

TATYANA SCHEILA FRIEDRICH

**NORMA IMPERATIVA: A CONEXÃO DOS DIREITOS HUMANOS COM O
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Leila Cuéllar

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

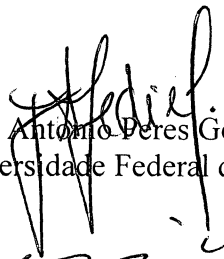
TATYANA SCHEILA FRIEDRICH

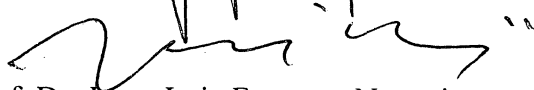
NORMA IMPERATIVA: A CONEXÃO DOS DIREITOS HUMANOS COM O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

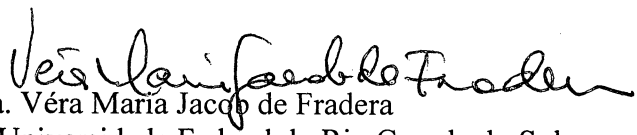
Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientadora: Profa. Dra. Leila Cuéllar
UFPR – Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini
UNIBRASIL


Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
UFPR – Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Jorge Luiz Fontoura Nogueira
UNICEUB


Prof. Dra. Véra Maria Jacq de Fradera
UFRS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Curitiba, 20 de dezembro de 2005.

AGRADECIMENTO

Inicialmente quero agradecer à Professora Leila Cuéllar, pela orientação atenciosa deste trabalho e pela dedicação mesmo não estando mais vinculada formalmente ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Uma amiga que voluntariamente me auxiliou indicando as falhas, apontando soluções e sugerindo novas abordagens. À Coordenadora do Programa, professora Aldacy Rachid Coutinho, pela constante atenção e incentivo.

Outros professores também estiveram presentes na elaboração das idéias e do texto, às vezes mais próximos, outras vezes mais distantes, através influência de seus ensinamentos. Assim, agradeço ao Professor Luis Edson Facchin, pela compreensão crítica do artigo 166 do Código Civil e toda noção de ordem pública e norma imperativa no Direito Civil brasileiro; ao Professor Celso Ludwig, pelo acesso ao pensamento comunitarista e sua importância na compreensão não só teórica da filosofia da libertação e mas também prática da sociedade que sonhamos, regida pelo direito crítico-emancipatório e inserida num contexto internacional humano. Agradeço também ao Professor Carlos Maria Cárcova, pelo auxílio em relação ao pensamento contemporâneo da hermenêutica jurídica, mostrando que mesmo os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico devem estar calcados na realidade do sujeito concreto. Foram professores que, ao longo dos trabalhos no doutorado, mostraram-me outras perspectivas de pensamento, além da minha formação influenciada pela doutrina de países centrais e pelas teses universalistas.

Ao colega Christian Mendez Alcântara, estudando na Espanha, agradeço ao acesso à obra de Sixto Sanchez Loureiro e, do mesmo modo, Luiz Fernando Humphreys, que me emprestou as obras de Orlando Gomes. Nelton Miguel Friedrich, jurista, me mostrou a doutrina francesa que defende a arbitragem comprometida também com as normas imperativas e os direitos humanos

Às professoras Karla Closs Fonseca, Isabela Piacentini de Andrade e Romi Streppel agradeço o comprometimento com os trabalhos do Programa de Extensão “Núcleo de Estudos em Direito Internacional”, dando-me tranqüilidade

para me dedicar a esta tese. Meu sincero agradecimento aos alunos Gabriel Jamur Gomes e Rafael Wasserman, que cuidaram de toda parte administrativa do Núcleo. À Larissa Ramina, meu obrigado por tão agradável companhia e dedicado auxílio nas pesquisas na USP.

Aos meus colegas da gestão 2004/2005 do Cejur – Centro de Estudos Jurídicos, entidade representativa dos estudantes da Pós-graduação, Eduardo Faria, Cynthia Passos, Thiago Breus e Gabriel Godoy, agradeço a amizade que construímos e que permitiu a compreensão em relação às minhas ausências, para poder me dedicar a esta tese. Os alunos do quinto ano também entenderam as trocas de horários, ajustes do programa e adiantamento das aulas. A eles, agradeço através das representantes de turma, Melina Fachin e Carolina Suarez, a quem pude confiar todas essas adaptações.

À Dra. Tami Kawase Seitz agradeço pelo constante incentivo, colocando a energia de Baba e Didi nesta caminhada.

Por fim, quero demonstrar minha gratidão ao meu marido, André Passos, pela atenção diária, à minha mãe Nara, pela dedicação costumeira e ao Nelton, pai, por toda força e incentivo.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	viii
RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	1
1 PARTE I – NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO . 5	
1.1 Capítulo I - Aspectos Gerais.....	5
1.1.1 Conceito e Características	5
1.1.2 Denominação	10
1.1.3 Evolução histórica	13
1.1.4 Identificação	21
1.1.5 Conteúdo.....	28
1.1.5.1 Direito Público.....	32
1.1.5.2 Contratos.....	40
1.1.5.3 Normas Protetivas	44
1.1.5.3.1 Direito do Trabalho	45
1.1.5.3.2 Direito do Consumidor	48
1.1.5.4 Proteção de Bens Culturais.....	51
1.1.5.5 Arbitragem.....	55
1.1.5.6 Direito Comunitário.....	61
1.1.6 Especificidade.....	65
1.1.6.1 Ordem Pública	65
1.1.6.1.1 Conceito de Ordem Pública.....	69
1.1.6.1.2 Relações entre Ordem Pública e Norma Imperativa	72
1.1.6.2 Normas Imperativas de Direito Internacional Público – <i>jus cogens</i>	79
1.1.6.3 Teoria dos Interesses Governamentais	86
1.1.6.4 “ <i>Supreme Law</i> ”	88
1.1.7 Crítica	92
1.2. Capítulo II – Fundamento: Comunitarismo.....	96
1.2.1 Alasdair MacIntyre.....	101
1.2.2 Charles Taylor	108
1.2.3 Michael Walzer	119
1.2.4 Comunitarismo no Brasil.....	125
1.2.5 Crítica de DUSSEL	127
1.3 Capítulo III - Norma Imperativa Aplicada	129
1.3.1 Direito Comparado	129
1.3.1.1 Austrália	130
1.3.1.2 Alemanha.....	134
1.3.1.3 Bélgica	135
1.3.1.4 Estados Unidos da América (EUA).....	138
1.3.1.5 França	141
1.3.1.6 Itália.....	143

1.3.1.7 Quebec	143
1.3.1.8 Suíça	145
1.3.1.9 Venezuela	153
1.3.2 Tratados	153
1.3.2.1 Convenção sobre Lei Aplicável a Obrigações Contratuais, Roma, 19 de junho de 1980	155
1.3.2.2 Convenção sobre a Lei aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, Haia, 30 de outubro de 1985.....	161
1.3.2.3 Convenção relativa à Lei Aplicável aos Contratos de Intermediários e à Representação, Haia, 14 de março de 1978.....	163
1.3.2.4 Lei Uniforme do Benelux sobre Direito Internacional Privado, Haia, 11 de maio de 1951	164
1.3.2.5 Convenção sobre a Lei Aplicável às Sucessões Causa Mortis, Haia, 1º de agosto de 1989	165
1.3.2.6 Convenção sobre a Lei Aplicável em matéria de Acidentes Rodoviários, Haia, 4 de maio de 1971	165
1.3.2.7 Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, México, 1994	166
1.3.2.8 Trabalhos Preparatórios.....	167
1.3.2.9 Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos de comércio internacional, 2004	169
1.3.3 Jurisprudência	170
1.3.3.1 Corte Internacional de Justiça da ONU – CIJ.....	171
1.3.3.2 Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - TJCE.....	177
1.3.3.3 Cortes nacionais.....	178
1.3.4 Brasil.....	184
2 PARTE II – OS DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS IMPERATIVAS	191
2.1 Capítulo I. Direitos Humanos.....	191
2.1.1 Aspectos Gerais	191
2.1.2 Interação com Direito Interno e Direito Internacional	193
2.1.3 Direitos Humanos e Direito Internacional Privado	198
2.1.4 Constituição e Direito Internacional Privado	209
2.1.5 Tratados Internacionais.....	213
2.1.6 Direitos Humanos como Normas Imperativas de Direito Internacional Privado..	218
2.2 Capítulo II – Uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado.....	228
2.2.1 Preceitos da Metodologia Jurídica Contemporânea	232
2.2.1.1 Argumentação.....	233
2.2.1.2 Tópica	236
2.2.1.3 Retórica.....	238
2.2.1.4 Princípios Gerais do Direito.....	241
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	250
REFERÊNCIAS	255

Some of you may have seen in a historical or geographical museum medieval maps from the days when it was thought that the earth was flat. The map will explain some areas, but draw a line in front of others, and we read the following: “beyond this point are monsters”. The areas were not explored and not known.

We are now entering another rather unknown field that needs to be explored (...)

EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 9, 1973.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ALI	–	<i>American Law Institute</i>
ALRC	–	<i>Australian Law Reform Commission</i>
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CVDT	–	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados celebrados entre Estados, 1969.
CIEC	–	<i>Commission Internationale de l'État Civil</i>
CIJ	–	Corte Internacional de Justiça
EGBGB		<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i> (Alemanha)
EUA	–	Estados Unidos da América
IDI	–	Instituto de Direito Internacional
IPRG	–	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i> (Suíça)
LDIP	-	<i>Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé</i> (Suíça)
LRDC	-	<i>Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour</i> (Suíça)
ONU	–	Organização das Nações Unidas
RCADI	-	<i>Recueil des Cours de L'Académie de Droit International</i>
TJCE	–	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
UE	–	União Europeia

RESUMO

As normas imperativas se caracterizam por sua capacidade de relativizar o método clássico do Direito Internacional Privado. Este tem por objeto, principalmente, a definição da lei aplicável aos casos que apresentam uma ligação com ordenamentos jurídicos de mais de um país, através dos elementos de conexão. Entretanto, há normas internas que representam os valores mais essenciais da sociedade e, por isso, não podem ser afastadas através desse procedimento, exigindo sua aplicação de modo imediato. São as normas imperativas, cuja denominação não é una e cujo conteúdo não é rigorosamente definido. Diferenciando-se de conceitos como “ordem pública”, “*jus cogens*” e “interesses governamentais”, dentre outros, as normas imperativas normalmente estão vinculadas ao direito público, do consumidor, do trabalho e de proteção dos bens culturais, devendo ser observadas nos contratos e até mesmo na arbitragem. Seu fundamento está na valorização de elementos locais que historicamente têm influência sobre determinada comunidade, vinculando-se ao comunitarismo. Com todo esse potencial, as normas imperativas possuem uma função muito importante no Direito, pelo que propomos que os Direitos Humanos sejam assim considerados pelo Direito Internacional Privado. Os juízes têm um papel fundamental na concretização dessa idéia, que pode se tornar realidade se adotarem os novos fundamentos da metodologia e hermenêutica jurídicas.

ABSTRACT

Peremptory norms are able to evade the classic method of private international law. The latter has the purpose, mainly, to indicate the applicable law to the relations connected to several countries legal framework, by means of choice of law rules. Meanwhile, there are local rules which represent the essentials values of its society and, thereby, can not be set aside by the said procedure, as they demand direct application. They are peremptory rules, which are called by various names and which content is not rigorously defined. They are different from the concepts of "public order", "*jus cogens*", "government interest analysis", among others, and they are related to public law, consumer law, labour law and cultural goods protection. They might be respected in contracts and arbitration. Their foundation is in the emphasis on domestic elements that have influenced the concerned community for a long time, associating it to the communitarianism. With all this potencial, peremptory norms have a very important function in law field. That is the reason we propose Human Rights must have the character of peremptory norms in Private Internacional Law. The courts play a fundamental role in the the accomplishment of this idea, which can become reality if they adopt the new basis of the legal methodology and hermeneutics.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar, primeiramente, um assunto que vem ganhando relevância na disciplina do Direito Internacional Privado: as Normas Imperativas. Na segunda parte, será abordada sua conexão com os Direitos Humanos, de modo a realizar a necessária intervenção destes na dinâmica do conflito de leis.

O tema das normas imperativas desperta interesse porque não se configura em instituto clássico da matéria haja vista seu afastamento com o método conflitual de definição de lei aplicável e com o bilateralismo. Como se verá na primeira parte, elas constituem-se normas de direito interno cuja aplicação não pode ser afastada em hipótese alguma, nem mesmo pela aplicação da lei indicada através do elemento de conexão previsto para resolver conflitos de leis no espaço.

No primeiro capítulo, procuramos fazer uma análise descritiva de todas as abordagens concernentes ao tema, tratando dos aspectos gerais que podem formar uma teoria geral, desde os tópicos comuns como conceito, características, identificação até pontos mais polêmicos como denominação e conteúdo. É o capítulo mais extenso do trabalho, realizado com o objetivo de resgatar a doutrina estrangeira especializada.

São as próprias características das normas imperativas que formam seu conceito. Tendo se consolidado recentemente, o instituto ainda não encontra uma uniformidade na denominação, sendo ao mesmo tempo chamado de norma imperativa – que preferimos; norma de aplicação imediata; *lois de police* ou norma cogente, dentre outros. Como o legislador raramente define de forma expressa o

caráter imperativo de uma normativa, há muita dificuldade para identificá-la e complexidade para elaborar um levantamento de regras que podem integrar seu conteúdo.

Em geral os autores indicam como exemplos de imperativas as normas sobre trabalho e sobre consumo. Nosso desafio foi levantar outras áreas em que há maior incidência de regras desse tipo, ou, pelo menos, maior polêmica.

Diante da grande confusão que se faz sobre o assunto, talvez em função da inconstância terminológica ou da insegurança material, dedicamos uma parte do estudo para diferenciar as normas imperativas de outras realidades que a elas se aproximam como as noções de ordem pública, *jus cogens*, interesses governamentais e lei suprema.

Tomamos o cuidado de abordar as críticas que são feitas às normas imperativas, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de recurso exagerado à *lex fori*, desvirtuando o próprio Direito Internacional Privado.

Em relação a essas matérias tratadas no primeiro capítulo, encontramos poucos recursos bibliográficos, de modo geral e sobretudo na doutrina e prática brasileiras. Recorremos, então, a fontes estrangeiras cujas citações indicamos em português, a partir de tradução livre que realizamos. Em texto de nossa autoria optamos por utilizar o referido termo “normas imperativas” mas, sempre que possível, procuramos fazer a tradução literal para o português do vocábulo usado pelo autor citado, de modo a deixar a versão mais próxima da sua origem. No item específico sobre denominação das normas imperativas, mantivemos as citações estrangeiras no original para permitir ao leitor identificar as várias opções terminológicas usadas pela doutrina.

No segundo capítulo desenvolvemos nossa idéia de que o fundamento das normas imperativas está no comunitarismo desenvolvido principalmente por MacIntyre, Taylor e Walzer, tendo em vista que ambos têm por objetivo ressaltar os valores locais e as tradições.

Dando um caráter mais prático ao trabalho, o terceiro capítulo procura abordar a norma imperativa aplicada, analisando legislações nacionais e tratados internacionais que abordam o tema, bem como algumas poucas decisões judiciais que encontramos referindo-se a ele, seja no âmbito local, regional (UE) ou internacional (CIJ).

Na segunda parte, propomos uma nova abordagem para as normas de Direito Internacional Privado. No primeiro capítulo, defendemos a tese de que os Direitos Humanos, que englobam tanto os Direitos Fundamentais Constitucionais quanto os Direitos Humanos previstos nos Tratados ratificados pelos Estados, são normas imperativas. Assim, nos termos propostos no referido capítulo, quando um caso jurídico privado, com conexão internacional, envolver um direito humano, este terá aplicação imediata sem precisar utilizar o método conflitual de definição de lei competente.

Para que a tese possa atingir plenamente os fins propostos, acreditamos que há necessidade de se estabelecer uma nova racionalidade para a prática do Direito Internacional Privado. Para tanto, procuramos demonstrar brevemente, no último capítulo, a conveniente e oportuna relação da argumentação, da tópica, da retórica e da teoria dos princípios ao Direito conflitual e às normas imperativas.

Assim os Direitos Humanos terão seu justo espaço no Direito Internacional Privado, com hierarquia superior às demais regras porque considerados normas imperativas.

1 PARTE I – NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1.1 Capítulo I - Aspectos Gerais

1.1.1 Conceito e Características

As normas imperativas de Direito Internacional Privado são aquelas regras de âmbito interno que contém 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 caracterizador:

A função das normas imperativas em um caso legal envolvendo conflito de leis dificilmente pode ser explicada até que essas normas tenham sido identificadas e classificadas – *a piece of work which has not been done*. Eu já sugeri, no entanto, que essas normas podem tanto eliminar por completo e “destruir” o efeito de uma *lex causae* estrangeira quanto apenas revisar, deformar ou “mutilar” seu efeito ao adicionar regras da *lex fori* como dado adicional para a decisão.¹

A doutrina européia moderna, segundo SAUVEPLANNE, desenvolveu um conceito “assemelhado com a abordagem da orientação política, vale dizer, o conceito das assim chamadas “*lois d’application immédiate*”. Dentro dessa classe

¹ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 55, 1973.

incluem-se regras de direito cuja aplicação a uma questão internacional apresenta um interesse tão grande do Estado de onde elas são emanadas, que este Estado deseja que a regra seja aplicada, independente dessas leis governarem ou não o caso de acordo com a regra geral de conflito.”²

Nesse sentido, para que uma norma possa ser alçada à categoria de norma imperativa, ela deve ter sido acolhida pelo país a cujo ordenamento jurídico pertence e ter dele recebido uma valoração superior à das demais normas, sobrepondo-se a elas. Essa vinculação ao aspecto espacial é imprescindível para a efetivação da norma imperativa, como demonstra DE NOVA:

A conexão espacial, prevista pela disposição legal ou dela deduzida pela interpretação, aparece mais como uma condição de aplicação às relações consideradas da referida disposição, ou do conjunto de disposições decorrentes da mesma ordem que formula a condição, que como um critério de identificação da ordem jurídica de onde se pode tirar uma norma substancial permitindo apreciar, na ordem do foro, esse tipo de relação.³

A valorização do âmbito territorial conduz à outra característica central das normas imperativas: o unilateralismo. Elas são “expressão de uma política que ultrapassa o bilateralismo e, com efeito, denega-o. O Estado em questão quer que sua lei seja aplicada sem conceder que outro Estado possa fazer o mesmo. É o unilateralismo triunfante.”⁴

As normas são consideradas imperativas porque seu conteúdo material é compreendido no momento em questão como extremamente relevante, de modo a

² SAUVEPLANNE, J. G. *New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. Recueil des Cours*, 1982. II, tomo 175. p. 34.

³ DE NOVA, *Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application. Mélanges Maury*, t.1, Paris, 1960, p. 381. apud MOSCONI, Franco. *Exceptions to the operation of choice of law rules. Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 141, 1989.

⁴ NYGH, Peter E. *The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 278, 1995.

não se admitir outra forma ou fonte de regulamentação, sobretudo estrangeira. MALINTOPPI enuncia que tais normas exigem “que as categorias de fatos ou de relações às quais se relacionam sejam somente reguladas por elas, com a consequência necessária de que, de maneira preventiva, a regulação de tais fatos ou relações por meio de referência a um direito estrangeiro seja obstado”.⁵

Assim, pouco importa a fonte ou a designação formal que determinado ordenamento jurídico vincula à norma imperativa, podendo originar-se de normativa internacional recepcionada, constitucional ou ordinária. Interessa o seu valor perante todo o restante do ordenamento jurídico. “É a estrutura do comando, e não a natureza da legislação, o que importa em sua caracterização”.⁶

SAUVEPLANNE estuda as normas de aplicação imediata no capítulo concernente a “Propostas para renovação do processo de escolha da lei”, incluindo-as ao lado de sete outras sugestões, quais sejam: reafirmação e rejeição do método clássico; análise do objetivo social de Pillet, abordagem de Currie sobre o interesse governamental; abordagem da *lex fori* feita por Ehrenzweig; princípios da preferência e da seleção do resultado; o *Restatement Second* e as soluções via norma substantiva. O autor entende que as normas de aplicação imediata refletem a abordagem da orientação política (“*policy oriented*”) e, até

⁵ MALINTOPPI, Norme di applicazione necessaria e norme di diritto internazionale privato in materia di rapporti di lavoro. *Rivista de Diritto Internazionale*, 1962, p. 279. apud MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 141, 1989.

⁶ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 383, 1995.

certo ponto, a abordagem da seleção do resultado (*result-selective approach*) que inicia pela análise de todas as leis relevantes.⁷

Considerar o instituto das normas imperativas quando se está diante de um caso de Direito Internacional Privado significa, por conseguinte, caminhar na direção das novas tendências que se apresentam para a disciplina. Há que se considerar também o caráter educativo das normas imperativas:

Sob a ótica do direito internacional privado, elas podem intervir utilmente no momento da apreciação de um comportamento no curso de um processo civil: para verificar a existência de uma falta ou a não-execução de uma obrigação contratual, uma regra de direito público pode ser levada em consideração. Nesse contexto, a *loi de police* não tem efeito derogatório em relação a uma regra qualquer de conexão: ela contribui principalmente para seu funcionamento, ao ajudar a interpretar um conceito posto pela lei designada.⁸

Objeto de controvérsias em seu aparecimento, atualmente não há mais dúvidas quanto a sua existência e aplicação. PARRA-ARANGUREN explica que é necessário responder à questão “devem ou não os juízes decidirem se determinadas normas imperativas são *lois d’application immédiate*, aplicáveis independentemente dos elementos estrangeiros da controvérsia e apesar da regra de conflito designar um sistema legal distinto.” O próprio autor afirma que atualmente a resposta parece ser afirmativa.⁹

O juiz deve tomar a decisão positiva de considerar as normas imperativas porque elas decorrem de um interesse do Estado que, ao legislar, opta por proteger alguns interesses específicos que não podem ser relevados. No campo

⁷ SAUVEPLANNE, J. G. *New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice*. RCADI, 1982. II, tomo 175. p. 27-37.

⁸ FALLON, Marc. *Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré – l’expérience de la communauté européenne*. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 253, p. 259, 1995.

⁹ PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. *General Course of Private International Law: selected problems*. *Recueil des Cours*, 1988. III. Tomo 210. p. 134.

do Direito Internacional Privado, é verdade que elas têm o efeito de modificar a normalidade da aplicação da lei indicada mas nem por isso visam a debilitar o sistema jurídico. Devem, portanto, ser aplicadas.

