et indéfinie”. “La notion d'ordre public est insaisissable”. HEALY, Thomas H. *Théorie Générale de L'Ordre Public. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 IV, vol. 9. p. 471.

³⁰⁰CALIXTO, Negi. *Ordem Pública - Exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Editora Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 72.

tribunaux, qui ne l'emploient que trop souvent pour dissimuler d'autres desseins, en ont beaucoup abusé; néanmoins, dans un grand nombre de cas, son application est non seulement recommandable, mais encore absolument nécessaire³⁰¹.

Por sua parte, afirma Andreas BUCHER:

L'ordre public apparaît, en définitive, non comme un facteur perturbant la cohérence des règles de conflit, mais comme un mécanisme destiné à rendre celles-ci mieux adaptées à leur véritable finalité, consistant dans le respect de l'intérêt des Etats à l'application de leurs lois³⁰².

Observa-se que a indefinição é a principal característica da ordem pública. Todavia, com o objetivo de estudar o instituto, algumas de suas propriedades podem ser destacadas³⁰³. Uma das características da ordem pública é sua *Excepcionalidade*, já que o instituto é utilizado apenas em situações extraordinárias³⁰⁴. Outra característica da ordem pública, relacionada à excepcionalidade, é a *Aplicação Restritiva*. Esta dispõe que o aplicador do instituto deverá interpretar sempre de forma limitada a possibilidade de utilizar a ordem pública. Ainda podem ser consideradas características da ordem pública a *Relatividade* e a *Instabilidade*. Ambas se relacionam com a variação da ordem pública no espaço e no tempo. A evolução de determinada sociedade em um período específico de tempo altera o conceito de ordem pública. O que no passado se considerava ofensivo à ordem pública pode mudar no presente³⁰⁵. A *Contemporaneidade*³⁰⁶ se relaciona expressamente às características imediatamente antes citadas, pois o instituto da ordem pública deverá ser aplicado de acordo com a realidade da época do julgamento, e não da ocorrência do caso. Outra destacada característica da ordem pública é o chamado *Fator Exógeno*. Este tem caráter externo à norma

³⁰¹HEALY, Thomas H. *Théorie Générale de L'Ordre Public. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 IV, vol. 9. p. 480.

³⁰²BUCHER, Andreas. *L'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II, vol. 239. p.108.

³⁰³BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 29-31.

³⁰⁴Segundo Andreas BUCHER: "L'ordre public tend, en effet, à se restreindre à certains principes fondamentaux, laissant place à l'application de lois étrangères différentes de la loi du for, dans la mesure du respect du «noyau» intangible de celle-ci. BUCHER, Andreas. *L'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II, vol. 239. p. 45.

³⁰⁵De acordo com Andreas BUCHER: "L'ordre public s'adapte nécessairement à l'évolution de ces valeurs dans la société". "La perception du caractère essentiel, ou non, de le contenu de les lois et règles, et de leur impact sur l'ordre public, peut évoluer. BUCHER, Andreas. *L'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II, vol. 239. p. 45.

³⁰⁶Andreas BUCHER assevera que: "On parle ainsi de la relativité dans le temps ou de l'actualité de l'ordre public. BUCHER, Andreas. *L'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II, vol. 239. p. 46

jurídica e não imanente à mesma. De tal forma, não seria correto afirmar a existência de leis de ordem pública, pois esta se constitui em princípio exógeno.

Analisando a utilização da exceção de ordem pública nos processos de integração como elemento limitador da aplicação dos efeitos de determinadas leis, pode-se afirmar que o instituto cumpre a função de servir como instrumento de proteção e também de integração.

Na atualidade, a ordem pública exerce um papel fundamental em relação à proteção de valores considerados relevantes. A função protetiva da ordem pública aparece, principalmente, nas relações consumeristas e trabalhistas. Ademais, o instituto desempenha uma importante função integradora, que pode ser observada nitidamente no contexto do direito contratual e concursal.

A evolução observada nas relações de consumo ao longo das últimas décadas vem gerando a necessidade de ampliar os mecanismos de proteção dos consumidores³⁰⁷. Acerca da estreita relação entre o direito do consumidor e o direito internacional privado, Cláudia LIMA MARQUES destaca que: “Consumir de forma internacional é típico da nossa época”³⁰⁸. A autora diz que: “não é mais necessário viajar, ser um consumidor ativo, consumidor turista, deslocar-se para contratar de forma internacional ou se relacionar com fornecedores de outros países” para ser um consumidor internacional³⁰⁹. O fenômeno do consumidor passivo, definido como aquele que recebe a informação ou que contrata em seu país, sem deslocamento físico; é uma realidade atual cada vez mais observável. Neste sentido, afirma:

Se, há algum tempo, a proteção do consumidor era um tema de direito interno, eis que a atuação da maioria das pessoas se restringia ao território de seu país, uma relação típica nacional, sem qualquer elemento de internacionalidade, hoje a realidade regional e nacional é diversa. Com a abertura dos mercados a produtos e serviços estrangeiros, com crescente integração econômica, a regionalização do comércio, as facilidades de transporte, o turismo em massa, o crescimento das telecomunicações, da conexão em rede de computadores, do comércio eletrônico, não há como negar que o consumo já extrapola as fronteiras nacionais. Os

³⁰⁷De acordo com Nádia de ARAÚJO: “O aumento das transações dos consumidores no plano internacional ocorreu principalmente com o barateamento dos custos das viagens internacionais e maiores facilidades de transportes, propiciando grande incremento do turismo. O cidadão comum se viu envolvido em relações transnacionais antes só acessíveis aos comerciantes. Os avanços tecnológicos também aumentaram as transações eletrônicas pela Internet, permitindo ao consumidor estabelecer uma relação contratual de caráter internacional sem sair de casa. Em ambas as hipóteses criam-se situações multiconectadas em que os consumidores não estão em pé de igualdade com os fornecedores e prestadores de serviços”. ARAÚJO, Nádia de. A Proteção do Consumidor nos Contratos Internacionais: Necessidade de Regulamentação Específica se torna realidade no Brasil e demais países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. Volume 100/2015. Julho– Agosto de 2015. DTR\2015\13080. p. 451 – 471.

³⁰⁸MARQUES, Cláudia Lima. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado. *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. Org. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 1100.

³⁰⁹MARQUES, Cláudia Lima. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado. *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. Org. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 1100.

bens estrangeiros estão nos supermercados, os serviços são oferecidos por fornecedores com sede no exterior por meio de *telemarketing*, da televisão, do rádio, da Internet, da publicidade massificada no dia-a-dia da maiorias dos cidadãos de nossas metrópoles regionais. Não é mais necessário ser um consumidor-ativo, um consumidor-turista, deslocar-se para contratar de forma internacional ou se relacionar com fornecedores de outros países. As próprias formas de produção e montagem hoje são internacionais, os contratos internacionais de consumo e o turismo se massificaram. O fenômeno do consumidor-passivo internacional e do consumidor-ativo internacional já chegou aos países da América Latina e ao Brasil.

Nos processos de integração regional, como a União Europeia e o Mercosul, observa-se essa preocupação por parte dos operadores do Direito. Ao referir-se à proteção internacional do consumidor, mais especificamente aos contratos de consumo, assevera Nádía de ARAÚJO:

Na União Europeia, a aplicação de soluções particulares a esses contratos deu-se em consonância com a tendência geral de assegurar uma proteção especial às partes mais fracas da relação contratual. A ideia foi retirar estes contratos da dialética *lei aplicável x ordem pública*, para criar uma regra de conexão especial. Observa-se essa solução no art. 5.º da Convenção de Roma de 1980, posteriormente substituída pelo art. 6.º do Regulamento 593/2008, atualmente vigente em toda a União Europeia. A definição da lei aplicável aos contratos envolvendo consumidores segue critério apartado, diverso da sistematização adotada para os contratos internacionais em geral. As principais codificações sobre o tema consideram o consumidor a parte mais fraca em uma contratação com um fornecedor, razão pela qual não só excepcionam essa categoria da aplicação da autonomia da vontade, como estabelecem regras de conexão apropriadas para as características desses contratos³¹⁰.

No âmbito do Mercosul, afirma a autora:

Atualmente, a maioria dos países do Mercosul sofreu processo de mudança de suas regras de direito internacional privado. A Argentina estabeleceu normas próprias para os consumidores, no art. 2.655 do Código Civil. O Paraguai excepcionou esses contratos da sua lei especial para as regras aplicáveis aos contratos internacionais, de 2015. O Uruguai também está em vias de criar normas próprias no Projeto de Lei de direito internacional privado, em andamento desde 2009. A Lei de direito internacional privado da Venezuela nada fala sobre os contratos com os consumidores, apesar de possuir norma expressa sobre a autonomia da vontade³¹¹.

Ao debruçar-se sobre o estudo da ordem pública no direito internacional do Mercosul, Silvio BATTELLO afirma que o instituto desempenha destacado papel na proteção aos trabalhadores dentro do bloco. Neste sentido:

La libre circulación de trabajadores, como derecho socio-laboral del Mercosur, no fue establecida de forma expresa por el Tratado de Asunción, que sólo se refiere a la libertad de circulación de los factores de la producción. Sin embargo, podemos afirmar que existen dos

³¹⁰ARAÚJO, Nádía de. A Proteção do Consumidor nos Contratos Internacionais: Necessidade de Regulamentação Específica se torna realidade no Brasil e demais países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. Volume 100/2015. Julho– Agosto de 2015. DTR\2015\13080. p. 451 – 471.

³¹¹ARAÚJO, Nádía de. A Proteção do Consumidor nos Contratos Internacionais: Necessidade de Regulamentação Específica se torna realidade no Brasil e demais países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. Volume 100/2015. Julho – Agosto de 2015. DTR\2015\13080. p. 451 – 471.

normas fundamentales del Mercosur para la protección de los trabajadores extranjeros: a) La Carta Social del Mercosur, de 1998, y b) el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, de 2002³¹².

O autor destaca a essencial função da ordem pública no plano falimentar como elemento integrador nos processos de integração regional. Afirma que a legislação aplicada corretamente tem o efeito de promover o saneamento do mercado comum. Ademais, o instituto da ordem pública cumpre a função de integrar o mercado mediante a proteção da liberdade de circulação dos fatores de produção. Segundo Silvio BATTELLO:

La utilización correcta del orden público en el ámbito concursal cumple una función esencial en el ámbito de la integración regional. Primero, porque las leyes de quiebras bien aplicadas sirven como correctivos económicos del Mercado de Integración, retirando de circulación las empresas que sean viables económicamente, y con ello, se evita el “efecto de la manzana podrida”, es decir, que una empresa deficitaria contagie otros agentes económicos produciendo una reacción en cadena. En segundo lugar, porque la evicción del orden público permite proteger la libre circulación de los factores de producción. El capital se protege por el reconocimiento de las normas imperativas de las normas de otro Estado Parte, como vimos, por el reconocimiento de las garantías reales otorgadas en el exterior. Los trabajadores reciben una protección, ya que además de las directrices establecidas por la Declaración Sociolaboral del Mercosur – son también aplicables ante los procedimientos de insolvencia – se encuentran resguardados por las normas imperativas que consideran la hiposuficiencia de sus relaciones y al carácter alimenticio de sus créditos, otorgándoles así una previsibilidad y seguridad de cobro mayor que el resto de los acreedores³¹³.

A breve análise das normas de aplicação imediata e da exceção de ordem pública, elementos limitadores à aplicação de leis em situações jurídicas multiconectadas, mostra que ambos os institutos fazem parte dos ordenamentos jurídicos nacionais desde épocas remotas. A proliferação das soberanias políticas tornou necessário contar com instrumentos de defesa dos valores locais diante de ameaças provenientes de legislações estrangeiras.

Este necessário exame serve de base para o próximo ponto da pesquisa, que analisará especificamente a situação legislativa e jurisprudencial da ordem pública no Mercosul e na União Europeia. Como restou demonstrado na primeira parte deste trabalho, o referido instituto jurídico superou as fronteiras dos Estados sem perder, entretanto, sua utilidade como instrumento de defesa de valores fundamentais para o correto funcionamento dos sistemas jurídicos.

Após discorrer sobre as normas de aplicação imediata e a exceção de ordem pública como instrumentos limitadores à aplicação das leis nos processos de integração regional, a

³¹²BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 111.

³¹³BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 198-199.

presente pesquisa passa a analisar a legislação e a jurisprudência existente sobre ordem pública no Mercosul e na União Europeia.

3.2.) *Atual situação legislativa e jurisprudencial da ordem pública*

Passa-se agora a analisar o atual estado do instituto jurídico da ordem pública no Mercosul e na União Europeia. As referências legislativas ao instituto e a jurisprudência relativa ao tema serão examinadas com o objetivo de mostrar a importância da ordem pública nos processos de integração regional e os benefícios de promover a definição dos critérios de aplicação.

Antes de examinar os processos de integração escolhidos, cabe reafirmar que a formação de sistemas comunitários pressupõe a restrição da autonomia dos Estados-membros na imposição de seus valores internos aos demais integrantes do bloco. Ao mesmo tempo, promove a construção de uma categoria de tais valores em escala comunitária. Segundo Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO:

En todos los países que participan en procesos de integración regional, se ha planteado de alguna u otra manera que la unificación y la armonización que inevitablemente resultan de dichos procesos, así como el desarrollo de ciertos principios fundamentales inherentes a los mismos, conspiran contra las esencias del derecho internacional privado. En el marco de la Unión Europea, se oyeron muchas voces en este sentido. En realidad, no hubo ni hay nada de qué alarmarse. Simplemente, en la medida en que el ente integrador se va transformando en un súper Estado (como es el caso de la Unión Europea), con su propia “constitución” (los tratados, desde Roma hasta Lisboa, indudablemente juegan este rol) y con la interpretación oficial y obligatoria del derecho de integración en manos de un tribunal supranacional, la reglamentación de las relaciones privadas internacionales (en particular pero no exclusivamente las “intracomunitarias”) va cambiando de modo ineluctable ya que se pone al servicio de los fines identificados como superiores por el súper Estado³¹⁴.

Os processos de integração analisados nesta pesquisa surgiram formalmente a partir de tratados internacionais firmados entre as partes interessadas. A legislação, base da integração, vem se constituindo em um fundamental elemento de desenvolvimento tanto para a União Europeia quanto para o Mercosul. Não se pode ignorar o destacado papel desempenhado pela

³¹⁴FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El Derecho Internacional Privado en el Diván – Tribulaciones de un ser complejo. In: *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Assunção. CEDEP. 2013. p. 28.

jurisprudência³¹⁵, cuja análise também é objeto da presente pesquisa. Neste sentido, afirma Roberto CIPPITANI:

El derecho de la integración muestra que la construcción del ordenamiento regional no deriva solo de la actividad de las instituciones legislativas, sino también de la aplicación de los jueces y de la interpretación de la doctrina legal. La interpretación de las cortes regionales tiene características especiales que las distinguen de los tribunales internacionales clásicos. De cualquier manera, el mismo derecho internacional ve con interés el laboratorio jurídico-metodológico que se está desarrollando en la jurisprudencia regional. Como se ha explicado anteriormente, la particularidad de esa actividad depende del método elegido, que es esencialmente teleológico. Ese método utiliza herramientas como el efecto útil y el sentido autónomo, lo que conduce a reconocer y construir un ordenamiento jurídico nuevo, superior e integrado con los ordenamientos nacionales. Dicho enfoque es interesante no solo por su consecuencia directa, sino que es la construcción de un derecho de la integración. De hecho, el método de los jueces regionales es relevante aun por sí mismo, en cuanto difiere de la tradicional dogmática jurídica. Secuencialidad y fragmentariedad del proceso hermenéutico; un objeto de la interpretación -el ordenamiento jurídico- considerado completo y cerrado, del cual solo se pueden deducir las normas; la misma diferencia entre el derecho y su interpretación). En cambio, la interpretación teleológica de los jueces regionales es holística y circular (v. gr., el sentido de las palabras, de las fuentes, se entiende solo en el ámbito del fin de la aplicación del ordenamiento regional; el sentido autónomo así establecido permite la construcción de conceptos jurídicos que dan coherencia al ordenamiento jurídico supranacional, la aplicación del cual es la finalidad de la actividad interpretativa). La interpretación debe ser teleológica, porque los ordenamientos jurídicos modernos, especialmente los que derivan de los procesos de integración, como se ha visto, se expresan siguiendo una finalidad, para garantizar la aplicación más amplia de los sistemas transnacionales y proteger sus intereses fundamentales (especialmente los derechos humanos)³¹⁶.

Considerando as marcadas diferenças entre o atual estado evolutivo e o arcabouço jurídico da União Europeia e do Mercosul, a seguir será analisado o atual estado de tratamento do instituto da ordem pública em ambos os processos de integração regional.

³¹⁵Sobre o uso de precedentes na fundamentação das decisões judiciais, afirma Jan SCHAPP: “Nós diferenciamos, primeiramente, entre tipos de casos e sentenças da jurisprudência que atuam como precedentes. Ambos têm o efeito de normas auxiliares a serem especificadas. Os tipos de casos representam, todavia, normas auxiliares da ciência do Direito que, em um dado momento, podem ter sido adaptadas da Jurisprudência. Eles têm, ainda, em geral, um nível de abstração considerável. Os precedentes são, pelo contrário, refinamentos desses tipos de casos com uma “área de influência” respectivamente menor. É aqui notado entre parênteses que, por um lado, a autoridade da Ciência do Direito e, por outro lado, a autoridade da Jurisprudência venham a ser eficazes. O ponto de vista não precisa continuar a ser analisado numa metodologia que pôde, até aqui, renunciar à força da persuasão. O juiz utilizará, muitas vezes, os precedentes não como normas auxiliares, e sim como reserva de boas razões que se lhe oferecem para a avaliação das relações do cotidiano a ele submetidas. A maior parte dos precedentes irá basear sua sentença a partir de um conjunto de razões que se expressam contra e a favor dela, e serão ponderadas umas em relação às outras. O juiz, que deve agora decidir, transforma esse conjunto, de certa forma, em uma pedreira, da qual ele “extraí” as partes isoladas que lhe pareçam convenientes. Nesse conjunto de razões composto por ele próprio, esses “empréstimos” podem, na verdade, também experimentar uma nova ponderação e precisam, via de regra, experimentá-la. O próprio juiz pode utilizar, aliás, essa técnica de fundamentação da sentença, considerando o suporte fático e a consequência jurídica dos preceitos jurídicos da lei e da ciência do Direito”. SCHAPP, Jan. *Metodologia do Direito Civil*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2004. p. 133-134.

³¹⁶CIPPITANI, Roberto. *Interpretación y derecho de la integración*. Coleção Diálogos desde la Diversidad. Calógero Pizzolo. Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 182-184.

União Europeia

A integração europeia, construída a partir de uma base política e outra econômica³¹⁷, pode ser considerada uma experiência bem sucedida. O inegável sucesso do processo integracionista europeu pode medir-se a partir da materialização dos principais objetivos de seus criadores: evitar conflitos bélicos de grande magnitude entre as nações europeias e promover a fusão dos interesses dos Estados.

A complexidade do projeto se destaca quando comparada a todos os demais modelos de integração já colocados em prática, dado que a União Europeia conta com um arcabouço institucional e jurídico invejável. O desenvolvimento jurídico do bloco acompanhou a evolução do processo integrativo, que há muito superou seu caráter economicista³¹⁸.

Também é possível afirmar que a integração europeia é a experiência mais ousada já proposta; pois teve como fundamento a união de Estados e povos cujas rivalidades eram acirradas e ancestrais. Mesmo considerando as inevitáveis crises ocorridas ao longo das décadas de integração, a União Europeia vem demonstrando contar com a flexibilidade necessária para superá-las.

Do ponto de vista jurídico, pode-se afirmar que o direito internacional privado europeizado surgiu a partir da aquisição da competência para legislar sobre a matéria por parte do legislador europeu. Isto ocorreu após a assinatura do Tratado de Amsterdam, em 1997. Desde então, a União Europeia conta com a faculdade de legislar sobre cooperação judiciária em matéria civil com incidência transfronteiriça; positivada no artigo 81 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta competência se baseia no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais, consagrado pelos membros da união.

³¹⁷Neste sentido, segundo Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: "La Unión Europea ha sido construida en base a dos ideas interrelacionadas. La primera es el ideal político de que las guerras provocadas por el nacionalismo del Estado quedarían superadas por un acercamiento hacia la unión entre los antiguos contendientes; esta unión se basaría en la segunda idea, constituida por un imperativo económico: con la constatación de que las naciones de Europa hubieran tocado techo en su desarrollo como economías independientes". MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Breve historia de la construcción europea a través de los Tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordenador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 247.

³¹⁸Sobre este ponto, afirma Augusto JAEGER JUNIOR: "A progressiva superação do caráter economicista do processo de integração ocorreu a partir da extensão de direitos garantidos pelas suas normas a um grupo maior de beneficiários. As garantias que eles passaram a desfrutar foram, basicamente, as seguintes: a) Ampliação da proteção garantida pela liberdade de circulação de pessoas. b) Direito de residência. c) Direito ao livre deslocamento. d) Direito a fazer-se acompanhar pela família. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Económicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 350-354.

Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam, a União Europeia passou a contar com a competência de trabalhar no sentido de unificar o direito internacional privado dos Estados-membros³¹⁹. Segundo Andrea BONOMI, o grande desenvolvimento da cooperação judiciária em matéria civil ocorreu após a assinatura do mencionado tratado³²⁰. Acerca das consequências desse processo, afirma o autor:

Le conseguenze di questo processo sono varie ed importanti. La prima, e la più positiva, è l'unificazione progressiva delle regole di diritto internazionale privato a livello regionale. L'unificazione delle regole sui conflitti di leggi e di giurisdizioni costituisce incontestabilmente un obiettivo ideale del diritto internazionale privato, settore dell'ordinamento la cui ragion d'essere è di assicurare nel modo più efficace possibile il coordinamento tra i sistemi giuridici nazionali al fine di ridurre le contraddizioni e gli attriti che la diversità dei diritti interni produce nella disciplina delle relazioni transfrontaliere. Tale obiettivo è stato lungamente perseguito sul piano internazionale ed universale sia attraverso la ricerca teorica e dottrinale di nozioni e modelli unitari, sia – più direttamente – attraverso l'elaborazione di trattati internazionali di diritto uniforme, in particolare nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (attiva sin dalla fine del XIX secolo) nonché di altre istituzioni di diritto uniforme (UNCITRAL, UNIDROIT). Questi sforzi hanno portato notevoli progressi in alcune materie, ma l'ideale dell'uniformità internazionale resta ancora molto lontano. Il diritto comunitario permette oggi di ritenere che tale obiettivo è almeno in parte realizzabile sul piano regionale³²¹.