Pode ser dito, portanto, que na essência as normas imperativas expressam a necessidade, para todas as relações e situações que estão de alguma forma conectadas com o Estado, de serem submetidas à regulamentação uniforme substantiva provida pelas próprias normas imperativas. E que tais normas objetivam programaticamente adquirir harmonia dentro de seu próprio sistema legal. Além disso, as normas imperativas em si contrastam com o objetivo geralmente reconhecido como típico caráter de normas de conflito, qual seja de dar certeza de que uma relação é regulada do mesmo modo sob todos os sistemas dentro dos quais ela pode ser examinada, um objetivo que é, porém, impedido somente como uma exceção, pela cláusula da ordem pública.¹⁰

A existência de qualquer instituto jurídico está vinculada aos resultados que produz, dando-lhe realidade e efetividade. No caso das normas imperativas, elas podem produzir os seguintes efeitos: afastar a aplicação do direito estrangeiro potencialmente aplicável em virtude das regras de conflito; obstar a homologação de sentença estrangeira ou concessão de *exequatur* a cartas rogatórias; além de frustrar a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato.

MARQUES DOS SANTOS, após uma longa análise sobre as normas imperativas, defende sua autonomia e sustenta a tese de “que as normas de aplicação imediata constituem um dos *métodos* do DIP – o que implica um tratamento *unitário* e *autônomo* de todas estas regras, quer pertençam à ordem jurídica do foro, quer provenham de sistemas estrangeiros -, e são hoje em dia uma das suas *dimensões* mais significativas (...)”.¹¹

¹⁰ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 144, 1989.

¹¹ SANTOS, António Marques. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. Esboço de Uma Teoria Geral. Vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 1069.

Atualmente admitem-se as normas imperativas estrangeiras, que também devem ser levadas em consideração pelo aplicador do Direito, desde que não ofendam a ordem pública e as normas imperativas internas. “Se justifica o respeito às normas de polícia estrangeiras a fim de estabelecer um espírito de cooperação internacional entre países dispostos à recíproca solidariedade.”¹²

Diante da consolidação das normas imperativas, torna-se necessário realizar um estudo aprofundado e sistemático, criando-se uma teoria geral para o assunto, dentro da matéria Direito Internacional Privado. EEK entende que, em se tratando do interesse da certeza jurídica em relação a transações internacionais, “uma doutrina de direito internacional privado geral relativo a normas imperativas é desejável”.¹³

1.1.2 Denominação

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 uniformização terminológica por parte da doutrina, numa

¹² BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 4ª. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 290.

¹³ “In purely national legislative systematics and legal writing there may not be a need for making a distinction between, *on the one hand*, legal provisions which are compulsory as they cannot be set aside by contract and which apply in international cases only when they are embodied in the *lex causae* and which therefore may be avoided by the parties to a contract by means of a choice of law clause and, *on the other hand*, rules endowed with stipulation between the parties or by the commands of the forum choice of law rules. But in the interest of legal certainty in international transactions a general private international law doctrine relating to “peremptory norms” is desirable.” EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 19, 1973.

situação em que cada autor utiliza, e defende, a denominação que entende ser a 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 Golschmidt), 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).¹⁴

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

¹⁴ PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 129.

“*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*.

São tantos nomes diferentes para um mesmo instituto que se preferiu fazer as próximas análises sobre o tema da forma mais fiel possível, mantendo as citações na língua original das fontes, ainda que essa opção possa trazer algum prejuízo na fluidez do texto.

But let us return to the name. I have already expressed myself in favour of the French term “*règles d’application immédiate*” (This term seems to correspond to the French terms “*ordre public international*”, as different from “*ordre public interne*” or “*ordre public au sens du droit civil interne*”.) The translation into English (“rules of immediate application”) seems, however, heavy and, perhaps, difficult to understand. Therefore, the term “peremptory norms” might do. In Webster’s international dictionary the term “peremptory” is said to mean a “case, circumstance, document, or command that cannot be ignored”, and as synonyms are mentioned the words “absolute” and “final” and even “dictatorial”. The use, in English, of the term “peremptory norms” would mark a distinction in relation to norms, which are less potent, namely only not “dispositive” or facultative” in the ordinary private law sense; these latter rules are sometimes called “imperative”, “mandatory”, “binding”, “compulsive”, “coercive”, etc. but it is not always possible to know what degree of potency a legal writer or any other person means to attribute to a rule which he calls, for instance, “mandatory”. The vocabulary is not stable.¹⁵

Essas dificuldades levaram FRANCESCAKIS, o pai do instituto, a substituir a pioneira expressão *lois d’application immédiate* por *lois de police*. Nem por isso a dificuldade da denominação foi resolvida e o impasse subsiste até os dias atuais.

The term “*lois d’application immédiate*” has been challenged and also has presented translation problems. In his later exposition of the problem, Francescakis preferred the expression “*lois de police*”, thereby underlining more the content than the effect of the rules. But, as we will see later, this terminology seems too imprecise. In the English doctrine “*lois d’application immédiate*” is sometimes equated with “mandatory rules” or peremptory norms”. This denomination is too wide and unspecific. The rules in question are certainly of mandatory character. But the fact that a rule of the *lex fori* is mandatory does not necessarily mean that it

¹⁵ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 53, 1973.

must be applied unconditionally and override the “normal” conflict rule. Otherwise, the bilateral conflict rules would become almost meaningless. In Germany the term “Eingriffsnormen” (intervention rules) has been used to characterize the rules in question. But I doubt whether the equalization is justified in all cases. Intervention laws are characterized by the fact that States alter the general private law regulations by means of special enactments, often public laws. “Lois d’application immédiate” may often, but must not necessarily bear this special feature of interference. Substantive rules of law are to be found which demand application without interfering with the substantive “lois commune”.¹⁶

FALLON recorre ao termo “norma especial de aplicabilidade” ou “norma direta de aplicabilidade” porque prefere enfatizar o método utilizado para definição da lei aplicável. No método conflitual, busca-se o elemento de conexão que leva indiretamente à designação abstrata da ordem jurídica. Já com a normas de aplicação imediata, recorre-se a uma regra determinando especial e diretamente o domínio da aplicação no espaço das disposições materiais previstas na lei que contém essa regra. São disposições cujo conteúdo carrega tanta imperatividade que exigem um critério de aplicabilidade territorial. Já a regra direta de aplicabilidade designa a técnica que, com mais freqüência, serve para definir o domínio da aplicação da lei.¹⁷

1.1.3 Evolução histórica

No plano legislativo, PARRA-ARANGUREN aponta como antecedente histórico as “Leis de Castilla – Las Siete Partidas”, que vigoraram na Espanha no século XII:

¹⁶ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 154, 1992.

¹⁷ FALLON, Marc. Les conflits de lois et de juridiction dans un espece économique intégré – l’expérience de la communauté européenne. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 253, p. 258, 1995.

“Todos aquellos que son del Señorío del facedor de las leyes, sobre que las él pone, son tenudos de las obedecer é guardar, é juzgarse por ellas, é no por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera: é el que la ley face, es tenudo de la facer complir. E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes (...)”¹⁸

Em 1567, foram promulgadas pelo duque Alfonso II d’Este as leis da cidade italiana de Ferrare, denominada *Statuta Urbis Ferrariae*, nas quais havia um capítulo específico sobre casos em que os estrangeiros poderiam se utilizar das leis de Ferrare (“*Quibus casibus forenses uti possint Statutis nostris*”).

JAYME explica que esse capítulo continha normas unilaterais de aplicabilidade das leis próprias, e não das leis pessoais estrangeiras, sendo que, se o estrangeiro viesse de uma cidade onde tivessem leis similares, aplicava-se a leis da cidade de Ferrare. Lembra o autor que havia também uma lei especial sobre conflitos de leis entre o direito de Ferrare e o direito comum ou o direito de outras cidades.¹⁹

¹⁸ Leyes de Castilla. Las Siete Partidas. Partida I, Ley I, 15. *apud* PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. *Recueil des Cours*, 1988. III. Tomo 210. p. 122. “Este código representa el monumento jurídico de mayor amplitud y trascendencia de toda la historia jurídica de Castilla y española desde el punto de vista jurídico, científico y literario. Al mismo tiempo son el fundamento de siete siglos de trabajos en los que se atesoran riquísimas fuentes que sino se hubieran perdido para siempre. El Código de las Siete Partidas constituye el centro de la actividad legislativa de Alfonso X. Con ellas pone el empeño de lograr la unidad legislativa de sus reinos acabando con la existencia de innumerables fueros municipales. Siguió la misma política de su padre - allanar el camino con el Fuero Real y luego después de que hubiera un substrato común dictar un texto de carácter general para todo el Reino. (...) Partida I: trata de todas las cosas que pertenecen a la fe católica inspirado fuertemente en el Derecho Canónico y especialmente en las Decretales de Gregorio IX; Partida II: la Constitución Política y Militar del Reino, influencia: íntima conexión con las antiguas leyes, costumbres y Fueros Municipales de Castilla; Partida III: dedicada a la Admón. de Justicia y el procedimiento, influencia mixta, romano – canónica; Partidas IV - VI: IV- regula el matrimonio - influencia de D. Canónico (Decretales); V- contratos y estipulaciones; V – D. contractual; VI- D. sucesorio - influencia romana; Partida VII: D Penal - fuentes romanas, canónicas y de D. Nacional (Castellano).” Obra legislativa de Alfonso X de Castilla y León (1221-1284). Disponível em: http://www.rinconcastellano.com/edadmedia/alfonsox_leg.html, acesso em 11 de julho de 2005.

¹⁹ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 40-41.

Em verdade, tratava-se, do mesmo modo que nas referências anteriores, da aplicação compulsória de determinadas leis em territórios específicos, caracterizando-se muito mais como princípio da territorialidade do que a imperatividade de determinadas normas em contraposição a outras, não-imperativas.

Nessa linha, VAN DER ELST encontra nas Royal Letters, Flanders, no século XVII o seguinte enunciado: “Todos os habitantes dentro da jurisdição de sua Majestade são submetidos às leis e costumes de sua residência, nas matérias concernentes a religião e “*police*”.”²⁰ Apenas no século XIX, o Código Civil Francês inaugurou em seu artigo 3, parágrafo 1º., uma previsão semelhante: “*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.*”

Na doutrina, SAVIGNY reconheceu a existência de normas dotadas do caráter de imperatividade²¹, demonstrando, no entanto, que dentro desse mesmo grupo elas podem gerar efeitos distintos.

Há normas consideradas imperativas que devem ser sempre aplicadas, afastando em caráter absoluto a incidência da norma estrangeira indicada como aplicável. Isso acontece porque elas têm por objetivo proteger um interesse público, através da regulamentação de assuntos envolvendo política, polícia e política econômica, ou advêm de base moral. A lei que proíbe a poligamia é o

²⁰ Flanders, Royal Letters dated 11 December 1657 citado por ELST, Raymond van der. *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*. Vol. I, Paris-Brussels, 1956, p. 32, note 5 *apud* PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 122.

²¹ “Savigny also acknowledged the existence of certain municipal rules with an absolute, imperative nature (*streng positiver, zwingender Natur*), that must be applied notwithstanding the connections of the juridical relation with various legal systems and its eventual localization in a foreign State.” PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 121.

exemplo citado por SAVIGNY. Por outro lado, existem normas imperativas que não têm o poder de afastar o direito estrangeiro porque não apresentam esse condão público, ainda que não possam ser modificadas pelas partes. Elas foram expedidas para garantir o exercício dos direitos, protegendo o interesse dos indivíduos que gozam de tais direitos e não da coletividade. O autor exemplifica através das leis que limitam a capacidade de agir por causa da idade ou do sexo.

Sobre as primeiras, que aqui nos interessam particularmente, SAVIGNY as definiu como “Leis de natureza rigorosamente positiva, coativa, que não admitem por isso mesmo essa liberdade de apreciação que não condiz com os limites de Estados diversos”²². O autor explica o princípio conflitual e a conseqüente aplicação da lei indicada como competente, independente do país a que pertence.

A seguir excepciona:

Devemos agora trazer uma restrição a esse princípio, uma vez que há várias espécies de leis cuja natureza especial não admite essa independência da comunhão do direito entre diferentes Estados. Diante dessas leis o juiz deve aplicar exclusivamente o direito de seu país, mesmo quando nosso princípio exigisse a aplicação do Direito estrangeiro.²³

Em relação ao direito de família, SAVIGNY também detectou a presença de valores superiores que levavam à imperatividade de determinadas normas: “Considerações morais e religiosas, além de considerações políticas, exercem sobre esse direito uma grande influência. Por isso encontra-se em seu domínio muitas leis positivas que têm um caráter rigorosamente obrigatório.”²⁴

²² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual*. vol. VIII. Coleção clássicos do direito internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. no. 349, p. 53-56.

²³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual*. vol. VIII. Coleção clássicos do direito internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. no. 349, p. 53.

²⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual*. vol. VIII. Coleção clássicos do direito internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. no. 379, p. 260 .

Em verdade, a identificação das normas imperativas decorre da percepção manifestada pelo legislador, que nem sempre o faz de maneira expressa.

Depende primariamente da intenção do legislador se a regra do foro deve ter prioridade absoluta. Se o legislador declarou explicitamente esse efeito, o juiz fica vinculado. Isso foi reconhecido ainda por Savigny e, nesse caso, o estatuído pelo legislador tem “a natureza de uma regra de conflito que tem que ser aplicada incondicionalmente”. A única reserva é que a declaração legislativa por si não seja contrária aos princípios do direito internacional público.

Essa afirmação explícita sobre a aplicação imediata pelo legislador é, no entanto, sobretudo uma exceção. Normalmente legisladores abstêm-se de expressar uma opinião em relação ao âmbito internacional das normas substantivas. É onde o problema começa. A identificação dessas leis, que em vista de sua especial natureza exigem aplicação, é a tarefa mais difícil para doutrinadores e para as cortes.²⁵

Identificar e definir tais normas, que funcionam como verdadeiras exceções à teoria do conflito de leis, também era preocupação de SAVIGNY. “Disso decorre uma série de exceções importantes, cuja definição rigorosa é talvez a parte mais difícil do problema que temos a resolver.”²⁶

Entre o final do século XIX e início do século XX os autores concentraram-se no tema da ordem pública. A noção de normas imperativas já podia ser encontrada nos textos doutrinários, embora nunca com essa denominação. Normalmente utilizava-se o termo “leis de ordem pública”, como o fez PILLET, que enunciava como integrante destas as leis políticas, as leis morais, as leis referentes à segurança das pessoas e bens, o direito penal internacional, as leis relativas à propriedade, as leis de crédito público, as leis sobre a execução forçada, incluindo a falência, as leis fiscais, além das *lois d'ordre*, consideradas

²⁵ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 155, 1992.

²⁶ No original, « (...) vielleicht die schwierigste Aufgabe in dieser ganzen Lehre ». SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual*. vol. VIII. Tradução Ciro Mioranza. Coleção clássicos do direito internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. no. 349, p. 53 .

pelo autor como verdadeiros “tipos de lei de ordem pública” que incluíam os “*règlements de police*”, em geral insignificantes por si só mas importantes para manter uma ordem permanente no seio do Estado, as “*lois de procédure*”, necessárias para o funcionamento da justiça”, e os “*règlements administratifs*”, relativos a serviços públicos.²⁷

Para BARTIN, as disposições de ordem pública eram imperativas mas havia algumas que eram “mais imperativas ainda”, aplicando-se inclusive aos estrangeiros, independentemente de suas leis nacionais, porque tocam nos “próprios fundamentos da sociedade civil”. Tratava-se de “disposições de ordem pública *internacional*, de disposições de ordem pública *absolutas*”.²⁸

Apenas na segunda metade do século XX as normas imperativas passaram a ser objeto de estudos específicos, principalmente a partir o trabalho distintivo realizado pela doutrina francesa através de Phocio FRANCESKAKIS, que cunhou pela primeira vez a expressão “leis de aplicação imediata”²⁹.

“Mais de um século depois, Phocion Francescakis chegou à mesma conclusão”, destaca VISCHER ao referir-se à doutrina savignyana. “Ele observou na prática das cortes francesas que algumas leis do Estado do foro adquirem, em

²⁷ PILLET, A. *Principes de droit international privé*. Paris: Pedone, 1903, p. 393.

²⁸ BARTIN, E. *Principes de Droit International Privé selon la lois et la jurisprudence françaises*. Paris : Éditions Domat-Montchrestien, 1930. p. 243-244.

²⁹ « A ce qu’il paraît, l’expression « lois d’application immédiate » a été utilisée pour la première fois il y a quelques années par l’auteur même de ces lignes, qui n’entendait pourtant pas proposer un néologisme. Mais le fait est que cette expression a connu depuis une certaine fortune dans la doctrine de langue française. M. Batiffol s’en est, notamment, servi à divers propos et, à sa suite, certains de ses élèves. M. Paul Graulich, la tenant pour admise, lui a consacré un substantiel article. » FRANCESKAKIS, Ph. Quelques précisions sur les « lois d’application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, p. 1, 1974.

vista de seu substantivo conteúdo, um lugar especial na maioria dos sistemas de normas bilaterais de conflito.”³⁰

Segundo FRANCESCAKIS, sua conclusão deu-se em virtude da seguinte constatação: a doutrina prevê a utilização do método conflitual para se chegar à lei aplicável, partindo do tipo de relação humana de que se trata para então se constatar qual é a legislação adequada. A ordem pública é afirmada sem o apoio de texto legislativo, numa herança doutrinária, e intervém posteriormente, com a capacidade de afastar a utilização da lei estrangeira considerada competente. Ocorre, porém, que a jurisprudência, especialmente a francesa, não segue esse raciocínio e desconsidera o método conflitual, como se existissem leis francesas aplicáveis imediatamente, que são enquadradas, sem distinção, tanto como *lois d'ordre public*, quanto *lois de police et de sûreté*, conforme previsto no artigo 3, alínea 1 do Código Civil francês [que, conforme se verá, afirma que as leis “de police et de sûreté” obrigam a todos que habitam no território].

Nas duas situações, parte-se do tipo de lei para se dizer qual é seu domínio de aplicação, sem levar em consideração o método conflitual tal como propugnado pela doutrina contemporânea. FRANCESCAKIS detecta então algo de fundamentalmente comum entre as duas soluções: a jurisprudencial, que se baseia na idéia de ordem pública, e a escrita, do artigo 3,1, do Código Civil Francês. Daí, então, sua idéia de reunir essas duas soluções “sob a etiqueta comum de leis de aplicação imediata”. Tais leis têm, ao lado do procedimento conflitual (“do tipo de Savigny”), um domínio de uso, fazendo-se então um resgate

³⁰ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 153, 1992.

do procedimento de regulamentação das relações internacionais pela determinação do domínio de aplicação das leis. Elas nem sempre são regras escritas e tratam, principalmente, dos interesses que estão sob a responsabilidade da “organização estatal”³¹

Uma verdadeira revolução é feita por FRANCESCAKIS, ao desenvolver seu artigo sobre as “*lois d’application immédiate*”, incorporando-as de modo definitivo na teoria geral do Direito Internacional Privado e consolidando seu papel e importância para as relações jurídicas desse ramo jurídico.³²

Note-se, antes de passar à identificação das normas imperativas, que SPERDUTI avoca para si o pioneirismo na construção dessa categoria jurídica, em função da abordagem do tema no artigo “*Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*”, em 1950.³³

³¹ FRANCESCAKIS, Ph. Quelques précisions sur les « lois d’application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, 1974. passim.

³² “Francescakis’s masterly analysis led to a new awareness of the already noted phenomenon and, what had been heretofore regarded as an anomaly, became an immanent part of the conflict systems.” VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 153, 1992.

³³ Texto publicado na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, p. 305 e ss. « Par l’introduction il y a un quart de siècle de la catégorie juridique des lois d’application nécessaire, l’auteur de ces pages s’était préoccupé d’insister tout particulièrement sur la notion d’ordre public en tant que notion permettant de saisir la nature exacte de ces lois. Peut-être cela peut-il dans une certaine mesure expliquer le phénomène quelque peu curieux qui s’est produit: ses idées ont la plupart du temps été prises en considération en rapport direct avec des recherches sur l’ordre public en droit international privé mais très rarement, pendant une vingtaine d’années, en rapport avec ladite catégorie juridique. Quoi qu’il en soit, cette catégorie, grâce aussi à des apports ultérieurs d’autres auteurs et en particulier aux études, publiées huit ou neuf années plus tard, de M. Francescakis et de M. De Nova, a eu des répercussion d’une grande ampleur dans différents pays ». SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d’application nécessaire en tant que lois d’ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, p. 258, abr./jun.1977.

1.1.4 Identificação

Sendo um instituto recente, com diversidade de denominações e, como se verá adiante, dificuldades para estabelecimento do seu conteúdo, as normas imperativas de Direito Internacional Privado demandam uma identificação sistemática, de forma a tornar ordenado o elenco das diversas situações em que elas existem no plano da realidade fática e jurídica. Eis nossa proposta:

a) Normas Imperativas, de caráter nacional – que são as mais comuns e em relação às quais se constrói a teoria geral do tema. São de dois tipos:

1) Absolutas, ou seja, aquelas que são aplicadas imediatamente sem distinguir se a relação jurídica por ela regulamentada é nacional ou internacional. Nessa categoria podem ser enquadradas as normas relativas ao Direito do Consumidor no Brasil. Tais normas imperativas, por nós denominadas ‘absolutas’ “podem ser normas que têm sido especificamente formuladas em relação a casos não inteiramente domésticos – por exemplo algumas provisões dos artigos 115 e 116 do Código Civil Italiano que trata do casamento de italianos no estrangeiro e de estrangeiros na Itália, mas normalmente elas são as mesmas regras que regulam situações e relações totalmente domésticas.”³⁴

2) Relativas a relações jurídicas internacionais, quer dizer, o ordenamento jurídico a que a norma imperativa pertence especifica expressamente que ela tem por escopo regular situações envolvendo elementos estrangeiros, principalmente de Direito Internacional Privado.

³⁴ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 143, 1989.

Há dois tipos de normas imperativas nessa categoria: “umas prescrevem a aplicação da lei interna tendo em consideração a finalidade desta, outras adotam a mesma solução em função de uma política legislativa de assimilação de certas relações internacionais “mistas” nas relações internas.”³⁵

b) Normas Imperativas indicadas pela regra de conflito, que abrangem duas situações:

1) Pela regra de conflito se chega a determinado direito estrangeiro que, ao ser verificado, prevê a existência de norma imperativa na regulamentação da matéria em questão, independente do caso ser internacional. Nesse caso, embora não seja algo tão simples, é pacífico que qualquer outra regra deva ser afastada para se aplicar a norma imperativa.³⁶

O ordenamento jurídico estrangeiro define que, em seu país, a norma é de aplicação imediata absoluta então ela deve ser aplicada levando em consideração todo o ordenamento jurídico estrangeiro, nos termos exigidos pelo Direito Internacional Privado contemporâneo.

“Os autores se perguntaram de forma recorrente se a lei estrangeira designada pela regra de conflito de leis deveria ser aplicada compreendendo

³⁵ GRAULICH, Règles de conflit et règles d'application immédiate. Mélanges Dabin, t. II, Bruxelles, Paris : 1963, p. 629, at 634. apud MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 143, 1989.

³⁶ “A much more complicated issue is to decide whether the judge has to apply foreign mandatory rules that wish to govern the case, irrespective of its connections with several legal systems. The answer should be in the affirmative when they belong to the foreign law applicable, according to the conflict rules of the *forum*, but always within the territorial and personal scope that the foreign legislator has assigned to them, and it being understood that they will not violate fundamental principles of the *lex fori*. A different behavior would disregard the foreign legal system as a unity, and is not acceptable nowadays when there is no longer any special objection to the possible application of the foreign public law as such, as it is provided, for instance, by Article 13 of the Swiss law (IPRG)”. PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. *Recueil des Cours*, 1988. III. Tomo 210. p. 135-136. Artigo 13

aquelas que têm um caráter de lei de polícia”. BATTIFOL mesmo responde, com um tom de crítica aos que apresentam uma concepção restrita:

(...) E, de fato, parece difícil de ignorar sistematicamente a existência de leis de polícia estrangeiras: a legitimidade do método estando adquirida, como desconhecer que os legisladores estrangeiros pudessem fazer tanto e ignorar suas iniciativas nesse sentido, sem cair num isolacionismo estatal ignorando as realidades e a coexistência dos sistemas, tendo em vista que precisamente o direito internacional privado tem por objetivo organizar essa coexistência?³⁷

A consideração da integralidade do ordenamento estrangeiro deixou há muito de ser uma mera liberalidade do aplicador do direito, evoluindo para um estágio em que se tornou dever do juiz e direito da parte ligada a esse ordenamento. “De fato, foi sustentado por diversos autores (...) que a lei estrangeira designada pela regra de conflito deve ser aplicada em seu conjunto, incluídas as disposições de polícia. A idéia é que a matéria será desorganizada se dentro da lei estrangeira se reter somente às regras que não correspondem para os juízes estrangeiros à noção de lei de polícia.”³⁸

Não é outro o entendimento de MOSCONI que também analisa a aplicação da norma imperativa estrangeira quando esta não existe no sistema do foro e chama a atenção para as dificuldades do julgador ao aplicar tal entendimento diante dos casos concretos.

Nós devemos considerar agora a atitude de uma corte em respeito às normas imperativas estrangeiras: também nessa ótica as derrogações podem surgir em relação ao funcionamento normal das normas de conflito do *forum*. Vale a pena mencionar aqui que o problema surge somente à medida que não existe nenhuma norma imperativa no sistema legal do foro que pretenda governar o caso, ou um aspecto específico deste. Além do mais, vale a pena enfatizar que, tendo em vista

³⁷ BATTIFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 142, 1973.

³⁸ BATTIFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 142, 1973.

a enorme diversidade entre os vários sistemas legais, isso não é somente uma questão teórica e pode envolver outras avaliações complexas, com respeito ao que, às vezes, somente é possível confiar na prudência e na discricção da própria corte.³⁹

2) Pela norma de conflito do foro se chega ao direito estrangeiro que, por sua vez, determina a imperatividade de sua norma especificamente para casos internacionais.

Nessa situação, portanto, as normas de aplicação imediata são assim indicadas, expressamente e especificamente para casos internacionais, pela norma considerada aplicável através da regra de conflito ou autonomia da vontade. É o que ocorre com a lei alemã que, nos termos da revisão de 1986 do EGBGB, estabelece em seu artigo 30:

Artigo 30. Contratos Individuais de Trabalho.

(1) Em relação a um contrato de trabalho, a escolha da lei feita pelas partes não deve ter como resultado a retirada da proteção garantida ao trabalhador pela norma imperativa do direito que seria aplicável sob os termos do parágrafo 2, na ausência de escolha.

(2) Na ausência da escolha da lei, um contrato de trabalho é governado pela lei do Estado (a) em que o empregado habitualmente exerce seu trabalho para a realização do contrato, mesmo se ele estiver temporariamente empregado em outro Estado; ou (b) em que o lugar do negócio para o qual ele foi admitido está situado, se o empregado não exerce habitualmente seu trabalho em outro estado, a menos que pareça, a partir das circunstâncias como um todo, que o contrato está mais estreitamente conectado com outro Estado, caso em que o contrato deve ser governado pela lei desse último.

c) Normas Imperativas estrangeiras que não pertencem à legislação indicada pelas normas de conflito do foro. Nesse grupo, enquadram-se as normas de terceiro Estado que, por algum motivo relacionado aos fatos e ao direito,

³⁹ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 148, 1989.

incidem sobre a relação jurídica em questão e que, por uma razão desse Estado, são qualificadas como de aplicação imediata.

Assim como as leis de aplicação imediata do foro, leis dessa natureza igualmente expressam um interesse dominante do Estado e são freqüentemente baseadas em atos normativos de direito público. Dessa maneira, sua execução é, em muitos casos, garantida por sanções de direito público, como coerção administrativa ou penal. A invalidade dos contratos que violam tais leis é usualmente mais uma sanção complementar mas apresenta o maior problema de direito internacional privado. Independente de ser o respectivo ato estrangeiro parte do *proper law*, a posição de uma parte na relação civil em questão pode ser severamente afetada e prejudicada por essa lei imperativa se a parte estiver dentro do alcance da compulsoriedade estrangeira.⁴⁰

Essa categoria de normas está ligada ao direito das obrigações, em geral. Elas estão vinculadas a terceiros Estados porque tais normas imperativas pertencem a ordenamentos jurídicos que não são a lei que governa o contrato, conforme as regras de conflito ou a autonomia da vontade das partes. Sua compreensão ainda é bastante controversa pois se trata de lei estrangeira que não é a *lex contractus*.⁴¹

Para facilitar o entendimento, enquadraríamos, de forma generalizada e na condição de que tais elementos de conexão não estejam previstos nas normas conflituais das legislações em questão, as seguintes hipóteses: a lei em vigor no local da execução, no local da celebração, a lei da nacionalidade ou domicílio das partes ou a lei putativa do contrato. É comum a aplicação da norma imperativa de terceiro Estado quando se trata de contratos sobre disposição de mercadorias, em

⁴⁰ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 165-166, 1992.

⁴¹ “The solution is not so easy when the foreign peremptory rules do not belong to the legislation chosen by the conflict rules of the forum. (...)Comparative law teaches that some recent codifications on the national and internacional level have expressly authorized their “taking into account”, but only as a faculty to be used by the judge with restraint when certain conditions have been complied with. However, it still is a very controversial issue and much precious time has been spent discussing the pros and cons of the antagonistic positions.” PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 136.

que comprador e vendedor tem origens distintas, o bem deve ser entregue em outro país e, ainda, mediante pagamento de moeda de país diferente.

Ao discorrer sobre esses casos, RIGAUX refere-se à situação contratual compreendida pelas “disposições imperativas que não pertencem nem à lei do contrato nem a uma lei diferente da lei do contrato mas levada em consideração por essa lei, nem à *lex fori*”, tal como citada no artigo 7,1 da Convenção de Roma. Ao juiz do foro ficará a responsabilidade de verificar a pertinência de se tomar em conta tais normas.

Certamente, não é de se duvidar que o juiz possa “levar em consideração”, vale dizer, na conjectura, aplicar uma lei de polícia contratual estranha à lei do contrato e à *lex fori*. Mas a determinação da ligação territorial ao país estrangeiro cuja lei é também declarada aplicável depende dos critérios próprios ao direito internacional privado da *lex fori* sem que a opinião eventualmente expressa sobre esse ponto pelo legislador estrangeiro mereça, ela mesma, ser “levada em consideração”. A única questão que se apreende, incontestavelmente, da lei estrangeira é a afirmação do caráter imperativo das disposições ali contidas.⁴²

A aplicação ou a consideração das disposições imperativas, embora complexa, pode trazer bastantes vantagens para os envolvidos. ROZAS e LORENZO explicam que, qualquer que seja a área jurídica envolvida, ela tem por objetivo garantir a eficácia da decisão dos Tribunais do foro; favorecer as condições de contratação internacional e a segurança das transações, além de resultar num mecanismo adequado para evitar a elisão de normas de intervenção

⁴² RIGAUX, François. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 213, n. 1, p. 199, 1989.

de um determinado Estado através da autonomia das partes na eleição da lei aplicável.⁴³

A análise desses benefícios e, conseqüentemente, a decisão sobre adotar ou não tal norma imperativa fica, portanto, e mais uma vez, a critério do juiz a que a causa foi submetida.

Somente o juiz do foro é titulado para avaliar a existência de uma vantagem objetiva e legítima na aplicação dessa norma imperativa estrangeira, não somente quando a lei do foro é competente para regular o caso em questão, mas também sempre que um direito estrangeiro deve ser aplicado.⁴⁴

Várias abordagens surgiram em relação ao posicionamento do juiz no tocante a esse tema. Evoca-se a verificação da “lei substantiva”, no sentido de que as cortes devem observar aspectos materiais da lei aplicável tendo em vista que eles podem tomar conta das conseqüências das leis de terceiros Estados. Enuncia-se, também, a idéia de que o foro deve decidir quais leis devem ser aplicadas, verificando o âmbito típico, ou as “conexões especiais”, dessas leis, numa abordagem unilateral. No caso desta última abordagem, ela é refutada pelos bilateralistas por entenderem que levaria a uma utilização excessiva das normas imperativas, inclusive as de terceiro Estado.

VISCHER conclui com um posicionamento mais realista: “Qualquer que seja a posição da doutrina, nenhuma corte vai simplesmente ignorar os efeitos que as normas estrangeiras compulsórias fora da *lex causae* e da *lex fori* podem ter

⁴³ ROZAS, José Carlos Fernandez e LORENZO, Sixto Sanchez. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 414.

⁴⁴ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 152, 1989.

sobre as partes. Fazer isso levaria, de fato, à injustiça severa, particularmente quando a parte afetada não pode escapar da compulsoriedade estrangeira.”⁴⁵

A solução, parece-nos, está nessa linha de pensamento, em que prepondera o bom senso do julgador a partir da análise de todos os elementos da questão, sempre buscando a solução mais justa e adequada para os envolvidos.

1.1.5 Conteúdo

Por depender dos valores de cada ordenamento jurídico e da opção de cada legislador nacional, é extremamente difícil delimitar de um modo geral o conteúdo das normas imperativas. Soma-se, ainda, o fato, já detectado antes, de que normalmente a norma surge sem a previsão explícita da sua imperatividade.⁴⁶

Outro fator que dificulta a abordagem do conteúdo é a regulamentação geralmente parcial da matéria por normas imperativas, vale dizer, o assunto é objeto de uma extensa legislação estatal da qual apenas uma parte é considerada imperativa e, conseqüentemente, capaz de afastar a lei potencialmente aplicável.

Para melhor clarificar a extensão do obstáculo à operação das normas de conflito ordinárias, causado pela existência de normas imperativas do foro, deve ser ressaltado que estas geralmente não regulamentam de modo completo uma instituição, mas meramente certos aspectos especiais, além dos quais a regra de conflito do foro pode ser aplicada e, ainda, o direito estrangeiro por ela referida (exceção, é claro, no caso da intervenção da exceção da ordem pública).⁴⁷

⁴⁵ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 169, 1992.

⁴⁶ “(...) *Generally speaking, legislator are silent*” PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 134.

⁴⁷ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 144, 1989.

Mas o próprio autor atenua e explica que isso não implica na inexistência de leis que provêem completamente e adequadamente normas imperativas para determinada instituição. Alerta o intérprete sobre a necessidade de ter cuidado para não excluir a “operação normal das regras de conflito de leis sobre e além da intenção do legislador”.⁴⁸

Não existe uma homogeneidade de requisitos materiais para a determinação de uma norma dessa natureza, cada autor estabelecendo os temas que por suas próprias razões consideram objeto de regulamentação através de normas imperativas:

(...) o maior problema continua sem ser resolvido porque os escritores não concordam com os critérios para identificar as leis de aplicação imediata e, freqüentemente, fazem somente extensas referências a políticas genéricas, como a proteção de interesses vitais do Estado concernente, adicionando algumas ilustrações para explicar seus pensamentos.⁴⁹

A certeza nesse assunto está no fato de que o conteúdo da norma estará inevitavelmente vinculado à política estatal que opta, de forma vinculada ou discricionária, por atribuir superioridade a regulamentações de determinados assuntos em detrimento de outras.

A aplicação da regra é, conseqüentemente, independente dos fatores de conexão contidos na regra de conflito, mas a delimitação da aplicação da regra é dependente da extensão da sua subjacente política em relação ao assunto envolvido. Tem-se falado que essas regras delimitam seu próprio conteúdo e que elas por si só determinam sua esfera de interesse. O interesse servido pela regra interna e a política favorecida por sua aplicação determinam a extensão pela qual a regra se aplica no campo internacional.⁵⁰

⁴⁸ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 143, nota 326, 1989.

⁴⁹ PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 124.

⁵⁰ SAUVEPLANNE, J. G. New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. RCADI, 1982. II, tomo 175. p. 35.

Em relação à discussão sobre o tipo de direito envolvido numa norma imperativa, o entendimento prevalece no sentido de se concentrar o conteúdo em normas de direito substantivo. A materialidade do direito é o fundamento para atribuir-lhe superioridade em relação a outras normas. Portanto, uma norma é imperativa diante de qualquer situação, inclusive quando recai sobre uma relação de fato que gera, por si, um conflito de leis oriundas de mais de um país. « As normas imperativas são, isso é subentendido, em larga extensão direito substantivo e não pretendem intervir somente, ou particularmente, no processo de definição da lei aplicável (método conflitual) ». ⁵¹

Entretanto, há autores que definem como normas imperativas as próprias normas de Direito Internacional Privado que, em geral, não são normas de conteúdo material mas meramente indicativas do direito aplicável. EEK aponta, nesse sentido, que as regras de determinado país sobre escolha das leis, via método conflitual, podem ser classificadas como normas imperativas, tendo em vista que vinculam os juízes e as partes. Estas podem, se permitido, escolher o direito material a ser aplicado a determinadas matérias mas elas não podem afastar as normas de direito internacional privado do foro em favor de normas desse mesmo tipo oriundas de outro país. E isso em função da *public policy* que, por sua vez, também orienta o juiz em casos de afastamento excepcional do método de escolha da lei. Ela é a razão de ser deste último. ⁵²

⁵¹ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 55, 1973.

⁵² "(...)the choice of law rules of a country certainly can be classified as "peremptory norms". They are binding both upon private parties and upon the courts. But here a reservation must be made: they can be set aside by means of a written or unwritten rule of law, which permits or prescribes the use of the mechanism of *ordre public*. In other words, public policy is the reason for the existence of

PILLET, no início do século passado, consagrou a distinção entre a lei civil que objetiva a proteção individual e a lei que busca a proteção da sociedade, com vistas a garantir a ordem e a estabilidade. Referia-se à organização interna e defendia tratar-se de regras paralelas, cada uma com seu domínio. As normas de PILLET com finalidade coletiva passaram a ser consideradas pela doutrina como imperativas, quando estas se consolidaram, e abrangeram casos internacionais.⁵³

EEK trabalha com essa hipótese de se identificar as normas imperativas a partir da análise do objetivo da lei, entretanto, reconhece a dificuldade de adaptar tal entendimento aos dias atuais.

A fim de encontrar as normas imperativas nós devemos, se seguirmos a doutrina de Pillet, olhar para a legislação ou as regras costumeiras consideradas como possuidoras dessa função social. Em outras palavras, nós devemos examinar cada lei para estabelecer seu caráter fundamental. E como fazer isso? A resposta deve ser a referência aos objetivos e propósitos do legislador. A dificuldade está, é claro, no fato de que esta análise não é sempre bem sucedida ou mesmo possível. O *Traité Pratique* de Pillet foi publicado há 50 anos atrás. Conquanto sua análise e recomendações ainda possam ser consideradas úteis, nós devemos perceber que nos nossos dias as concepções políticas em muitos países mudaram.⁵⁴

Em que pese a dificuldade de se delimitar setores da vida social que são objetos de regulamentação por normas imperativas, há alguma áreas em que se percebe seu aparecimento com maior frequência. Nosso levantamento permitiu-

choice of law rule; at that, in some cases, the command of a choice of law rule shall, by the use of this “mechanism”, exceptionally not be followed or not followed all the way. It must be added that the existence of other and substantive norms in the *lex fori*, which are also “peremptory” – the norms we are continuously looking for – may lead to a modified obedience only of the choice of law rules”. EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 9, 1973.

⁵³ « (...) et si l'on se pose la question de savoir lesquelles conviennent le mieux à un État des lois qui poursuivent l'avantage des individus et de celles qui visent directement l'utilité du corps social, on pourra penser que les lois civiles soivent, en règle générale, poursuivre l'avantage de l'individu, les lois sociales demeurant l'exception. (...) Il sera donc d'un bon législateur de donner la préférence aux lois d'intérêt individuel et de limiter les lois de garantie sociale aux cas où elles sont rigoureusement nécessaires. » PILLET, A. Principes de droit international privé. Paris: Pedone, 1903. p. 366.

⁵⁴ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 60-61, 1973.

nos integrar no elenco o Direito Público, os Contratos, as Normas Protetivas, os Bens Culturais, a Arbitragem e o Direito Comunitário, que passamos a expor.

1.1.5.1 Direito Público

EEK tenta identificar as normas imperativas a partir da investigação dos campos do direito (*fields of law*): “nosso esforço tem sido de indicar os “campos” onde encontramos essas normas; elas podem estar incorporadas em um estatuto com caráter imperativo como um todo, ou elas podem ser normas, estatutos ou julgamentos individuais. Os campos, em geral, são campos do direito que podem ser descritos como marcados pelas políticas governamentais em matéria econômica e social.”⁵⁵

Assim, quando se tratar do Direito Público, há mais chances da norma ser imperativa. As normas constitucionais escritas são certamente dessa natureza mas não dá para falar o mesmo das constituições não-escritas. As normas do direito administrativo, direito tributário e direito penal são de direito público e a tendência é serem imperativas (“*is to be suspected to be the home of peremptory norms*”), embora não se possa considerar todas elas como sendo imperativas diante de casos de direito privado em que uma lei estrangeira é a competente. O ideal então, segundo o autor, é fazer uma distinção inicial daquelas que são de direito público e depois identificar aquelas que estão no limite entre direito público e privado, quando possivelmente se chegará a uma outra categoria: a legislação social. Continua aí a questão sobre a avaliação de cada caso quanto a ser a

⁵⁵ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 57-58, 1973.

política legislativa importante suficiente para demandar a aplicação da regra como peremptória.

De todo modo, é possível detectar no posicionamento do autor, a concentração de normas imperativas também nas seguintes áreas

- a) normativa sobre transporte internacional;
- b) algumas legislações relativas a acordos de *securities control*, *anti-trust* e *commodity*;
- c) regras introduzidas especificamente com o propósito de tratar de casos internacionais relativos à quarentena, proibições de importação e exportação, regulamentação de campo ou matérias similares;
- d) novos eventos que podem levar os legisladores a considerar o uso de normas imperativas em relações econômicas, como problemas relacionados ao uso de energia em diferentes formas, medidas para proteção do meio ambiente e a exploração de áreas fora dos territórios nacionais, como as plataformas continentais, zonas econômicas marítimas e espaço aéreo;
- e) no âmbito social, prevalecem as normas de direito do trabalho e do consumidor,

É comum identificar-se as normas “territoriais” com as normas imperativas, tendo em vista que “a existência do vínculo territorial conduz, às vezes, a se qualificar as *lois de police* como *lois d’application territoriale*, o que corresponde muito frequentemente à realidade: de fato, é o vínculo territorial que dá início a sua aplicação.”⁵⁶

No entanto, há que se fazer uma ressalva tendo em vista que “as normas são territoriais porque elas são imperativas e não imperativas porque elas podem ser *a priori* classificadas como territoriais.”⁵⁷

NUYTS entende que se deve fazer uma distinção. As *lois de police* que têm por objetivo proteger um interesse econômico, social ou político do país, portanto,

⁵⁶ VIGNAL, Thierry. *Droit international privé*. Paris: Armand Colin, 2005. p. 45.

⁵⁷ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 61, 1973.

nacional, apresentam um aspecto territorial tanto no plano judiciário (aplicação reservado aos tribunais desse Estado) como material (aplicação no território onde, em matéria econômica, o mercado nacional é afetado mesmo se o fato se localiza no estrangeiro). Nesse caso a aplicação da norma é imediata e seu caráter é de autolimitação⁵⁸ pois há a recusa de sua aplicação fora do campo espacial imperativo.

Por outro lado, há *lois de police* que procuram proteger um interesse privado, portanto pessoal, normalmente em virtude da existência de uma parte mais fraca na relação. Aplicam-se a todos os aspectos da relação contratual, inclusive aos efeitos que se produzem no exterior. Elas não têm aplicação imediata pois sua intervenção está subordinada a ter o caráter mais favorável em relação à lei normalmente aplicável.⁵⁹ Aqui também, ao nosso ver, o aspecto territorial tem menor incidência.

A função das normas imperativas é ser utilizada no território do legislador, sem exceções, e, muitas vezes, ao lado de normas de uma *lex causae* estrangeira. Então “é mais razoável estabelecer, como nós já havíamos feito antes, que uma “*public law*” em geral não é aplicada em um foro estrangeiro, tendo como argumentos para essa atitude aqueles que avançam sob o domínio da

⁵⁸ Muita divergência surgiu na doutrina sobre a questão do juiz levar ou não em consideração as normas que recusam sua aplicação fora de seu domínio de aplicação especial, denominadas pioneiramente por DE NOVA como “autolimitadas”. NUYTS, seguindo entendimento de P. MAYER, conclui que a autolimitação idealizada pelo legislador “deve ser respeitada: o juiz não pode forçar a aplicação de uma norma que, por si só, recusa-se a reger a situação.” NUYTS, Arnaud. L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 67 e notas. abr./jun.1999.