A partir da aquisição dessa competência, a emergência de um sistema de direito internacional privado europeizado passou a ser aceita³²² e teve início um dinâmico processo de codificação. Cabe destacar a importância do direito internacional privado no processo de integração europeu, por ser a matéria uma importante ferramenta auxiliar para alcançar um dos objetivos do bloco: a construção de uma área de justiça, liberdade e segurança. Ademais, o chamado processo de europeização do direito internacional privado, ao promover maior

³¹⁹Augusto JAEGER JUNIOR assevera que o Tratado de Amsterdam é o “principal instrumento de impulsão a uma europeização do direito internacional privado”. No mesmo sentido, afirma sobre a época da assinatura do instrumento: “Naquele momento, a União Europeia recebeu uma competência especialmente dirigida à unificação do direito internacional privado e do direito processual civil internacional. A partir de então, a atividade normativa da União Europeia foi intensificada, ao ponto de passar a se falar na emergência de um sistema de direito internacional privado europeizado, de fonte supranacional, que tem a tendência de sobrepor-se aos sistemas jurídicos autônomos internos dos Estados-membros da União Europeia e, ao longo do tempo, até mesmo vir a substituí-lo”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 71-72. O autor também analisa o Tratado de Amsterdam na seguinte obra: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 54-55.

³²⁰BONOMI, Andrea. Il Diritto Internazionale Privato dell'Unione europea: considerazione generali. In: BONOMI, Andrea (Editor). *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2009. p.2.

³²¹BONOMI, Andrea. Il Diritto Internazionale Privato dell'Unione europea: considerazione generali. In: BONOMI, Andrea (Editor). *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. p.2.

³²²JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 61.

previsibilidade jurídica, reduz as possibilidades de que as legislações dos Estados-membros venham a prejudicar os indivíduos no exercício de seus direitos fundamentais.

Sobre o processo de unificação jurídica europeia, assevera Reinhard ZIMMERMANN:

Es cierto que en los últimos años se ha producido un nada despreciable proceso de unificación jurídica en campos tan distintos como el derecho de la competencia, el derecho antitrust, la propiedad intelectual, el derecho del trabajo y el derecho de sociedades. El derecho de obligaciones se ha visto afectado por las directivas sobre protección de los consumidores y usuarios en materias como los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles, las cláusulas abusivas en materia de contratos celebrados con consumidores, los créditos al consumo y la responsabilidad por productos. Sin embargo, a pesar de éstas y de otras iniciativas, la situación actual -por lo que se refiere a la unificación jurídica en Europa dista de ser satisfactoria, puesto que se trata tan sólo de pedazos de un derecho más o menos uniforme, insertados inorgánicamente en el ordenamiento jurídico nacional. Con ello no ha ganado en coherencia, racionalidad y previsibilidad, sino que más bien esta unificación jurídica made in Bruselas se ha tornado en mayor oscuridad, complejidad y desarmonía. Es posible que estas dificultades puedan allanarse a través de la codificación del derecho privado europeo, y sendas resoluciones del Parlamento Europeo de los meses de mayo de 1989y 1994 han abogado de hecho por dar este paso. Se persigue, así, la misma idea que Thibaut en 1814. Mas, como entonces, sigue siendo cuestionable si la promulgación de un Código Civil europeo es hoy practicable o incluso deseable. Por eso, automáticamente surge la pregunta relativa a la actualidad del programa de Savigny; esto es, si en primer lugar es necesaria la creación de una ciencia jurídica “que pueda ser común a toda Europa” y que sea capaz de edificar los cimientos sobre los que descansa el derecho privado europeo³²³.

Atualmente, o processo chamado de europeização do direito internacional privado vem sendo ampliado e aprofundado. O primeiro fenômeno ocorre mediante a criação de novos instrumentos que dispõem acerca de matérias ainda não tratadas pela legislação anterior. Até o presente momento, houve muitos avanços em relação à parte especial do direito internacional privado na União Europeia. O instituto da ordem pública tem grande relevância no processo de Europeização da parte geral do direito internacional privado; pois se constitui em um dos elementos a partir dos quais se esquematizaria uma disciplina relativa à parte geral do direito internacional privado³²⁴.

Sendo a União Europeia uma entidade supranacional, seu direito comunitário é vinculante para os Estados-membros, fazendo parte de seus sistemas jurídicos internos. Acerca da existência de uma ordem pública europeia, as disposições de proteção mínima estabelecidas devem ser consideradas como tal e prevalecer sobre a ordem pública dos países integrantes da união. No mesmo sentido, o processo de integração promove e seguirá evoluindo no sentido de aumentar a tolerância dos ordenamentos nacionais em relação às normas estrangeiras.

³²³ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho Privado Europeo*. Buenos Aires, 2017, Ed. Astrea, p. 9-11.

³²⁴JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 135.

No âmbito do direito unional, o instituto da ordem pública pode se manifestar de duas formas: por um lado, remodelando o conceito de ordem pública nacional e, por outro, impondo a consideração de uma ordem pública europeia. Segundo afirma Marc FALLON:

Comme tout système juridique, le droit communautaire produit un corps de règles d'ordre public, auxquelles il n'est pas permis de déroger en raison de leur caractère fondamental. De telles normes sont qualifiées d'essentielles en fonction de leur importance, tantôt pour le fonctionnement du marché, tantôt pour la personne dont elles cherchent à assurer la protection. L'obligation pour toute juridiction d'un Etat membre de respecter cet "ordre public communautaire" est certaine. Mais la méthode d'application l'est moins³²⁵.

Na União Europeia, a ordem pública da lei do foro se encontra limitada pela ordem pública unional. Esta última se constrói a partir da análise dos princípios básicos do processo de integração europeu. Neste sentido, de forma exemplificativa, podem ser considerados como principais elementos de uma ordem pública europeia³²⁶ os seguintes princípios: princípio da não discriminação em razão da nacionalidade³²⁷, princípio da subsidiariedade³²⁸, princípio da proporcionalidade e ³²⁹ demais princípios decorrentes de normas materiais. A

³²⁵FALLON, Marc. Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré - L'expérience des Communautés européennes. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1995. vol. 253. p 251.

³²⁶JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 148.

³²⁷Sobre a cidadania da União Europeia, afirma Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: "Entre otros aspectos, la ciudadanía europea significa que los ciudadanos de la Unión residentes en otro Estado miembro tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del país en que residan. Esta previsión ha requerido una modificación constitucional en algunos Estados, como Francia y España. Además los ciudadanos de la Unión tienen también derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro en que residan para las elecciones al Parlamento Europeo (antiguo artículo 8B). Asimismo el concepto de ciudadanía incluye el hecho por el que cuando se encuentran fuera de la Unión, todos los ciudadanos comunitarios podrán acogerse a la protección de las embajadas de los demás Estados miembros si el país de origen del interesado no posee allí ninguna representación diplomática (antiguo artículo 8C). Finalmente, reseña también en el ámbito de la ciudadanía europea la previsión de que todo ciudadano tendrá derecho de petición, es decir, de solicitud, reclamación o queja, ante el Parlamento Europeo y podrá dirigirse al Defensor del Pueblo (antiguo artículo 8D). MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Breve historia de la construcción europea a través de los Tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordinador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 257.

³²⁸De acordo com Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: "Parece evidente que el principio de subsidiariedad debe imponerse dado, sobre todo, que la Unión ni puede ni tampoco parece conveniente que lo haga todo. En tal sentido, el tan debatido principio viene, en definitiva, a significar una garantía para la democracia, una limitación de la Administración de la Unión así como de los recursos de la Comunidad, y una mejora de la competitividad. Así pues, como manifestara Delors, la subsidiariedad implica, al mismo tiempo, el derecho de cada uno de ejercer sus responsabilidades allí donde mejor pueda llevar a cabo su tarea y el deber de los poderes públicos de proporcionar a cada uno los medios para que se lleve a cabo esa tarea". MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Breve historia de la construcción europea a través de los Tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordinador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 258.

³²⁹Princípio "pelo qual a proposta não deveria ultrapassar o estritamente necessário para o alcance dos objetivos com ela buscados". JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 103.

título de exemplo, pode ser citado o artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que dispõe sobre o direito comunitário da concorrência³³⁰.

Ao examinar os princípios gerais do direito no âmbito da União Europeia, Carlos Francisco MOLINA DEL POZO, assevera que estes podem ser considerados fonte obrigatória da ordem jurídica da União. Segundo o autor:

En definitiva, podemos afirmar que, los principios generales del Derecho de la Unión Europea constituyen, en nuestra opinión, una fuente obligatoria del orden jurídico de la Unión . No obstante, sí que pueden encontrarse, como ponen de manifiesto otros autores, en los considerandos y en los primeros artículos de los Tratados fundacionales, formando, en ocasiones, parte de la filosofía y del espíritu de dichos Tratados . De esta manera lo ha entendido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha reiterado insistentemente que los Tratados constitutivos están formados no sólo por disposiciones generales que se encuentran en relación directa con el logro de los objetivos y de los fines perseguidos a través de la construcción europea, es decir de la integración . En este orden de cosas, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, entre otros, los siguientes principios: el de proporcionalidad, el de solidaridad, el del equilibrio institucional en el ámbito de las competencias y de las delegaciones, el de preferencia comunitaria en los intercambios internacionales y en la política agrícola y el de no discriminación en función de la nacionalidad³³¹.

Em relação aos regulamentos vigentes na União Europeia, vários deles subordinam a aplicação da lei do caso (*lex causae*) à exceção de ordem pública quando sua aplicação conduzir a um resultado manifestamente³³² incompatível com o instituto. Cabe destacar que o artigo 21 do Regulamento Roma I³³³; 26 do Regulamento Roma II³³⁴; 12 do Regulamento Roma III³³⁵; 34 do Regulamento Bruxelas I³³⁶; 22 do Regulamento Bruxelas II³³⁷ e 35, 40, 59,

³³⁰JAEGER JUNIOR, Augusto. Europeização do Direito Internacional Privado: carácter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba. Juruá. 2012. p. 148.

³³¹MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume II. Curitiba. Juruá. 2015. p. 349.

³³²Segundo Andreas BUCHER: “le caractère exceptionnel de l’ordre public est parfois souligné par l’adjonction du mot “manifestement“, notamment dans les Conventions de La Haye“. BUCHER, Andreas. L’Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. Recueil des cours de l’Académie de droit international. Martinus Nijhoff Publishers. 1993 II, vol. 239, p 22.

³³³Regulamento Roma I, Artigo 21. Ordem pública do foro. A aplicação de uma disposição da lei de um país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008R0593>. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:PT:PDF>. Acesso em 30/07/2016.

³³⁴Regulamento Roma II, Artigo 26. Ordem pública do foro A aplicação de uma disposição da lei de qualquer país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.

³³⁵Regulamento Roma III, Artigo 12. Ordem pública A aplicação de uma disposição da lei designada nos termos do presente regulamento só pode ser recusada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:pt:PDF>. Acesso em 30/07/2016.

³³⁶Regulamento Bruxelas I, Artigo 34. Uma decisão não será reconhecida: 1. Se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:pt:PDF>. Acesso em 30/07/2016.

³³⁷Regulamento Bruxelas II, Artigo 22. Fundamentos de não-reconhecimento de decisões de divórcio, separação ou anulação do casamento. Uma decisão de divórcio, separação ou anulação do casamento não é reconhecida: a)

60 e 61 do Regulamento 650/2012³³⁸ utilizam em seus textos o advérbio “manifestamente” incompatível com a ordem pública. Curiosamente³³⁹, na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu de 14.10.2009, que deu origem ao Regulamento 650/2012, o advérbio não estava presente. Proposital ou não, o “esquecimento” do legislador foi corrigido no texto final do regulamento. Segundo Erik JAYME, a utilização do advérbio “manifestamente” impõe ao julgador o “dever de fundamentar³⁴⁰” a incompatibilidade do caso concreto com a ordem pública local, não se tratando apenas de uma arbitrariedade semântica³⁴¹.

Enquanto a parte especial do direito internacional privado europeu se encontra atualmente mais desenvolvida, como se depreende dos parágrafos anteriores, o mesmo não se pode afirmar acerca da parte geral³⁴². Neste contexto, os debates ainda estão em uma fase

Se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003R2201>. Acesso em 30/07/2016.

³³⁸Regulamento 650/2012. Artigo 35. Ordem pública (ordre public) A aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro. Artigo 40. Fundamentos do não reconhecimento: Uma decisão não é reconhecida: a) Se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido. Artigo 59. Aceitação dos atos autênticos 1. Um ato autêntico exarado num Estado-Membro tem noutro Estado-Membro a mesma força probatória que tem no Estado-Membro de origem, ou efeitos o mais equiparáveis possível, desde que tal não seja manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro em causa. Artigo 60. Executoriedade dos atos autênticos. 3. O órgão jurisdicional perante o qual é interposto um recurso nos termos dos artigos 50 ou 51 só recusa ou revoga uma declaração de executoriedade se a execução do ato autêntico for manifestamente contrária à ordem pública do Estado-Membro de execução. Artigo 61. Executoriedade das transações judiciais. 3. O órgão jurisdicional perante o qual é interposto um recurso nos termos dos artigos 50 ou 51 apenas poder recusar ou revogar uma declaração de executoriedade se a execução da transação judicial for manifestamente contrária à ordem pública do Estado-Membro de execução. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:PT:PDF>. Acesso em 30/07/2016.

³³⁹JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 147. No mesmo sentido: Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ destaca outra característica presente na Proposta que não foi incluída no Regulamento: a previsão específica em relação aos regimes de definição das legítimas. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel. La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012. In *Dret – Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2013. p. 44. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2266493>. Acesso em 05/08/2016.

³⁴⁰JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. N° 82, 1991. p. 227.

³⁴¹Sobre o particular, ao analisar o artigo 6º da Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) sobre Arbitragem Comercial Internacional, afirma Silvio BATTELLO: “La finalidad de la palabra “manifestamente”, utilizada em muchos otros textos internacionales como calificativo de toda violación significativa del orden público, es la de subrayar que la excepción de orden público ha de interpretarse restrictivamente y la de que sólo debe invocarse el artículo 6º en constancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante”. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 198.

³⁴²Segundo Giesela Rühl e Jan Von Hein: “At the European level, the idea of codifying general principles has not attracted very much attention or interest up to date. However, it may be understood as falling under the

elementar. Em relação ao tema, Augusto JAEGER JUNIOR afirma que a ordem pública é um dos institutos a partir dos quais uma disciplina relativa à parte geral do direito internacional privado poderá ser esquematizada³⁴³.

Sobre as discussões acerca do tema, cabe destacar a significativa contribuição de Paul LAGARDE, divulgada durante o congresso “*Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*”, realizado na França em 2011³⁴⁴. O autor então apresentou sugestão de propostas gerais de um código europeu de direito internacional privado. Em seu “*Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé*”, LAGARDE cita o instituto da ordem pública nos artigos 135³⁴⁵, 142 (1)³⁴⁶ e 143³⁴⁷.

Ao tratar o tema da aplicação ou afastamento do direito estrangeiro; o autor também utiliza a expressão “manifestamente incompatível”. Agrega LAGARDE, como critério de aferição da referida incompatibilidade, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Cita também a intensidade da relação do caso concreto com a ordem jurídica do foro - ordem pública de proximidade³⁴⁸. Ao analisar o reconhecimento de sentenças estrangeiras,

notion of codification as it is used by the European Commission in its Communication, codification does not have to be comprehensive. It may also extend to “certain parts of the existing EU legislation”. Whether the codification of general principles would actually be attractive for national and European policy-makers is clearly a separate question”. RÜHL, Giesela; VON HEIN, Jan. *Towards a European Code on Private International Law*. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf). Acesso em 06/02/2017.

³⁴³De acordo com o autor: “Assim que uma disciplina relativa à parte geral do direito internacional privado poderá ser esquematizada a partir dos institutos de qualificação, elementos de conexão, autonomia da vontade, ordem pública e normas de aplicação imediata ou necessária”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 135.

³⁴⁴JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p 134.

³⁴⁵Art. 135: L’application du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l’ordre public du for, en particulier si elle est incompatible avec les droits garantis per la charte européenne des droits fondamentaux. Cette incompatibilité s’apprécie en tenant compte, notamment, de l’intensité du rattachement de la situation avec l’ordre juridique du for. LAGARDE, Paul. *Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé*. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 75. Volume. 2011. p. 673-676.

³⁴⁶Art. 142 1): Sans préjudice d’autres motifs de non reconnaissance énoncés dans la partie spéciale du présent règlement, une décision n’est pas reconnue si: 1) la reconnaissance est manifestement contraire à l’ordre public de l’État membre requis. LAGARDE, Paul. *Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé*. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 75. Volume 2011. p. 673-676.

³⁴⁷Art. 143: Sauf disposition contraire du présent règlement, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l’État membre d’origine. Le critère de l’ordre public visé à l’article 142, point 1, ne peut être appliqué aux règles de compétence. LAGARDE, Paul. *Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé*. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 75. Volume 2011. p. 673-676.

³⁴⁸Sobre a ordem pública de proximidade, afirma Gabriel VALENTE DOS REIS: “A teoria da ordem pública de proximidade, segundo a qual a intensidade da rejeição do direito estrangeiro deve depender de quão próximas do foro estão situadas as partes ou a relação jurídica (sendo certo que a noção de proximidade não é meramente espacial), é um instrumento, a um só tempo, de cosmopolitismo empírico-analítico e da imparcialidade cosmopolita. O cosmopolitismo empírico-analítico deriva do fato de se analisar a intensidade dos vínculos do

LAGARDE afirma que essas não serão reconhecidas quando observada sua “manifesta incompatibilidade” com a ordem pública do Estado em questão. Finalmente, diz o autor que o critério de ordem pública usado para o reconhecimento de sentenças não deverá ser aplicado às regras de competência³⁴⁹.

A criação de um código europeu de direito internacional privado, que incluísse o instituto da ordem pública, beneficiaria o funcionamento do sistema jurídico da União Europeia. Depois de vinte anos da assinatura do Tratado de Amsterdam, a realidade do direito internacional privado europeu está marcada por um grande número de incoerências, lacunas e repetições³⁵⁰. Esta regulamentação da parte geral do direito internacional privado é defendida como um complemento necessário para o arcabouço jurídico europeu. Segundo Xandra KRAMER:

An advantage that has been attributed to a genuine codification of European private international law is that it would increase coherence, accessibility, and efficiency. By adding a section including general provisions of private international law (in doctrine referred to as ‘Rome 0 Regulation’), the framework could be completed. These general provisions would be applicable to all separate areas or sections of such a code, unless provided otherwise, and would avoid a repetition of rules. At the same time, the drafting of such a general section could provide European private international law with a better foundation, as well as guidance regarding the interaction with other areas of EU law, and the application and interpretation of EU private international law. As was already signalled in the 2012 study, and has been observed in scholarly publications, it is questionable whether for the short term there is sufficient political support to justify engaging in such a project. It would require extensive EU

caso com os ordenamentos em jogo, enquanto elemento prejudicial à aplicação, ou não, da ordem pública. Já a exigência de um argumento externo (proximidade), para justificar a aplicação da ordem pública do foro, obedece à imparcialidade cosmopolita, importando certa autocontenção. A construção teórica, como aliás a exceção de ordem pública de uma maneira geral, também se relaciona à mediação entre o particular e o universal. Permite, assim, tanto a defesa de valores importantes do foro quanto o respeito a valores estrangeiros diferentes – em situações nas quais, mesmo havendo contrariedade a um valor do foro, os fatos não apresentam conexão considerável com este”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. *Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável*. Dissertação de Mestrado em Direito. FADUSP. Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2012. p. 120.

³⁴⁹LAGARDE, Paul. Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 75. Volume. 2011. p. 673-676.

³⁵⁰Afirma Xandra KRAMER: “Over the past 15 years, a wide comprehensive legislative framework of European private international law has been established. Currently, systemic gaps still exist in relation to, in particular, property; trusts; agency; corporations; marriage; registered partnerships and similar institutions; names of natural persons; adoption; parentage; and the status and capacity of natural persons. To these may be added the law applicable to privacy and personality rights, as well as specific rules that adequately address collective redress. General rules of private international law, which are often included as a separate part in national codifications, are also lacking, though incidental rules are included in the various regulations”. KRAMER, Xandra. *European private international law: The way forward*. Prepared for the European Parliament. Published in *Workshop on Upcoming Issues of EU law. Compilation of in-depth analyses*, 2014. p. 77-105. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502232 ou em http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201409/20140924_ATT89662/20140924_ATT89662EN.pdf. Acesso em 09/03/2017. p. 102. No mesmo sentido, afirmam Giesela Rühl e Jan VON HEIN: “The current framework of European Private International Law is characterized by a multitude of legal sources that suffer from various deficiencies, notably gaps, redundancies and incoherencies”. RÜHL, Giesela; VON HEIN, Jan. *Towards a European Code on Private International Law*. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf). Acesso em 06/02/2017. p. 721.

and Member State resources, diminish further the relevance of domestic codifications that are founded on standing traditions, and require additional investments on the part of judicial practice and businesses³⁵¹.

No mesmo sentido, assevera Marcin CZERPELAK:

In conclusion, one can eventually try to answer the question posed in the title of this article: would we like to have a European Code of Private International Law? The response shall be positive, as - from the legal point of view - there is a need for it and there is a possibility to achieve it. There is a need for it because of the shortcomings of the present situation. The most important issue is the broad scope of application of European instruments considered together (i.e., regulations that are planned and those already in force). There is not much space left for the national legislator and the assumptions on which partial unification was based are no longer true. To the contrary, 'creeping' codification' resulted in terminological discrepancies and methodological inconsistency, for which there is only one remedy: a European Code of Private International Law³⁵².

Finalmente, de acordo com Giesela Rühl e Jan VON HEIN:

A comprehensive codification may solve some (albeit not all) problems of European PIL as it current stands. On balance, significant gains can be expected with regard to visibility, accessibility and coherence of European PIL. However, institutional and practical obstacles exist that make it rather unlikely that a European Code on PIL will actually become a reality in the near future. To be sure, this does not rule out the possibility of having a single legal instrument on PIL in the long run. Moreover, considering a comprehensive codification of European PIL as a long-term project does not exclude taking measures to improve the coherence of EU PIL in the short – to medium – term. More specifically, it remains possible to further consolidate the *acquis communautaire* in PIL and to improve the existing institutional framework³⁵³.