⁵⁹ NUYTS, Arnaud. L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 262-264, abr./jun.1999.

'public policy' ".⁶⁰ O autor mantém-se na doutrina tradicional que afasta o uso na prática de direito público estrangeiro pelo juiz local.

Essa idéia, embora bastante propagada, não é unânime. RIGAUX, por exemplo, entende de modo diferente a abordagem sobre direito público. "É preciso rejeitar como totalmente prescrita a idéia segundo a qual o juiz de um Estado não pode aplicar as regras de direito público de outro Estado. Incompreensível, a distinção entre o direito público e o direito privado não encontra nenhum espaço em uma teoria de direito internacional privado."⁶¹

É nesse sentido que caminha o entendimento do Instituto de Direito Internacional que, na Sessão Wiesbaden, em 1975, adotou resolução estabelecendo que o caráter de direito público atribuído a uma provisão do direito estrangeiro designado pela regra de conflito não deve prevenir a aplicação de tal provisão. Essa aplicação, no entanto, está obrigatoriamente à reserva fundamental da ordem pública, de modo a haver um equilíbrio entre o uso do direito estrangeiro e o direito interno.⁶²

⁶⁰ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 61, 1973.

⁶¹ RIGAUX, François. *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours Général de droit international privé. Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 213, n. 1, p. 193, 1989.

⁶² Resolução IDI, Sessão Wiesbaden, 1975. *L'application du droit public étranger*. Vingtième Commission, Rapporteur : M. Pierre Lalive. « *L'Institut de Droit International, Considérant* la diversité des idées régnant, d'un système juridique à l'autre, quant à la validité, aux critères et aux effets, voire à l'existence de la distinction entre droit public et droit privé; *Constatant*, sur le terrain du droit comparé, la relativité et le caractère évolutif de cette distinction, l'interpénétration croissante de ces deux branches du droit interne, les changements intervenus dans les faits et dans les idées quant au rôle de l'Etat, notamment dans la réglementation et la protection des intérêts des individus, et la gestion de l'économie; *Tenant compte* des besoins d'une société internationale caractérisée à la fois par la diversité ou la concurrence des législations, des politiques et des intérêts étatiques et par une aspiration à la collaboration internationale et à la coexistence ou l'harmonisation des systèmes juridiques nationaux ; *Désireux* de favoriser une juste solution des questions de conflits de lois, dans le respect des principes reconnus du Droit des gens, des intérêts légitimes des Etats et des droits ou intérêts de l'individu, solution qui tienne compte aussi des progrès souhaitables de la collaboration internationale ; *Ayant égard* à l'effet favorable que peut exercer la prise de conscience, en ce domaine, d'une part de la nécessité d'une coopération pacifique et de l'entraide entre Etats, d'autre part de la solidarité particulière qui existe à l'intérieur de groupes d'Etats unis par des liens étroits d'amitié, d'alliance ou

O chamado princípio da inaplicabilidade *a priori* do direito público estrangeiro, tratando tanto de interesses privado quanto estatais, bem como o princípio da sua territorialidade, invocado e aplicado em decisões judiciais e doutrina estrangeira de certos países, não é baseado, segundo a resolução, em nenhuma razão prática ou teórica cogentes, podendo trazer resultados que são indesejáveis e inconsistentes com as necessidades contemporâneas da cooperação internacional.

A idéia favorável à aplicação do direito público estrangeiro parece ter recebido maior acolhida, sobretudo a partir da resolução, que recebeu elogios e críticas positivas dos autores, os quais, entretanto, ainda são cautelosos em relação ao tema. Para VICHER, o “Instituto fez certamente uma contribuição considerável em direção à superação do velho e obsoleto princípio da

d'intégration ; *Estimant* opportun d'énoncer quelques principes susceptibles de fournir ou de faciliter la solution de certaines questions de conflits de lois mettant en cause le droit public étranger, *Adopte* les Résolutions suivantes : **A. I.** 1. Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public. 2. Il en est de même lorsqu'une disposition de droit étranger est la condition d'application d'une autre règle de droit ou qu'il apparaît nécessaire de la prendre en considération. **II.** Le prétendu principe de l'inapplicabilité *a priori* du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays : a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable, b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public, c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale. **III.** Il en est de même, pour des raisons analogues, d'une inapplicabilité *a priori* de certaines catégories de dispositions de droit public étranger, comme celles qui ne visent pas la protection des intérêts privés mais servent essentiellement les intérêts de l'Etat. **IV.** La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n'est en rien affectée par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons, et principalement : a) parce que la question ne se pose pas, en raison de la nature des relations sociales visées dans la règle de conflit de lois, ou de l'objet même de la disposition étrangère, ou b) parce que la disposition étrangère a une portée limitée au territoire du législateur dont elle émane et que cette limitation est en principe respectée, ou c) parce que les organes de l'Etat du for estiment souvent soit qu'ils sont incompétents pour appliquer certaines lois étrangères considérées comme de droit public, notamment en rendant un jugement administratif ou constitutif, soit qu'ils n'ont pas à prêter la main à l'application de telles dispositions à défaut de traités, de réciprocité ou d'une convergence des intérêts économiques ou politiques des Etats auxquels la situation se rattache. **B.** Décide de réserver la question des demandes fondées par une autorité étrangère ou un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public et d'en poursuivre la discussion lors d'une session ultérieure. (11 août 1975)”. Disponível on line: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1975_wies_04_fr.pdf, acesso em 12 de julho de 2005. A resolução também está disponível em “INSTITUT DE DROIT INTERNACIONAL. Résolution concernant l'application du droit public étranger. Sesseion de Wiesbaden (août 1975). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. LXVI, n. 2, p. 423-425, abr./jun.1976 ».

inaplicabilidade do direito público estrangeiro. Mas propugnar por um tratamento uniforme do direito público e privado da *lex causae* (assim chamado “*Einheitsanknüpfung*”), pela razão única que ambos são partes da lei designada pela regra de conflito, seria ir longe demais.⁶³

Em nossa opinião, a consideração do direito estrangeiro em plena ou máxima extensão, enquanto princípio básico do Direito Internacional Privado, inclui as normas imperativas, inclusive quando elas versam sobre direito público. Se conflitar com uma norma imperativa ou com a ordem pública do foro, numa espécie de colisão de normas superiores, então nessa hipótese a legislação do foro prevalecerá.

Tal entendimento é corroborado inclusive pela Teoria Geral do Direito que há muito tempo vem desconsiderando a tradicional distinção entre direito público e direito privado estrangeiro, tendo em vista a incapacidade de agrupar os diferentes aspectos da vida contemporânea que necessitam de regulamentação específica.

Fugindo do caloroso debate, MOSCONI apresenta uma visão conciliadora ao opinar que essa “observação de que a distinção entre direito público e privado foi em grande extensão atenuada, deve ser considerada como conclusiva; e que a linha divisória é agora tênue e de alguma forma difícil de definir.” O autor questiona a aproximação desses conceitos com o Direito Internacional Privado tendo em vista que, “se a dicotomia pode ser usada como um instrumento de análise conceitual, ela não pode, por si, prover uma base sólida para uma limitação rígida da esfera de aplicação das regras de conflito.” Entretanto, chama a

⁶³ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 179, 1992.

atenção para o fato de que a doutrina tradicional “mantém-se válida, ao menos em parte, e deveria ser recordada.”⁶⁴

De fato, com a derrota do particularismo nacional o espírito da cooperação internacional parece prevalecer não somente em questões tradicionais privadas mas também naquelas com impacto social, como, por exemplo, em leis sobre práticas restritivas do comércio, *price laws*, regulações sobre controle de câmbios, proibições de importações e exportações, *trading-with-the-enemy acts*, embargos e questões de monopólio. No entanto, apesar da certa minimização da homenagem paga ao dogma da soberania do Estado, é um fato que, mesmo em codificações mais recentes, as regras de direito internacional privado tendem a regular categorias de relações inter-individuais que encontram sua regulação em instituições de caráter basicamente privado.⁶⁵

Realmente, o foco de toda discussão em torno das normas imperativas está na relação de caráter privado, sobre a qual potencialmente incide ordenamentos jurídicos de mais de um Estado. Se houver uma norma imperativa nesse processo, ela será aplicada quer seja considerada de direito público, quer de direito privado. É a característica da imperatividade da norma que se sobressai e a natureza privada da relação que prevalece, tendo em vista se tratar de assunto objeto do Direito Internacional Privado.

Em geral, admite-se que a aplicação da *lex fori* é requerida para aquelas normas legais e decretos que expressam uma forte política de Estado. Os interesses do Estado são pertinentes, por exemplo, quando a questão diz respeito à regulação e controle de mercados e à economia nacional (leis antitrustes, restrições de importação e exportação), à proteção do interesse nacional na propriedade rural (proibição de aquisição de propriedade rural por estrangeiros, proteção das terras rurais), à proteção de recursos monetários (salvaguarda do balanço de pagamento), ao controle do mercado de seguros (regulamentações para os diretores, dever de informação da participação de controle), a proteção do meio ambiente ou do trabalho (limitação das horas de trabalho), etc. Regulamentações nessas áreas nominadas são freqüentemente expedidas na forma de direito público. Mas deve ser repetido: o foco para o conflito de leis está nas

⁶⁴ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 132, 1989.

⁶⁵ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 132, 1989.

conseqüências dessas normas nas relações privadas, que podem ser a responsabilidade civil do agente ou a nulidade de contratos realizados em desacordo com regulações de direito público. As sanções penais ou administrativas não são preocupações do direito internacional privado.⁶⁶

No que tange ao conteúdo das normas imperativas estrangeiras, KNOEPFLER e SCHWEIZER relacionam-no ao direito das obrigações e direito das sociedades, tendo em vista a multiplicação das regras imperativas editadas em matéria de cartéis, monetária, aduaneira e às restrições ligadas à importação e à exportação de certos bens.⁶⁷

ELST e WESER, além das indicações tradicionais, apontam como normas imperativas a regulamentação civil das condições de exercício de algumas profissões ou atividades profissionais, incluindo a qualidade necessária para exercer uma profissão ou realizar determinados atos.⁶⁸

Deixando de lado a discussão em torno do direito público, algumas outras áreas do direito diferenciam-se e em alguma delas pode ser detectada com mais freqüência a incidência de normas imperativas (como a área de contratos); outras são, elas próprias, consideradas imperativas (direito do trabalho, do consumidor e da proteção dos bens culturais) ou, ainda, áreas que tradicionalmente ficavam à margem de qualquer aspecto impositivo e hoje já admitem o respeito às normas imperativas (arbitragem). Também analisaremos a norma imperativa em processo de integração regional, focando no Direito Comunitário europeu.

⁶⁶ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 157, 1992.

⁶⁷ KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p.230, abr./jun.1988.

⁶⁸ ELST, Raymond Vander e WESER, Martha. *Droit International Privé belge et Droit Conventionnel International*. Bruxelles: Bruylant, 1983, t. 1, p. 234.

1.1.5.2 Contratos

No campo do direito das obrigações, é muito comum identificar as normas imperativas.⁶⁹ Área tradicionalmente marcada pela vontade particular, cada vez mais vem sendo limitada em função da vontade pública.

É importante notar que o aparecimento de normas imperativas também ocorre, e atualmente isso acontece com freqüência, em um campo que há muito tem sido considerado como o mais “privado” de todos, denominado contratos. Na maioria dos sistemas legais o princípio da autonomia da partes funciona como a base da escolha da lei nos contratos. (...) Exemplos de desvios do princípio da autonomia das partes, aparecem, no entanto, em muitos sistemas legais e ilustram a infiltração da “cogência” em vários graus de potência, no direito internacional dos contratos.⁷⁰

Na seqüência, EEK faz referência ao estudo comparativo do “*The Proper Law of the Contract*” uma publicação parcial no *Scandinavian Studies in Law* (1964), do trabalho original do professor sueco Ole Lando, de 1962. Nessa obra pioneira, fica comprovado que, em muitos campos como trabalho, seguro e vendas condicionais, a autonomia da parte não é usada. Não tivemos acesso à obra então reproduzimos as palavras de EEK:

No todo, o estudo não apenas apresenta os argumentos a favor e contra a regra liberal que permite às partes do contrato escolher a lei que deve governá-lo. Ele indica de fato uma nova tendência que pode ser chamada de *dirigismo* nos negócios neutralizado pelo *dirigismo* governamental. Essa situação de conflito político ou social, marcado pelas flutuações na política, pode explicar porque as normas imperativas são difíceis de serem apresentadas por enumeração.⁷¹

⁶⁹ « Il est assez frappant de constater que les exemples plus nets des lois de police on été dégagés d'abord en matière de contrats. Il y a déjà une trentaine d'années que M. Wengler a souligné la nécessité de tenir compte dans ce domaine de ce qu'il a appelé les rattachements particuliers. » BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 140, 1973.

⁷⁰ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 64-65, 1973.

⁷¹ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 64-65, 1973.

Entretanto, não é pacífico o entendimento em relação ao alcance da imperatividade no campo das obrigações internacionais. Originalmente, a noção de norma imperativa foi concebida com base na idéia de que ela deveria ser aplicada de forma absoluta, afastando por completo a lei que governa o contrato.

Quando a lei do contrato não coincide com a *lex fori*, o juiz admitirá naturalmente que as disposições imperativas da *lex fori* prevalecem a título de leis de política contratual sobre a atitude, por hipótese mais liberal, da lei do contrato.⁷²

Na prática, porém, os autores têm constatado uma outra realidade. As normas imperativas continuam balizando o contrato embora com incidência secundária, apenas num momento posterior, relacionado à sua execução. A celebração do contrato, no momento inicial do estabelecimento da obrigação, mantém-se regida pela lei contratual.

Mas nos contratos ela aparece precisamente como um temperamento à aplicação da lei contratual, vale dizer, da lei que rege o contrato em virtude das regras de conflito de leis. Esta é então primeira, e as outras intervêm somente sobre pontos particulares. É certo que seus autores conceberam-nas para serem aplicadas de maneira necessária ou imediata, qualquer que fosse a lei que governa o contrato, mas na realidade concreta é realmente esta última lei que governa inicialmente a operação, as outras intervindo apenas eventual e acessoriamente. Se a lei é acessória então as leis desse gênero deveriam tocar apenas os pontos relativamente acessórios dentro do contrato.⁷³

Entretanto, a questão sobre o que é principal e o que é acessório num contrato não é tão clara. Em geral, os meios e modos de execução são submetidos à lei local e não tratam do conteúdo das obrigações das partes, apenas da finalização. BATIFFOL oferece como exemplos os pagamentos do

⁷² RIGAUX, François. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 213, n. 1, p. 197, 1989.

⁷³ BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. In: *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 141, 1973.

objeto do contrato através de moeda local. Nesses casos, as normas imperativas que, a princípio, apenas abarcariam o acessório, acabam por “tocar também o fundo: nos exemplos anteriores elas retardariam, por exemplo, a execução do contrato ao proibir o descarregamento em dia declarado feriado localmente tendo em vista que ele não o é no país da lei que rege o contrato.” O autor adverte, entretanto, que mesmo “tal alcance ao fundo das obrigações das partes deveria continuar acessório.”⁷⁴

Em função da circulação que é inerente ao transporte marítimo, os contratos nesse âmbito freqüentemente se deparam com disposições imperativas nos ordenamentos jurídicos dos países por onde passa o transportador com as mercadorias. BATIFFOL explica que, ainda que o contrato de transporte marítimo se submeta a uma única lei, ele será executada em país diferente, como o do carregamento e/ou do descarregamento. Então é “inevitável” que ali existam “prescrições que o transportador não poderá afastar”, como normas sobre os dias feriadados, a duração do trabalho e as medidas de segurança, exemplifica o autor. Nesses caso, o

(...) remetente ou o destinatário será mal sucedido ao reclamar de ter sido retardada a entrega por observar as prescrições desse gênero. Trata-se de leis cujos autores entenderam que elas se aplicam a todo trabalho executado em seu território. Também elas são freqüentemente providas de sanções penais ou objeto de um controle administrativo. É manifesto que as pessoas privadas devem observá-las apesar da submissão a uma outra lei dos contratos em virtude dos quais elas agem.⁷⁵

⁷⁴ BATIFFOL, Henri. *Pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des Cours.* Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 141, 1973.

⁷⁵ BATIFFOL, Henri. *Pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des Cours.* Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 140, 1973.

O princípio da autonomia da vontade vem sendo reforçado cada vez mais em matéria de contrato, a ponto da doutrina estabelecer que o afastamento da lei escolhida pelas partes em virtude da existência de norma imperativa em determinado país só será cabível se houver rigorosa vinculação do país que a expediu com o contrato em questão. Além disso, a disposição de tal norma deve receber acolhida internacionalmente. Nesse sentido, o IDI estabeleceu uma Resolução, na sessão de Bâle, em 1991, sobre Autonomia das Partes em Contratos Internacionais entre Privados, em que exalta a ampla liberdade das partes na escolha da lei aplicável. Entretanto, seu artigo 9 estabelece:

“(1): A lei escolhida se aplica sem prejuízo das disposições da lei do foro que regem imperativamente a solução, qualquer que seja a lei aplicável ao contrato.
(2) Se for o caso de levar em consideração as disposições imperativas, no sentido do parágrafo precedente, de um direito outro que a lei do foro ou a lei escolhida pelas partes, essas disposições somente podem descartar a aplicação da lei escolhida se existir uma relação estreita entre o contrato e o país desse direito e se elas perseguirem fins geralmente aceitos pela comunidade internacional”⁷⁶

De qualquer forma, o que se percebe é que, no âmbito dos contratos, está consolidada, no mínimo, uma ameaça à lei escolhida pelas partes, seja em função das normas imperativas, seja em virtude de outro instituto que lhe é bem próximo e que será tratado mais adiante: a ordem pública.

Se se somar à preponderância absoluta das leis imperativas da *lex fori* a cláusula geral da exceção de ordem pública, a lei do contrato é duas vezes ameaçada pelo particularismo da *lex fori*: donde o interesse da cláusula de eleição do foro que, ela

⁷⁶ Resolução IDI, Sessão de Bâle – 1991. L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Septième Commission, Rapporteur : M. Eric Jayme. 31 août, 1991. « Article 9. 1. La loi choisie s'applique sans préjudice des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la solution, quelle que soit la loi applicable au contrat. 2. S'il y a lieu de prendre en considération les dispositions impératives, au sens du paragraphe précédent, d'un droit autre que la loi du for ou la loi choisie par les parties, ces dispositions ne peuvent écarter l'application de la loi choisie que s'il existe un lien étroit entre le contrat et le pays de ce droit et que si elles poursuivent des fins généralement acceptées par la communauté internationale. » Disponível em [www.http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF](http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF), acesso em 12 de julho de 2005.

mesma, não é inatingível. Com efeito, é possível que, se o autor demandar a um tribunal de um país outro que aquele do foro escolhido, esse tribunal rejeite conhecer o feito derogatório da cláusula de eleição de foro a fim de fazer prevalecer as normas imperativas da *lex fori*.⁷⁷

JAYME entende que se trata de um verdadeiro conflito que pode surgir entre o indivíduo e o Estado e que se exterioriza na relação entre a liberdade do indivíduo de escolher a lei aplicável e os limites a essa escolha pelas leis imperativas do Estado com o qual o litígio apresenta um vínculo estreito.⁷⁸

A solução para esse conflito pode estar então na análise da solução final da questão, verificando-se a probabilidade de satisfação dos interesses dos envolvidos. Em outras palavras, como quer NIGH, o reconhecimento da norma imperativa diminui a autonomia das partes e por isso ela deve ser mesurada levando-se em consideração “a expectativa razoável das partes” (*the ‘reasonable’ expectations of the parties*).⁷⁹

1.1.5.3 Normas Protetivas

As normas imperativas existem porque há determinados assuntos que um Estado considera como aptos para receber um tratamento especial. Em geral, são temas de importância fundamental para a sociedade local em decorrência das mais variadas razões, sempre de acordo com o interesse estatal. Dentre os motivos, é comum existir determinadas categorias de pessoas e relações que

⁷⁷ RIGAUX, François. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 213, n. 1, p. 197, 1989.

⁷⁸ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 54.

⁷⁹ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 397, 1995.

recebem consideração especial do Estado, o qual lhes outorga um tratamento peculiar, de caráter protetivo.

NUYTS denomina essas normas de *lois de police protectrices* e vincula-as ao campo dos contratos tendo em vista que descartam o método normal do direito obrigacional, no plano da formação, execução ou finalização da relação contratual, de modo a salvaguardar os interesses particulares de uma parte no contrato”.⁸⁰

Assim, são geralmente consideradas normas imperativas aquelas que regulamentam a categoria dos trabalhadores e as relações dos consumidores.

1.1.5.3.1 Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho surgiu a partir da necessidade de se regulamentar a relação entre empregador e trabalhador, tendo em vista suas particularidades. Sem abandonar o princípio da igualdade formal das partes, o Direito do Trabalho é construído de forma a valorizar o trabalhador que, por deter apenas a mão-de-obra, é considerado o pólo mais fraco da relação de emprego em comparação com o pólo do empregador, que detém o capital e os instrumentos de produção.

Diante desse fato, que se repete em todos os lugares, o Estado intervém na relação de emprego, favorecendo o trabalhador e limitando o poder do empregador, sempre com a finalidade de superar aquela desigualdade e garantir as condições e a continuidade do emprego.

⁸⁰ Ao lado dessas leis, NUYTS verifica a presença do que denomina de *lois de police administratives*, que visam a proteger a organização estatal ou os interesses coletivos. Mas o próprio autor ressalva que essa distinção entre as diferentes categorias de *lois de police* a partir de seus objetivos não têm caráter absoluto, devido à dificuldade em identificá-los e distingui-los. NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 41-44, abr./jun.1999.

Em que pese o posicionamento das concepções liberais e neoliberais do Estado, ideárias da desregulamentação ou flexibilização das relações trabalhistas, a visão protetiva do trabalhador ainda está presente em muitas legislações que consideram o trabalhador hipossuficiente e, por isso, são construídas com caráter imperativo, de forma a não poder ser afastada pela vontade das partes ou pelas regras de conexão.

Nos planos sociais, particularmente as relações trabalhistas e algumas questões previdenciárias são governadas pela legislação que normalmente aparece como imperativa. Legislação social busca a proteção da parte mais fraca em diferentes relações privadas e também nas relações entre indivíduos e seu governo. Aqui, questões de direitos humanos aparecem também, como vimos, além dos esforços para proteger o consumidor. Problemas ambientais também entram no campo social.⁸¹

O Direito do Trabalho, envolvendo aspectos internacionais, esteve tradicionalmente vinculado à territorialidade, normalmente com base no conceito de ordem pública. Uma questão concreta e a repercussão que teve na doutrina francesa aproximaram-no do tema das normas imperativas, onde se consolidou.