Sobre a importância da ordem pública no complexo processo de codificação do direito internacional privado europeu, cabe destacar a opinião de Stefan LEIBL no sentido de afirmar que o instituto deve transcender os valores nacionais e buscar como elementos básicos aqueles vinculados aos direitos humanos. Afirma o autor:

Having applied the applicable law to the case at hand, the final question is whether the result complies with the indispensable legal standards of the forum, a concept traditionally labelled *ordre public*. In the field of recognition of judgments, the *ordre public* exception may be retreating, but as a result of remaining significant differences in national substantive laws, particularly in family and succession matters, private international law cannot forgo an *ordre*

³⁵¹KRAMER, Xandra. European private international law: The way forward. Prepared for the European Parliament. Published in *Workshop on Upcoming Issues of EU law. Compilation of in-depth analyses*, 2014. p. 77-105. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502232 ou em <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201409/20140924ATT89662/20140924ATT89662EN.pdf>. Acesso em 09/03/2017. p. 101.

³⁵²CZERPELAK, Marcin. Would We Like to Have a European Code of Private International Law? *European Review of Private Law* 4, 2010 p 705-728. Disponível em <https://home.heinonline.org>. Acesso em 06/08/2015. p. 727.

³⁵³RÜHL, Giesela; VON HEIN, Jan. *Towards a European Code on Private International Law*. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf). Acesso em 06/02/2017. p. 736.

public reservation. Accordingly, Art. 21 Rome I Regulation, Art. 26 Rome II Regulation, Art. 12 Rome III Regulation and Art. 35 Regulation on Succession and Wills still provide for respective rules. A Rome 0 Regulation should adopt this merely negative concept of *ordre public* blocking the application of a certain rule. It ought to apply *ex officio* and be restricted to a control of the result rather than the legal rule. Whenever the application of the *ordre public* exception leads to a gap in the application law, a standard rule should apply to enable the gap to be filled appropriately. Some argue for a principle of the least intense interference with the *lex causae*. One might also consider taking recourse to the *lex fori* or a functional approach. A Rome 0 Regulation also ought to clarify that the reservation is not limited to purely national values but susceptible to European standards, too, especially the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms³⁵⁴.

Dentro do complexo arcabouço jurídico europeu, o trabalho de aplicação e interpretação das leis, realizado pelos magistrados, tem grande relevância³⁵⁵. Acerca da importância da jurisprudência no sistema jurídico da União Europeia, afirma Roberto CIPPITANI:

Eso significa que, a mayor complejidad, mayor será la discrecionalidad del intérprete; es decir, su contribución a la gestión del sistema complejo. Pero esta discrecionalidad no se debe confundir con el arbitrio, del cual habla a veces la doctrina que se ocupa de la jurisprudencia regional. El carácter semántico y complejo del ordenamiento regional significa que el juez que lo interpreta no puede considerar que partirá de un sistema autosuficiente y ordenado, del cual solamente puede limitarse a extraer las normas, sin ninguna participación en el proceso interpretativo. Los textos legales, y sobre todo los de ordenamientos como los que surgen de los procesos de integración, no pueden prever todas las situaciones a las cuales se van a aplicar en el futuro. Las fuentes jurídicas, como cualquier texto, son un “mecanismo perezoso (o económico)”, compuesto de espacios en blanco que se deben rellenar a través de la cooperación de los intérpretes. Los jueces, como todo intérprete de cualquier texto, completan el lenguaje legislativo, que siempre está “incompleto”. Por lo tanto, un enfoque interpretativo que sea útil a los procesos de integración jurídica debería abandonar la idea proveniente del paradigma estatalista, según el cual el derecho es algo ordenado y completo³⁵⁶.

Em relação à jurisprudência europeia sobre a ordem pública, cabe destacar o papel relevante³⁵⁷ do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE) na formação de um sistema

³⁵⁴LEIBLÉ, Stefan.; MÜLLER, Michael. A general part for European Private International Law Rome 0. In: *Yearbook of Private International Law, Volume 14. 2012- 2013.* p. 150.

³⁵⁵Roberto CIPPITANI afirma que: “Especialmente, la jurisprudencia comunitaria, volviendo a los principios históricos comunes, está elaborando una “parte general” del sistema europeo que le confiere la necesaria coherencia y fomenta la unidad del derecho, interrumpida hace doscientos años por el nacimiento de los ordenamientos nacionales”. CIPPITANI, Roberto. Interpretación y derecho de la integración. Coleção *Diálogos desde la Diversidad*. Calógero Pizzolo. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 174.

³⁵⁶CIPPITANI, Roberto. Interpretación y derecho de la integración. Coleção *Diálogos desde la Diversidad*. Calógero Pizzolo. Buenos Aires. Astrea, 2016. p. 161.

³⁵⁷Segundo Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido desarrollando, en nuestra opinión, una actuación absolutamente trascendental e insustituible dentro del marco de la construcción europea, favoreciendo progresivamente el logro de una más amplia integración entre los Estados miembros. Nosotros mismos ya hemos incidido en poner de relieve la audacia, pulcritud, independencia y seriedad que, a la hora de interpretar el Derecho europeo, ha operado siempre en el órgano judicial de la Unión. Sin embargo, tradicionalmente los autores, tanto nacionales como extranjeros, no han incluido sus actos dentro del contexto de las fuentes obligatorias del Derecho europeo, debido, en la mayoría de las veces, a la idea de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no posee, en principio, más que la autoridad de

europizado de direito internacional privado³⁵⁸. Neste contexto, uma importante decisão da referida corte³⁵⁹, o chamado Caso KROMBACH, será analisada a seguir³⁶⁰.

Após o falecimento de uma cidadã francesa de 14 anos de idade na Alemanha, o inquérito que tinha sido iniciado contra seu médico, Dr. Dieter Krombach, foi arquivado. Indignado, o pai da menor apresentou nova denúncia na França. A justiça francesa se considerou competente, em virtude da nacionalidade da vítima. O médico alemão, Dr. Krombach, foi devidamente citado e constituiu advogados; porém não se apresentou na audiência marcada. Cabe destacar que, segundo a legislação francesa, o revel não se pode fazer representar em juízo. Portanto, o Dr. Krombach foi considerado em revelia, tendo sido a sentença prolatada sem que os representantes do médico fossem ouvidos. O réu foi duplamente condenado. Recebeu pena de prisão, além de ter sido sancionado a indenizar os pais da jovem falecida.

Quando da execução da sentença, na Alemanha, o Dr. Krombach interpôs recurso ao Supremo Tribunal Alemão (Bundesgerichtshof) sob a alegação de cerceamento de defesa. A corte decidiu suspender o julgamento e elevar ao Tribunal de Justiça da União Europeia os seguintes questionamentos: 1º) Ao entender que o juiz francês não seria competente para julgar o caso, existia a possibilidade de aplicar o princípio da ordem pública para não reconhecer sentença estrangeira? 2º) Por entender que as garantias de defesa do réu teriam sido violadas, haveria possibilidade de negar o reconhecimento de sentença estrangeira tomando como base a ordem pública alemã?

Em relação ao primeiro ponto, a corte europeia declarou não ser possível utilizar a exceção de ordem pública para não reconhecer decisão tomada a partir de competência exorbitante do juiz. Já no segundo ponto, a exceção de ordem pública foi aceita. A decisão

cosa juzgada”. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume II. Curitiba. Juruá. 2015. p. 329-330.

³⁵⁸Segundo Roberto CIPPITANI: “Como se ha mencionado anteriormente, los acuerdos internacionales que prevén formas de integración regional, en muchos casos, establecen organismos que tienen la tarea de aplicar e interpretar las normas regionales. Específicamente, en Europa y América Latina desempeñan un papel importante las instituciones judiciales de los sistemas jurídicos regionales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sucesivamente, Tribunal de Justicia), el TEDH, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (sucesivamente, también, TJCA), el Tribunal Arbitral Ad Hoc y el Tribunal Permanente del Mercosur (sucesivamente, también, TPR), y la Corte de Justicia Centroamericana (sucesivamente, Corte Centroamericana)”. CIPPITANI, Roberto. *Interpretación y derecho de la integración*. Coleção *Diálogos desde la Diversidad*. Calógero Pizzolo. Buenos Aires. Astrea, 2016. p. 23-24.

³⁵⁹Analisando o caso Krombach, Silvio BATTELLO afirma que: “Le ha correspondido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea fijar el concepto y el alcance del orden público como excepción prevista para la aplicación de las normas comunitarias”. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 78.

³⁶⁰Disponível no portal de Internet do Tribunal de Justiça da União Europeia. www.curia.europa.eu. Acesso em 30/07/2016.

teve como base o princípio comunitário que considera o direito de defesa como sendo um direito fundamental. A análise do caso *Krombach* mostra que coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia determinar o conceito e o alcance da ordem pública como exceção prevista para a aplicação das normas comunitárias.

Cabe também destacar o caso *Eco Swiss China Time vs. Benetton International*, que pacificou o entendimento no sentido de que o Tribunal de Justiça da União Europeia considera a matéria antitruste arbitrável. Mesmo se tratando de matéria de ordem pública, as partes não perdem o direito de se submeter à arbitragem. Apesar de permitir a arbitrabilidade relativa ao tema, a possibilidade de revisão em relação à matéria antitruste fica mantida. Por se tratar de matéria de ordem pública, eventuais sentenças arbitrais contrárias ao posicionamento da Comissão Europeia serão considerada nulas. Neste caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou se uma violação ao direito da concorrência poderia contrariar a ordem pública. A corte comunitária decidiu anular a decisão arbitral por considerá-la contrária à ordem pública europeia; neste caso ao disposto em normas de direito comunitário da concorrência³⁶¹.

Após exame do instituto da ordem pública na União Europeia, seu tratamento na legislação e jurisprudência, conclui-se que o instituto exerce função relevante para o adequado funcionamento do sistema³⁶². A ordem pública desempenha importante papel tanto na atual legislação quanto nos debates relativos à evolução do direito europeu.

Esta análise deixa evidente que a ordem pública está marcadamente presente na legislação e na jurisprudência de um processo de integração que vem evoluindo há décadas, como é o caso da União Europeia. Neste sentido, é possível concluir que o aprofundamento da integração entre Estados; e, conseqüentemente, de seus sistemas jurídicos, não reduz a importância da ordem pública. Diante deste contexto, os operadores do Direito devem tomar consciência da relevância de adaptar o instituto às necessidades decorrentes do progresso da inter-relação entre os Estados.

Mercosul

³⁶¹JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 148.

³⁶²Segundo Nádía de ARAÚJO: “A jurisprudência de diversos países atesta a existência de uma ordem pública europeia em casos nacionais”. ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p. 128

Passa-se agora a analisar a presença do instituto jurídico da ordem pública no Mercosul. Criado em 1991, o Mercado Comum do Sul é o corolário de um longo e exitoso processo de entendimento iniciado em meados da década de 1980 entre o Brasil e a Argentina³⁶³. Desde a constituição formal do Mercosul, os governos brasileiros vêm tratando o bloco como uma prioridade no âmbito das relações exteriores³⁶⁴.

Cabe destacar a relevância deste projeto integracionista para o Brasil à luz das mudanças promovidas a partir do período histórico chamado de “Nova República”. A Constituição Federal de 1988³⁶⁵ traz em seu texto determinação expressa³⁶⁶ no sentido de incentivar a integração do país aos demais Estados da região. Trata-se de objetivo nunca antes encontrado nas constituições brasileiras anteriores, o que prova o elevado valor dado ao tema pelo legislador constituinte.³⁶⁷ Neste sentido, segundo Paulo Roberto de ALMEIDA:

³⁶³Segundo Augusto JAEGER JUNIOR: “A integração do Cone Sul tomou força na segunda metade da década de 80, principalmente com o retorno dos Estados ao regime democrático de governo e com a assinatura, em 1988, do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. As negociações entre Brasil e Argentina daquela década também resultaram na assinatura da Ata de Buenos Aires de 1990, na qual ficou estabelecida a criação de um mercado comum a ser implementado até o final do ano de 1994, data que foi reafirmada no Tratado de Assunção. Por tal, a cooperação econômica entre Brasil e Argentina da década de 1980 foi vista como precursora desse processo”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 59

³⁶⁴Afirma Paulo Roberto de ALMEIDA: “O Mercosul constituiu, desde o governo Sarney, uma das mais importantes prioridades da diplomacia brasileira, o que foi confirmado seguidamente desde então. Ele era visto pela administração Fernando Henrique Cardoso como uma base possível para a integração econômica da região com o mundo e conducente ao fortalecimento das relações econômicas na região e fora dela. Para Lula, o Mercosul também foi declarado uma das prioridades mais importantes de sua diplomacia; na prática, os resultados foram o contrário do esperado – ou proclamado. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Nunca antes na diplomacia...: a política externa brasileira em tempos não convencionais*. 1ª Ed. Curitiba. Apris, 2014. p. 137.

³⁶⁵Sobre a relação entre Constituição e a ordem jurídica internacional, afirma Ingo Wolfgang SARLET: “As relações entre a Constituição (mas também do direito interno dos Estados em geral) e a ordem jurídica internacional seguem merecendo lugar de destaque na pauta política e jurídica, seja no Brasil, seja no exterior. Com efeito, ainda mais no âmbito de um mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado), constituem demandas prioritárias”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o assim chamado Controle de Convencionalidade na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Processo Comparado*. Volume 5/2017. Jan - Jun/ 2017 | DTR\2017\1615. p. 183-220.

³⁶⁶CF/1988 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

³⁶⁷Sobre o particular, afirma Sérgio DANESE ao examinar o legado do governo de José Sarney em relação à política externa: “O ex-presidente reivindica a iniciativa de inscrever na Constituição Federal o compromisso brasileiro com a integração latino-americana, persuadindo o ex-chanceler, então senador constituinte, Afonso Arinos, a introduzir o preceito constitucional. E explica um interesse maior do Congresso Nacional por política externa a partir da integração com a Argentina, que despertou a bancada do Rio Grande do Sul, sensibilizada pelos impactos diretos que os acordos traziam para a economia gaúcha, para a importância de acompanhar mais

As mudanças constitucionais nas relações internacionais *stricto sensu* foram menos relevantes, ou quase imperceptíveis, registrando-se apenas a consolidação dos valores e princípios pelos quais se deveria guiar o Brasil - promoção e defesa dos direitos humanos, por exemplo, repúdio ao terrorismo, entre outros - e a inscrição, inédita nos textos anteriores, da busca da integração latino-americana como uma espécie de obrigação constitucional imposta ao país no seu relacionamento com os vizinhos. A demanda pela integração regional pode até ser legítima, mas deve-se reconhecer que ela é rara nos anais do constitucionalismo mundial, podendo talvez existir no contexto europeu nas últimas duas ou três décadas. Este preceito da integração latino-americana – pelo qual lutou o senador Franco Montoro – cria, em todo caso, uma agenda praticamente compulsória para as relações exteriores do país, que terá de buscar atender ao requisito, independentemente do contexto regional, das condições políticas e econômicas vigentes nos países vizinhos, de suas orientações políticas, ou de sua própria factibilidade, para não dizer de sua razoabilidade ou racionalidade econômica. Alguns economistas poderiam argumentar que, de um ponto de vista estritamente econômico, seria muito melhor a abertura econômica e a liberalização comercial unilateral e a ênfase nos acordos multilaterais, antes que nos esquemas minilateralistas, sempre discriminatórios, do que essa necessidade de se construir um bloco econômico regional, mas aparentemente ninguém cogitou mudar esse dispositivo, no quadro de emendas constitucionais que foram corrigindo, nos anos 1990, os excessos mais evidentes do nacionalismo econômico e do estatismo renitente do texto original da Constituição³⁶⁸.

Tendo surgido várias décadas depois do processo de integração europeu, o Mercosul vem sendo, desde sempre, comparado à União Europeia. Pode-se afirmar a existência de certa simetria entre os objetivos de ambos os processos de integração³⁶⁹. Tanto o Mercosul quanto a União Europeia, mediante os Tratados de Assunção e Roma, visavam construir um mercado comum entre seus membros³⁷⁰. Apesar de um início marcado quase exclusivamente pelo viés econômico da integração, atualmente os objetivos do Mercosul transcendem esta esfera³⁷¹.

de perto e de forma mais sistemática as iniciativas do Executivo”. DANESE, Sérgio. *Diplomacia presidencial: história e crítica*. 2ª Edição. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG. 2017. p. 440.

³⁶⁸ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Nunca antes na diplomacia...: a política externa brasileira em tempos não convencionais*. 1ª Ed. Curitiba. Apris, 2014. p. 59.

³⁶⁹JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 80.

³⁷⁰Segundo Sandra NEGRO: “En este contexto, la primera apreciación consiste en destacar la primacía del objetivo económico en la etapa fundacional del Mercosur. En particular, puede señalarse el artículo 1º del Tratado de Asunción y la ausencia de una expresa referencia a otros objetivos en el articulado del tratado constitutivo”. NEGRO, Sandra. El Mercosur de Asunción a Olivos: los cambios de las dos últimas décadas. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordenador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 298.

³⁷¹Segundo Ricardo D. RABINOVICH-BERKMAN: “El Tratado (de Asunción) es de base económica, pero amplía mucho el proceso de integración. Los firmantes tienen “en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países” y creen “que este proceso de integración constituye una respuesta adecuada a tales acontecimientos”. Destacan la intención de avanzar “en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980”. A ese fin, se procura “promover el desarrollo científico y tecnológico” de los Estados parte y “modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”, y se “reafirma” la voluntad política de dejar establecidas las bases para la unión cada vez más estrecha entre sus pueblos, con la finalidad de alcanzar los objetivos arriba mencionados”. El artículo 1º, además de denominar al nuevo conjunto “Mercado Común del Sur”, declara que él

Em se tratando de um processo fundado com base na intergovernabilidade³⁷², a harmonização das legislações entre os Estados-membros ganha fundamental relevância no Mercosul³⁷³. No caso do bloco sul-americano, trata-se de uma tarefa de difícil realização. Neste sentido, afirma Augusto JAEGER JUNIOR:

Em um processo de característica intergovernamental, uma efetivação das políticas de integração ocorre por meio de harmonização das legislações nacionais envolvidas. Ao não optarem pela construção do mercado comum com base na supranacionalidade, tinham os Estados-partes consciência de que a integração dependeria da harmonização de suas legislações. Mecanismos de harmonização, neste contexto, possuem a função de instrumento de realização do mercado comum. Ocorre que, diferentemente do Tratado de Funcionamento da União Europeia, o Tratado de Assunção não prevê nenhuma disposição específica para a tomada de medidas harmonizadoras. Com isso a harmonização das legislações no Mercosul, a qual tem a tarefa de apoiar a integração, não tem sido fácil. Em função da fragilidade institucional e jurídica do processo de integração recorre-se para tanto ao Direito Internacional Público clássico. O próprio Tratado de Assunção não permite outras alternativas. A obrigação dos Estados-partes de harmonizar as suas legislações não tem passado de moral. Os atuais problemas em termos de harmonização dizem respeito até mesmo à ausência de normas nacionais a harmonizar, em alguns países, bem como às características bastante diferentes das normas editadas por outros³⁷⁴.

implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente...; el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales...; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes” y “el compromiso de los Estados partes de *armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes*, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Principios Generales del Derecho Latinoamericano*. Buenos Aires. Editora Astrea, 3ª Reimpressão, 2017, 269 p. No mesmo sentido, de acordo com o portal de Internet brasileiro do Mercosul: “O MERCOSUL tem por objetivo consolidar a integração política, econômica e social entre os países que o integram, fortalecer os vínculos entre os cidadãos do bloco e contribuir para melhorar sua qualidade de vida”. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercossul> Acesso em 18/05/2017.

³⁷²Segundo Claudia LIMA MARQUES: “Afirmamos que o Mercosul não é um processo verdadeiramente supranacional, pois não há, nem no Tratado de Assunção de 1991 nem no Protocolo complementar de Ouro Preto de 1994, órgãos supranacionais, nem menção clara das competências nacionais ou supranacionais que tenham sido transferidas para os órgãos do Mercosul para que realizassem a integração econômica, a formação de um mercado comum”. MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1809/1505>. Acesso em 01/11/2017.

³⁷³Sobre a função das leis no Mercosul, assevera Silvio BATTELLO: “Por otro lado, el nacimiento del Mercosur, en 1991, despertó muchas dudas sobre el rol que desempeñarían las leyes ante el nuevo proceso de integración. No fueron pocos los autores que pensaban sobre una paulatina superación del derecho internacional privado para el nuevo derecho de la integración. Luego de los años transcurridos, hemos podido comprobar exactamente lo contrario: a medida que el Mercosur avanza, se intensifica el derecho internacional privado y aun cuando el mercado reglamente determinado sector, es necesaria su utilización. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 254.

³⁷⁴JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. p. 75-76.

As bases fundamentais do ordenamento jurídico do Mercosul são os Tratados de Assunção, os Protocolos de Ouro Preto e Brasília e as decisões, resoluções e diretrizes tomadas dentro do arcabouço institucional regional. Estes também são os elementos que auxiliam a identificar as bases da ordem pública mercosulina. Apesar da ausência de um órgão legislativo com legitimidade *ab initio*, também é possível afirmar a existência de uma ordem pública comum aos membros do Mercosul³⁷⁵. Esta faz prevalecer a norma do projeto de integração sobre qualquer outra norma interna.

Segundo Adriana DREYZIN DE KLOR, às bases da ordem pública mercosulina se agregam, também: o Tratado de Assunção, as declarações dos chefes de Estado nas reuniões realizadas entre os membros do bloco, bem como os fundamentos das decisões tomadas pelos organismos do Mercosul³⁷⁶.

Os princípios fundamentais do Mercosul, base da ordem pública regional, devem ser buscados nos tratados fundacionais do bloco. Mesmo não estando explícitos nos textos³⁷⁷, podem ser encontrados princípios estruturais comuns compartilhados entre seus membros a partir da análise das constituições dos Estados. Neste sentido, afirma Pablo Enrique de ROSAS:

Los tratados fundacionales del Mercosur no contienen una norma similar al artículo F del Tratado de Maastricht. Sin embargo, advertimos principios comunes de respeto a los derechos humanos en las respectivas constituciones. En efecto, los principios de un Estado democrático, en el que se asegure el ejercicio de derechos sociales individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, la igualdad y la justicia como valores superiores, con respecto a la dignidad de la persona humana, con reconocimiento de la supremacía de los derechos del hombre y de la protección especial de la infancia y con el compromiso de relacionarse en paz con la comunidad internacional, aparece tanto en la Constitución de la Nación Argentina, como en la de la República Oriental del Uruguay de 1967, especialmente sus cláusulas 6, 8, 9 y 12, así como en la Constitución del Brasil (del 5 de octubre de 1988, conforme el preámbulo y en los artículos 1, 3, 4, artículos 5 y 6 del Título II); y en la Constitución Nacional de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992 (conforme el preámbulo y los artículos 16, 17, 46 y 54)³⁷⁸.