Trata-se do caso em que a Assembléia do Conselho de Estado da França, em decisão de 29 de junho de 1973, deu ganho de causa ao Sindicato geral dos funcionários da “*Compagnie des Wagon-lits*” quando este exigiu da empresa belga, com vários funcionários e direção-geral na França, o cumprimento integral da legislação francesa, em vigor na época. Esta exigia a instalação, nas dependências de trabalho, de organizações de composição bipartite com função de decisões nas questões sociais da empresa e definição do conselheiro-chefe do trabalho e do médico do trabalho, além de função consultiva sobre condições

⁸¹ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 68, 1973.

coletivas de trabalho e emprego, melhoria da produção, etc.:. Denominavam-se comitê de empresa, comitê de estabelecimento e comitê central dos estabelecimentos franceses.

A Comissária do governo, Mme Questiaux, em suas conclusões expressou que as leis que regem as condições de trabalho são consideradas como “lois de police et de sûreté” no sentido do artigo 3 do Código Civil francês, aplicando-se em todo o território e, portanto, a todos os assalariados que ali se encontram, em virtude da noção de ordem pública social. “Tudo se passa como se no domínio do direito do trabalho existisse um corpo de obrigações muito próximas do direito público, obrigações imperativas para toda pessoa que se apresenta na qualidade de empregador porque elas são protetivas do assalariado” ⁸²

FRANCESKAKIS explica que a decisão informa sobre as “razões de ser da intolerância vis-à-vis as leis estrangeiras”: não é porque elas emanam de uma soberania estrangeira, nem porque elas carregam um poder estrangeiro incompatível com o francês, na ocorrência de funções destinadas à administração.

A razão que conduz a se abster de levar em conta uma lei estrangeira mesmo se, no limite, ela é rigorosamente idêntica à lei francesa, é outra. É porque existem elementos de organização estatal, tendo em vista que os Estados modernos são organizações, são empresas, no sentido amplo da palavra, que, salvo vínculos convencionais, perseguem fins que lhes são convenientes no âmbito de uma vida interestatal concorrencial. ⁸³

⁸² CONSEIL D'ETAT (Assemblée) – 29 juin 1973. M. Errera, rapp. ; Mme Questiaux, comm. du gov. – Mmes Guinard et Célice, av. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Conflits de Lois. Paris: Éditions Sirey, 1974. p. 345-350.

⁸³ FRANCESKAKIS, Ph. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, p. 273-296, 1974.

Entende-se que o Direito do Trabalho não pode ser regulamentado pelas normas de Direito Internacional Privado⁸⁴. Entretanto, a interação entre o direito do trabalho e a norma imperativa de Direito Internacional Privado é bastante didática para as duas disciplinas. O primeiro proporciona à segunda “informações particularmente instrutivas sobre as condições de sua aplicação prática”. Já a norma imperativa leva à busca do real “domínio de aplicação de cada texto em relação às imperatividades da organização estatal”.

1.1.5.3.2 Direito do Consumidor

De forma similar ao que ocorre no Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor existe com base no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação mercantilista com o fornecedor. As legislações nacionais têm por fundamento o atendimento das necessidades dos consumidores e geralmente dispõem do princípio da dignidade humana, do respeito à saúde, segurança e qualidade de vida. Para tanto, estabelecem os deveres dos fornecedores em relação à garantia dos produtos e serviços, aos abusos de mercado, à propaganda enganosa, à solução das controvérsias e à reparação dos danos e prejuízos, dentre outros.

⁸⁴ Lembra FRANCESKAKIS que uma prova disso é o fato do Instituto de Direito Internacional ter colocado em discussão o conflito de leis em matéria de direito do trabalho e o resultado final ter sido uma resolução que tratou unicamente do contrato de trabalho. Sessão Zagreb, 1971. FRANCESKAKIS, Ph. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, p. 295, 1974. ver a Resolução original em INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Zagreb – 1971, Les conflits de lois en matière de droit du travail (Seizième Commission, Rapporteur : M. Etienne Szászy). Disponível em: http://www.idi-iii.org/idiF/resolutionsF/1971_zag_02_fr.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2005.

Quando se trata de consumo além das fronteiras nacionais, essa visão protetiva é transposta para o campo internacional, onde o consumidor também é reconhecido como a parte mais fraca. Assim, as regulamentações do assunto normalmente estabelecem um elemento de conexão favorável ao consumidor, como sua residência, por exemplo, ou excepcionam a aplicação da lei nacional mais protetiva, sob o fundamento de se tratar de norma imperativa.⁸⁵

“O método das *lois de police*” apresenta incontestáveis vantagens para assegurar o respeito a esses imperativos que existem em razão de sua fraqueza”, enuncia MOREL-MAROGER ao apontar um exemplo característico do importante desenvolvimento das normas imperativas: a matéria bancária. Segundo a autora, isso se explica tanto pelo papel capital da atividade bancária em termos econômicos e monetários quanto pelo desenvolvimento da “proteção consumerista” da parte reputada como mais fraca.⁸⁶

MARQUES aponta a utilização das normas imperativas como uma tendência atual em matéria de consumo, ao lado da sua regulamentação nos processos de integração regional.

A tendência é a elaboração de regras nacionais, muitas consideradas de ordem pública internacional, *lois de police* ou leis de aplicação imediata, assim como a aproximação e a harmonização das regras nacionais, que asseguram a proteção do consumidor, nos organismos internacionais dedicados à integração econômica, como a União Européia e o Mercosul.⁸⁷

⁸⁵ “El consumidor es considerado la parte típicamente más débil del contrato. De ahí que se considere como normas de policía las normas imperativas del domicilio del consumidor que aseguran un nivel mínimo de protección”. BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 4ª. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 280.

⁸⁶ MAROGER, Juliette Morel-Maroger. Les opérations de banque en droit international privé, Étude de conflits de lois. Disponível em: <http://www.aedbf.asso.fr/PRIXTHESES/Juliette%20Morel-Maroger.doc>. Acesso em 17 de setembro de 2005.

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 788,

A União Europeia é o maior exemplo de regulamentação regional do consumo estabelecendo o caráter de norma imperativa, tal como ocorre com provisões da Diretiva 97/7/EC sobre proteção de consumidores em relação a contratos à distância e Diretiva 99/44/EC sobre venda de produtos de consumo e garantias associadas.⁸⁸

Se o Direito Trabalho está distante do Direito Internacional Privado, como visto, outro parece ser o entendimento em relação ao Direito do Consumidor. Aqui cabe lembrar que há autores que vinculam as normas substantivas imperativas a normas instrumentais de Direito Internacional Privado.

VISCHER explica ao longo de seu curso que o escopo da aplicação das normas substantivas não decorre somente de seu objetivo mas também necessita a justaposição de uma norma unilateral de conflito que delimita o escopo da aplicação da regra, numa graduação. Ressalta o autor, então, que as provisões substantivas da lei não têm necessariamente aplicação imediata, mesmo quando expressam uma preocupação urgente do Estado. Elas dependem da norma de conflito de leis.

A justaposição dos dois tipos de normas é proposta por VISCHER porque assim há a vantagem de que as “considerações do conflito de leis podem ser introduzidas, interesses divergentes podem ser balanceados e soluções acomodando a diversidade de soluções podem ser atingidas”. E exemplifica:

jun/2001. p. 19. Na proposta realizada pela autora, de uma Convenção CIDIP, anexa a esse artigo, há a previsão das normas imperativas no artigo 3, parágrafos 1 e 2, as quais deverão ser necessariamente aplicadas.

⁸⁸ Ver VERHAGEN., H L E. The tension between party autonomy and european union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 51. jan 2002 p. 141.

(...) se o legislador, usando uma regra especial de conflito, toma conta de uma relação na qual a proteção de uma parte é de interesse particular, normas substantivas compulsórias do direito do foro tratando do mesmo assunto não devem ser aplicadas. O Artigo 130 da Lei Suíça sobre Direito Internacional Privado, por exemplo, submete contratos de consumo à lei válida na residência habitual do consumidor e preclui a escolha da lei pelas partes. Provisões substantivas da Lei da Suíça protegendo o consumidor não devem, portanto, ser referidas em uma corte suíça se o contrato é regido por uma lei estrangeira. Ou, na ausência de uma regra de conflito especial, é freqüentemente necessário para a norma especial protetiva da *lex fori* recuar, se o interesse atrás da regra é igualmente regulado pelo direito normalmente aplicável. Esta é a solução da Convenção de Roma para contratos de consumo e emprego. (arts. 5 e 6)⁸⁹

Isso significa que a norma material, protetiva, do foro pode ser afastada, se a mesma matéria tiver outra lei aplicável em virtude das regras de conflito do próprio foro ou se estas indicarem uma norma estrangeira que, por sua vez, também é protetiva.⁹⁰ “Em suma, normas protetivas do foro devem ser aplicadas somente se o Estado do foro tem um interesse dominante na aplicação em vista de todas as circunstâncias do caso, o que inclui a importância da preocupação substantiva, a proximidade da transação como Estado do foro e a justificada expectativa da parte na necessidade de proteção.”⁹¹

1.1.5.4 Proteção de Bens Culturais

Os Estados tendem a proteger o patrimônio nacional composto pelos bens culturais existentes em seu território porque eles são fatores fundamentais da civilização e da cultura de seu povo e determinantes para a consolidação da identidade nacional.

⁸⁹ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 159, 1992.

⁹⁰ Para o autor, então, a norma imperativa atua depois da análise das regras de conflito, nos moldes da ordem pública, - que será estudada na seqüência.

⁹¹ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 160, 1992.

Por possuírem grande valor comercial, sobretudo nos países desenvolvidos, os diversos países da comunidade internacional editam legislações, muitas vezes de origem constitucional, com a finalidade de evitar não só a apropriação privada mas também os riscos de exportação, importação e transferência de propriedade ilícitas, tão comuns nos séculos anteriores.⁹²

Essa regulamentação estatal foi incentivada por uma série de tratados internacionais⁹³ firmados pelos países ao longo dos últimos anos, os quais também tiveram um papel importante na ampliação do conceito de bens culturais, passando a incluir todos os móveis e imóveis que forem importantes para o patrimônio cultural de cada país, seja por seu interesse artístico, histórico, literário, arqueológico, arquitetônico, etnológicos, biológicos, científico ou musical, dentre outros.

Inspiradas pela consciência internacional quanto à importância da proteção dos bens culturais, as legislações internas são, em geral, consideradas normas

⁹² A Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, estabelece: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (...).”

⁹³ Por exemplo a Convenção para a Proteção de bens culturais em caso de conflito armado, Haia, 1954, e seus Protocolos de 1954 e de 1999; Convenção da UNESCO sobre Medidas que devem ser adotadas para proibir e impedir a importação e a transferência de propriedades ilícitas de bens culturais, 1970; Convenção sobre Defesa do patrimônio arqueológico, histórico e artístico das nações americanas, San Salvador, 1976; Convenção para a Proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, Paris, 1972; Convenção da UNIDROIT sobre Bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, 1995. Sobre esta última, ver DROZ, Georges A. L. La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 2, p. 239-290, abr./jun.1997. Destaque-se também a regulamentação específica da União Européia.

imperativas. Diante da complexidade do assunto, KREUZER aponta duas situações distintas.⁹⁴

1) Aplicação das normas imperativas do foro. Caso em que a lei do foro coincide com a *lex causae*, a aplicação das normas imperativas do foro é realizada sem nenhuma dificuldade. O problema aqui é que raramente os tribunais do foro são do Estado cujos bens culturais estão em causa.

2) Aplicação das normas imperativas do estado de origem dos bens culturais quando este não é o Estado do foro. O juiz do foro “deve ou pode ao menos dar efeito às disposições estrangeiras de proteção do patrimônio cultural?”. Nesse caso, o autor aponta duas situações específicas:

a) Quando a lei estrangeira de origem dos bens culturais e da causa, na ocorrência da *lex rei sitae*, coincidem, é muito provável que o juiz do foro aplique também leis imperativas protetivas dos bens culturais porque a designação da lei aplicável pode ser concebida como abarcando todas as disposições pertinentes ao caso, incluindo aqui aquelas que pertencem ao direito público.

Nesse sentido foram tomadas várias decisões na Europa, em virtude de casos em que bens culturais de Estados, sobretudo países em desenvolvimento, haviam sido levados para países europeus, em desconformidade com as leis de origem. Os tribunais da Europa imediatamente reconheceram o direito estrangeiro, aplicando-o, sem considerar eventual direito privado do possuidor sobre o bem.⁹⁵

⁹⁴ KREUZER, Karl. La propriété mobilière en droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 259, p. 189-196, 1996.

⁹⁵ Na Alemanha, foi reconhecida a propriedade do Estado da Grécia sobre medalhas encontradas com um grego em território alemão, em função da lei grega no. 5351, de 9 de agosto de 1932.

b) Quando a lei estrangeira de origem dos bens culturais não coincide com a lei da causa estrangeira e nem com a lei do foro, o direito internacional privado não admite a aplicação da lei do Estado de origem, seja lei ordinária, imperativa ou de direito público. É o caso em que a transferência dos bens culturais de origem estrangeira se dá sob a lei do foro, que coincide com a causa.

Atualmente fala-se, para os bens culturais, em alteração do elemento de conexão de *lex rei sitae* para a lei da origem ou, ainda, em nacionalidade da obra de arte. Ainda que não se utilize o termo “norma imperativa”, na verdade o que se busca nessa nova visão é a aplicação da legislação mais vinculada à proteção da identidade cultural da pessoa ou pessoas ligadas ao bem.

A Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre “A venda internacional de objetos de arte sob o ângulo da proteção do patrimônio cultural”, expedida na Sessão de Bâle, em 1991, pelo Relator M. Antonio de Arruda Ferrer-Correia estabelece no artigo 2º. que “A transferência da propriedade dos objetos de arte pertencentes ao patrimônio cultural do país de origem dos bens é submetida à lei desse país.” Por objeto de arte entende-se, nos termos do artigo 1º., aquilo que é “identificado como pertencente ao patrimônio cultural de um país por sua classificação, registro e qualquer outro procedimento de publicidade internacionalmente admitido na matéria”. Já o país de origem de um objeto de arte

(OLG Schleswig, 10 de fevereiro de 1989); Na Suíça, foi admitido que as peças arqueológicas encontradas com um cidadão italiano pertenciam ao Estado do Equador, em virtude da Constituição deste país que prevê que bens culturais fazem parte do patrimônio cultural da nação e não podem ser vendidos sem autorização do Instituto da Cultura do Equador (Tribunale di Torino, 25 de março de 1982.). KREUZER, Karl. La propriété mobilière en droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 259, p. 191, 1996.

é aquele onde, do ponto de vista cultural, ele “encontra-se vinculado pela ligação mais estreita”.⁹⁶

1.1.5.5 Arbitragem

A arbitragem é o meio de solução de controvérsias que se baseia num valor fundamental: a liberdade das partes envolvidas. As partes são livres para definir as regras do procedimento da arbitragem, escolher o árbitro, decidir sobre o direito que este aplicará, estabelecer a possibilidade de revisão da decisão, além de tantas outras opções. À primeira vista, portanto, não parece ter nenhuma relação com norma imperativa ou qualquer outro conceito que ocasione vinculação peremptória em detrimento dessa ampla autonomia.

Ocorre, porém, que a própria Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 10 de junho de 1958, previu a possibilidade de se afastar a sentença arbitral estrangeira se for contrária à ordem pública local.⁹⁷

2 - O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

- a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de decisão mediante arbitragem; ou
- b) no reconhecimento ou execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

⁹⁶ Instituto de Direito Internacional. Resolução sobre “A venda internacional de objetos de arte sob o ângulo da proteção do patrimônio cultural”, Sessão de Bâle, 1991. Relator M. Antonio de Arruda Ferrer-Correia Disponível em http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_04_fr.PDF. Acesso em 04 de outubro de 2005.

⁹⁷ Do mesmo modo, artigo 5,2,b da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, Panamá, 30 de janeiro, 1975, e a maioria das legislações nacionais, como a brasileira (Lei n. 9307 de 23 de setembro de 1996, artigo 2º. Par. 1º.).

O que se questiona, entretanto, é a possibilidade do árbitro levar em consideração esse tipo de questão ao analisar o caso e proferir a decisão final. Para FADLALLAH, tradicionalmente, o árbitro estava afastado de tudo que dizia respeito à ordem pública mas hoje ele está “no mesmo nível do juiz estatal no que concerne a aplicação das normas imperativas, qualquer que seja sua natureza.” Entretanto, como não pertence a nenhum Estado, o árbitro tem uma visão mais relativa, ágil e flexível da ordem pública. Tendo em vista que se libertou da ordem pública no tocante à determinação de sua competência e arbitralidade do litígio, não mais feita em função da natureza das normas mas em virtude de exclusões formais ou da natureza da medida solicitada, o árbitro pôde desenvolver sua própria liberdade na aplicação *au fond* das normas de ordem pública. Ora, o “árbitro é um juiz acordado pelas partes, precisamente porque estas pretendem evadir-se de uma certa rigidez do juiz do estado. A ordem pública não tem o mesmo sentido nem o mesmo papel para ele. Ela torna-se propriamente um instrumento na busca para a solução apropriada.”⁹⁸

Quanto à pergunta sobre a constatação de uma certa imprevisibilidade das soluções arbitrais nesses casos, FADLALLAH mesmo explica que, por se tratar de aplicação de uma norma de ordem pública do Estado, há incontestavelmente uma imprevisibilidade maior em relação ao juiz estatal concernente mas não maior que quando este tem que aplicar a ordem pública estrangeira. A previsibilidade é

⁹⁸ FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 249, n. 5, p. 429, 1995.

encontrada, dentro do possível, no conceito de '*attente légitime des parties*' e de '*principe de bonne foi*' - o que se percebe inclusive nos casos concretos.⁹⁹

SERAGLINI defende a tese da aplicação das normas imperativas pelo árbitro em casos internacionais.¹⁰⁰ A instituição arbitral internacional depende do tratamento que lhe é dado pela comunidade internacional dos Estados que, por sua vez, espera, por parte daquela, o respeito em relação aos interesses gerais que protegem as *lois de police* dos Estados que a compõem. A utilização do método das *lois de police* é legítima, e inclusive mais apropriada que a do método de aplicação das regras materiais de "ordem pública verdadeiramente internacional", devendo ser realizada a partir de um sistema jurídico de referência que lhe é próprio, com aspecto internacional e representante da consciência jurídica dessa comunidade internacional. Portanto, o árbitro tem competência de princípio para aplicar tais normas ao caso concreto, devendo fazê-lo sempre que forem **legítimos** o objetivo por elas almejado (proteção de determinados interesses, explicados na seqüência), os modos nelas previstos para serem usados a fim de satisfazer esse objetivo (deve haver uma relação efetiva entre o caso e o Estado de onde emana a norma imperativa), bem como as conseqüências de sua aplicação (analisadas em função do caso concreto, levando em consideração o aquele interesse nela protegido).

A norma imperativa pode ser reconhecida como legítima, segundo o autor, quando seu objetivo protege os interesses permanentes da comunidade jurídica

⁹⁹ FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 249-430, n. 5, p. 429, 1995.

¹⁰⁰ SERAGLINI, Christophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Nouvelle Bibliothèque de thèses. Paris: Dalloz, 2001. 571 p.

internacional, como no caso da proteção do indivíduo, através da exclusão de sua exploração, respeito à dignidade humana e intimidade; proteção coletiva da humanidade, através da proteção do patrimônio natural e cultural da humanidade; proteção da moral no comércio internacional, através da objeção do tráfico de influência, da corrupção, lavagem de dinheiro. Também é legítima quando pretende defender os interesses contingentes, quer sejam geralmente protegidos nessa comunidade, como a proteção da empresa nacional, através do direito da concorrência, direito da propriedade intelectual, direito de falência, proibição de exportação e importação, ou a proteção dos indivíduos, como os consumidores, trabalhadores, locatários, concessionários; quer sejam interesses específicos de um Estado ou grupo de Estados, mas nesse caso, para serem legítimos e considerados pelo árbitro, devem ser aceitos de maneira geral pela comunidade internacional.¹⁰¹

MAYER, adepto de uma concepção subjetivista, em que cabe ao árbitro a decisão sobre a aplicação ou não de uma norma imperativa, contrapõe-se à concepção mais objetiva, pela qual o fundamento dessa decisão decorre de exigências da “comunidade internacional dos Estados”. O autor explica que esta noção está no coração da tese de SERAGLINI, que se opõe à de “comunidade internacional dos comerciantes”¹⁰²

¹⁰¹ SERAGLINI, Christophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Nouvelle Bibliothèque de thèses. Paris: Dalloz, 2001. p. 364-409.

¹⁰² « L' auteur considère comme dépassée la vision *lex mercatoriste*, également institutionnelle, de l'arbitrage, dans laquelle l'arbitre est le juge de la société des marchands : « la vision d'une Société des marchands qui se caractériserait par un respect mutuel de ses membres a été démentie » (nº. 41), et « il n'existe pas une Société des marchands apte à imposer efficacement son propre système de contrainte à tout contrevenant aux règles de l'arbitrage » (nº. 58). C'est donc du côté des États, seuls détenteurs de la contrainte sur les individus, qu'il faut se tourner. » MAYER, Pierre.

Do lado dos Estados, estes podem impor limites ao poder de aplicar as *lois de police* por parte do árbitro que, entretanto, deve analisá-los a partir do método próprio daquelas normas, verificando sua legitimidade. Do lado das partes, estas não devem proibir a aplicação de uma *lois de police* legitimamente aplicável ao caso, por parte do árbitro que, nesse caso, deve se declarar incompetente, segundo SERAGLINI.¹⁰³

GUZMAN detecta a utilização maciça da arbitragem no comércio internacional atualmente, com grande ampliação do campo de atuação dos árbitros nos Estados Unidos, inclusive para matérias até então de domínio exclusivo das cortes, como o direito relacionado a títulos e valores e antitruste. Também detecta a crescente transação das partes no sentido de afastar a aplicação das normas imperativas e a tendência dos árbitros em desconsiderá-las, sempre que assim for estabelecido nos termos contratuais acordados pelas partes. Então o autor propõe a criação do mecanismo chamado "*arbitrator liability*", que permite à parte perdedora numa arbitragem acionar o árbitro sob o argumento de que normas imperativas foram ignoradas. A idéia do autor é incentivar o árbitro a aplicar tais normas, de forma a concretizá-las, e desestimular as partes a afastá-las da arbitragem, de modo a manter os benefícios da arbitragem sem sacrificar a opção do legislador pelo caráter mandatório de certas normas. Esse caráter, em geral, é previsto exatamente para situações em que há efeitos do contrato sobre terceiros, ou quando uma ou mais partes são incapazes de proteger seus próprios

Préface. SERAGLINI, Christophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Nouvelle Bibliothèque de thèses. Paris: Dalloz, 2001. p.xii.

¹⁰³ Estas são as últimas proposições de sua tese. SERAGLINI, Christophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Nouvelle Bibliothèque de thèses. Paris: Dalloz, 2001. p .534.

interesses. É a forma encontrada por GUSMAN para reconciliar a arbitragem e as normas imperativas.¹⁰⁴

A Sétima Conferência da Associação de Direito Internacional, em Nova Deli, no dia 2 de abril de 2002 adotou, através da Resolução 2/2002, sobre Arbitragem Comercial Internacional, uma série de “Recomendações sobre o recurso à ordem pública enquanto motivo de recusa para o reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais internacionais.” Nas disposições gerais, explica-se que a ordem pública internacional de um Estado compreende (i) os princípios fundamentais, relativos à justiça e à moral, que o Estado deseja proteger, mesmo quando ele não está diretamente relacionado; (ii) as regras destinadas a servir aos interesses políticos, sociais ou econômicos do Estado, conhecidos sob a apelação de “*lois de police*” ou “*lois d’ordre public*”, e (iii) o dever do Estado de respeitar suas obrigações em relação a outros Estados ou a organizações internacionais.

Sobre as “*lois de police*”, as recomendações 3(a) a (d) determinam que não deve ser obstáculo para o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral a violação de uma “regra simplesmente imperativa”, ou seja, que não pode ser derogada pelas partes mas também não tratam de interesses do Estado a ponto de tornar obrigatória sua aplicação aos fatos em espécie. O obstáculo só poderá ocorrer se (1) o campo de aplicação das *lois de police* compreender a situação em espécie ou se (2) o reconhecimento ou execução da sentença ocasionar manifestamente um atentado aos interesses políticos, sociais ou econômicos

¹⁰⁴ GUZMAN, Andrew T. Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules. *Duke Law Journal*. março, 2000. Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/faculty/guzmana/writing/arbitrat.html>>. Acesso em 08 abr. 2004.

protegidos por essa regra. Se uma *loi de police* for promulgada depois da sentença arbitral, condenando o conteúdo desta, ela só poderá ter seu reconhecimento e execução recusados se, analisando a intenção do legislador, parecer claramente que essa *loi de police* tem vocação para se aplicar às sentenças expedidas antes de sua promulgação.¹⁰⁵

Diante do exposto, somos da opinião de que o árbitro deve levar em consideração as normas imperativas, a fim de que sua decisão seja efetiva, sem riscos de ser afastada por órgãos internos. Assim, recorre-se ao princípio da efetividade das decisões, com a realização do Direito Internacional Privado voltado para o resultado final de sua intervenção.

1.1.5.6 Direito Comunitário

A União Europeia regulamenta a vida comunitária através de um direito específico, de origem internacional, através dos tratados originários, ou de origem supranacional, através de atos derivados de um processo de elaboração específico das instituições europeias. Trata-se do Direito Comunitário que, por ser de formulação comum aos países membros, não tem relação imediata com as normas imperativas, uma vez que estas são regras internas que exigem sua peremptória observação.

Ocorre, porém, que o Direito Comunitário coexiste com os sistemas nacionais e, conseqüentemente, com as normas imperativas internas. Além disso,

¹⁰⁵ ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL. *Résolution 2/2002*. Disponível em <http://www.ila-hq.org/pdf/IntCommercialArbitration/InternationalRes2002>. Acesso em 8 de abril de 2004.

preceitos comunitários podem tornar-se imperativos, aplicando-se a toda a sociedade europeia. Muitos problemas podem, então, surgir.

NUYTS discorreu longamente sobre a interferência dos princípios europeus sobre o domínio espacial das normas imperativas.¹⁰⁶ De todo seu raciocínio, sistematizamos as seguintes hipóteses:

- 1) Princípio Fundamental: O Direito comunitário não modifica fundamentalmente o campo de aplicação no espaço das *lois de police* dos Estados membros embora passe a influenciar sobre ele.
- 2) Princípio da Proporcionalidade: Se as *lois de police* significam um entrave a um princípio fundamental da UE (o autor se refere à livre circulação), devem submeter-se ao controle de proporcionalidade: seu domínio espacial não pode ser maior que aquele necessário para atender ao objetivo de interesse geral.
- 3) Princípio da equivalência e do reconhecimento mútuo: O Estado de acolhida da mercadoria ou do serviço não pode impor a aplicação de suas próprias regras se o interesse geral que eles perseguem já for protegido no Estado de origem. Deve-se, então, levar em conta o conteúdo da lei que governa o contrato cada vez que esta se confunde com aquela do Estado de origem. Por isso é oportuno usar a regra de elemento de conexão alternativo.

¹⁰⁶ NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 264-265, abr./jun.1999.

- 4) Se o legislador europeu intervém para assegurar um interesse geral, este pode ser erigido em exigência imperativa sobre todo o território comunitário.
- 5) A harmonização das legislações nacionais através da diretiva deve reforçar a autonomia da vontade no campo contratual. A regulamentação nacional que transpõe um ato comunitário não tem vocação para se aplicar quando a lei designada pelas partes ou pela localização objetiva provê disposições equivalentes que derivam do mesmo instrumento comunitário.

O Tribunal de Justiça das Comunidades 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. PATAUT acredita que a Corte está construindo, para as normas imperativas, um “regime específico” na Europa. Ao impor o princípio da proporcionalidade está “modificando o próprio mecanismo de aplicação das leis de polícia”, uma vez que exige a comparação entre a lei de polícia e a lei afastada, abandonando “uma das principais especificidades das leis de polícia: sua aplicabilidade imediata”. A autora entende que essa é realmente a lógica europeia então se pergunta se, “no caso das relações jurídicas entre os países membros, a noção de leis de polícia terá ainda seu espaço daqui a alguns anos”.¹⁰⁷

Por fim, mister repetir que aqui se levantou apenas a tendência de alguns ramos jurídicos registrarem uma incidência maior de normas imperativas ou se

¹⁰⁷ PATAUT, Etienne. Jurisprudence. Conflits de Lois. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (5^e ch.). 15 mars 2001. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 90, n. 3, p. 503-512, jul./set. 2001.

demonstrou áreas mais polêmicas, como a arbitragem ou o direito comunitário. Depende, em verdade, da vontade do legislador e da conveniência governamental para proteger determinados valores ou grupos de indivíduos. As normas ordinárias de Direito Internacional Privado continuam convivendo com as normas imperativas, com vistas sempre à melhor resolução dos casos sobre os quais há leis conflitantes.

E mais recentemente M. Lequette, autor de uma tese que será publicada em breve, observava que o processo torna a dizer que não há matérias predestinadas ao método das leis de polícia. O legislador pode tomar medidas desse gênero quando ele estima oportuno: mas a unidade da matéria de relações de direito privado subsiste e, se a lei de polícia não intervém por uma razão ou outra, o método dos conflitos de leis conserva sua aplicação na sua generalidade; é o que nós também constatamos para as regras materiais. Ela aparece aqui cronologicamente subsidiária, mas essa subsidiariedade apresenta uma generalidade de fundo. A situação aparece no direito francês no que se convencionou chamar o regime matrimonial primário.¹⁰⁸

Portanto, o método do conflito de leis continua regulamentando de modo geral as relações de Direito Internacional Privado. As normas imperativas subsistirão ao lado dele, harmoniosamente, ainda que atuando de modo incidental. Ambos os métodos conviverão juntos mas, nas palavras de BATIFFOL, sem “concorrência” “selvagem”. A partir da idéia da “luta pelo direito”, o autor lembra que “quaisquer que sejam as lutas legítimas que dividem aqueles que procuram as melhores soluções, não resta dúvida que as soluções devem tender a impor a paz entre os cidadãos, assegurando uma previsibilidade. Elas não

¹⁰⁸ BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 145, 1973.

podem, então, conduzir a um sistema que encorajaria os conflitos de métodos ao invés de tentar regulamentá-los.”¹⁰⁹

1.1.6 Especificidade

As normas imperativas de Direito Internacional Privado têm grande ligação com diversos outros conceitos, com os quais, porém, não se confunde. Verificar-se-á, na seqüência, os principais institutos que aparentemente se assemelham com as normas imperativas, sob algum aspecto. O objetivo é, definitivamente, diferenciá-los.

1.1.6.1 Ordem Pública

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 conseqüências 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 estrangeiras e a escolha da lei regente dos contratos.

A ordem pública já foi suficientemente denunciada como perturbadora, pela iniciativa imprevisível que deixa ao juiz; vejamos também como excepcionais as leis de polícia cujo efeito perturbador é da mesma ordem.

¹⁰⁹ BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 145, 1973.

No fundo, esse caráter excepcional se justifica pela consideração de que não se deve ver na ação do Estado o fator primeiro da organização das relações privadas. A ação do Estado é primeira quando ele institui um serviço público: sem sua intervenção não existe nada, cabe à lei dizer o que ela deve instituir. As relações privadas se travam e se desenvolvem espontaneamente e o Estado apenas intervém *a posteriori* para regrá-las, limitar seus efeitos ou a validade dos atos. O legislador intervém à medida que ele estima que essa formação e esses efeitos das relações privadas põem em risco os interesses gerais que ele tem em vista.¹¹⁰

BATIFFOL explica que uma demonstração dessa intervenção está nas leis facultativas, nas quais as partes regulamentam por si suas relações e, apenas em seu silêncio, é que a lei vai se intrometer para lhes oferecer uma solução pois essa própria lei exige, para o caso em questão, uma resposta. Aqui há uma graduação: “quanto mais os interesses gerais estão em jogo, mais a regra torna-se imperativa contra toda convenção contrária”. Entretanto, “a vontade do Estado de que uma lei seja aplicada sem olhar nenhuma regra de conflito aparece somente como um caso de exceção”, tendo em vista que, nas palavras de BATTIFOL:

Nós não vivemos, apesar do abandono do individualismo liberal como sistema, dentro de uma sociedade em que o Estado ditar-nos-ia o que nós devemos fazer e na qual nós seríamos livres apenas em um campo residual que ele gostaria de nos deixar e onde atuam as regras de conflito.

Sem prosseguir mais adiante essa discussão de princípio, é preciso sobretudo constar que o direito positivo admite a coexistência das leis de polícia e regras de conflito de leis sob modos que me parecem esclarecer o que precede.¹¹¹

Chega-se, também, a dizer que as normas imperativas são tão próximas à ordem pública por serem a continuidade desta, uma evolução sem interrupção que ao mesmo tempo prolonga suas características e inclui aspectos próprios.

¹¹⁰ BATIFFOL, Henri. *Pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des Cours.* Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 140-141, 1973.

¹¹¹ BATIFFOL, Henri. *Pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des Cours.* Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 140-141, 1973.

Apesar de serem apresentadas como um novo elemento no conflito de leis, elas podem, em alguma extensão, ser consideradas como a evolução e extensão de um conceito que era conhecido do direito internacional privado clássico, a chamada ordem pública positiva. Von Savigny admitia que algumas regras restritas do direito positivo poderiam ser aplicadas, independentemente da sede da relação estar ou não no país do foro. A doutrina romanista desenvolveu o conceito das chamadas “*lois de police*” ou “*rules of public law and policy*”, i. e., regras da lei do foro que são sempre aplicáveis.¹¹²

A semelhança entre norma imperativa e ordem pública persiste, ainda na opinião de SAUVEPLANNE, inclusive no aspecto mais crítico: sua má utilização que conduz ao territorialismo exagerado e, conseqüentemente, à negação do próprio Direito Internacional Privado.

O conceito foi criticado notavelmente porque ele poderia conduzir, e realmente conduziu, ao mesmo abuso feito com a ordem pública em seu sentido normal, a injustificada aplicação da lei do foro. Mas o sentimento de que, de algum modo, o método de alocação poderia não resolver todos os problemas e algo deveria ser adicionado, persistia. Um autor alemão observou que esta parte do direito internacional privado estava inacabada. O conceito de “*lois d’application immédiate*” pode trazer um toque de finalização a isso. É difícil fazer uma distinção clara entre este conceito e o conceito da “*lois d’ordre public*”. Alguns autores olham-nos como similares e usam ambos os termos sem distinção.¹¹³

Um aspecto positivo seria, portanto, a concretização do tema da exceção à aplicação do direito estrangeiro com a adição do conceito das normas imperativas.

SPERDUTI prefere chamar as normas imperativas de “leis de ordem pública” pois é nessa característica que está a razão de sua eficácia particular. Harmoniza-se e integra-se, assim, “modernismo e tradição”. Ao lado delas, o autor inclui os “princípios de ordem pública”, que limitam a aplicação das leis estrangeiras competentes, ao oporem-se à aplicação dessas leis sempre que estiverem em contraste com eles. Já as “leis de ordem pública” limitam a própria

¹¹² SAUVEPLANNE, J. G. New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. *RCADI*, 1982. II, tomo 175. p. 35.

¹¹³ SAUVEPLANNE, J. G. New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. *RCADI*, 1982. II, tomo 175. p. 35.

designação do direito estrangeiro pois elas mesmas é que serão aplicadas no lugar dele.¹¹⁴

Poderia se objetar que é uma complicação terminológica inútil chamar as leis de aplicação necessária também de leis de ordem pública. A resposta é, entretanto, bastante simples: é preciso respeitar a tradição melhorando sua ocorrência e é preciso guardar a uniformidade fundamental da concepção de ordem pública em direito internacional privado. Não é, portanto, uma questão de simples denominação. Trata-se, antes, de um problema de substância, que se atinge ao dizer que as leis de aplicação necessária são as leis de ordem pública.¹¹⁵

Tendo em vista que ambas levam aos mesmos resultados, no sentido de afastar a lei estrangeira contrária aos valores do foro, BUSCHER enquadra as normas imperativas, ao lado da ordem pública em sentido estrito, dentro de um grupo maior que denomina ordem pública em sentido amplo. “Sob o ângulo de seu resultado de aplicação, as regras de ordem pública, entendidas em um *sentido amplo (sens large)*, podem ser efetivadas seja pelo viés da cláusula tradicional da ordem pública, como o artigo 17 da LDIP, seja em virtude de uma cláusula derogatória mais direta, muitas vezes implícita, outras vezes expressa, como aquela do artigo 18 da LDIP.” A via da norma imperativa é preferível para regras com características específicas do foro, enquanto em relação às regras de ordem pública em sentido estrito, a cláusula de ordem pública é suficiente para filtrar a lei estrangeira designada, somente se necessário.¹¹⁶

Mas não só as conseqüências dos dois institutos são próximas. A procedência de ambos é comum pois possuem um tronco originário único, com a

¹¹⁴ SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, abr./jun.1977 p. 262.

¹¹⁵ SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, abr./jun.1977 p. 265.

¹¹⁶ BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, p. 43, 1992. O autor refere-se aos artigos da lei da Suíça sobre Direito Internacional Privado, que será estudada no capítulo III desta primeira parte. O artigo 17 trata da ordem pública enquanto o artigo 18 descreve as normas imperativas.

ordem pública precedendo a norma imperativa. “Finalmente, pode-se perguntar se a noção de *ordre public* em sua extensão positiva pode ser considerada suficiente para garantir a aplicação das regulações compulsórias do Estado do foro. A *ordre public* como um instrumento para salvaguardar valores substantivos e ainda interesses da *lex fori* está certamente na fonte da doutrina das “normas de aplicação imediata”.¹¹⁷

Em que pese tantas afinidades, norma imperativa e ordem pública não se confundem. A finalidade desta parte do trabalho é exatamente tentar fazer a diferenciação dos dois conceitos, delimitando suas características peculiares e específicas sem, contudo, perder de vista sua interação, seu tronco comum.

1.1.6.1.1 Conceito de Ordem Pública

Considerado um dos temas mais caros ao direito internacional privado, a Ordem Pública mantém-se como ponto central de debates doutrinários e jurisprudenciais, gerando muitos estudos, discussões e polêmicas.

EEK utiliza o termo “*mechanism of ordre public*”, relacionado ao ramo do conflito de leis e conhecido como “*public policy reservation*”, em distinção ao termo relacionado “*public policy*”, que entende estar vinculado à doutrina jurídica geral. Lembra o autor que o mecanismo da ordem pública tem suas origens nos “*statuta odiosa*” das escolas estatutárias, que determinavam a desobediência por parte dos tribunais à aplicação da lei considerada aplicável mas considerada odiosa, alcançando grande desenvolvimento na Europa Continental nos séculos XIX e XX.

¹¹⁷ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 164-165, 1992.

Diversas legislações incorporaram sua noção, tais como a italiana (artigo 12 das provisões introdutórias do Código Civil de 1942); a soviética (artigo 128 dos Fundamentos da Legislação Civil da URSS, de 1961, que continha um conceito gera); a sueca (Lei da Suécia sobre questões legais internacionais relativas a estado das pessoas incapazes, de 1937), dentre outras; os juízes anglo-saxões, por sua vez, sempre foram mais relutantes em relação ao tema. O mecanismo de ordem pública, completa EEK, tem uma função puramente negativa e mecânica, com o poder de excluir, quase mecanicamente, a aplicação da lei estrangeira.¹¹⁸

MANCINI construiu seu sistema de Direito Internacional Privado sobre o tripé principiológico: nacionalidade, liberdade e ordem pública. Sabendo que o terceiro princípio era extremamente amplo e capaz de reduzir a aplicação dos outros dois, criou uma fórmula limitadora, com a seguinte redação: “as leis e as decisões estrangeiras não podem derogar as leis italianas proibitivas que concernem a ordem pública e os bons costumes.” JAYME explica que a inclusão do termo “proibitivo” diminuiu a extensão da ordem pública, limitando-a a assuntos internos e afastando o campo do comércio jurídico internacional. E acrescenta: quando se tratar de reconhecimento de uma decisão estrangeira, tal princípio somente pode ser oponível em situações de violação flagrante da ordem pública, portanto, como um princípio e não uma exceção, como ocorre na tradição anglo-saxã ou alemã. É a ordem pública “atenuada” ou “delibatória”.¹¹⁹

¹¹⁸ O autor cita REESE para explicar que “*public policy in its restricted conflict sense can properly be used as a shield but not as a sword*”. REESE. De conflictu legum. *Mélanges Offerhaus*, 1962. p. 395, *apud* EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 20 -22, 1973.

¹¹⁹ « (...) *on parle de l'ordre public atténué ou, en Italie, délibatoire*. ». JAYME, Erik. *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit intenational privé*. *RCADI*, 1982. IV, tomo 177. p. 47-48

A distinção entre ordem pública interna e internacional, formulada por BROCHER¹²⁰, sempre dividiu a doutrina especializada. Ignorando aqueles que rejeitam tal diferenciação por entender que a ordem pública é uma só, sempre interna e sempre com o mesmo objetivo, que é a garantia da segurança da sociedade e conservação do Estado, apenas incidindo em campos diferentes, nacional e internacional, os adeptos da distinção entendem que a ordem pública interna tem a função de impor determinadas normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, enquanto a ordem pública internacional tem o escopo de afastar a aplicação da lei estrangeira indicada pelo elemento de conexão, quando com ela for incompatível. Jacob DOLINGER trata, ainda, de um “terceiro nível da intervenção da ordem pública [que] se situa no reconhecimento de direitos adquiridos no exterior.”¹²¹

SPERDUTI critica o conceito de “ordem pública internacional”, porque ele engloba unicamente princípios, aos quais se estende uma qualificação que está presente em apenas alguns deles. Além disso, não são necessariamente internacionais tendo em vista que “os mesmos princípios são suscetíveis de outro funcionamento e em particular podem servir para estabelecer se a causa de um contrato é lícita (v. art.1343 C. civ. italiano, art. 1133 C. civ. Francês)”.¹²²

MOSCONI encontra uma similitude das normas imperativas com a ordem pública interna em função da forma como aquelas operam. Entretanto, alerta que nem todas as regras mandatórias de “ordem pública interna” são também normas

¹²⁰ SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, abr./jun.1977, p. 269.

¹²¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 399.

¹²² SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, abr./jun.1977, p. 269.

peremptórias no sentido do Direito Internacional Privado. Ao lado destas estaria, por exemplo, a ordem pública. Para explicar seu raciocínio, MOSCONI utiliza o recurso dos conjuntos matemáticos, que permitem melhor visualização do assunto:

Conseqüentemente, para usar termos algébricos, pode-se dizer que, com respeito a determinado sistema legal, o conjunto de casos regulados pelas normas peremptórias no sentido do direito internacional privado pode ser visto como localizado ao lado do conjunto de casos nos quais a exceção de ordem pública, no sentido do direito internacional privado, exclui a aplicação de direito estrangeiro e ambos os conjuntos são incluídos naquele que é constituído pelos casos regulados pelas regras que são mandatárias no sentido da ordem pública interna.¹²³

Outra distinção recorrente na doutrina está relacionada à ordem pública positiva e negativa. Trata-se, na verdade, de distinguir os efeitos da ordem pública perante o caso de Direito Internacional Privado. “A intervenção da exceção de ordem pública internacional consiste no afastamento da lei designada, ocasionando um *efeito negativo*, pois sua utilização importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. (...) Ao efeito negativo, sucede, como conseqüência, um *efeito positivo*: a utilização da regra adequada à situação”. Na visão de SCHWIND, é neste último sentido que a ordem pública estaria mais próxima das normas imperativas.

1.1.6.1.2 Relações entre Ordem Pública e Norma Imperativa

Para justificar a proximidade da norma imperativa com a ordem pública positiva, SCHWIND explica que na França as “*lois de police et d’ordre public*”

¹²³ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 140, 1989.

compõem-se de um território intelectual inteiramente reservado à aplicação da lei francesa, cujo domínio é mais vasto que para a maioria dos outros países. Na Alemanha, por outro lado, “(...) a importância da ordem pública é bem menor. Faz-se a distinção entre a ordem pública positiva e negativa. A ordem pública positiva lembra as “*lois de police et d’ordre public*” no sentido francês.”