³⁷⁵BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 82.

³⁷⁶DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Orden Público Subregional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Volume 12. 1996. p. 515.

³⁷⁷Ao contrário do que ocorre na União Europeia, onde o Tratado de Maastricht dispõe em seu artigo F o seguinte: “Artigo F 1. A União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos. 2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário. 3. A União dotar-se-á dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas”. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf. Acesso em 20/06/2017.

³⁷⁸ROSAS, Pablo Enrique D. Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas. Orden Público en el Ordenamiento del Mercosur. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Número 22, 2003. p. 217. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038146>. Acesso em 17/06/2017.

No mesmo sentido, José Souto Maior BORGES busca identificar os princípios fundamentais do Mercosul com base no exame do Tratado de Assunção. Segundo o autor:

Onde vai um ordenamento jurídico qualquer, estarão presentes os princípios fundamentais (normas-princípio) que o informam. O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) implica, nos termos do art. 1º do Tratado de Assunção, os seguintes princípios fundamentais: a livre circulação de bens, de serviços e de fatores produtivos entre os países que o integram, mediante a eliminação de direitos aduaneiros, entre outros, e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e qualquer medida de efeito equivalente. Esses princípios fundamentais, pelo seu âmbito espacial interestatal de validade (região integrada pelos países do bloco MERCOSUL), constituem uma característica que autonomiza, dentre outras, a ordem comunitária diante da ordem internacional, bem como diante da ordem nacional. Sua institucionalização é uma constante no direito comunitário³⁷⁹.

A partir dos citados princípios, o Mercosul constrói seu perfil particular de integração³⁸⁰. No mesmo sentido, a ideia de uma ordem pública regional também se desenvolve com base nos referidos fundamentos. Cabe agregar aos mesmos o direito gerado pelas instituições do bloco, além das legislações dos Estados-membros. Segundo Pablo Enrique de ROSAS:

Por el contrario, creo fundamental el rol como fuente autónoma, de los principios de solidaridad, reciprocidad, respeto de la confianza legítima y respeto de los derechos fundamentales comprensivos de los derechos sociales. Ellos constituyen el orden público propio de la integración, al que se deben conformar tanto el derecho generado por los órganos del Mercosur (artículo 41, apartados II y III del Protocolo de Ouro Preto), como las legislaciones de los Estados nacionales. Los jueces nacionales los deben aplicar como fuente de derecho no escrita, en el orden jerárquico que reciben los tratados originarios, hasta tanto no se cuente con una instancia jurisdiccional supranacional³⁸¹.

Entre os pesquisadores que se debruçaram sobre o estudo do instituto da ordem pública no Mercosul, cabe destacar a contribuição de Marília TREVISAN. A autora afirma

³⁷⁹BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul*. São Paulo. Saraiva, 2009, 2ª ed. p. 347.

³⁸⁰Segundo Pablo Enrique de ROSAS: “Dicho en otros términos: hace a la especificidad del proceso asociativo del Mercosur, contemplar un desarrollo de las relaciones comerciales, aduaneras, financieras, pero también laborales, sociales y culturales, y ello no solamente desde el punto de vista de la eficiencia del mercado, sino también desde la óptica de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales. De allí la existencias de subgrupos técnicos y comisiones de trabajo en temas ambientales, laborales, de seguridad social, salud y consumición. En la construcción de este perfil del Mercosur, los principios generales son un instrumento invaluable”. ROSAS, Pablo Enrique D. Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas. Orden Público en el Ordenamiento del Mercosur. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Número 22, 2003. p. 218. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038146>. Acesso em 17/06/2017.

³⁸¹ROSAS, Pablo Enrique D. Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas. Orden Público en el Ordenamiento del Mercosur. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Número 22, 2003. p. 219. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038146>. Acesso em 17/06/2017.

que a ordem pública regional mercosulina consiste em um instrumento operativo para contornar a ausência de instrumentos que dariam efetividade à normativa regional³⁸².

Para exemplificar sua afirmação, Marília TREVISAN chama a atenção para o primeiro laudo exarado pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Em opinião consultiva emitida em 2007, a referida corte fez menção expressa à ordem pública regional. Cabe destacar que os magistrados citaram jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁸³ para embasar seu argumento.

Segundo a corte mercosulina, as normas de direito da integração devem prevalecer por sobre a ordem pública nacional e internacional. Afirmando os magistrados que o referido processo enriquece a ordem pública nacional, que será interpretada considerando o marco da integração entre os Estados. Neste sentido:

Em um sistema de integração, na realidade o que existe é uma ordem pública regional que precisamente faz imperiosa a prevalência da norma de um direito de integração sobre qualquer outra lei nacional no sentido amplo, que pudesse ser corretamente tipificada como de ordem pública em qualquer de suas duas modalidades. É precisamente essa ordem pública regional, a custódia e a garantia da imperatividade de qualquer norma do Direito de Integração, e em consequência, este conceito de ordem pública regional deve prevalecer como regra geral sobre qualquer outro conceito de ordem pública, dentro do espaço de integração em questão. Além disso, no marco de um processo de integração, a ordem pública nacional deverá ser interpretada tendo em vista a ordem pública regional que cabe a este TPR interpretar. Desta maneira, a ordem pública nacional resulta enriquecida pela ordem pública regional, consequência da participação do estado em uma comunidade de direito de ordem regional. Dentro da ordem pública regional, pode-se mencionar o respeito dos direitos fundamentais da pessoa, os quais, portanto, não resultam lesionados, no ius iudicis, pelas disposições do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, antes citado.

2. Não obstante, em reiteradas ocasiões, como ocorre com o artigo 5 do PBA, as normas regionais se referem ao direito interno dos Estados Partes para determinadas situações ou extremos, pelo qual, em tais supostos, os juízes nacionais poderão aplicar tais disposições. Neste contexto, essa remissão pode implicar para o juiz local o fato de ter que aplicar normas que fazem à ordem pública nacional. O juiz nacional, no momento de aplicar essas disposições nacionais, em particular as vinculadas com a ordem pública interna, deverá considerar, necessariamente, que aquelas normas e este conceito devem ser interpretados tendo em vista a participação do Estado Parte no processo de integração, razão pela qual, a mesma deverá ser efetuada de forma concordante entre o direito do MERCOSUL e o direito nacional. Nesse

³⁸²TREVISAN, Marília. Ordem Pública Regional Mercosulina. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores). *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte, 2015, Arraes Editores, p. 373.

³⁸³De acordo com o texto da Opinião Consultiva Nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul: “Pelos argumentos anteriores, é aplicável ao caso a seguinte jurisprudência do TJCE: “por conseguinte, se bem não corresponde ao Tribunal de Justiça definir o conteúdo do conceito de ordem pública de um Estado contratante, corresponde sim, controlar os limites dentro dos quais os tribunais de um Estado contratante podem recorrer a este conceito para não reconhecer uma resolução ditada por um órgão jurisdicional de outro Estado contratante....Se deduz que a ordem pública do Estado requerido não pode se opor ao reconhecimento ou a execução de uma resolução ditada em outro Estado contratante pelo fato de que o tribunal de origem não tenha respeitado as normas do Convênio relativas à competência” (TJCE, Sentença de 28 de março de 2000, Dieter Krombach, assunto C-7/98, Rec.I-1935)”. Cabe destacar que o referido caso foi citado no ponto 5.1. desta pesquisa. Opinião Consultiva Nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf Acesso em 16/06/2017.

sentido, o juiz nacional deverá levar em consideração que, no que tange a ordem pública interna, esse conceito não será interpretado de forma isoladamente nacional, senão tendo em vista o marco comunitário ou regional. Tal exigência se desprende, entre outros fundamentos, da necessidade de garantir a interpretação e aplicação uniforme das normas do MERCOSUL, na sua vinculação com as disposições nacionais eventualmente aplicáveis, assim como no patrimônio jurídico comum que existe entre os ordenamentos dos Estados Partes. Portanto, o mencionado encontra recepção na jurisprudência de alguns tribunais supremos dos Estados Partes³⁸⁴.

Ao analisar o ordenamento jurídico do Mercosul, Pablo Enrique de ROSAS afirma que, apesar de ainda incipiente, o conjunto de normas obedece a princípios próprios que promovem sua coesão e dinamismo. Segundo o autor:

Es evidente que no podemos hablar de Derecho comunitario cuando nos referimos al incipiente ordenamiento jurídico del Mercosur, Pero también no podemos negar que existe una normativa de fuente internacional, cuya aplicación directa está habilitada por nuestra estructura constitucional en la medida de su vigencia internacional y de su operatividad. Este conjunto, aún incipiente, obedece a principios propios, principios que le dan coherencia y dinamismo según los objetivos del Mercosur, y que todavía no están totalmente definidos, por cuanto el proceso se encuentra en desarrollo, en etapa de Unión Aduanera imperfecta, con aspiración de pasar a Unión Aduanera perfecta y a mercado común³⁸⁵.

Examinando a ordem pública no contexto do direito internacional privado do Mercosul, Silvio BATTELLO analisa as funções do instituto. Segundo o autor, estas são: servir como instrumento de proteção, como elemento de integração e como dinamizador dos desafios culturais.

A ordem pública como instrumento de proteção no âmbito do Mercosul parte da premissa da existência de uma necessidade de resguardar os elementos vulneráveis ou hipossuficientes nas relações jurídicas. A necessidade de promover maior segurança e integração para as atividades do bloco, principalmente as econômicas, faz com que a ordem pública se configure em elemento de integração no Mercosul. Finalmente, o aumento nos intercâmbios entre os cidadãos dos Estados-partes e a conseqüente geração de novos conflitos culturais demanda que a ordem pública seja usada como elemento dinamizador dos desafios culturais³⁸⁶.

³⁸⁴Opinião Consultiva N° 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf Acesso em 16/06/2017.

³⁸⁵ROSAS, Pablo Enrique D. Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas. Orden Público en el Ordenamiento del Mercosur. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Número 22, 2003. p. 214. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038146>. Acesso em 17/06/2017.

³⁸⁶BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 88.

Ao destacar a ordem pública como instrumento de proteção, Silvio BATTELLO ilustra a aplicação do instituto nos âmbitos das relações consumeristas³⁸⁷ e trabalhistas³⁸⁸. O autor também afirma que a ordem pública serve como valioso instrumento de integração na aplicação do direito societário, com destaque para os procedimentos falimentares³⁸⁹. Finalmente, a partir dos novos desafios culturais a ordem pública se manifestaria, ademais, como elemento dinamizador.

Concluindo sua pesquisa sobre a ordem pública no direito internacional privado do Mercosul, afirma Silvio BATTELLO:

Hemos podido constatar al menos tres características esenciales de su funcionamiento. La primera, y más evidente, es la función de protección. Trabajadores y consumidores, además de su protección individual (derecho a la salud, a la dignidad, a ser informado correctamente, etc.) también requieren una protección colectiva, representada por la intervención activa del Estado. Quedó demostrado que la aplicación del orden público regional es eficaz para complementar las lagunas existentes en los sistemas internos, y de esta forma, auxiliar en la protección de trabajadores y consumidores, sean nacionales o extranjeros. El orden público ha demostrado igualmente sus servicios para el afianzamiento del proceso de integración. El contrato, la reglamentación societaria y los sistemas concursales son institutos jurídicos que por sí solos pueden llevar al éxito o al fracaso de cualquier programa de integración, funcionando como verdaderos institutos de apertura o contracción de los mercados. Y es precisamente el orden público una de las válvulas que se encarga de abrir o cerrar ese sistema. El orden público del Mercosur puede servir para la apertura e integración, garantizando las legítimas expectativas de las partes en la contratación, dando seguridad para el reconocimiento extraterritorial de las sociedades y brindando previsibilidad en los procedimientos de insolvencia. Por fin, la antigua cláusula de evicción también ha sido llamada para enfrentar nuevos desafíos culturales. Pero en

³⁸⁷Ao analisar jurisprudência fundamentada no direito do Mercosul, especificamente tratando do Protocolo de Santa Maria, o autor assevera: “Todas las decisiones citadas tienen un punto en común, que es la solución del caso a partir de las exigencias impuestas por la protección del consumidor y la equidad. Y aunque el principio del orden público no es mencionado expresamente por todos los magistrados, no restan dudas de su aplicación”. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 145.

³⁸⁸Afirma o autor: “A partir del Mercosur y de los instrumentos antes analizados, los Estados Partes pasan a tener un concepto común del orden público de evicción, que obliga a los tribunales a hacer aplicación restrictiva de cualquier ley, acto o medida administrativa que discrimine o limite los derechos de los trabajadores del bloque. Este nuevo orden público regional del trabajo también impone obligaciones para los Estados, que no podrán más cerrar sus fronteras por dispositivos de orden público incompatibles con los principios democráticos y con las mejorías de las condiciones de vida de los habitantes del Mercosur, deseadas y programadas por todos los Estados Parte en la Declaración Sociolaboral del Mercosur. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 119.

³⁸⁹La utilización correcta del orden público en el ámbito concursal cumple una función esencial en el ámbito de la integración regional. Primero, porque las leyes de quiebras bien aplicadas sirven como correctivos económicos del Mercado de Integración, retirando de circulación las empresas que sean inviables económicamente, y con ello, se evita el “efecto de la manzana podrida”, es decir, que una empresa deficitaria contagie otros agentes económicos produciendo una reacción en cadena. En segundo lugar, porque la evicción de orden público permite proteger la libre circulación de los factores de producción. El capital se protege por el reconocimiento de las normas imperativas de las normas de otro Estado parte, como vimos, por el reconocimiento de las garantías reales otorgadas en el exterior. Los trabajadores reciben una protección, ya que además de las directrices establecidas por la Declaración Sociolaboral del Mercosur - son también aplicables ante los procedimientos de insolvencia – se encuentran resguardados por las normas imperativas que consideran la hiposuficiencia de sus relaciones y al carácter alimenticio de sus créditos, otorgándoles así una previsibilidad y seguridad de cobro mayor que el resto de los acreedores. BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 199.

este caso el orden público fue redireccionado para una aplicación menos mecánica y más sustancial. Si en el pasado era considerado como el arma necesaria para “poner en fuga el derecho extranjero”, hoy adquiere nuevos contornos, nuevas directrices para una mejor comprensión de las diferencias culturales que existen en los casos pluriconectados. El orden público internacional se ha transformado en instrumento de cooperación, integración y comprensión entre los sistemas jurídicos, cumpliendo una función dinamizadora en la búsqueda de la mejor solución para el caso en concreto³⁹⁰.

Ao concluir a análise da ordem pública no Mercosul, é possível afirmar que, da mesma forma que na União Europeia, o instituto exerce função relevante para o correto funcionamento do processo de integração. Cabe destacar a existência de marcadas diferenças institucionais entre ambos os modelos integrativos escolhidos. O arcabouço jurídico do Mercosul não pode ser comparado ao complexo desenvolvimento do direito unional europeu.

De acordo com o desenvolvimento do presente ponto da pesquisa, se observa que a utilização da ordem pública nos processos de integração regional não é apenas inafastável, mas merece grande atenção por parte dos operadores do Direito. A definição de critérios para sua utilização, ao conferir maior previsibilidade e menor discricionariedade, traria nítidos benefícios para o funcionamento dos sistemas jurídicos.

Após a defesa da conveniência de definir critérios orientadores para a aplicação da exceção de ordem pública, baseada na comparação do instituto com a soberania, a análise do atual contexto multicultural de aplicação da ordem pública nos processos de integração e do exame do atual estado do instituto na União Europeia e no Mercosul, serão sugeridos os critérios objetivos de aplicação.

4.) Sugestão de critérios orientadores para aplicação da ordem pública

A última parte desta dissertação tem como objetivo propor critérios orientadores que auxiliem na aplicação do instituto da ordem pública nos processos de integração regional. As dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito quando diante de casos concretos nos quais devem decidir pela aplicação de legislação estrangeira ou seu afastamento se agravam amplamente quando as situações ocorrem no âmbito de processos de integração regional.

³⁹⁰BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. p. 254-255.

Os principais desafios consistem em determinar a maneira de particularizar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico em um caso concreto e definir a incompatibilidade do resultado da aplicação de uma norma local e outra estrangeira³⁹¹.

Com base na doutrina de Erik JAYME e Robert ALEXY, os próximos pontos desta pesquisa sugerem tratar a ordem pública a partir de um enfoque metodológico e pragmático. O objetivo da apresentação de critérios para utilizar o instituto da ordem pública é promover segurança e previsibilidade para o sistema jurídico no âmbito dos processos de integração regional, retirando ou atenuando uma eventual subjetividade do julgador na avaliação de casos concretos.

4.1.) Critérios orientadores com base em Erik Jayme

No presente ponto desta pesquisa, a sugestão de critérios orientadores de aplicação da exceção de ordem pública será realizada com base no trabalho desenvolvido por Erik JAYME³⁹². Ao sugerir um método para concretizar e aplicar a ordem pública a casos reais, JAYME inicia analisando as premissas necessárias para esta concretização. Posteriormente, são determinados os passos necessários para que o processo se realize.

Após propor como utilizar o instituto da ordem pública nos processos de integração regional com base nos ensinamentos de Erik JAYME, serão apresentadas situações concretas para ilustrar a aplicação prática dos critérios sugeridos.

O primeiro critério sugerido nesta pesquisa para orientar a aplicação do instituto da ordem pública será o “Método para a Concretização da Ordem Pública no Direito Internacional Privado” (*Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen*

³⁹¹Neste sentido: “El valor teórico de la expresa consagración legislativa de la cláusula de reserva, no obstante todas las ventajas que ella presenta, no debe sobrevalorarse. Permanece la interrogante – tal vez la más difícil presentada por el orden público -: ¿Cómo se particularizan en un supuesto dado los principios esenciales de un ordenamiento jurídico determinado? ¿Cómo se determina la incompatibilidad de resultado de aplicación entre una norma nacional y una extranjera? En suma, ¿cómo se concretiza el orden público en el derecho internacional privado? JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 05/10/2016. p. 220.

³⁹²Mais especificamente o artigo: JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 05/10/2016.

Privatrecht), de Erik JAYME. A referida técnica parte de sete premissas e define cinco passos para sua aplicação.

Preliminarmente, o autor analisa a existência de eventual crassa divergência entre a norma externa a ser aplicada e a regulamentação local³⁹³. Segundo JAYME, a norma local terá preferência quando houver discrepância grosseira entre os resultados de aplicação da lei do foro e da lei estrangeira ao caso concreto³⁹⁴.

A segunda premissa citada pelo doutrinador é a oportunidade para a determinação da provável discrepância, entendida como a data de prolação da sentença. De acordo com JAYME, a análise do caso deve ser efetuada no momento da decisão. Esta premissa se relaciona diretamente com o caráter variável da ordem pública³⁹⁵.

Diante da possibilidade de que a norma estrangeira esteja de acordo com norma local derogada ou revogada, poderá haver exceção de ordem pública. Erik JAYME critica a jurisprudência alemã no sentido de considerar que disposições estrangeiras correspondentes ao direito alemão revogado não eram contrárias à ordem pública local³⁹⁶.

A terceira premissa proposta por Erik JAYME a ser considerada ao avaliar a aplicação da exceção de ordem pública ao caso concreto é o contato do caso com o presente. O caso concreto julgado deve relacionar-se ao momento presente³⁹⁷.

A relatividade também é uma das premissas destacadas por Erik JAYME em seu método de concretização da ordem pública. Nos casos concretos, a aplicação da exceção de ordem pública não dependerá da norma externa a ser aplicada; mas da situação em particular.

³⁹³“Punto de partida para considerar si el orden público interviene es siempre la existencia de una crasa divergencia entre el derecho extranjero aplicable y el derecho alemán. Se trata de comparar los resultados de la aplicación de uno y otro derecho”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.244.

³⁹⁴A título exemplificativo: “Si según el derecho extranjero aplicable se favorece al padre en la obtención de la guardia y custodia de los hijos en violación del principio de igualdad ante la ley; pero si según el derecho alemán, en atención al bienestar del niño, el padre retuviera la guardia y custodia, entonces no intervendría el orden público alemán. Solo cuando los resultados de aplicación discrepan groseramente entre sí es que las normas jurídicas alemanas afectadas toman preferencia”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.244.

³⁹⁵“Oportunidad para la determinación de la probable discrepancia es la fecha de la sentencia. Si las opiniones en cuanto a las normas internas cambian, rige entonces la nueva opinión. Una y otra vez la jurisprudencia ha considerado que una disposición extranjera que se corresponde con el derecho alemán derogado no colide con el orden público. Tal afirmación es *per se* correcta. El orden público es cambiante, mutable. Cuando el legislador alemán se ha decidido por una reforma ello es un indicio de que las consideraciones fundamentales relativas a la materia han cambiado”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.244.

³⁹⁶JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.244.

³⁹⁷JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.245.

A análise ocorre a partir da peculiaridade do caso e não do instituto ou da norma a ser aplicada³⁹⁸.

Ainda entre as premissas citadas, o autor cita a comparação. Diz ele que é necessário comparar, no caso concreto, os resultados da aplicação da norma estrangeira aos da aplicação da lei do foro local³⁹⁹. Erik JAYME considera, ademais, a vinculação interior como uma das premissas necessárias para concretizar a ordem pública. O autor afirma que a intervenção da ordem pública exige sempre uma vinculação interior⁴⁰⁰.

JAYME conclui a apresentação das premissas de seu método de concretização da ordem pública afirmando que o vazio produzido pelo afastamento da norma estrangeira deverá ser integrado de forma a considerar o conteúdo do direito alienígena e que a intervenção da ordem pública deverá ocorrer da forma mais moderada possível⁴⁰¹.

Após a análise das premissas, Erik JAYME parte para o desenvolvimento do método de concretização da ordem pública. Trata-se de um processo mental que prepara a decisão do magistrado sobre aplicar ou não a exceção de ordem pública aos casos que apresentam elementos de conexão entre direito estrangeiro e local⁴⁰².

De acordo com o autor, a sistematização do método está composta por cinco passos. Consideradas as premissas anteriormente citadas e seguidos os referidos passos, a concretização da ordem pública será realizada. Inicialmente, é relevante destacar que concretizar a ordem pública, segundo o método de JAYME, significa elaborar a decisão do julgador no sentido de decidir o afastamento da norma estrangeira ou sua aplicação ao caso em questão.