Numa evolução recente, formou-se na Alemanha, ainda conforme SCHWIND, “um quadro de regras concernentes a determinados problemas de carácter económico e social, que decorre exclusivamente da competência da lei nacional.” Mas isso não deixou de trazer consequências para a tradição jurídica daquele país. “Essa tendência está em plena contradição com as concepções fundamentais que regiram as codificações nos 1900. Elas são igualmente contrárias ao objetivo principal do Direito Internacional Privado; vale dizer, à ideia de que as leis de diferentes países são em princípio do mesmo valor.” Isso exige certamente uma mudança de mentalidade porque tais inclinações “são, no fundo, contrárias à ideia de uma sociedade internacional” ao mesmo tempo em que são, também, “um obstáculo considerável para a aplicação livre e incondicionada de uma lei estrangeira.”¹²⁴

A incorporação da ideia de ordem pública positiva rompeu com a antiga abordagem da matéria:

Nas antigas codificações, quer dizer, antes da segunda guerra mundial, as cláusulas de ordem pública eram concebidas como a expressão da ordem pública negativa. Para apreciá-la, levava-se em consideração o resultado que se teria obtido na aplicação da lei designada pela regra de conflito nacional. Se a aplicação da lei indicada produzisse um resultado insuportável do ponto de vista

¹²⁴ SCHWIND, Fritz. Aspect et sens du droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 187, n. 4, p. 92, 1984.

dos princípios fundamentais da lei nacional, a lei designada era excluída pela ordem pública.¹²⁵

Nesse caminho coloca-se o entendimento de BUCHER, para quem a ordem pública produz um efeito duplo: inicialmente, o efeito negativo, capaz de, diante de uma norma bilateral de conflito, afastar a *lex causae* e, num segundo momento, o efeito positivo, que nada mais é que a conseqüência desse afastamento. Haveria, então, uma graduação. Já com a norma de aplicação imediata, o efeito positivo é direto, aplicando-se peremptoriamente, sem dar lugar à norma de conflito, e o efeito negativo é a conseqüência disso, gerando a evicção da lei estrangeira.¹²⁶ É exatamente esse fator da utilização ou não do método conflitual que diferencia a ordem pública da norma imperativa, em nossa opinião.

Seguindo essa linha de pensamento, outros autores preferem diferenciar as duas situações, valorizando, por um lado, o efeito negativo da ordem pública:

Não há dúvidas que a exceção de ordem pública e as regras imperativas são intimamente relacionadas e contíguas, e ainda ao mesmo tempo um fenômeno diferente e separado, um estando dentro do sistema de conflito de leis e outro fora dele. Elas operam num nível diferente. A exceção de ordem pública de fato tem uma função negativa: ela limita a aplicação, em um determinado caso, de uma lei estrangeira particular e defende o requerimento de consistência interna do sistema legal de determinado Estado em um nível que deveria ser preferencialmente retroativo. Ela somente bloqueia a intrusão de valores jurídicos externos que aparecem alienados e intoleráveis ao foro, visto que eles são contrários a um dos princípios fundamentais conectados com os conceitos social e moral sobre os quais o sistema legal do foro é baseado.¹²⁷

¹²⁵ SCHWIND, Fritz. Aspect et sens du droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 187, n. 4, p. 92, 1984.

¹²⁶ BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, p. 38-39, 1992.

¹²⁷ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 143, 1989.

Por outro lado, exalta-se o efeito positivo da norma imperativa que, como a ordem pública, baseia-se nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico mas, ao contrário desta, atua antes do funcionamento regular do método conflitual.

As regras imperativas, que a seu turno são geralmente baseadas nesses princípios, são um conjunto analítico e fragmentado de normas positivas, objetivando o governo imediato de situações e relações reais. Ao contrário da exceção de ordem pública, elas intervêm de uma maneira positiva e adiantada, ou seja, elas são examinadas antes do funcionamento das regras de conflito. Elas impõem sua própria aplicação pela corte ainda antes desta determinar a qual direito estrangeiro as regras de conflito iriam se referir e, ainda, qual o conteúdo desse direito. Assim, sempre que as regras imperativas estiverem em pauta, elas colocam um limite apriorístico no funcionamento da regra de direito internacional privado enquanto ordem pública constitui um limite subsequente.¹²⁸

Assim, a aproximação com a ordem pública positiva segue recebendo críticas daqueles que distinguem de modo contundente as duas realidades. “Tem sido freqüentemente alegado que as assim chamadas “leis de aplicação imediata” são uma variação da função positiva da ordem pública. Eu tomo preferencialmente a atitude de que as duas noções são basicamente diferentes tendo em vista que elas expressam uma preocupação diferente do Estado do foro.” O entendimento de VISCHER justifica-se no fato de as normas imperativas terem uma “relação especial com o funcionamento e a operação do estado e seus agentes”¹²⁹, portanto, uma ligação forte em relação à instituição estatal e menos a considerações morais, de costumes.

SAUVEPLANNE reproduz a distinção quanto ao caráter das leis relevantes: “*Lois d'ordre public*” são de natureza geral e dão expressão a princípios

¹²⁸ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 143, 1989.

¹²⁹ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 102, 1992.

fundamentais da lei do foro, enquanto “*lois d’application immédiate*” têm um objetivo específico, notadamente, mas não exclusivamente, no campo do direito social e econômico.” Entretanto, o autor critica tal divisão, alegando a dificuldade de mantê-la quando uma lei servir a objetivos específicos que, por seu turno, dá efeito a um princípio geral. Também questiona se há algum efeito útil. “O conceito de ordem pública positiva foi criticado, *inter alia*, porque criava confusão com o uso da expressão em seu sentido normal, negativo. Agora que nós descobrimos um conceito que parece melhor para explicar o fenômeno do que o controverso usado anteriormente, não seria preferível retirar este último do nosso vocabulário ao invés de criar nova confusão tentando elaborar novas distinções?” Explica SAUVEPLANNE que o conceito de “*lois d’application immédiate*” é mais abrangente que o de “*lois de police*” porque compreende também as normas cogentes do direito estrangeiro enquanto estas se limitam a regras cogentes do direito do foro. E garante que, apesar de restar controverso em que extensão as leis de aplicação imediata estrangeiras podem influenciar o processo de determinação da lei aplicável, a possibilidade delas serem levadas em consideração tem sido encarada tanto pelas cortes quanto pelos legisladores.¹³⁰

Como a ordem pública às vezes exerce apenas seu caráter negativo, no sentido de afastar da lei aplicável mas sem impor a lei do foro, WENGLER deu

¹³⁰ SAUVEPLANNE, J. G. New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. RCADI, 1982. II, tomo 175. p. 35-36.

início à teoria da distinção entre ordem pública e normas imperativas em função de seus regimes especiais distintos.¹³¹

Tendo reconhecido os aspectos individuais de cada fenômeno, VISCHER aderiu à distinção entre ordem pública e normas imperativas. Enuncia o autor que estas últimas decorrem essencialmente de interesses sociais e econômicos do Estado.

(...) a cláusula da ordem pública passou por uma mudança significativa. Seu objetivo primário é a exclusão de normas estrangeiras cuja aplicação pode levar a resultado incompatível com a *public policy* do foro. Como tal, a *ordre public* tem um efeito primariamente negativo nos dias atuais, protegendo valores básicos do Estado do foro; a tendência caminha em direção ao uso restritivo da cláusula da *public policy*. As “lois d’application immédiate” não expressam necessariamente tais valores éticos fundamentais; elas também aparecem em campos em que o interesse dominante de aplicação do Estado que as expede baseia-se sobretudo em considerações políticas e até egoístas. Elas são muitas vezes, como dito, a conseqüência do moderno Estado de Bem Estar.¹³²

SPERDUTI prefere enfatizar os efeitos distintos dos dois institutos, por ele enquadrados na noção única de ordem pública, a fim de preservar a unidade conceitual desta em relação ao direito internacional privado. Faz-se, então, a distinção entre a exclusão da própria designação de leis estrangeiras e a exclusão da aplicação das leis estrangeiras. As normas de aplicação necessária podem ser consideradas, na opinião de SPERDUTI, como o “fenômeno mais importante da limitação, para exigências de ordem pública, do funcionamento das regras de direito internacional privado”. Entretanto, lembra o autor, a influência limitativa da

¹³¹ WENGLER, W. Die Sonderanknüpfung, positiver und negativer ordre public. JZ, 1979, p. 175ss apud JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 224-225.

¹³² VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 165, 1992.

noção geral da ordem pública significa “um fenômeno de um alcance mais amplo”.¹³³

É esse também o pensamento de DOLINGER, ao afirmar ser “verdade que as leis imperativas são inderrogáveis pela vontade das partes, e que para tanto não há necessidade de recorrer ao princípio da ordem pública, mas este cobre um setor mais amplo, não limitado às normas imperativas, e também não abrangendo necessariamente todas as leis imperativas”.¹³⁴

Outro fator digno de nota é o acolhimento mais significativo do conceito de ordem pública nos ordenamentos jurídicos, tendo em vista o número reduzido de referências expressas às normas imperativas, como se verá no terceiro capítulo.¹³⁵

¹³³ SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, abr./jun.1977, p. 270.

¹³⁴ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979. p. 10.

¹³⁵ “A manera de ejemplo, veamos como queda plasmada la excepcion de orden publico en diversos codigos: Espana (Codigo Civil, segun enmendado en 1974, Artículo 12 (3)): En ningun caso tendra aplicacion la ley extranjera cuando resulte contraria al orden publico. Quebec (Draft of 1977, Article 5): Foreign law does not apply when its provisions are manifestly incompatible with public order as understood in international relations. Suiza (Federal Statute on Private International Law, 1987, Article 17): Reservation of Swiss public policy. The application of provisions of foreign law is excluded if it [such application] leads to a result that is incompatible with the Swiss public policy (ordre public). Proyecto para la Codificacion del Derecho Internacional Privado de Puerto Rico (1991, Artículo 7): Cuando la ley de otro Estado es aplicable a un asunto previsto por este Codigo, la aplicacion de dicha ley podria rehusarse si condujera a un resultado manifiestamente incompatible con la política publica n15 de Puerto Rico, tal como este [sic] se entiende en las relaciones interestatales o internacionales. Peru (Civil Code as Amended in 1984, Article 2049): Las disposiciones de la ley extranjera pertinente segun las normas peruanas de Derecho internacional privado, seran excluidas solo cuando su aplicacion sea incompatible con el orden publico internacional o con las buenas costumbres. Portugal (Civil Code as Amended in 1966, Article 22 (1)): No son aplicables los preceptos de la ley extranjera indicados por la norma de conflicto cuando esa aplicacion suponga ofensa a los principios fundamentales del orden publico internacional del Estado portugues. Austria (Statute on Private International Law, 1978, Article 6): Una disposicion del derecho extranjero no debera ser aplicada, si su aplicacion llevase a un resultado incompatible con los valores fundamentales del ordenamiento juridico austriaco. Si fuere necesario, debera ser aplicado en su lugar la disposicion correspondiente del derecho austriaco. RIOS, Joel Colon. La Excepcion de Orden Publico en el Derecho Internacional Privado *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*. 71, 2002. 781. Disponível em: Lexis Nexis/USP. Acesso em 19 de novembro de 2004.

Independente 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 do fenômeno das normas imperativas, tendo em vista que essa discussão não tem mais espaço em relação à ordem pública. “Eu acredito que o fenômeno não retorna à exceção de ordem pública e que ele está adquirindo definitivamente dimensões cada vez maiores em vista da expansão progressiva da pressão social, também em respeito às relações interindividuais e em setores que eram então completamente (ou virtualmente) acreditados à autonomia de indivíduos privados.”¹³⁶

1.1.6.2 Normas Imperativas de Direito Internacional Público – *jus cogens*

A noção de *jus cogens* surgiu para determinar que certos postulados não podem sofrer derrogação por meio de acordos celebrados entre os Estados da comunidade internacional. Sua consagração recepciona a idéia, desde muito tempo perseguida no Direito Internacional Público, de previsão de limites materiais ao poder estatal de celebrar tratados.

A previsão em texto legislativo é recente, ocorrendo somente em 1969, com o advento da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados - CVDT, a qual entrou em vigor em 1980¹³⁷. Ali, *jus cogens* aparece como sinônimo de norma

¹³⁶ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 139, 1989.

¹³⁷ De forma similar o *jus cogens* foi previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados celebrados entre Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais e Estados, de

imperativa de direito internacional geral e está previsto como uma das causas de nulidade dos tratados, conforme reproduzido na seqüência:

a) artigo 53 - Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza.

b) artigo 64 – Superveniência de uma nova norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

c) artigo 66 – Procedimentos de solução judiciária de arbitragem e de conciliação. Alínea a: qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem.

A forma abstrata como foi previsto, sem esgotamento do assunto, ao mesmo tempo em que gera ambigüidades e contradições, desperta esperanças de reconhecimento de interesses cosmopolitas, numa sociedade internacional que tem se mostrado eminentemente voluntarista.

Em comparação com a norma imperativa de Direito Internacional Privado, o *jus cogens* apresenta a similitude de ser vago e amplo. Entretanto, eles apresentam mais diferenças que semelhanças: enquanto a *lois de police* é uma norma imperativa de origem eminentemente interna, o *jus cogens* é uma norma imperativa que representa os valores universais da comunidade internacional. A principal característica da primeira é sua capacidade de afastar a legislação

1986. A idéia foi sustentada pelo representante do Brasil na Conferência, Antonio Augusto Cançado Trindade. ONU. Official Records. United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. New York, 1995. A/CONF. 129/16 (vol. 1). p. 187-188.

estrangeira a casos privados e proceder à sua própria aplicação imediatamente. Já a segunda indica a propriedade de impedir sua regulamentação ou revogação através de tratados celebrados pelos sujeitos de Direito Internacional Público.

Mais de vinte anos depois da entrada em vigor da CVDT , constata-se que, embora tenha havido melhoria progressiva do conhecimento do conteúdo, ela não foi suficiente para estimular os Estados e Organizações Internacionais a procederem à determinação concreta dos princípios e normas que deveriam integrar a norma imperativa de Direito Internacional Público. No entanto, não se pode negar sua contribuição no sentido de incentivar o estudo do tema, não só associado ao direito dos tratados, mas estendendo sua abrangência a outros aspectos da disciplina, ocasionando o aprofundamento das pesquisas em área cuja abordagem até então era extremamente superficial.

A Doutrina é a maior responsável pela divulgação do instituto do *jus cogens*. Muitos debates, artigos e cursos na Academia da Haia dedicaram-se inteiramente ao assunto. É aceitável que, em virtude de tamanha produção intelectual e do ineditismo do instituto, tenha aparecido muita especulação sobre *jus cogens*. Depara-se ora com muitas linhas tratando do mesmo enfoque, em verdadeiros exercícios tautológicos, ora com diversas incoerências num único texto, em reais contradições. A verdade é que toda produção contribui para o desenvolvimento da disciplina e sua abundância é reflexo do fascínio que *jus cogens* causa em seus estudiosos.¹³⁸

¹³⁸ Vários artigos mencionam listas extensas contendo diferentes tipos de normas da categoria *jus cogens*. PARKER e NEYLON enumeram nove categorias: proibição do genocídio, direito à vida, direito humanitário, non-refoulement, proibição do uso da força, proibição da tortura, proibição de apartheid, autodeterminação e o conjunto dos direitos humanos. PARKER, Karen e NEYLON, Lyn

Os tribunais internos e internacionais são bastante relutantes em utilizar a expressão *jus cogens*. A regra é a atitude de precaução dos juízes, que não estão encarando o fato de que uma decisão invocando *jus cogens* é fundamental para a consolidação do termo.

A jurisprudência internacional tem evoluído bastante mas ainda não é suficiente para se estabelecer o conteúdo do *jus cogens*. A CIJ evitou o termo durante muito tempo, principalmente no período antes da entrada em vigor da CVDT . Após essa data, ela pronunciou sentenças importantes embora fique claro que *jus cogens* é mais utilizado como argumento de defesa das partes e nas opiniões individuais dos magistrados do que propriamente como embasamento da decisão.

Ainda não está definida a jurisdição universal em matéria de *jus cogens*. Por isso as cortes locais raramente se deparam com o assunto. Mesmo assim, em casos envolvendo direito internacional, elas já pronunciaram alguns tipos de normas com tal característica.

Beth. *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol 12, nº 2, 1989, p. 411-463. Por sua vez, WHITEMAN, no documento que denominou "A Projected List of Peremptory Norms of International Law", propõe uma relação de vinte atos cuja proibição enquadra-se na noção de *jus cogens*, a seguir transcritos: "Genocídio; escravidão ou tráfico de escravos; pirataria; terrorismo político no exterior, incluindo atividades terroristas; seqüestro de aeronaves; ameaça ou uso da força contra integridade territorial ou independência política de outro Estado (intervenção); agressão armada; reconhecimento de situações criadas pela força, incluindo as originadas de agressão; provisões de tratados impostos pela força; crimes de guerra; crimes contra a paz e humanidade; ofensas contra a paz e/ou segurança da humanidade, dispersão de germes com vistas a causar danos ou extinguir a vida humana; todos os métodos de destruição em massa (incluindo armas nucleares) usados com propósitos não-pacíficos; contaminação do ar, mar ou terra com vistas a torná-los danosos ou inúteis para a humanidade; modificação hostil do clima; apropriação do espaço e/ou de corpos celestiais; rompimento das comunicações internacionais com vistas a causar distúrbios à paz; guerra econômica com o objetivo de perturbar: (a) os sistemas bancários do mundo, (b) as moedas do mundo, (c) o fornecimento de energia do mundo, ou (d) o suprimento de comida do mundo." WHITEMAN, Marjorie M. *Jus cogens in International Law, with a Projected List*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1977, p. 609-626.

Os Estados têm papel preponderante na definição de *jus cogens*. A reunião da grande maioria deles, formando a “comunidade internacional dos Estados no seu conjunto”, conforme a expressão da CVDT, é a responsável pela aceitação e reconhecimento de uma norma imperativa de direito internacional, condição essencial para que ela seja admitida como tal. Na realidade, duas constatações podem ser feitas em relação à atitude dos Estados voltadas para o assunto de *jus cogens*.

Em primeiro lugar, percebe-se que eles não estão dando prioridade ao assunto. Importantes Estados ainda se opõem e muitos deles não ratificaram a CVDT em virtude das disposições sobre *jus cogens*. Tal resistência é compreensível, se analisada dentro das características próprias da sociedade internacional, que é uma sociedade preponderantemente de Estados. Estes são seus principais atores e o sistema por eles estabelecido visa nada mais que a sua própria preservação, a partir de normas garantidoras da sua supremacia interna e independência externa.

O ceticismo dos Estados, então, é inevitável quando se depara com a adoção de um novo tipo de regra, cujo conteúdo é indispensável não mais para si próprios mas para a comunidade internacional, e à qual todos devem se submeter com a mais absoluta convicção.

Em segundo lugar, verifica-se que, por ser uma norma superior, da qual nenhuma derrogação é permitida e que se aplica a todos os Estados, *jus cogens* corre o risco de ter seu uso manipulado. Um Estado pode tentar utilizá-lo para fazer preponderar seu próprio ponto de vista sobre todos os demais, invocá-lo para justificar a violação de uma regra fundamental à comunidade internacional,

ou recorrer-lhe para embasar o descumprimento de todo um tratado, sob a alegação de que ele é nulo porque conflita com uma norma que esse mesmo Estado, para sua própria conveniência, julga como norma imperativa de direito internacional geral. Para evitar que esse desvio aconteça é necessária a tomada de consciência da importância do *jus cogens* para todos os membros da comunidade internacional e a busca da cooperação entre eles.

As Organizações Internacionais podem facilitar o desenvolvimento das normas imperativas públicas. A diplomacia parlamentar vem adquirindo a cada dia mais força e pode impulsionar a retomada de discussões sobre o assunto, estimulando o debate objetivo sobre o seu conteúdo e a sua futura normatização.

De fato, *jus cogens* causa algumas modificações na estrutura do Direito internacional. Ele resgata elementos do antigo Direito Natural e transfere o foco das decisões do consentimento individual do Estado para a vontade coletiva da comunidade internacional. Além disso, insere no sistema a idéia de proteção de direitos superiores.

Tais mudanças devem ser consideradas porque revisam os fundamentos do direito internacional. Podem permitir que *jus cogens* atue como um grande aglutinador da comunidade internacional, com a capacidade de unir todos os sujeitos em torno dos valores essenciais que ele contém e, assim, preservar a continuidade da ordem. Ou o contrário, pelas desconfianças naturais que as transformações geram, *jus cogens* será o responsável pela fragmentação do sistema, dividindo-o em diversos grupos em função das opiniões sobre suas normas. Mas somente a prática dos Estados e as regulamentações futuras sobre *jus cogens* é que determinarão o rumo que ele dará ao Direito Internacional.

A conclusão a que se pode chegar, no momento, a partir do estudo das diferentes particularidades do *jus cogens*, é que ele tem encontrado cada vez menos oposição por parte dos doutrinadores e contestação por parte dos Estados. Enquanto sua aceitação aumenta a cada dia e passa a fazer parte da consciência e do discurso internacional, seu conteúdo vai sendo estabelecido paulatinamente, conforme os valores da comunidade internacional vão se consolidando e sendo reconhecidos como superiores.

O caráter imperativo da proibição da escravidão e *apartheid* parece estar consolidado, embora isso já não traga mais efeitos práticos. Em nossa opinião, a caracterização como *jus cogens* das normas de proibição da tortura, de proibição do genocídio e o princípio da autodeterminação dos povos, já pode ser afirmada e pode ter muita utilidade nas relações internacionais.

As normas condenando a prática de tortura e o genocídio se concretizaram através de casos polêmicos em tribunais internacionais e nacionais, que as vincularam à noção de *jus cogens* e promoveram uma ampla divulgação de assunto tão importante como a responsabilidade penal internacional de indivíduos.

A autodeterminação é uma das expressões do reconhecimento pelo Direito Internacional de vários direitos e obrigações destinados aos povos, representando os direitos de emancipação, de cidadania e das minorias. Consagrou-se como *jus cogens* após ter sido mencionada nos trabalhos legislativos da ONU, nas arbitragens e nas decisões internacionais e depois ter sido considerada como um dos princípios essenciais do Direito Internacional contemporâneo, com caráter *erga omnes*.

O grande mérito do *jus cogens* é o fato de constituir-se numa expressão jurídica moderna da comunidade internacional. Esta parece ter finalmente percebido que um mínimo axiológico, presente em regras e políticas conjugadas, é elemento vital para sua própria sobrevivência. O mesmo pode-se dizer das *lois de police*, ressalvada a necessária transposição do tema para a comunidade interna.