O primeiro passo no processo de concretização da ordem pública é, de acordo com o autor, examinar o sentido e o propósito da norma estrangeira. Esta análise inicial é especialmente importante, pois uma aparente manifesta incompatibilidade entre a regra

³⁹⁸A título ilustrativo: “A un ciudadano de Jordania le está prohibido celebrar en el territorio alemán un matrimonio poligámico. Pero si él ya ha celebrado válidamente varios matrimonios en el extranjero, la invocación de algunos de sus efectos, como por ejemplo, la pretensión al derecho de alimentos, no colidiría con el orden público”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.245.

³⁹⁹“La relatividad del orden público no impide que en cada caso concreto la norma jurídica extranjera sea comparada con la nacional. Se trata de comparar los resultados de aplicación”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.245.

⁴⁰⁰JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.246.

⁴⁰¹JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.246.

⁴⁰²JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.248.

estrangeira e a local pode ser superada mediante uma análise finalista e funcional das disposições internas que defendam desígnios similares⁴⁰³.

Observar a eventual fragilidade da política legislativa da norma estrangeira é o segundo passo no processo de concretização da ordem pública. A fraqueza da política legislativa que fundamenta a norma estrangeira pode representar uma redução da força de sua imposição. Esta fragilidade pode sugerir sua interpretação restritiva ou a melhoria do conteúdo do direito estrangeiro aplicável ao caso. Neste sentido, Erik JAYME afirma que parece ser mais fácil afastar a aplicação de uma norma jurídica estrangeira quando esta vem sendo criticada e objetada internamente em seu próprio sistema jurídico⁴⁰⁴.

De acordo com Erik JAYME, o mais decisivo passo no processo de elaboração do método de concretização da ordem pública consiste em elaborar padrões comparativos internacionais relativos ao tema suscitado no caso particular. Com o inestimável auxílio do direito comparado, são criados padrões que servem como indícios para identificar as normas jurídicas fundamentais que devem ser utilizadas no caso concreto⁴⁰⁵.

A referida elaboração dos modelos deve considerar não apenas os sistemas análogos ao do local onde o caso está sendo julgado, mas incluir normas internacionalmente unificadas e demais regulamentos de alcance universal⁴⁰⁶. A exceção de ordem pública será aplicada a partir da incompatibilidade entre a norma estrangeira e a norma interna e também entre a primeira e o novo padrão elaborado para o caso particular⁴⁰⁷.

⁴⁰³Segundo Erik JAYME: “Tal examen es en general de especial importancia. La aparente crasa diferencia entre el derecho alemán y el extranjero se puede – por así decirlo – hacer desaparecer si mediante un análisis finalista y funcional se dirige la mirada hacia las disposiciones internas que persiguen propósitos similares”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p. 249.

⁴⁰⁴De acordo com Erik JAYME “Por lo que respecta a la intervención del orden público parece más fácil no aplicar una norma jurídica extranjera que en forma crasa discrepa del derecho interno cuando tal norma en su propio sistema ya ha sido objeto de objeciones”. Sobre o particular, JAYME cita a metáfora do ilustre doutrinador Werner GOLDSCHMIDT, segundo a qual o juiz seria um arquiteto ao aplicar o direito nacional e um fotógrafo ao recorrer ao direito estrangeiro. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p. 250.

⁴⁰⁵Segundo o autor: “Con la ayuda del derecho comparado es posible elaborar standards que pueden servir como indicios para diferenciar en los casos dudosos las normas jurídicas fundamentales de las demás”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.251.

⁴⁰⁶Segundo JAYME: “Para la elaboración de standards es de especial importancia, además del derecho comparado, el efecto indiciario de las normas jurídicas internacionalmente unificadas y otras reglas internacionales” JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82, 1991. p.255.

⁴⁰⁷Erik JAYME afirma que: “El Tribunal Supremo no deducía la violación del orden público de la discrepancia entre la norma extranjera y la norma nacional correspondiente, sino de la disparidad de la norma extranjera con la norma interior en tanto ésta se corresponda con el *standard*”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del

O quarto passo do método de concretização da ordem pública consiste em analisar detalhadamente a opinião jurídica interna acerca da norma local a ser aplicada. No segundo passo anteriormente citado, foi examinada a eventual fragilidade da norma estrangeira relativa ao caso concreto.

Complementarmente, o método dispõe que este é o momento de analisar a solidez político-legislativa da norma interna⁴⁰⁸. Caso seja detectada alguma eventual fragilidade em sua interpretação e aplicação, não será considerada como parte integrante da ordem pública local⁴⁰⁹.

O quinto e último passo consiste em examinar de forma minuciosa a chamada vinculação interior do caso⁴¹⁰. Esta análise considera as particularidades da situação concreta e as relaciona à legislação a ser aplicada. A vinculação interior é considerada tanto formalmente quanto em relação aos efeitos provocados pela aplicação da exceção de ordem pública ao caso concreto⁴¹¹.

De maneira resumida, é possível afirmar o seguinte acerca do método de concretização da ordem pública de Erik JAYME:

Los cinco pasos mencionados constituyen la base para la concretización del orden público. Ellos facilitan una fundamentación comparable de sí y cuando debe intervenir el orden público. Ningún paso tiene valor por sí solo. Hay dos eslabones de esta cadena de pensamiento que ameritan una contemplación más detenida, a saber: la elaboración de standards internacionales como patrones y el valor que debe otorgarse a la influencia de las debilidades de la política legislativa de una norma extranjera o nacional para la concretización del orden público⁴¹².

orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. p. 252.

⁴⁰⁸Afirma Erik JAYME: “Esto demuestra que las normas jurídicas alemanas cuyo fundamento político-legislativo ha sido debilitado no forman parte del orden público alemán. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. p. 253.

⁴⁰⁹No caso específico do Direito Alemão, afirma Erik JAYME: “Al encontrarnos ante la cuestión de saber si una norma jurídica nacional se encuentra, a tenor del artículo 6 EGBGB n. V, entre los principios fundamentales del derecho alemán se hace procedente – en mi opinión – examinar qué tan fuertemente arraigada está la referida norma en el conjunto del sistema. Las objeciones a la política legislativa pueden brindar un nuevo argumento para impedir la intervención del orden público. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. p. 261.

⁴¹⁰Segundo Erik JAYME: “Condición para la intervención del orden público es una suficientemente fuerte vinculación interior, por ejemplo, mediante la residencia habitual o la nacionalidad de un interesado. En todo caso, en la aplicación del orden público deben considerarse especialmente el tipo y medida de esa vinculación interior”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. p. 267.

⁴¹¹JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. p. 264.

⁴¹²JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. p. 253.

Destaca-se que, caso após a avaliação de todas as premissas e do seguimento dos passos indicados ainda restem dúvidas relativas à utilização ou não da exceção de ordem pública, a aplicação do direito estrangeiro deverá ser respeitada. O método dispõe, portanto, que a norma externa será afastada apenas diante de certeza manifesta de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico local⁴¹³.

Exemplos de aplicação do critério sugerido

Ao longo dos próximos parágrafos serão examinados exemplos de situações concretas sob a ótica do método apresentado anteriormente. Dois casos hipotéticos apresentados no “Manual Explicativo do Regulamento N° 650/2012 relativo às sucessões de caráter transfronteiriço – Guia Prático para Notários”, serão analisados.

Preliminarmente, cabe destacar a relevância da relação entre os âmbitos do direito de família, direito sucessório e obrigacional e a aplicação do princípio da ordem pública, pois as áreas em questão estão intimamente relacionadas com a vida social dos cidadãos⁴¹⁴. No mesmo sentido, é grande a riqueza da análise do direito comparado no contexto da regulamentação do Direito de Família e da Sucessões⁴¹⁵. Ambas as disciplinas se encontram “profundamente enraizadas na identidade cultural de um sistema jurídico”⁴¹⁶. Nas palavras de Augusto JAEGER JUNIOR:

⁴¹³ Erik JAYME afirma que: “El derecho extranjero será rechazado en tanto el resultado de su aplicación en el caso concreto contradiga manifiestamente principios internos. No se trata por tanto de la norma jurídica extranjera abstractamente considerada, sino del resultado de su aplicación. Esto se corresponde con la praxis actual; sin embargo, ahora se impone destacarlo expresamente en el texto de la disposición”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. N° 82, 1991. p. 267.

⁴¹⁴ Segundo Erik JAYME: “nada reflète a identidade cultural de um sistema jurídico de forma mais clara do que a definição legal da relação de um indivíduo com a sua norte”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 541-542. Nota de Rodapé.

⁴¹⁵ Segundo Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ: “Importantes diferencias pueden afectar igualmente a sistemas aparentemente próximos en aspectos tales como la determinación del orden y cuantía de los herederos, el alcance de la libertad de testar, la misma posibilidad de realizar disposiciones contractuales por causa de muerte, de realizar sustituciones fideicomisarias, el alcance de la afectación de las disposiciones hechas en vida por los derechos generados por causa de muerte, etc. Ante esta heterogeneidad es fácil observar que la aplicación de una u otra legislación puede llevar a resultados bien diferentes”. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel. La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012. In *Dret – Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2013. p. 5. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2266493>. Acesso em 05/10/2016.

⁴¹⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. p. 34.

A harmonização do direito internacional privado no âmbito do direito de família e sucessões se mostrou como um complexo projeto, em cujo âmbito – diferentemente, por exemplo, do âmbito do direito contratual internacional – não se pode recorrer à convenções já existentes entre os Estados-membros. Além disso, no âmbito do direito de família e sucessões, tornaram-se claras especiais dificuldades, não genuinamente jurídicas: essas áreas jurídicas concernem à vida social nos Estados-membros e tocam, por isso, valores fundamentais assim como regras de conduta religiosas, razão por que emoções são muito mais rapidamente despertadas aqui do que quando se trata do direito das obrigações internacional, preso a meras condutas econômicas⁴¹⁷.

Especificamente sobre a complexidade do processo de regulamentação da matéria sucessória no âmbito da União Europeia, vale lembrar que a origem da ideia de harmonizar o sistema surgiu no ano de 1966.

Em 2002, a Comissão Europeia encomendou um estudo sobre o direito sucessório dos então 15 Estados-membros do bloco. Em 2004, realizou-se em Bruxelas a conferência intitulada: “Harmonização do Direito Internacional das Sucessões na União Europeia”. Posteriormente, o tema foi discutido no Programa de Haia de 2005 sobre o Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia. Uma das medidas derivadas do programa foi a confecção do “Livro Verde sobre Sucessões e Testamentos” por parte da Comissão Europeia.

Em 2006, teve lugar em Bruxelas uma audiência pública relativa ao material. Apenas no ano de 2008 foi apresentada proposta articulada de regulamento sobre as sucessões no âmbito da União Europeia. Posteriormente, em 2009, foi apresentada nova proposta de texto que derivou no Regulamento N° 650/2012⁴¹⁸.

O “Manual Explicativo do Regulamento N° 650/2012 relativo às sucessões de caráter transfronteiriço – Guia Prático para Notários” será utilizado nesta análise por se tratar de um instrumento de consulta prática para os tabeliães e demais operadores do Direito que devam utilizar o Regulamento N° 650/2012, aplicável às sucessões abertas a partir de 17 de agosto de 2015⁴¹⁹.

O Guia Prático para Notários apresenta exemplos hipotéticos de situações práticas aplicados a temas sucessórios. Serão analisados sob a ótica do método do Prof. JAYME dois exemplos que envolvem o instituto da ordem pública, relativos aos artigos 35° e 59° 1 do Regulamento N° 650/2012.

⁴¹⁷JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2012. p. 33-34 e 192.

⁴¹⁸JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2012. p.538-545.

⁴¹⁹CONSELHO DE NOTÁRIOS DA UNIÃO EUROPEIA. Manual explicativo do Regulamento n.º 650/2012 relativo às sucessões de caráter transfronteiriço. Guia Prático para Notários. Bruxelas ENN, 2013. Disponível em www.notarios.pt. Acesso em 20/11/2016.

O exemplo sugerido pelo Guia Prático para Notários ao analisar o artigo 35º é o seguinte:

Um cidadão argelino que reside na Argélia morre nesse país em 2016, deixando contas bancárias na França e bens imóveis na Argélia. Deixa dois filhos que vivem na França: uma moça e um rapaz. Que lei se aplicará à sucessão?

De acordo com o Regulamento 650/2012, o elemento de conexão regulador das situações sucessórias é a lei da última residência habitual do falecido. Esta determina o foro competente para decidir acerca da sucessão e a lei aplicável a ela. No caso em tela, seria aplicada a lei argelina em relação à integralidade da sucessão. Entretanto, as normas sucessórias vigentes na Argélia tratam homens e mulheres de forma diferenciada. De tal forma, essa desigualdade entre os sexos se mostraria manifestamente incompatível com a ordem pública francesa. Diante dessa situação, o Regulamento 650/2012 e o Manual Explicativo determinam que a lei da França seja aplicada ao caso.

O hipotético caso será agora analisado a partir do método de concretização da ordem pública sugerido por Erik JAYME, explicado anteriormente. O primeiro passo, segundo o doutrinador, é observar o “sentido e o propósito do direito estrangeiro”. No caso em tela, ao buscar a finalidade da norma do direito argelino se observa que o objetivo é diferenciar homens e mulheres em relação a seus direitos sucessórios por considerá-los diferentes como sujeitos de direitos. Esta concepção se mostra incompatível com o ordenamento jurídico francês⁴²⁰.

O segundo passo proposto por JAYME em seu método de concretização da ordem pública é analisar a “fraqueza da política legislativa da norma jurídica estrangeira”, no caso a lei argelina. O autor afirma que será mais fácil afastar a aplicação de uma norma jurídica estrangeira que esteja sendo ou tenha sido questionada no próprio sistema do qual é oriunda. Apesar dos recentes debates internos e das mudanças promovidas no âmbito da legislação argelina⁴²¹, no exemplo analisado não se pode alegar debilidade da norma.

⁴²⁰Segundo o preâmbulo da Constituição Francesa: “3. La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme”. No mesmo sentido, o país tem uma história legislativa no sentido de igualar homens e mulheres que se iniciou na primeira década do século XX. Ver: Chronologie des Dispositions en Faveur de l'égalité des femmes et des hommes - <http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/le-ministere-2/chronologie-des-dispositions-en-faveur-de-legalite-des-femmes-et-des-hommes/>. Acesso em 01/08/2017.

⁴²¹As disposições legais sobre a sucessão na Argélia constam do “Code de la Famille”. Disponível em: <http://www.joradp.dz/trv/ffam.pdf> Acesso em 01/09/2017. Críticas à situação legal da mulher na Argélia podem ser encontradas no seguinte artigo: <http://www.lematindz.net/news/16848-femme-algerienne-je-vous-soutiens.html> Acesso em 01/09/2017. No mesmo sentido, segundo Omar Saif GOBASH: “Treating women as inferior is not a religious duty; it is simply a practice of patriarchal societies. Within the Islamic tradition, there

Seguindo o método elaborado por JAYME, temos o terceiro e mais decisivo passo⁴²² na concretização da ordem pública internacional privatista: utilizar o direito comparado para elaborar “padrões” que poderão servir como indícios para diferenciar as normas jurídicas fundamentais das demais. Segundo afirma o autor, não é apenas o direito comparado que serve como elemento constitutivo dos chamados “padrões”. JAYME destaca a relevância das normas jurídicas internacionalmente unificadas e outros regramentos internacionais como fontes de indícios para criar os referidos modelos e, assim, internacionalizar os padrões comparativos. No caso hipotético apresentado, a aplicação do direito francês seria reforçada a partir da análise dos ordenamentos jurídicos dos demais Estados-membros da União Europeia, da imensa maioria dos países ocidentais e de legislações internacionais.

O quarto passo proposto no método de concretização da ordem pública consiste em considerar, de forma detalhada, a opinião jurídica do foro onde o caso está sendo julgado. Caso o fundamento político-legislativo da norma se apresente “enfraquecido”, sendo questionado por parte dos operadores locais do Direito e/ou pela opinião pública, a regra não será considerada como parte da ordem pública local. Esta possibilidade não se aplica ao caso em questão⁴²³.

Finalmente, Erik JAYME assevera que o último passo em seu método de concretização da ordem pública é a vinculação interior. O julgador deverá examiná-la de maneira minuciosa. A vinculação interior, segundo o jurista, é considerada formalmente e também são examinados os efeitos da intervenção da ordem pública no local de aplicação da norma. No caso sugerido pelos organizadores do Guia Prático para Notários para ilustrar a aplicação do artigo 35º do Regulamento 650/2012, ambos os herdeiros residem na França. Isto reforça ainda mais a decisão do julgador de invocar a ordem pública francesa e afastar a

are many models of how Muslim women can live and be true to their faith. There are Muslim women, for example, who have looked into the origins of the hijab (the traditional veil that covers the head and hair) and have concluded that there is no hard-and-fast rule requiring them to wear it—let alone a rule requiring them to wear a burqa or a *niqab*, which both cover far more. Many men have come to the same conclusion. Islam calls on women to be modest in their appearance, but veiling is actually a pre Islamic tradition. The limits placed on women in conservative Muslim societies, such as mandatory veiling, or rules limiting their mobility, or restrictions on work and education, have their roots not in Islamic doctrine but rather in men’s fear that they will not be able to control women—and their fear that women, if left uncontrolled, will overtake men by being more disciplined, more focused, more hardworking”. GOBASH, Omar Saif. Advice for Young Muslims. *Foreign Affairs*. Novembro 2016. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-11-29/advice-young-muslims>. Acesso em 25/01/2017.

⁴²²JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. N° 82, 1991. p. 251.

⁴²³A título exemplificativo: “Les successions et les testaments sont également des matières où l’ordre public joue un rôle très important. Par exemple, on dit souvent en France le principe de l’égalité des héritiers est élevé à la hauteur d’un principe d’ordre public”. HEALY, Thomas. H. Théorie Générale de L’Ordre Public. *Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 IV, vol. 9. p. 512.

aplicação da norma sucessória argelina com base em incompatibilidade manifesta com a ordem pública francesa.

Passa-se agora a analisar o segundo exemplo. Para ilustrar a aplicação do Artigo 59º Nº 1 do Regulamento 650/2012, que trata da aceitação de atos autênticos, o Guia Prático para Notários apresenta o seguinte caso hipotético:

O Sr. Ionescu, de nacionalidade romena, elaborou testamentos autênticos na Itália, Espanha e Romênia, que era a sua residência habitual à data do seu óbito. Os seus herdeiros solicitam um Certificado Sucessório Europeu e, para o efeito, apresentam os diversos testamentos do falecido a um notário romeno.

Ao contrário da situação hipotética proposta para ilustrar o artigo 35º, neste caso a exceção de ordem pública não afastará a lei designada para solucionar o caso. Os testamentos elaborados pelo *de cujus* na Espanha e na Itália serão considerados igualmente válidos perante a autoridade romena. Os documentos produzirão efeitos sem a necessidade de providenciar qualquer tipo de formalidade, como se tivessem sido confeccionados na Romênia.

Aplicando o método de concretização da ordem pública de Erik JAYME, observa-se que o “sentido e o propósito” dos ordenamentos jurídicos da Espanha, Itália e Romênia em relação à elaboração de testamentos são similares. Não existe incompatibilidade entre as legislações. Tampouco se encontram questionamentos relativos ao instituto do testamento nos citados sistemas. No caso em questão, a elaboração de padrões comparativos internacionais – o terceiro passo do método sugerido por JAYME - não traria elementos novos ao caso⁴²⁴.

⁴²⁴Ao analisar o instituto do testamento em distintas legislações, afirma Reinhard ZIMMERMANN: “Pongamos ejemplos y acudamos al derecho de sucesiones, que habitualmente se considera como estable y como muy moldeado por las peculiaridades culturales de cada lugar, pues se dice que pertenece al “alma” de la cultura de cada nación, por lo que no es susceptible ni de estudio comparado ni, todavía menos, de armonización jurídica. ¿Qué requisitos formales debe cumplir la persona que quiere otorgar testamento? El derecho alemán reconoce el testamento ológrafo y el notarial, Holanda sólo el testamento notarial, y el common law inglés sólo el testamento ante testigos. Sin embargo, el testamento ante testigos rigió en amplias zonas de Alemania hasta fines del siglo XIX, el derecho romano-holandés lo había admitido aunque con solo cinco testigos en vez de los tradicionales siete, y los tribunales eclesiásticos introdujeron a finales del siglo XVI el testamento ológrafo en Inglaterra. Por consiguiente, no cabe concluir que los requisitos formales del testamento exigidos en Alemania, Holanda o Inglaterra sean una característica profundamente arraigada y determinante de las culturas jurídicas de estos países. Además, no se vislumbra ninguna explicación cultural al hecho de que dos países tan cercanos como Alemania y Holanda no puedan al unísono aceptar o rechazar la forma ológrafa. El derecho alemán estuvo a punto de lo segundo, pues se argumentó que no había que otorgar tanto peso a las costumbres y tradiciones de pueblos no germánicos (¡como los franceses!) que admitían este tipo de testamento, y fue en el último momento que logró deslizarse dentro del BGB. Así pues, las diferencias entre ordenamientos jurídicos pueden ser un tanto “accidentales”, por usar el término de Lambert en el Congreso de París de 1900. Esto no significa, sin embargo, que una vez que un ordenamiento jurídico ha adoptado una forma testamentaria, ésta no pueda acabar más pronto o más tarde por ser percibida como un componente constituyente de una determinada cultura jurídica, es decir, de aquello a lo que están habituadas las personas que viven en un determinado país dotado de un derecho propio”. ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho Privado Europeo*. Buenos Aires. Ed. Astrea. 2017. p. 99-100.

No mesmo sentido, a opinião jurídica do foro onde o caso tramita não seria contrária a aceitar as manifestações de última vontade do falecido. Finalmente, ao se aplicar o quinto e derradeiro passo do método de concretização da ordem pública, a vinculação interior, haveria incompatibilidade entre o reconhecimento dos testamentos elaborados diante das autoridades espanholas e italianas e a ordem pública romena.

Concluindo o presente ponto desta pesquisa, observa-se a validade da aplicação do método de concretização da ordem pública elaborado por Erik JAYME como critério orientador de aplicação da exceção de ordem pública nos processos de integração regional.

Com base no método de JAYME, o resultado prático das situações apresentadas - afastamento da norma estrangeira no primeiro caso e sua utilização no segundo - foi o mesmo sugerido pelos autores do “Manual Explicativo do Regulamento N° 650/2012 relativo às sucessões de caráter transfronteiriço – Guia Prático para Notários”.

Entende-se que a utilização das premissas e dos passos sugeridos por Erik JAYME promoveria maior segurança e previsibilidade para os sistemas jurídicos. A consequente redução do caráter subjetivo da utilização do instituto da ordem pública por parte do julgador seria benéfica para o adequado funcionamento dos processos de integração regional.

4.2.) Critérios orientadores com base em Robert ALEXY

Após apresentar proposta de utilização de critérios orientadores para aplicar o instituto da ordem pública no âmbito dos processos de integração regional com base nos ensinamentos de Erik JAYME, o presente ponto sugere analisar o tema sob a égide da doutrina de Robert ALEXY.

Apesar de não se referir expressamente ao instituto da ordem pública, o trabalho de ALEXY contribui com o objeto desta pesquisa ao sugerir a ponderação como base para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais⁴²⁵. A resolução desse tipo de casos

⁴²⁵Ao analisar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, assevera Robert ALEXY: “O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser formulado estreitamente ou amplamente. Se ele é formulado estreitamente, então são exclusivamente colisões, nas quais somente direitos fundamentais tomam parte, colisões de direitos fundamentais. Pode falar-se, aqui, de colisões de direitos fundamentais em sentido restrito. Em uma formulação ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com algumas normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise leva a quase todos os problemas dessa disciplina. Porém, antes de iniciar essa análise,

envolve, necessariamente, a hierarquização de valores. Analogicamente, a decisão de afastar a norma estrangeira mediante o uso da exceção de ordem pública será avaliada com base na "Lei de Colisão" (*Kollision Gesetz*) proposta por Robert ALEXY em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Posteriormente à apresentação da citada regra como critério orientador para utilizar a ordem pública nos processos de integração regional, casos concretos serão analisados para ilustrar a aplicação prática do fundamento sugerido.

Sugestão de critério

O critério sugerido para orientar a aplicação do instituto da ordem pública nos processos de integração regional será a "Lei da Colisão"⁴²⁶ elaborada por Robert ALEXY. O referido método se desenvolve com base no choque entre princípios jurídicos, mas sua utilização será adaptada como elemento orientador para a resolução de casos envolvendo a aplicação da exceção de ordem pública.

Ao se debruçar sobre o estudo dos direitos fundamentais, Robert ALEXY observou que estes devem ser comparados a princípios jurídicos. Constantemente, a resolução de casos concretos passa pela superação de choques entre esses princípios. Diante de situações dessa natureza, se torna necessário analisar a situação sob o prisma da valoração para definir a prevalência de um determinado princípio. Segundo ALEXY, a base da escolha valorativa será a ponderação.

Antes de adentrar no estudo mais detalhado da estrutura da "Lei de Colisão" dos princípios, cabe examinar a diferenciação entre princípios e regras. Neste sentido, Humberto ÁVILA traça um panorama da evolução da distinção doutrinária entre ambos os conceitos. Ao se debruçar sobre os critérios normalmente usados para diferenciar princípios e regras, o autor destaca um critério do caráter *hipotético- condicional*, um critério do *modo final de aplicação*,

deve, primeiro, o fenômeno a ser analisado ser tomado em consideração circunstanciadamente". ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 57.

⁴²⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 90.

um critério do *relacionamento normativo* e, finalmente, um critério do *fundamento axiológico*⁴²⁷.

Sobre a distinção entre princípios e regras, assevera Robert ALEXY:

A distinção entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo, por um lado, da subsunção e, por outro, da ponderação. Regras são normas que ordenam algo definitivamente. Elas são mandamentos definitivos. A maioria das regras ordena algo para o caso que determinadas condições sejam cumpridas. Elas são, então, normas condicionadas. Mas também regras podem adquirir uma forma categórica. Um exemplo seria uma proibição de tortura absoluta. Decisivo é que então, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado definitivamente fazer rigorosamente aquilo que ela pede. Se isso é feito, a regra está cumprida; se isso não é feito, a regra não está cumprida. Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Pelo contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas são, além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário⁴²⁸.

Em seu abrangente estudo realizado sobre os direitos fundamentais, o autor afirma que diferenciar regras de princípios⁴²⁹ consiste em “*um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais*”⁴³⁰. ALEXY assevera que regras e princípios são normas,

⁴²⁷Segundo Humberto ÀVILA: “Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Dworkin afirma: “se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão. Caminho não muito diverso também é seguido por Alexy quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas. Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada”. ÀVILA, H. B. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2013. p. 42-43.

⁴²⁸ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 131-132.

⁴²⁹Nádia de ARAÚJO afirma que: “O jurista alemão Robert ALEXY, posicionando-se muito próximo às ideias de Dworkin, enfrentou a distinção entre regras e princípios, concluindo que, embora ambos sejam espécies de normas, podem distinguir-se pela generalidade. Enquanto os princípios são dotados de alto grau de generalidade, as regras têm um grau baixo. Acrescenta, ainda, que os princípios também diferem das regras por sua qualidade. Essa diferença desponta com maior intensidade quando verificamos a colisão de princípios e o conflito de regras. Na colisão de princípios, é preciso ponderar o valor de cada um dos envolvidos, sem, contudo, promover a exclusão de qualquer um deles do sistema – ou seja, naquele caso um princípio cede ao outro, mas continua válido para ser usado no futuro. Com relação às normas, o conflito se desenrola na dimensão de validade, importando a prevalência de uma invalidade na outra”. ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. p. 119-120.

⁴³⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 82. O autor afirma, ainda, que: “La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-

porquanto dizem respeito ao “dever ser”⁴³¹. Em relação à distinção entre ambos os conceitos, o doutrinador ensina que o critério mais aplicado é o que determina uma diferenciação em seu grau de generalização⁴³².

Com base neste entendimento, Robert ALEXY apresenta três teses distintas para explicar a diferenciação entre princípios e regras⁴³³. A primeira delas afirma que a pluralidade torna inútil qualquer tentativa de estabelecer distinções entre ambos os conceitos. A segunda defende que a diferença entre princípios e regras existe em relação ao grau, sendo o critério decisivo da referida distinção o grau de generalização entre ambos os conceitos. Finalmente, ALEXY cita a tese segundo a qual a referida diferenciação não apresenta apenas caráter gradual, mas também qualitativo. O autor declara que esta terceira tese é correta e conclui seu raciocínio afirmando que os princípios se tratam de “*mandatos de otimização*”⁴³⁴. Neste sentido, afirma Robert ALEXY:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es bien una regla o un principio⁴³⁵.

Após esclarecer a diferença entre princípios de regras, Robert ALEXY passa a analisar situações nas quais se registram conflitos entre ambos os conceitos⁴³⁶. Ao examinar os

material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 82.

⁴³¹ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 83.

⁴³²Segundo o autor: “Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuente utilizado. Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 83.

⁴³³ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 85.

⁴³⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 85-86.

⁴³⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 87.

⁴³⁶Ao analisar o convívio entre princípios e regras no sistema jurídico, Humberto ÁVILA afirma que: “Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de

conflitos de regras, o autor assevera que estes se solucionam mediante a declaração de invalidade de uma das regras em questão ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção que suprima o conflito. ALEXY conclui dizendo que os conflitos de regras ocorrem na dimensão da validade⁴³⁷.

Já em relação aos conflitos entre princípios, Robert ALEXY afirma a preponderância da dimensão do peso. A colisão de princípios jurídicos, segundo o autor, se resolve a partir da definição de primazia. Um dos princípios em questão deverá, portanto, ceder diante do outro no caso concreto. Prevalecerá o princípio cujo peso for maior, sendo de tal forma necessário determinar a forma de avaliar essa grandeza⁴³⁸. A partir dos conflitos entre princípios, e com fundamento na ideia de ponderação, Robert ALEXY desenvolve sua “Lei de Colisão”.

Uma vez definido o fundamento a partir do qual serão analisados os casos concretos, surge o desafio de definir sua estrutura⁴³⁹. Inicialmente, o caráter subjetivo do conceito de ponderação representa uma dificuldade a ser superada. Segundo Robert ALEXY:

Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional⁴⁴⁰.

Nos casos onde se registram conflitos de princípios, se torna necessário determinar a maneira mediante a qual se aplicará a ponderação para definir qual das ideias prevalecerá no caso concreto. Sobre situações nas quais colidem dois princípios, afirma Robert ALEXY:

Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no

modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder”. ÁVILA, H. B. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2013. p. 129.

⁴³⁷ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpresión. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 88-89.

⁴³⁸ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpresión. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 89.

⁴³⁹Neste sentido, de acordo com o autor: “O problema da estrutura da ponderação forma, por isso, o núcleo do problema da ponderação no Direito”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 131.

⁴⁴⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpresión. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 157.

es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente⁴⁴¹.

Para solucionar casos concretos envolvendo conflito entre princípios, Robert ALEXY propõe utilizar a “Lei de Colisão”. Basicamente, o método consiste em estabelecer uma relação de precedência entre os princípios conflitantes. Esta pode ser condicionada ou incondicionada. Nos casos de precedência condicionada, são também introduzidas na análise as condições mediante as quais um princípio precederá ao outro⁴⁴².

O autor ilustra seu método de forma esquematizada. Nele, os símbolos “P1” e “P2” representam os princípios em oposição. A letra “P” ilustra a relação de precedência entre ambos. Como se afirmou anteriormente, esta relação pode ser incondicionada ou condicionada. A letra “C” simboliza as condições mediante as quais um princípio prevalecerá, nos casos de precedência condicionada⁴⁴³.

Inicialmente analisada, a “Lei de Colisão” prevê quatro possibilidades de solucionar casos envolvendo colisão de princípios. Esquemáticamente, as possibilidades se apresentam da seguinte forma:

<u>Possibilidade</u>	<u>Fórmula</u>	<u>Resultado</u>
1	“P1” P “P2”	P1 prevalece sobre P2
2	“P2” P “P1”	P2 prevalece sobre P1
3	(“P1” P “P2”) C	P1 prevalece sobre P2, sob certas condições
4	(“P2” P “P1”) C	P2 prevalece sobre P1, sob certas condições

Nas Possibilidades (1) e (2), temos o que Robert ALEXY define como “relações incondicionadas”, “abstratas” ou “absolutas” de precedência. Segundo o autor, estes casos são descartados pelo julgador, que exclui a aceitação da relação de precedência incondicionada.

⁴⁴¹ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpresão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 92.

⁴⁴²ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpresão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 92.

⁴⁴³ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpresão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 92.

Esta supressão decorre da ideia de que nenhum dos princípios em questão deve ser declarado precedente sem justificativa para tanto⁴⁴⁴.

De tal forma, a definição dos casos se dará com base nas Possibilidades (3) e (4), as chamadas relações de precedência condicionadas. Portanto, o ponto decisivo passa a ser definir sob quais condições um dos princípios precederá ao outro⁴⁴⁵. Neste estágio do processo, entra a análise do peso e da ponderação. A resolução passa pelo entendimento de que as condições “C”, presentes no caso concreto, levam um dos princípios a preceder ao outro.

O julgador analisará a ponderação do caso concreto com base na análise das condições “C”. Estas, segundo Robert ALEXY, desempenham uma dupla função⁴⁴⁶ na análise das relações de precedência condicionadas: uma no enunciado de preferência e outra na formulação da regra. Em sua primeira função, “C” é condição de uma relação de precedência. Na formulação da regra, “C” é um pressuposto de uma suposição de fato de uma norma⁴⁴⁷.

Robert ALEXY afirma que o caráter duplo de “C” é o resultado necessário da estrutura do enunciado de preferência. Segundo o autor, o fato de que um princípio preceda a outro significa que a consequência jurídica resultante desse princípio valerá quando dadas as condições “C”⁴⁴⁸. ALEXY conclui seu raciocínio afirmando que a relação de precedência condicionada leva à formulação de um enunciado de preferência. Segue-se uma regra que prescreve as consequências jurídicas do princípio predominante diante da ocorrência das condições de preferência⁴⁴⁹. De acordo com Robert ALEXY:

Esta ley, que será llamada “ley de colisión”, es uno de los fundamentos de la teoría de los principios aquí sostenida. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización

⁴⁴⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 92.

⁴⁴⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 93.

⁴⁴⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 93.

⁴⁴⁷Nas palavras de Robert ALEXY: “Lo que aquí fuera caracterizado como “condición de precedencia” y designado por la letra “C” juega, pues, un papel doble. En el enunciado de preferencia: (3) (P1 P P2) C “C” es la condición de una relación de precedencia. En la formulación de regla: (5) Si la acción “a” cumple “C”, entonces pesa sobre “a” una prohibición iusfundamental. “C” es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma. El que “C” tenga este carácter doble resulta necesariamente de la estructura del enunciado de preferencia”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 94.

⁴⁴⁸ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 94.

⁴⁴⁹Segundo o autor: “Así, pues, de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 94.

entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores⁴⁵⁰.

Após apresentar resumidamente a “Lei de Colisão” elaborada por Robert ALEXY, se sugere tomá-la como critério orientador de aplicação da exceção de ordem pública nos processos de integração regional. No próximo ponto desta pesquisa, situações concretas serão analisadas com base na doutrina de ALEXY com a intenção de ilustrar sua eficácia na resolução de casos reais.

Exemplos de aplicação do critério sugerido

Passa-se agora a analisar exemplos de situações concretas a partir do método apresentado anteriormente. Dois casos reais, julgados por cortes brasileiras, serão examinados. Um deles foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁵¹ e outro pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴⁵².

Dentro do escopo desta pesquisa, a jurisprudência escolhida se relaciona com temas pertinentes à integração regional. O Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça apresenta uma questão controvertida de direito obrigacional que diferencia o Brasil de seus vizinhos do Mercosul: a discussão acerca da legalidade da cobrança de dívida oriunda da prática de jogos de azar. O segundo caso, uma Apelação julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, examina o conflito entre o interesse do erário e a livre circulação de bens dentro do Mercosul - um dos elementos formadores da ordem pública do bloco.

Ambas as decisões serão analisadas com base na “Lei de Colisão” de Robert ALEXY, apresentada no ponto anterior desta pesquisa. Os resultados dos exames serão similares às decisões tomadas pelos tribunais, o que comprovará a validade do critério escolhido para o objetivo desta pesquisa.

Passando à análise dos casos, o Recurso Especial Nº 1.628.974 – SP (2016/025452-4) julgou ação interposta contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Entre as

⁴⁵⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 94-95.

⁴⁵¹Recurso Especial Nº 1.628.974 - SP (2016/0254752-4). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602547524&dt_publicacao=25/08/2017 Acesso em 12/07/2017.

⁴⁵²Apelação 0004103-20.2009.404.7200. TRF-4.ª Reg. - Ap 0004103-20.2009.404.7200 - j. 25/1/2012. Revista dos Tribunais | vol. 919 | p. 570 | Maio / 2012 | JRP(2012)32859

razões apontadas pelo recorrente, se destaca a ilicitude de cobrança de dívida de jogo no Brasil, mesmo quando constituída no exterior. A ação deveria, portanto, ser extinta por violar a ordem pública e a soberania.

Considerando sua relevância para o presente ponto deste trabalho, a possibilidade de cobrar judicialmente valores relativos à dívida de jogo contraída por brasileiro em cassino no exterior passará a ser analisada. Destaca-se que, ao contrário do que ocorre nos demais países do Mercosul, a legislação nacional proíbe o funcionamento desse tipo de estabelecimento de entretenimento⁴⁵³, considerando contravenção penal a exploração de jogos de azar⁴⁵⁴.

Em relação ao entendimento das mais altas cortes brasileiras sobre o tema, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para homologar sentenças estrangeiras até o advento da Emenda Constitucional 45/2004, entendia que a cobrança de dívida de jogo atentava contra a ordem pública e que os jogos de azar se tratavam de contravenção penal.

Entre os anos de 2001 e 2002, a referida corte alterou seu entendimento de forma significativa. Segundo orientação do tribunal à época, o jogo praticado no exterior seria equiparado aos jogos de azar permitidos no Brasil. De tal forma, o devedor teria a obrigação de pagar a dívida oportunamente constituída⁴⁵⁵.

Este entendimento mudou novamente a partir de 2003, voltando a prevalecer no Supremo Tribunal Federal a ideia de que a cobrança de dívidas de jogo seria ofensiva à ordem pública. Entretanto, esta orientação não foi respaldada por nenhuma decisão da alta corte. Por

⁴⁵³Segundo o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator do Recurso Especial em questão: “O artigo 814 do Código Civil de 2002 trata das dívidas de jogo e repete praticamente o conteúdo dos artigos 1.477 a 1.480 do Código Civil de 1916, afirmando que as dívidas de jogo não obrigam a pagamento. Inova com a introdução dos parágrafos 2º e 3º, buscando corrigir omissão anterior, esclarecendo que é permitida a cobrança oriunda de jogos e apostas legalmente autorizados. Como é sabido, o jogo explorado por cassinos é proibido pela legislação brasileira, sendo, no entanto, lícito em diversos estados americanos, assim como no Paraguai, Uruguai e em diversos países europeus. A questão a ser debatida, então, diz respeito à possibilidade de cobrança judicial de dívida de jogo contraída por um brasileiro em um cassino que funciona legalmente no exterior.

⁴⁵⁴De acordo com o artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941: “Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”.

⁴⁵⁵Sobre este ponto, destaca-se o seguinte trecho do Relator do Recurso Especial Nº 1.628.974: “Durante a Presidência do Ministro Marco Aurélio Mello, entre 2001 e 2002, houve mudança significativa na orientação daquela Corte, destacando-se o seguinte trecho de seu voto na CR 9970/EU: “Conclui-se, assim, sob pena de flagrante incoerência, estar o jogo gerador da dívida constante da sentença que se quer homologada em tudo equiparado aos permitidos no solo pátrio. Fora isso, é sofismar; é adotar postura em detrimento da melhor brasilidade; é enveredar por caminho tortuoso; é solapar a respeitabilidade de nossas instituições, tornando o Brasil um país desacreditado no cenário internacional, porque refúgio inatingível de jogadores pouco escrupulosos, no que, após perderem em terras outras, para aqui retornarem em busca da impunidade civil, da preservação de patrimônio que, por ato próprio, de livre e espontânea vontade, em atividade harmônica com a legislação de regência - do país - irmão (artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil) -, acabaram por comprometer. Em última análise, peço vênias ao nobre Ministro Relator para entender que relativamente à obrigação que deu margem à sentença, cumpre observar não o disposto no artigo 1.477 do Código Civil, mas a regra do artigo 9º da Lei de Introdução dele constante, que direciona ao atendimento da legislação do país onde contraída a obrigação. Com isso, afastar algo que não se coaduna com a Carta da República, que é o enriquecimento sem causa, mormente quando ligado ao abuso da boa-fé de terceiro”.

sua parte, o Superior Tribunal de Justiça, hoje competente para homologar sentenças estrangeiras, não apresenta em seu repositório de jurisprudência número significativo de decisões relativas ao tema⁴⁵⁶.

Atualmente, a partir de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁵⁷, a questão da tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar foi considerada relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, a mais alta corte brasileira reconheceu a existência de Repercussão Geral relativa ao tema⁴⁵⁸. Sobre o particular, cabe destacar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos últimos tempos no sentido de não considerar contravenção penal a prática de jogos de azar⁴⁵⁹.

Segundo o direito internacional privado brasileiro⁴⁶⁰, a legislação do local de constituição da obrigação (no processo ora analisado, os Estados Unidos da América) seria aplicada ao caso em questão. Entretanto, cabe destacar a previsão de afastamento do direito estrangeiro sempre que a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes forem ofendidos⁴⁶¹.

Analisando o caso em tela sob a égide da “Lei de Colisão” elaborada por Robert ALEXY, observa-se o conflito entre a determinação de não cobrar dívida de jogo e o dever de honrar obrigação econômica assumida. Os valores que fundamentam a proibição de cobrança desta natureza no âmbito do direito brasileiro podem ser encontrados tanto no texto do

⁴⁵⁶Neste sentido, segundo o voto do Relator do Recurso Especial ora analisado: “O Superior Tribunal de Justiça também não tem muitos precedentes acerca do caso em debate. No julgamento do REsp nº 606.171/CE, da relatoria do Ministro Menezes Direito, conquanto mantida a possibilidade de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior, não foi examinado o mérito da questão. Assim também no julgamento do REsp nº 307.104/DF, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves. No julgamento do REsp nº 822.922/SP, foi acolhido o entendimento de ser possível a cobrança dos cheques dados em pagamento de dívida de jogo, considerando sua desvinculação da dívida originária. E no julgamento do AgRg na CR nº 3.198/US, a Corte Especial entendeu possível a citação de nacional para responder a ação de cobrança de dívida de jogo no exterior.

⁴⁵⁷Recurso Especial Nº 966177 RG/RS.

⁴⁵⁸Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repercussao/ver/AndamentoProcesso.asp?incidente=4970952&numeroProcesso=966177&classeProcesso=RE&numeroTema=924>. Acesso em 18/09/2017.

⁴⁵⁹Segundo o Ministro Luis FUX, Relator do Recurso Especial Nº 966177 RG/RS: “Ademais, releva notar que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido pela atipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, alicerçados em fundamentos constitucionais (artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Carta Magna), o que vem a demonstrar que, naquela unidade federativa, a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal. Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repercussao/ver/AndamentoProcesso.asp?incidente=4970952&numeroProcesso=966177&classeProcesso=RE&numeroTema=924>. Acesso em 18/09/2017.

⁴⁶⁰Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

⁴⁶¹Art. 17 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “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”.

Decreto-Lei Nº 9215/1946⁴⁶² quanto em legislação mais recente, como é o caso da Lei Nº 9.613/1998⁴⁶³. Por sua parte, cumprir as obrigações assumidas se trata de um dos fundamentos mais básicos para o bom funcionamento da vida em sociedade e consiste em uma ideia presente na doutrina jurídica desde tempos imemoriais⁴⁶⁴.

Utilizando as fórmulas propostas por Robert ALEXY em sua “Lei de Colisão”⁴⁶⁵ para solucionar o caso em tela, temos as seguintes possibilidades: 1. A inadmissibilidade de cobrar dívida oriunda de jogo de azar (P1) prevaleceria sobre a obrigação de pagar dívida oportunamente constituída (P2) sob certas condições (C). 2. A obrigação de pagar dívida oportunamente constituída (P2) prevaleceria sobre a inadmissibilidade de cobrar dívida oriunda de jogo de azar (P1) sob certas condições (C).

Uma vez definidos os princípios em conflito, observa-se que o fator determinante para a resolução do caso será analisar as condições particulares da situação. Neste sentido, se destacam elementos como o enriquecimento ilícito do recorrente e a lesão à boa-fé da empresa que legalmente explorava, nos Estados Unidos da América, a realização de jogos de azar⁴⁶⁶. Em relação às condições específicas do caso, o relator do recurso faz referência expressa a situações pregressas desabonadoras da conduta do recorrente. Não era a primeira

⁴⁶²Os fundamentos do Decreto-Lei Nº 9214/1946 são os seguintes: “Considerando que a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal; Considerando que a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a êsse fim; Considerando que a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro e contrária à prática e à exploração e jogos de azar; Considerando que, das exceções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes; Considerando que as licenças e concessões para a prática e exploração de jogos de azar na Capital Federal e nas estâncias hidroterápicas, balneárias ou climáticas foram dadas a título precário, podendo ser cassadas a qualquer momento.

⁴⁶³A Lei Nº 9.613/1998 “Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências”. O diploma legal tem como base o combate à ocultação de recursos oriundos do crime e da corrupção, além de evitar a facilitação de mecanismos que permitam a lavagem de dinheiro. Neste sentido, a prática de jogos de azar se constitui, inquestionavelmente, em atividade facilitadora da ocultação de valores.

⁴⁶⁴Sobre o fundamento moral da obrigação contratual, afirma Ricardo Luis LORENZETTI: “El contrato nace de una promesa aceptada, y con ello es suficiente: debe respetarse la palabra empeñada. Esta concepción tiene sus raíces más importantes en el Derecho Medieval, con una fuerte influencia religiosa y luego con la escuela del derecho natural. Quien falta a la palabra viola una regla moral que constituye una de las bases de la orden social. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos – Parte General*. 1ª Ed. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores. 2004. p 49.

⁴⁶⁵As fórmulas das relações de precedência condicionada, como informado no ponto anterior, são: (“P1” P “P2”) C (ou seja: P1 prevalece sobre P2, sob certas condições) ou (“P2” P “P1”) C (ou seja: P2 prevalece sobre P1, sob certas condições).

⁴⁶⁶Segundo o relator do Recurso Especial ora analisado: “Com efeito, aquele que visita país estrangeiro, usufrui de sua hospitalidade e contrai livremente obrigações lícitas não pode retornar a seu país de origem buscando a impunidade civil. A lesão à boa-fé de terceiro é patente, bem como o enriquecimento sem causa, motivos esses capazes de contrariar a ordem pública e os bons costumes”. Especificamente acerca do enriquecimento ilícito do autor, o relator afirma que o tema já foi amplamente tratado no Recurso Especial Nº 1.545.783/SP. Neste sentido, cita o referido acórdão afirmando que: “Referendar o enriquecimento ilícito do recorrente representa afronta muito mais significativa à ordem pública brasileira do que admitir a cobrança de dívida de jogos legalmente permitidos”.

vez na qual o autor se utilizava da interposição de recurso como estratégia dilatória para frustrar seus credores⁴⁶⁷. Finalmente, cabe destacar que a dívida em questão se originou de aposta legalmente permitida no local de celebração do contrato.

Analisando o caso por meio da doutrina de Robert ALEXY, se conclui que a obrigação de pagar dívida oportunamente constituída (P2) prevalece sobre a inadmissibilidade de cobrar dívida oriunda de jogo de azar (P1). Isto ocorre no caso concreto a partir das seguintes condições (C) observadas: enriquecimento ilícito do devedor, lesão à boa-fé do credor, histórico do devedor e origem lícita da dívida.

Como restou demonstrado, a utilização da “Lei de Colisão” de ALEXY para orientar a aplicação da exceção de ordem pública levou o julgador ao mesmo resultado obtido pelo Superior Tribunal de Justiça. A corte entendeu que o pedido em questão não ofendia a ordem pública, os bons costumes e a soberania brasileira. No acórdão, a corte chega até mesmo a declarar que: *“Referendar o enriquecimento ilícito do recorrente representa afronta muito mais significativa à ordem pública brasileira do que admitir a cobrança de dívida de jogos legalmente permitidos”*.

Passa-se agora a analisar a segunda decisão sob o prisma da “Lei de Colisão” de Robert ALEXY. A Apelação Nº 41032020094047200 SC, decidida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgou recurso interposto pela Fazenda Nacional contra estrangeiro residente no Brasil. O argumento do apelante se baseava em prejuízo ao erário provocado pelo apelado, que teria importado veículo automotor estrangeiro sem recolher os tributos devidos.

Ao ser abordado por autoridade policial, o condutor do referido veículo não conseguiu provar sua condição de turista. Ademais, segundo as autoridades, não havia prova idônea do ingresso do bem móvel ao território nacional. Diante deste quadro, o veículo foi apreendido e seu destino seria virar objeto de pena de perdimento. Indignado com a referida decisão, o proprietário do automóvel ajuizou ação ordinária anulatória.

Os argumentos esgrimidos pelas partes envolviam, por um lado, o direito soberano de disciplinar o ingresso de bens produzidos no exterior e tributá-los. Por outro lado, a medida de perdimento em questão afrontaria o direito à livre circulação de bens entre os países signatários do Mercosul⁴⁶⁸. Cabe destacar que este último ponto consiste em um dos

⁴⁶⁷Sobre o particular, afirma o Relator: “Assevera que o recorrente foi até Las Vegas, solicitou o crédito, assinou os cheques, usou os valores para jogar e pretende se escusar do pagamento, como já fez em outros casos, pois é devedor contumaz. Ressalta que este é o terceiro recurso especial oferecido pelo recorrente nestes autos, em evidente abuso”.

⁴⁶⁸Destaca-se, entre os argumentos da Fazenda Nacional: “A União apela, requerendo seja reconhecida a legalidade da pena de perdimento do veículo apreendido no caso. Aduz a importação irregular de mercadoria estrangeira no País, em ofensa ao art. 44 do Decreto-Lei nº 37/66. Diz não haver prova idônea no caso a respeito

elementos basilares de constituição e funcionamento do bloco de Estados, sendo parte do que pode ser considerado como ordem pública mercosulina⁴⁶⁹.

Segundo a “Lei de Colisão” de Robert ALEXY, a solução do caso se daria a partir das seguintes possibilidades: 1. O dano ao erário decorrente da importação indevida (P1) prevalece sobre a livre circulação de bens no âmbito do Mercosul (P2) sob certas condições (C). 2. A livre circulação de bens no âmbito do Mercosul (P2) prevalece sobre o dano ao erário decorrente da importação indevida (P1) sob certas condições (C).

Novamente, a análise das condições (C) é o ponto fundamental para orientar a aplicação da “Lei de Colisão”, definindo a prevalência de um princípio sobre o outro. No caso em tela, restou provado que o bem móvel, seu proprietário e o condutor, haviam ingressado legalmente no Brasil. No mesmo sentido, o condutor do veículo possuía domicílio em seu país de origem (Argentina) e no Brasil. Provou-se, ademais, que a irregularidade na presença do bem em território nacional foi devida a uma eventualidade que levou o proprietário, pai do condutor, a retornar para a Argentina e deixar o veículo sob os cuidados de seu filho.

As condições (C) apontadas anteriormente são capazes de demonstrar que, no caso em questão, a livre circulação de bens no âmbito do Mercosul (P2) prevalece sobre o dano ao erário decorrente da importação indevida (P1). Esta foi a decisão do tribunal.

Finalmente, por se tratar de tema vinculado ao objetivo desta pesquisa, vale destacar a clareza do Relatório da referida Apelação no sentido de afirmar a prevalência do Tratado de Assunção sobre as normas infralegais⁴⁷⁰. Cabe destacar que, ao envolver o conflito entre a soberania estatal de impor sua legislação tributária e a decisão soberana de lançar-se a um

da data em que o veículo teria ingressado no País. Aponta o limite da aplicabilidade do Tratado de Assunção, o qual não ampara a livre circulação de bens entre os países signatários. Defende ter havido no caso dano ao erário por importação indevida de veículo automotor, conforme art. 23, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.445/76. Menciona que o veículo ingressou de forma irregular no País, para atender as necessidades da família do condutor, caracterizando importação irregular, em descumprimento às condições insertas na Resolução nº 35/2002, que trata da circulação de veículos comunitários no âmbito no MERCOSUL, de forma que o veículo apreendido no caso não ingressou no Brasil sob regime aduaneiro de admissão automático nele previsto, estando em situação irregular e sujeito às sanções cabíveis”. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Revista dos Tribunais | vol. 919 | p. 570 | Maio / 2012 | JRP\2012\32859.

⁴⁶⁹De acordo com o ponto 6.2. da presente pesquisa, a ordem pública do Mercosul faz prevalecer a norma do projeto de integração sobre qualquer outra norma interna. Ver nota de rodapé 351.

⁴⁷⁰Segundo o Relatório: “Ocorre que o direito à livre circulação de bens entre os países signatários do MERCOSUL é assegurado pelo Tratado de Assunção, diploma incorporado ao ordenamento jurídico interno, que prevalece sobre as normas infralegais. Assim, a aplicação da pena de perdimento, havendo a comprovação do duplo domicílio, implica sanção desproporcional, além de afrontar o atual estágio de integração do MERCOSUL e os objetivos do Tratado de Assunção”. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Revista dos Tribunais | vol. 919 | p. 570 | Maio / 2012 | JRP\2012\32859.

projeto de integração regional, o caso agora analisado remete ao paradoxo⁴⁷¹ que motivou a elaboração deste trabalho de pesquisa.

Conclui-se o presente ponto desta investigação observando que a “Lei de Colisão”, formulada por Robert ALEXY, assim como o “Método para a Concretização da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, de Erik JAYME, têm grande utilidade como critérios orientadores para aplicação da exceção de ordem pública no âmbito dos processos de integração regional. Segundo o observado anteriormente, a utilização de ambos os métodos como critérios de resolução de casos concretos se mostrou compatível com os julgamentos dos tribunais.

⁴⁷¹“A decisão soberana do Estado de restringir sua soberania ao fazer parte de um processo de integração”. Ver ponto I) “Ordem pública e soberania estatal” desta dissertação.

Considerações finais

Partindo da necessidade de adaptar o tratamento dado ao instituto jurídico da ordem pública à transformação da soberania e à influência do multiculturalismo no âmbito dos processos de integração regional, esta dissertação percorreu o roteiro proposto em sua origem. A seguir, são apresentadas as conclusões desta pesquisa.

Após sustentar a importância de definir critérios objetivos para aplicar a ordem pública, o presente trabalho foi concluído com a recomendação de preceitos concretos que viabilizam essa utilização. Em relação à análise comparativa entre a ordem pública e a soberania, restou evidente a necessidade contemporânea de flexibilizar ambos os conceitos. Se, por um lado, essas ideias não gozam mais de um caráter absoluto e imutável, por outro, seguem desempenhando um papel fundamental na organização jurídica e política dos Estados⁴⁷².

Soma-se a esta realidade interna, decorrente de decisões autônomas das autoridades nacionais, as influências do multiculturalismo e do enfoque pós-moderno⁴⁷³. Estas, de forma externa, atingem significativamente a aplicação do instituto da ordem pública. A partir dos exemplos apresentados neste trabalho, se observa que o aprofundamento dos processos de integração, aliado ao marcado incremento nas migrações internacionais, demanda adaptação e

⁴⁷²Ao analisar a atual situação da soberania no plano internacional, Lenio Luiz STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS afirmam: “A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. Por mais que se argumente no sentido de que esta colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitiria a um Estado vincular-se a outro (s) em questões que lhe interessem ou para fazer frente a situações paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais da mesma”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. p. 132.

⁴⁷³Segundo Cláudia LIMA MARQUES: “A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior a decodificação, a tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nesses tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta por meio da incorporação. Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico, há um “diálogo de fontes especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto. É um diálogo sem vencedores e vencidos, mas entre formas de pensamento diferentes que são capazes de negociar posições consistentes e possíveis em ambos os sistemas, demonstrando “virtudes comunicativas”. Isto envolve sem dúvida temas e modelos legislativos da *common law* e da *civil law*”. MARQUES, Cláudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades (Organizador). *Faces do Multiculturalismo: teoria – política - direito*. Santo Ângelo. EDIURI. 2007. p. 32.

flexibilidade por parte da comunidade jurídica⁴⁷⁴ para lidar com uma realidade de marcada interconexão⁴⁷⁵.

Como ficou demonstrado, estruturar os sistemas jurídicos regionais com base em valores compartilhados e, ao mesmo tempo, respeitar coletividades de imigrantes de origens heterogêneas pode parecer um obstáculo intransponível. Entretanto, a solução para este grande desafio parte, inexoravelmente, da procura por valores que superem as divergências entre os distintos grupos⁴⁷⁶. Esta dissertação demonstrou que, com base no trabalho desenvolvido por vários doutrinadores, é possível buscar um conteúdo universal para a ordem pública⁴⁷⁷.

Sobre o particular, restou comprovado que o tema faz parte das preocupações de grandes estudiosos desde tempos remotos. Neste sentido, o reconhecimento de valores comuns que unem a toda espécie humana é o fundamento para construir um conceito amplo de ordem pública⁴⁷⁸. A partir de meados do século XX, a prevalência dos direitos humanos⁴⁷⁹

⁴⁷⁴Segundo afirma Marc ANCEL: “Os fatores de unificação são, inicialmente, de um lado, a aspiração de uma maior segurança em matéria de comércio internacional, e, de outro lado, o desejo, não menos intenso, de elidir a complexidade e a incerteza dos conflitos de leis, que, precisamente, a lei uniforme pretende suprimir. Pode-se acrescentar, na época considerada, a confiança dos juristas na ação dos governos e no poder do legislador. Os governos, estimava-se então, cooperarão cada vez mais em matéria internacional, e o legislador, por sua vez, é todo-poderoso. É preciso, pois, instaurar uma legislação internacional, ou, exatamente, interestatal. A soberania dos Estados não será atingida, porquanto cada um dos países signatários deverá anuir”. ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1980. p. 90.

⁴⁷⁵De acordo com Roger SCRUTON: “We live in an interconnected world. Globalization and the internet have created new networks of belonging and new forms of social trust, by which borders are erased and old attachments vaporized. Yes, we have seen the growth of nationalism in Europe, the Brexit vote in the U.K. and the election of the populist Donald Trump, but these are signs of reactionary sentiments that we should all have outgrown. The nation-state was useful while it lasted and gave us a handle on our social and political obligations. But it was dangerous too, when inflamed against real or imaginary enemies. In any case, the nation-state belongs in the past, to a society in which family, job, religion and way of life stay put in a single place and are insulated against global developments. Our world is no longer like that, and we must change in step with it if we wish to belong”. SCRUTON, Roger. The Case for Nations. *The Wall Street Journal*. Junho 2017. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/the-need-for-nations-1496421583>. Acesso em 02/06/2017.

⁴⁷⁶Gabriel VALENTE DOS REIS afirma que: “Já a teoria da ordem pública verdadeiramente internacional constata que há uma ordem pública maior, a consagrar alguns princípios universais, servindo aos mais altos interesses da humanidade. Tal ordem pública deve servir como mais um parâmetro para a aplicação (ou não) das diversas ordens públicas locais. No Direito Internacional Privado, a noção pode cumprir o papel de mínimo universal referido por autores cosmopolitas, que permite a própria existência da estrutura básica de respeito à diversidade”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. *Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável*. Dissertação de Mestrado em Direito. FADUSP. Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2012. p. 120.

⁴⁷⁷Segundo Bruno MIRAGEM: “O conteúdo da ordem pública, afirmamos, é variável no tempo e no espaço. E sua observação como limite à aplicação do direito estrangeiro incorpora diversos elementos característicos, e por vezes exclusivos, de uma determinada ordem jurídica. Tem, portanto, um caráter nitidamente conservador, na medida em que representa um recurso para a manutenção dos valores e concepções morais e culturais característicos de uma determinada sociedade”. 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. (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 337.

⁴⁷⁸Segundo Leontin-Jean CONSTANTINESCO: “Uma obra legislativa mais ampla postula, no quadro de uma interpretação regional, uma ciência que seja sobretudo capaz de encontrar o “fundamento jurídico comum” dos

no âmbito internacional e sua marcada influência nos textos constitucionais contemporâneos se constituiu em um claro exemplo deste pensamento⁴⁸⁰.

Em relação à análise do objeto de pesquisa nos processos de integração regional escolhidos e ilustrando o atual estado de evolução do tema, a ordem pública foi examinada em comparação com as normas de aplicação imediata. Ambos os instrumentos permitem que os operadores do Direito limitem a aplicação de leis cuja utilização deveria ser evitada no caso concreto. Observou-se que, principalmente no âmbito da União Europeia, os legisladores vêm dedicando grandes esforços no sentido de determinar mecanismos de utilização para as normas de aplicação imediata. Cabe destacar que o mesmo não se observa em relação à exceção de ordem pública.

Ao se debruçar sobre o estudo da legislação e jurisprudência relativas à ordem pública no Mercosul e na União Europeia, esta pesquisa confirmou a existência de valores compartilhados a partir dos quais se torna possível afirmar a existência de uma ordem pública regional em ambos os projetos de integração. Considerando a necessidade de definir um conceito de ordem pública mercosulina e de ordem pública europeia, observa-se que a homogeneidade entre os Estados partes que conformam o primeiro processo de integração é marcadamente mais acentuada do que entre os membros da União Europeia.

Depois de defender a relevância de encarar o tratamento da ordem pública de forma mais objetiva e de afirmar que seu conteúdo deve ser procurado a partir de valores consagrados pela comunidade internacional e reconhecidos como inerentes a todos os indivíduos, a presente pesquisa propôs critérios orientadores para a aplicação da ordem pública nos processos de integração regional selecionados para análise.

diversos ordenamentos e uma perspectiva unitária. Isso não pode acontecer sem um conhecimento aprofundado da posição entre si dos ordenamentos dos Estados-membros, em matéria de técnica normativa, e em questões fundamentais que se relacionam à concepção jurídica e à hierarquia dos valores”. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Renovar. 1998. p. 60.

⁴⁷⁹Acerca da relação entre ordem pública e direitos humanos, afirma Bruno MIRAGEM: “O direito internacional pós-moderno reconstrói o sentido da ordem pública a partir dos direitos humanos, o que – dado o caráter universal destes – indica uma aproximação dos diversos Estados nacionais a partir de um conteúdo comum ao conceito geral de ordem pública. Do mesmo modo, o direito internacional privado, a partir desta nova concepção de ordem pública, passa a enfrentar o desafio de equilibrar sobre sua disciplina a realidade internacional de disputa entre diferentes forças, defensoras de interesses contraditórios, cuja harmonia passa a representar um dos objetivos do DIP”. 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. (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 347-348.

⁴⁸⁰Neste sentido: “A juridicização dos direitos humanos em nível internacional e sua adoção pelo direito interno dos Estados nacionais contribuem para uma nova definição do conceito de ordem pública”. 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. (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 309.

Os estudos de dois renomados autores, mais especificamente: “Método para concretização da ordem pública no direito internacional privado” (*Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*), de Erik JAYME, e “Lei de Colisão” (*Kollision Gesetz*), de Robert ALEXY, foram sugeridos como forma de evitar possíveis excessos de subjetivismo na aplicação desse instituto caracterizado pela abstração⁴⁸¹. De acordo com as resoluções dos casos apresentados neste trabalho, ambas as propostas se mostraram duplamente eficientes. Não apenas fortaleceram a segurança jurídica⁴⁸² dos sistemas ao proporcionar congruência na resolução das situações concretas, mas também chegaram ao mesmo resultado final que os julgadores⁴⁸³.

De modo conclusivo, é possível afirmar que esta dissertação cumpriu seu objetivo de promover o debate acadêmico ao sugerir um novo enfoque para tratar um dos mais tradicionais temas da ciência do Direito⁴⁸⁴. Ao longo das páginas anteriores, a conveniência de aplicar objetivamente a ordem pública nos processos de integração regional foi defendida e

⁴⁸¹Acerca da necessidade de aplicar a ordem pública de forma objetiva, afirma Erik JAYME: “Para responder a esas preguntas se ha de buscar más que una respuesta teóricamente impecable una formulación metodológica pragmática que brinde seguridad o que por lo menos despeje algo de la niebla de mítica inseguridad que recubre al orden público. La presentación de un método para concretizar el orden público es un fuerte golpe al oscurantismo empírico que sostiene la concepción de un orden público “sentido” pero “inexplicable”, un orden público irracional”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 07/02/2017. p. 220.

⁴⁸²Especificamente em relação ao seu método, afirma Erik JAYME: “El método propuesto facilita la labor del juez llamado a conocer del caso y permite al mismo tiempo a las instancias superiores controlar la limitada discrecionalidad de que disponen para la aplicación de la cláusula de reserva, fomentando al mismo tiempo la creación de un cuerpo jurisprudencial que contribuya a la solución de casos concretos futuros”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 07/02/2017. p. 222.

⁴⁸³Erik JAYME assevera que a ordem pública tutela resultados, não normas abstratas. Neste sentido, afirma: “Además, se elaboró la idea de que el orden público constituye el conjunto de los principios esenciales de cada sistema jurídico y por lo tanto es relativo en un triple sentido: temporal, territorial y materialmente (según el sector jurídico del que se trate). En este sentido el orden público tutela resultados, no normas jurídicas abstractas; corrige soluciones en atención a los más esenciales patrones de justicia del foro”. JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 07/02/2017. p. 219.

⁴⁸⁴Bruno MIRAGEM afirma ser necessário determinar novas formas de analisar as soluções indicadas pelo direito. Neste sentido: “A lógica anterior, de preceito e sanção, hipótese e consequência, é ultrapassada pela força dos fatos e o conceito de decisão correta busca aproximar forma e conteúdo, de modo a garantir a legitimidade das decisões jurídicas. É preciso, deste modo, alcançar novas formas de determinar a aceitação e compreensão das soluções indicadas pelo direito”. 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. (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 308.

foram também sugeridas bases mediante as quais se devem construir critérios assertivos de utilização do instituto.

Ao chegar a seu fim, este trabalho convida outros pesquisadores a evoluir e aperfeiçoar o estudo do tema, ratificando ou retificando os argumentos aqui apresentados. Este necessário exercício contribuirá, com certeza, para o desejável progresso no estudo do direito da integração.

Referências Bibliográficas

ABELLA VÁZQUEZ, Carlos M. Globalización y Multiculturalismo: ¿Son posibles las democracias multiculturales en la era del globalismo? *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidad de Barcelona. Vol. VII, Número 135, 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-135.htm> Acesso em 17/01/2017.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2012. 1352 p.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª Edição Revisada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. 168 p.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. 3ª Reimpressão. Leganés/Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. 607 p.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Transboundary Environmental Litigation and International Cooperation: Reflections upon Global Public Policy Principle. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores) *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte. 2015. Arraes Editores. p. 288-308.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Nunca antes na diplomacia...: a política externa brasileira em tempos não convencionais*. Curitiba. Appris. 2014. 289 p.

ALVES, Lindgren. *Viagens no Multiculturalismo. O comitê para a eliminação da discriminação racial, das Nações Unidas, e seu funcionamento*. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG. 2010. 256 p.

ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1980. 159 p.

ANDRO, Armelle; LESCLINGAND, Marie. Les mutilations sexuelles féminines: Le point sur la situation en Afrique en en France. *Bulletin Mensuel D'Information de L'Institut National D'Études Démographiques*. Número 438. Outubro de 2007. Disponível em: http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/19106/438.fr.pdf Acesso em 10/04/2017.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2008. 642 p.

ÁVILA, H. B. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2013. 215 p.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. O Reconhecimento da Jurisdição no Projeto da Corte Penal da Unasul: Uma Análise Crítica da Competência Absoluta do Tribunal e a Possível Violação à Soberania dos Estados. In: MENEZES, Wagner (Organizador) *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Volume X. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2017. p. 619-639.

BASEDOW, Jürgen. Coerência do Direito Internacional Privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 51-78.

BASSIOUNI, M. Cherif. The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik. *Georgia State University Law Review*. Volume 22. Artigo 2. 3ª Edição. 2006. p. 541-560. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2115&context=gsulr>. Acesso em 11/03/2017.

BASSO, Maristela. *Direito Internacional Privado: manual de legislação*. São Paulo. Atlas. 2009. 500 p.

BATTELLO CALDERON, Silvio Javier. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba. Advocatus. 2012. 274 p.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro. Ed. Zahar. 2001. 260 p.

BERTASO, João Martins. Fragmentos de Cidadania no Direito e na Psicanálise. In: SANTOS, André Leonardo Copeti e DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Organizadores). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos*. Rio de Janeiro. Forense. 2009. 309 p.

BONOMI, Andrea. Il Diritto Internazionale Privato dell'Unione europea: considerazione generali. In: BONOMI, Andrea (Editor). *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile*. Turim. G. Giappichelli Editore, 2009. p. 1– 54. Disponível em: <http://www.giappichelli.it/stralci/3488619.pdf>. Acesso em 11/04/2017.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. 698 p.

BUCHER, Andreas. l'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. Volume II. 239. p. 13-116.

CALIXTO, Negi. *Ordem Pública - Exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba. Editora Universidade Federal do Paraná. 1987. 75 p.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. Curitiba. Juruá. 2011. 544 p.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Organizador). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG. 2007. p. 207-322.

CARMODY, Chios. Rights in Reverse International Human Rights as Obligations. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of*

International Law. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 1177-1264.

CASELLA, Paulo Borba. Perspectivas da Integração Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Volume 109. janeiro/dezembro 2014.p. 25-74.

CERVO, Amado Luiz. Hegemonia coletiva e equilíbrio: a construção do mundo liberal (1815-1871). In: SARAIVA, José Flávio Sombra. (Organizador). *História das Relações Internacionais Contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era de globalização*. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 41-75.

CHIBUNDU, Maxwell. O. The Parochial Foundations of Cosmopolitan Rights. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 910-1176.

CIPPITANI, Roberto. Interpretación y derecho de la integración. Coleção *Diálogos desde la Diversidad*. Calógero Pizzolo. Buenos Aires. Astrea. 2016. 188 p.

CONSELHO DE NOTÁRIOS DA UNIÃO EUROPEIA. *Manual explicativo do Regulamento n.º 650/2012 relativo às sucessões de carácter transfronteiriço*. Guia Prático para Notários. Bruxelas. ENN, 2013. Disponível em www.notarios.pt. Acesso em 05/08/2017.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Renovar. 1998. 385 p.

CONTOGEOGIS, Georges. Les fondements et les limites du multiculturalisme européen. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. *Identidade europeia e multiculturalismo*. Coimbra. Quarteto Editora. 2002. 417 p.

CORBIN, Henry. *History of Islamic Philosophy*. Disponível em: http://www.fatuma.net/text/Corbin_-_The_History_of_Islamic_Philosophy.pdf. Acesso em 25/01/2017.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Direito Internacional Privado e Ordem Pública. In: RAMOS, André de Carvalho (Organizador). *Direito Internacional Privado. Questões Controvertidas*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015. p 48-59.

CULLETON, Alfredo. A Idade Média e o Multiculturalismo. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Organizador). *Faces do Multiculturalismo: teoria – política - direito*. Santo Ângelo. EDIURI. 2007. p. 11-20.

CZERPELAK, Marcin. Would We Like to Have a European Code of Private International Law? *European Review of Private Law* 4. 2010. P. 705-728. Disponível em <https://home.heinonline.org>. Acesso em 06/08/2015.

DANESE, Sérgio. *Diplomacia presidencial: história e crítica*. 2ª Edição. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG. 2017. 641 p.

DE BOER, Th. M. Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1996. Volume 257. p. 227-427.

DE COCK, Henry. Régimes de Droit Commun. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 V. Volume 10. p. 321-486.

DE LA FUENTE, Horacio H. *Orden Público*. Buenos Aires. Astrea. 2003. 176 p.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Globalização e Multiculturalismo: Aproximações e Divergências na Atualidade. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Volume 1. Número 1. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. p 49-72.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os Domínios Recalcitrantes do Direito Internacional: Diversidade Moral e Religiosa no Direito Penal como Óbice ao Direito Comum: O Caso do Aborto do Feto Anencéfalo. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Volume 15. Número 16. Porto Alegre. HS Editora. 2011. p. 95-135.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; JAEGER JUNIOR, Augusto. Por uma Teoria Jurídica da Integração Regional: a inter-relação Direito Interno, Direito Internacional Público e Direito da Integração. *Revista de Direito Internacional*. Volume 12. N 2. 2015. Teoria do Direito Internacional. Disponível em: <http://publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3710/pdf>. Acesso em 05/10/2016.

DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado. Tese apresentada à Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à cátedra de Direito Internacional Privado*. 1979. 282 p.

DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional em seus Diversos Patamares. *Revista dos Tribunais*. Volume 828. Outubro 2004. p.33-42.

DOLINGER, Jacob. *DIPr: (Parte Geral)*. 6ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2001. 550 p.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Orden Público Subregional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Volume 12. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores. 1996. p. 507-538.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Diálogo entre cortes o la construcción de un derecho común conforme a los derechos en el Perú: ¿Alternativa posible y conveniente, o aspiración discutible e incluso inalcanzable? In: PIZZOLO, Calógero; MEZZETI, Luca. *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Coleção: Diálogos desde la Diversidad. Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 107-160.

FAERMANN, Flávia. Necessidade de regulamentação, pela União Europeia, dos relacionamentos homoafetivos. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 203-229.

FALLON, Marc. Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré - L'expérience des Communautés européennes. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers. 1995. Volume 253. p. 9-281.

FARGUES, Phillippe. Un million de migrants arrivés sans visa en Europe en 2015: Qui sont-ils?. *Bulletin Mensuel D'Information de L'Institut National D'Études Démographiques*. Número 532. Abril de 2016. Disponível em: http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25200/532_population_societes_avril.2016.migrants_europe.fr.pdf Acesso em 10/04/2017.

FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema Tributário do Mercosul: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 3ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001. 342 p.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. As Novas Tendências do Direito Internacional Privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Número IV. Setembro 2005. Porto Alegre. PPGDir/UFRGS. p. 305-314.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El Derecho Internacional Privado en el Diván – Tribulaciones de un ser complejo. In: *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Assunção. CEDEP. 2013. p. 17–35. Disponível em: <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/dpfa-homenajerrdlabrano-copy.pdf>. Acesso em 05/01/2017.

FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno – Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma. Editori Laterza. 1997. 112 p.

FIGUEIREDO, Marcelo. Diálogo Interjurisdiccional entre tribunales nacionales e internacionales en Brasil In: PIZZOLO, Calógero; MEZZETI, Luca. *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Coleção: Diálogos desde la Diversidad. Buenos Aires. Astrea. 2016.p. 161-181.

FRAGOSO JR, Silvio B. Ordem pública no processo de europeização da parte geral do direito internacional privado. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 551-584.

FRAGOSO JR, Silvio B. O compartilhamento da ordem pública nos processos de integração regional. In: MENEZES, Wagner (Organizador) *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Volume X. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2017. p. 1-19.

FRIEDRICH, Tatyana S. *Norma Imperativa: a conexão dos Direitos Humanos com o Direito Internacional Privado*. 2005. 272 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2005. Disponível em: <http://dspace.ufrpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3045/tese%20Tatyana%20Friedrich.pdf;jsessionid=166346AC58B17F5A60F788F65D3CB72D?sequence=1> Acesso em 15/01/2017.

FRIEDRICH, Tatyana S. *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte. Fórum. 2007. 280 p.

GOBASH, Omar Saif. Advice for Young Muslims. *Foreign Affairs*. Novembro 2016. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-11-29/advice-young-muslims>. Acesso em 25/01/2017.

GRIFFIN, James. Are Human Rights Parochial?. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2014. p. 765-909.

HAMEL, Christelle. Immigrées et filles d'immigrées: le recul des mariages forcés. *Bulletin Mensuel D'Information de L'Institut National D'Études Démographiques*. Número 479. Junho de 2011. Disponível em: http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/19147/479.fr.pdf Acesso em 10/04/2017.

HEALY, Thomas H. Théorie Générale de l'Ordre Public. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Librairie Hachette. 1925 IV. Volume 9. p. 411-557.

HELLER, Agnes. As várias faces do multiculturalismo. *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*. Número 14. Brasília. ESMPU. 2005. p. 13-37.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. São Paulo. Companhia das Letras. 1995. 598 p.

HOCSMAN, Heriberto S. *Negocios en Internet*. Buenos Aires. Astrea. 2005. 539 p.

HUMPHREYS, Luis Fernando Lisboa. A exceção de ordem pública no direito internacional privado: limitação à liberdade contratual. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Número 2. Curitiba. 2005. p. 193-221.

HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2010. 638 p.

INSANTI, Horacio. *Derecho y Posmodernidad: el ius y la superación de la metafísica*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1999. 150 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba. Juruá. 2012. 672 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais. Atualizado conforme o Tratado de Lisboa*. Curitiba. Juruá. 2010. 800 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto; WENDLING, Eduardo. *Integração Regional e Direito Tributário Internacional*. Campinas. Millenium Editora. 2014. 354 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: recentes intercorrências no caminho de um Regulamento Roma Zero. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado*:

estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 133-174.

JAYME, Erik. Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nº 82. 1991. Disponível em: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_215-270.pdf. Acesso em 07/02/2017.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Organizadoras). *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 3-20.

JAYME, Erik. Codificação e Parte Geral em Direito Internacional Privado. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 31-50.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projeto Filosófico*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 05/02/2017.

KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. Nova Iorque. Simon and Schuster Paperbacks. 1994. 912 p.

KOWALSKI, Mateus. A “Ordem Pública Universal” como o fim da história? Universalização e dilemas na codificação e desenvolvimento do direito internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume 88. Coimbra. Janeiro de 2012. p. 857-880.

KRAMER, Xandra. European private international law: The way forward. Prepared for the European Parliament. *Workshop on Upcoming Issues of EU law. Compilation of in-depth analyses*, 2014. p. 77-105. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502232 ou em <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201409/20140924ATT89662/20140924ATT89662EN.pdf>. Acesso em 09/03/2017.

LAGARDE, Paul. Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen. Mohr Siebeck. 75. Volume 2011. p. 673-676.

LAGARDE, Paul. Recherches Sur l’Ordre Public en Droit International Privé. In: SOLUS, Henry (Diretor). *Bibliothèque de Droit Privé*. Volume XV. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1959. 254 p.

LAKE, David A. The New Sovereignty in International Relations. *International Studies Review*. 2003. 5. p. 303-323. Disponível em: <https://quote.ucsd.edu/lake/files/2014/07/ISR-5-3-2003.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

LEPAULLE, Pierre. *Le Droit International Privé. Ses bases, ses normes et ses méthodes*. Paris. Librairie Dalloz. 1948. 261 p.

LACLAU, Martín. *Soberanía y Estado de Derecho*. Buenos Aires. Astrea. 2014. 256 p.

LATTUCA, Ada. Desequilíbrios Sociais de la Globalización: los Desplazamientos Humanos. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Organizador). *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2007. p 11-22.

LEIBLE, Stefan; MÜLLER, Michael. A general part for European Private International Law Rome 0. *Yearbook of Private International Law, Volume 14*. 2012- 2013. p. 137-152.

LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: Necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. Lisboa. Gráfica 2000. 2000. p 52-81.

LEMONS, Walter Gustavo da Silva. Ubuntu: um pensamento descolonial para os direitos humanos. In: MENEZES, Wagner (Organizador) *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Volume X. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2017. p. 360-374.

LEPARD, Brian D. Parochial Restraints on Religious Liberty. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor). *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 1265-1426.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2004. 344 p.

LOGAR, Ana Cristina. Tribunal de Justicia para el Mercosur. Una Decisión Impostergable. *Revista Relaciones Internacionales*. Universidad de La Plata. Número 12. Volume 6. 1997. Disponível em <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/issue/view/197> Acesso em 03/09/2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos – Parte General*. 1ª Ed. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores. 2004. 803 p.

LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2014. 616 p.

MALIK, Kenan. The Failure of Multiculturalism. *Foreign Affairs*. Março/Abril 2015. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/western-europe/failure-multiculturalism>. Acesso em 15/03/2017. Acesso em 10/01/2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Organizador). *Faces do Multiculturalismo: teoria – política - direito*. Santo Ângelo. EDIURI. 2007. p. 21-36.

MARQUES, Cláudia Lima. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado. In: LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno (Organizadores). *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 1100-1142.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração. *Revista da Faculdade de*

Direito UFPR. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1809/1505>. Acesso em 01/11/2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Organizador). *Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal*. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008. 1630 p.

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p. 307-354.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume I. Curitiba. Juruá. 2015. 352 p.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume II. Curitiba. Juruá. 2015. 722 p.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Tratado de derecho da la Unión Europea*. Volume IV. Curitiba. Juruá. 2015. 784 p.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Situación Actual y Perspectivas de las Relaciones entre la Unión Europea y América Latina. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Organizador). *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2007. p 183-198.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. Breve historia de la construcción europea a través de los Tratados. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordenador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 247-296.

MORGENTHAU, Hans J. *A Política entre as Nações – A luta pelo Poder e pela Paz*. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/0179_politica_entre_as_nacoes.pdf Acesso em 20/12/2016.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen; SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar. A livre circulação de pessoas na comunidade dos países de língua portuguesa. In: MENEZES, Wagner (Organizador). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Volume X. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2017. p. 535-544.

NEGRO, Sandra. El Mercosur de Asunción a Olivos: los cambios de las dos últimas décadas. In: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. (Coordenador). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA. 2011. p 297-316.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das Relações Internacionais. Correntes e Debates*. 7ª Reimpressão. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2005. 250 p.

NORDMEIER, Carl Friedrich. Breves reflexões sobre a viabilidade de uma Parte Geral de Direito Internacional Privado. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador). *Europeização*

da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 117-132.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2008. 206 p.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Multiculturalismo: O “Olho do Furacão” no Direito Pós-moderno. *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI*. Volume 1. Número 1. Santo Ângelo. EDIURI. 2006. p.161-175.

OPERTTI BADÁN, Didier. La Función del Orden Público Internacional. *Séptimo Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Conferencia e Informes*. Washington D.C. Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. 1981. p. 448-475.

ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 3ª Edição. Madri. Alianza Editorial. 1981. 294 p.

ORTIZ MARTIN, Gonzalo. Puntos de Contacto entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público Soberanía y Orden Público. *Séptimo Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Conferencia e Informes*. Washington D.C. Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). 1981. p. 391-403.

PELLANDA, Osiris Vargas. *O controle de constitucionalidade no Direito Internacional Privado*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/53167. Acesso em 06/10/2016.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Organizador). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG. 2007. p. 21-78.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Cyber Rights: Direitos fundamentais dos cidadãos digitais e a existência de uma Ordem Pública global através da internet. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Volume 971. 2016. p. 167-185.

PIZZOLO, Calógero. Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos. In: PIZZOLO, Calógero; MEZZETI, Luca. *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Coleção: Diálogos desde la Diversidad. Buenos Aires. Astrea. 2016. p. 240-270.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Aspectos do direito internacional privado relativos às dívidas de jogo contraídas no estrangeiro: lei aplicável às obrigações e contornos da ordem pública. *Revista dos Tribunais*. Volume 876. São Paulo. 2008. p. 52-88.

PORRAS, Ileana M. Liberal Cosmopolitanism or Cosmopolitan Liberalism? In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International*

Law. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 552-764.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 4ª Edição. Salvador. Jus Podium. 2012. 1023 p.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Principios Generales del Derecho Latinoamericano*. 3ª Reimpressão. Buenos Aires. Astrea. 2017. 269 p.

RAMOS, André de Carvalho. A Interpretação Internacional dos Direitos Humanos: Choque ou Diálogo com o Supremo Tribunal Federal? In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coordenadores) *Novos Caminhos do Século XXI. Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais – Uma Homenagem a Celso Lafer*. 2ª Edição. Revista e Atualizada. Curitiba. Juruá. 2013. p. 283-316.

RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado e a Ambição Universalista. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores) *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015. p. 14-33.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011. 463 p.

RIBEIRO, Elmo Pila. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre. 1966. 144 p.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel. La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012. *Dret – Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2266493>. Acesso em 05/10/2016.

ROSAS, Pablo Enrique D. Orden Público Internacional. Tendencias Contemporâneas. Orden Público en el Ordenamiento del Mercosur. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Número 22. 2003. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038146>. Acesso em 17/06/2017.

ROTHER, Dawn L; MULLINS, Christopher W. The Death of State Sovereignty? An Empirical Exploration. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. Volume 34. 1ª Edição. 2010. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/10.1080/01924036.2010.9678818>. Acesso em 05/10/2016.

RÜHL, Giesela; VON HEIN, Jan. *Towards a European Code on Private International Law*. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf). Acesso em 06/02/2017.

SCHAPP, Jan. *Metodologia do Direito Civil*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2004. 144 p.

SCRUTON, Roger. The Case for Nations. *The Wall Street Journal*. Junho 2017. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/theneedforations1496421583>. Acesso em 02/06/2017.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5ª Edição Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2012. 386 p.

SELLERS, Mortimer. Parochialism, Cosmopolitanism and Justice. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor) *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 1427-1606.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru. EDUSC. 1999. 178 p.

SHON, Jean-Louis Pan Ké. La ségrégation des immigrés en France: état des lieux. *Bulletin Mensuel D'Information de L'Institut National D'Études Démographiques*. Número 477. Abril de 2011. Disponível em: http://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/19145/popetsoc_477.fr.pdf Acesso em 10/04/2017.

SILVA, Karine de Souza. União Europeia: antecedentes e evolução histórica. In. SILVA, Karine de Souza; COSTA, Rogério Santos da (Organizadores). *Organizações internacionais de integração regional: União Europeia, Mercosul e Unasul*. 1ª Edição. Florianópolis. UFSC/FUNJAB. 2013. p. 53-120.

SMITH, Nathan. A World Without Borders. *Foreign Affairs*. Fevereiro 2017. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-02-28/world-without-borders>. Acesso em 03/03/2017.

SONTAG, Kenny. Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre. Gráfica e Editora RJR. 2016. p. 519-550.

SPERDUTI, Giuseppe. Théorie du droit international privé. *Recueil des cours de l'Academie de droit international*. A.W. Sijthoff. Leyde. 1967 III. Volume 122. p. 175-336.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003. 195 p.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a dos standards probatórios. Notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Novos Estudos Jurídicos*. Volume 22. Número 2. 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981/pdf>. Acesso em 27/10/2017.

TASIOULAS, John. Parochialism and the Legitimacy of International Law. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor). *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore - Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 135-287.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1993. 157 p.

TELLINI, Denise Estrella. O controle da ordem pública internacional e o controle de constitucionalidade do direito alienígena a ser aplicado: a responsabilidade do juiz do foro no respeito à ordem nacional ou estrangeira. *Direito e Democracia: revista do Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Luterana do Brasil*. Volume 8. Número 2. Canoas. Editora Ulbra. 2007. p 239-253.

TESSLER, Marga Inge Barth. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais e multiculturalismo. *Revista do Tribunal Regional Federal: Quarta Região*. Volume 13. Número 43. Porto Alegre. Janeiro de 2002. p. 15-26.

TREVISAN, Marília. Ordem Pública Regional Mercosulina. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores) *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015. p. 337-378.

TSITSELIKIS, Kostantinos. A situação dos muçulmanos na Grécia: anacronismo legal ou exemplo de multiculturalismo aplicado? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Volume 1. Número 2. Belo Horizonte. RBEC. Abril/junho de 2007. p. 167-186.

UNESCO. *Declaration of Principles on Tolerance. Adopted by the General Conference of UNESCO at its twenty-eight session in Paris, on 16 November, 1995*. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001518/151830eo.pdf>. Acesso em 20/01/2017.

VALENTE DOS REIS, Gabriel. *Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável*. Dissertação de Mestrado em Direito. FADUSP. Departamento de Direito Internacional e Comparado. 2012. 128 p.

VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. Soberanía, Supranacionalidad e Integración: La Cuestión en los Países del Mercosur. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Organizador). *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. Volume 1. Curitiba. Juruá. 2007. p 23-38.

VON BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE, Sergio. Parochialism, Cosmopolitanism and the Paradigms of International Law. In: SELLERS, Mortimer N. S. (Editor). *Parochialism, Cosmopolitanism and the Foundations of International Law*. University of Baltimore Centre for International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2014. p. 288-551.

VON OVERBECK, Alfred. E. L'Application par le Juge Interne des Conventions de Droit International Privé. *Recueil des cours de l'Academie de droit international*. Leyde. A.W. Sijthoff. 1971. Volume 132. p. 2-106.

WOODS JR, Thomas. *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*. 9ª Edição. São Paulo. Quadrante. 2014. 222 p.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Ordem Pública Transnacional na Arbitragem Internacional de Investimentos. In: TIBURCIO, Carmen *et alli* (Organizadores) *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e Outros Temas Contemporâneos*. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015. p. 322-336.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho Privado Europeo*. Buenos Aires. Astrea. 2017. 376 p.