Por fim, resta ter presente os riscos e perigos do desconhecido. A História tem demonstrado que institutos jurídicos concebidos com muita abstração tornaram-se, com mais facilidade, objeto de apropriação indevida e utilização voltada à negação do Direito, em favor da barbárie. A cautela deve ser tomada tanto em relação ao *jus cogens* quanto em relação à *lois de police*, ambos conceitos abstratos mas que, definitivamente, não foram idealizados para essa finalidade.

1.1.6.3 Teoria dos Interesses Governamentais

Brainerd CURRIE desenvolveu suas idéias a partir da segunda metade do século XX, dando início à chamada Revolução Americana em matéria de conflito de leis. Segundo a teoria do "*governmental interest analysis*", o juiz deve determinar que tipo de conflito está julgando, caso a caso, para então definir a lei de qual Estado será aplicada. O julgador deve escolher a lei que esteja de acordo com os interesses governamentais traduzidos nas políticas do Estado que a promulgou, abandonando a elaboração de regras de conflitos abstratas. Na hipótese de vários Estados considerarem sua própria lei como aplicável e garantidora de seu interesse, sendo elas conflitantes entre si, o juiz deve aplicar a

lei do foro sempre que este esteja interessado ou que sua lei corresponda à lei de um Estado interessado.

NYGH identifica a aproximação da teoria com as normas imperativas no fato de ser deixado às cortes a definição do seu próprio âmbito, sendo os juízes quem devem “definir o interesse que o Governo está buscando proteger e então proceder à definição do âmbito da lei de forma que proteja mais efetivamente aquele interesse”¹³⁹

De fato, há semelhanças entre a norma imperativa e a teoria dos interesses governamentais porque ambos valorizam o papel da política estatal e ressaltam os valores nesta definidos. Além disso, nos dois casos há a aplicação de determinada lei em detrimento de outra que seria aparentemente aplicável.

Até agora, argumentos de “*public policy*” não foram capazes de restringir de maneira realmente nociva o campo de aplicação do direito estrangeiro. Mas “*the interest approach*” pode tornar-se um *vade-mecum* para novas normas imperativas e limitar a utilização do direito internacional privado para cooperação e relações internacionais, tanto comercial quanto pessoal.¹⁴⁰

MORRIS faz muitas objeções, dizendo que a teoria de Currie não se sustenta em outro local em que não há o sistema constitucional norte-americano de “*checks and balances*”, tendo em vista que, pela teoria, o “interesse” do foro e do Estado estrangeiro deve ser facilmente identificado pelo advogado e juiz. Lembra o autor que o conflito de leis trata principalmente de direito privado e dos interesses privados das pessoas, não com os interesses governamentais.¹⁴¹

¹³⁹ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 385, 1995.

¹⁴⁰ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 67, 1973.

¹⁴¹ MORRIS, The Conflict of Laws, 1971. p. 533 *apud* EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 34, p. 67, 1973.

Mesmo reconhecendo as convergências, entendemos que a teoria das normas imperativas diferencia-se da dos interesses governamentais porque vai além, incorporando interesses voltados muito mais para a realização do bem comum do que para a auto-regulação ou sobrevivência estatal.

1.1.6.4 “*Supreme Law*”

Outro fenômeno que possui acentuada relação com as normas imperativas é o “*supreme law*”. EEK utiliza esse termo para designar o conjunto de normas que possuem um *status* superior em relação às demais, identificando-as, sobretudo, com as normas constitucionais e as decorrentes de tratados internacionais.

A escolha da lei e regras adicionais de direito internacional privado podem ser governadas ou, no mínimo, influenciadas por regras que podemos chamar de “*supreme law*”. Em relação a estas, deve ser mencionado em primeiro lugar o direito das nações – direito internacional público – e também o direito constitucional de Estados federativos. Direito internacional público é em parte direito costumeiro e em parte tratados e convenções, os quais vinculam partes através do direito costumeiro: *pacta sunt servanda*. A consideração de regras relevantes da “*supreme law*” na elaboração e aplicação do direito internacional privado em alguns países pode-se dizer que é motivada pela “*public policy*”, apesar de opiniões doutrinárias diferentes existirem em respeito ao que realmente é demandado pelo direito internacional público em respeito ao conflito de leis.¹⁴²

Em relação ao direito costumeiro, para EEK, há que se admitir que algumas regras de direito internacional público, como as que tratam de imunidades, tratamento do estrangeiro e proteção de propriedade vinculam os legisladores nacionais e os juízes quando elaborando ou aplicando direito internacional privado. Cortes internacionais também têm tratado de problemas de direito

¹⁴² EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 38, 1973.

internacional privado, embora ações de um Estado contra outro raramente apareçam em função do caráter das regras de direito internacional privado da outra parte. Também não se pode imaginar que o direito internacional costumeiro possa estabelecer regras de conflito de leis, como “*locus regit actum*”, “*lex rei sitae*”, etc.

No que tange às Convenções Internacionais, quando tratam de temas de direito internacional privado elas vinculam as partes pelo princípio clássico do *pacta sunt servanda*. Então o autor se questiona se o mecanismo da ordem pública é uma justificativa para a evasão do mecanismo de definição da lei aplicável acordado na Convenção:

Em outras palavras, Estados tornam-se obrigados a aplicar convenções no campo do conflito de leis pela regra básica do direito internacional público: *pacta sunt servanda*. Mas questões de construção acontecem. Por exemplo: é sempre o mecanismo de ordem pública uma desculpa permissível para a evasão da regra conflitual acordada através da Convenção? Estão as cortes de um Estado, que é obrigado por uma convenção, permitidas a modificar a aplicação da convenção ou da *lex causae* acordada nesta última, colocando em ação também normas que no país do foro são vistas como “*peremptory*”? Essas questões são particularmente importantes nos nossos dias, quando Estados procuram, nos dois níveis, universal e regional ou bilateral, evitar os perigos causados pelo co-existência de muitos sistemas legais de unificação – através de convenções – de regras de direito internacional privado e, desse modo, pretendem conseguir que um caso, contendo elementos que o conectem a mais de um país, seja decidido do mesmo modo independente do país de seu julgamento.¹⁴³

Em relação à Constituição, afirma EEK que “não somente a de um Estado federal mas também a de qualquer outro país pode, é óbvio, por exemplo em artigos relativos aos direitos dos cidadãos ou das pessoas em geral, incluir regras que funcionem como uma “*superlaw*” no campo de conflitos de leis, através da

¹⁴³ EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 41, 1973.

limitação dos poderes da legislatura”¹⁴⁴. Aqui estaria a proximidade com as normas imperativas ou com a ordem pública.

Mas é claro que há um interesse especial quando se trata de Estados federais como os EUA em que a legislação sobre conflito de leis é prerrogativa dos Estados-membros mas ao mesmo tempo há princípios da matéria no direito constitucional federal, funcionando como “*superlaw*” e que, por isso, incluem “*peremptory norms*” que devem ser observadas, conforme estatui o *Restatement Second*¹⁴⁵. E o autor se pergunta:

(...) seria possível uma corte num estado Americano afastar essa provisão constitucional invocando sua própria “*public policy*”? Se a resposta é não, outra questão pode surgir relacionada à discussão do caso Boll, sobre o direito de uma corte nacional afastar por razões de “*public policy*” regras de conflitos corporificadas em uma convenção internacional obrigatória. Nós queremos nos referir aos esforços para criar um corpo de princípios legais e universais no campo dos direitos humanos. Se um Estado aceitou a obrigação de incluir em seu sistema legal algumas regras enunciadas em convenções de direitos humanos, seria defensável em direito internacional público fazer exceções *in casu* invocando a doutrina estatal da “*public policy*”? Essa é uma questão que pode ser de grande importância para o futuro, levando em consideração também a cooperação regional organizada para a salvaguarda de direitos humanos e os mecanismos nesse campo, tais como a Comissão e a Corte do Conselho da Europa.¹⁴⁶

EEK enuncia que, em relação ao Direito Uniforme, este pode tornar-se uma “*superlaw*” quando a uniformização do direito material ocorre através de convenções entre os Estados mas esse entendimento não fica livre dos questionamentos, principalmente quanto à extensão e ao grau da natureza mandatória dessas regras uniformes. “Podem as regras uniformes ser afastadas

¹⁴⁴ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 47, 1973.

¹⁴⁵ *Restatement of the Law Second: Conflict of Laws 2d of 1969*. St Paul, Minn, American Law Institut, 1971. par 6 (1) e comment to par.2. *apud* EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 47, 1973.

¹⁴⁶ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 47-48, 1973.

por acordo entre partes privadas, pela aplicação das regras de conflito nacionais, ou por qualquer outra norma imperativa doméstica para a validade das quais o foro invoca sua *public policy*?” O autor dá como exemplo de normas superiores as regras uniformes sobre transportes internacionais, como a Convenção de Varsóvia, de 1929, dentre outras. Explica que fora desse campo do transporte, a criação de normas substanciais peremptórias na área do comércio não deve ser encorajada. Mais ainda, em assuntos como direito de herança, casamento e família em geral.¹⁴⁷

É importante para EEK diferenciar, no âmbito do direito privado doméstico, as normas imperativas do *jus cogens* – entendidos este como o conjunto de regras que se contrapõem ao *jus dispositivum*. Só as primeiras teriam força suficiente para afastar a aplicação do direito indicado pelas regras de conexão, conforme exemplifica:

(...) De acordo com as regras de conflito do país A questões relacionadas a contrato entre partes privadas em determinado campo jurídico deve ser decidido no país A pela lei do lugar onde o contrato foi realizado. O contrato foi feito no país B. O juiz em A, portanto, aplica a lei do B e exclui da aplicação as duas regras de direito de A, que em sua sistemática são *jus dispositivum* e aquelas que são *jus cogens*, mas aplica todas as regras relevantes do país B, incluindo as regras que, de acordo com a sistemática em B, são consideradas *jus cogens*. Esse é o procedimento normal; todas as regras do país A – inclusive aquelas de *jus cogens* – são em princípio reservadas de lado, *mas* deve haver algumas regras que são vistas como *mais* importante que o direito privado ordinário *jus cogens*, que devem ser aplicadas: elas são normas imperativas de A. Na minha experiência, essa diferença é às vezes negligenciada no ensino do direito privado (ou civil).¹⁴⁸

Por fim, cabe reafirmar a semelhança entre o conceito de *supreme law* e de norma imperativa, ressaltando-se, porém, que o primeiro versa sobre o Direito

¹⁴⁷ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 48-51, 1973.

¹⁴⁸ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 52-53, 1973.

Internacional em geral, sem distinção dos ramos público e privado, enquanto o segundo, objeto deste estudo, refere-se ao Direito Internacional Privado, essencialmente.

Os três últimos itens desse capítulo trataram do tema da identificação, conteúdo e especificidade das normas imperativas de Direito Internacional Privado. Tal abordagem justifica-se em função da necessidade de se definir as características básicas desse instituto tão complexo, a partir de uma abordagem metodológica que se preocupa com a didática. Não se pretende desvirtuar o conceito em função de enumerações e exemplificações, como ocorreu com o tema da ordem pública¹⁴⁹, apenas se quer mostrar seu caráter prático.

1.1.7 Crítica

Em que pese a consolidação das normas imperativas na matéria de Direito Internacional Privado, elas são objeto de críticas realizadas pelos mais variados autores. Em geral, há alguma censura em relação à própria existência do instituto ou a análise minuciosa quanto aos perigos de seu uso excessivo, sendo que neste último caso o tom é mais de alerta do que condenação.

DEBY-GÉRARD propõe em sua obra uma reação contra as “místicas do direito substancial internacional”, além das “renascenças ferventes do unilateralismo”, e propõe uma militância em favor de um “neoconflitualismo”.

¹⁴⁹ “A dificuldade de definir o que seja ordem pública, que muitos reconheceram ser impossível, levou os autores a transpor a sua mera conceituação, para exemplificar seu campo de atuação, seus efeitos e suas conseqüências prática. Da exemplificação passaram para a enumeração, no que desvirtuaram o princípio.” DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979, p. 3.

Nessa linha de pensamento, denuncia o caráter mítico do conflito de métodos entre a regra de conflito e as leis de política tendo em vista que a aplicação desta necessita do apelo a uma regra de conflito. Quando se fala em lei de polícia, na opinião da autora, na verdade se trata de uma regra de conflito que se prepara para intervir. Admite, entretanto, que essa regra de conflito tem um particularismo, recebendo a denominação de *regra de conflito especial*, e é suscetível de ser bilateralizada pela aplicação das leis de polícia estrangeira, com exceção das normas de aplicação unilateral (como os privilégios da nacionalidade).¹⁵⁰

Diante de todo o exposto neste trabalho, fica visível que as normas imperativas conquistaram seu espaço não somente dentro da teoria mas também da prática do Direito Internacional Privado. Deve ficar claro, no entanto, que seu papel é excepcional pois, do contrário, o abuso em se classificar as normas como imperativas e, conseqüentemente, o afastamento constante da norma indicada pela regra de conflito, certamente levariam à extinção da própria disciplina e à desconstrução de um *corpus juris* que levou séculos para ser erigido em função do esforço dos doutrinadores, dos juízes diante dos casos concretos e dos legisladores do Direito dos conflitos de leis.

Para HECKE, o objetivo final do Direito Internacional Privado é a justiça, a qual não é a mesma do direito interno porque os interesses presentes em uma relação jurídica internacional são mais complexos que aqueles presentes em uma puramente interna. Sopesando tais interesses, no plano do Direito Internacional

¹⁵⁰ DEBY-GÉRARD. Le rôle du conflit dans le règlement des rapports internationaux. Bibliothèque de droit international privé, vol. XVI, Paris : Dalloz, 1973, 457 p. apud FOYER, Jacques. Compte rendu. Bibliographie. Livres. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, 1974. p. 214.

Privado, deve-se chegar à designação da ordem jurídica com a qual a relação jurídica litigiosa apresenta o vínculo mais estreito. Já a “pesagem “material” dos interesses, que intervém para a apreciação das relações jurídicas puramente internas”, normalmente não tem papel na disciplina. Entretanto, ela pode intervir

(...) em casos excepcionais, quando a exigência da pesagem “material” dos interesses é tão imperiosa que ela exclui a tomada em consideração dos interesses específicos ao comércio jurídico internacional. É a exceção da ordem pública que, em casos excepcionais, faz prevalecer o ideal da solução materialmente justa do caso concreto em detrimento da regra de localização internacionalmente justificada. Feita a abstração dessa exceção, que joga em favor das concepções nacionais, o princípio diretor do direito internacional privado é aquele da localização baseada no vínculo mais estreito, o que deveria conduzir, uma vez que este princípio terá sido reconhecido em toda parte, a uma aproximação das regras de conexão existentes e, por consequência, à harmonia internacional das soluções.¹⁵¹

O mesmo poderia se dizer para as normas imperativas que, mais até que a ordem pública citada textualmente por HECKE, busca a solução materialmente justa colocando em segundo plano o método conflitual.

VISCHER lembra da sentença da Suprema Corte dos EUA em relação ao pedido de exclusão de uma cláusula arbitral em virtude em uma lei local, A *Security of Exchange Act*, de 1934. A Corte ressaltou o perigo do uso excessivo da lei local em detrimento da lei aplicável, concepção que agora se denomina norma imperativa: “A invalidação desse acordo no caso ora julgado não somente permitiria ao réu repudiar sua promessa solene como também refletiria um conceito paroquial de que todas as disputas devem ser resolvidas sob nossas leis e em nossas cortes (...) Nós não podemos ter negócio e comércio no mercado mundial exclusivamente em nossos termos, governados por nossas leis e

¹⁵¹ HECKE, Georges van. *Principes et méthodes en droit international privé*. RCADI, 1969. I, tomo 126. p. 445.

resolvido em nossas cortes. ¹⁵² Esse é o espírito de cautela que se espera em relação ao tema do presente trabalho.

CASTRO registra que a falta de determinação concreta gera “o risco de sua aplicação indiscriminada” tendo em vista que se pode “assimilar à categoria de normas de aplicação imediata a quase totalidade de normas do sistema”, negando-se a necessária “especificidade das relações jurídicas internacionais”. ¹⁵³

Em nossa opinião, as palavras de DOLINGER sobre a noção de ordem pública podem ser estendidas para a das normas imperativas, tendo em vista que, apesar de ter sido vista durante muito tempo “como manifestação da reserva dos povos, dos legisladores e dos tribunais em praticar o direito internacional privado, acaba convertendo-se na mais genuína comprovação do contrário”. O que a ordem pública busca é o “equilíbrio e a segurança da sociedade” por ser um princípio “que funciona como proeminente e decisivo colaborador do progresso e da ampliação da ciência do conflito de leis”. Trata-se, finalmente, de um “fator conciliador” ¹⁵⁴, tal como o papel das normas imperativas.

¹⁵² Scherk v. Alberto Culver Co., 417 US 506 (1974) apud VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 159, 1992.

¹⁵³ CASTRO, Leonel Pereznieta. *Derecho Internacional Privado*. 5 ed. México DF: Harla, 1991. p. 287.

¹⁵⁴ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979, p. xiv.

1.2. Capítulo II – Fundamento: Comunitarismo

As normas imperativas de Direito Internacional Privado representam a exaltação dos aspectos locais e, em relação às normas imperativas estrangeiras, o respeito aos valores de outros lugares. Isso se dá através da sobrevalorização de determinadas leis, não em função do ato normativo em si mas porque ele representa os valores da sociedade em que está inserido, consubstanciando a cultura e a tradição locais.

Tal fator nos fez perceber a estreita relação entre a teoria das normas imperativas e a filosofia do comunitarismo, aquela encontrando nesta o seu fundamento, em função de atributos particulares do pensamento comunitarista, expostos a seguir.

O comunitarismo surgiu no contexto da dominação hegemônica norte-americana no século XX, com o objetivo de proceder, a partir da idéia de eticidade concreta, à reconstrução histórica da noção de “tradição cultural”. Apareceu em contraposição ao liberalismo da filosofia política, do racionalismo universalista, da filosofia analítica, do emotivismo ético e, por fim, como crítica da modernidade. Diversas características desse pensamento filosófico aproximam-se das razões ou argumentos em que se funda a noção das normas imperativas.

Levando em consideração diversos “momentos materiais ou de conteúdo”, as diferentes linhas do comunitarismo concentram-se na idéia de tradições autônomas, com pressupostos próprios, não admitindo debates entre si.

Enrique DUSSEL apresenta os três principais autores dessa corrente filosófica: Alasdair MacIntyre, com análise a partir da reinterpretação do *ethos*

histórico-cultural de Aristóteles e considerando o momento material das “virtudes”; Charles Taylor, a partir da localização da eticidade de Hegel e focando nos momentos “valores e autenticidade de cada identidade”; e Michael Walzer, a partir dos princípios materiais inerentes às diferentes esferas institucionais para tratar da questão da justiça, e da tolerância.

José Eduardo FARIA, ao prefaciar a obra de Gisele CITTADINO, inclui ainda o autor Michael Sandel e separa os comunitaristas dos libertários, como Robert Nozick e Friedrich Hayek; dos liberais contratualistas, como John Rawls e Ronald Dworkin e dos críticos-deliberativos, como Jürgen Habermas. E sobre os comunitaristas, resume a posição da autora ao afirmar que eles recuperaram a tradição aristotélica ao:

- (a) por em xeque a pressuposição de um sujeito universal e não situado historicamente,
- (b) enfatizar a multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea e
- (c) conceber a justiça como a virtude na aplicação de regras conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social, criticando os liberais por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e de ver os diálogos apenas como uma ‘sucessão alternada de monólogos’.¹⁵⁵

Elementos como identidade, cultura, valores morais e justiça, sempre vinculados ao meio social, estão - do mesmo modo como acontece com o pensamento comunitarista, na citação precedente - presentes também no Direito, que os protege de modo especial.

(...) O abuso do poder, o desrespeito aos direitos individuais, a proteção que o Estado estende à sociedade e aos necessitados de apoio, proteção e de tutela, os princípios morais que norteiam uma determinada sociedade, as necessidades econômicas do Estado, em todos estes e em outros aspectos e manifestações da vida sócio-jurídico-econômica corre uma veia sensível que não pode ser tocada,

¹⁵⁵ FARIA. José Eduardo in Prefácio à obra *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. xviii e xix.

sob pena de criar um estremeamento nas bases da sociedade como ela se estrutura, fundada no Direito, na Justiça e na Moral.¹⁵⁶

Parece-nos que tal forma intocada de preservar os valores individuais, coletivos e do Estado acontece através das normas imperativas, quando a questão se refere ao Direito Internacional Privado.

A noção de pluralismo é essencial para a compreensão do que seja o comunitarismo. CITTADINO explica que o pluralismo tem dois significados diferentes e apenas um deles é usado pelos comunitaristas:

(...) o Pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.

No âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal – John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, dentre outros – adotam o primeiro significado do pluralismo e descrevem as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem. Quanto à segunda significação do pluralismo, são os representantes do pensamento comunitário, Charles Taylor e Michael Walzer, dentre outros, que a utilizam para salientar a multiplicidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que estão presentes nas sociedades contemporâneas.¹⁵⁷

O pluralismo corresponde a um dos quatro fenômenos da cultura pós-moderna, ao lado da comunicação, da narração e do retorno aos sentimentos, na opinião de JAYME. O Direito é “parte integrante da cultura” então esses “traços típicos pós-modernos estão influenciando o desenvolvimento do direito, incluindo aí as soluções de conflitos de leis e de jurisdições”.¹⁵⁸

Ora, se o pluralismo resume a diversidade de identidades sociais específicas e se tem poder de ação sobre todos os ramos do Direito, quando se

¹⁵⁶ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979, p. 11.

¹⁵⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 1 e 2.

¹⁵⁸ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 35-36.

trata de Direito Internacional Privado ele se apresenta não só pela forma tradicional do método do conflito de leis, ao preservar a aplicação da lei e valores estrangeiros mais vinculados com o caso concreto, mas também através das normas imperativas que, por representarem os valores mais caros da sociedade local, impedem excepcionalmente a aplicação do Direito estrangeiro e valorizam o nacional ou regional.

O comunitarismo está contextualizado no momento material da ética, que se dedica à verdade prática. No entanto, suas premissas têm alcance no quinto momento, o da validade anti-hegemônica da comunidade das vítimas. A discussão sobre a generalidade dos valores, a valorização das tradições e particularidades, a limitação das coisas a cada cultura está presente na crítica ao consenso exacerbado, na percepção da negação existente e nas iniciativas de novas frentes de libertação do sujeito. Os novos sujeitos de Direito que surgem, diante da existência da negatividade e da necessidade de afirmação, trazem consigo suas tradições. Os seres são comunitários e seus momentos de reação refletem isso.

A construção da identidade moderna, da noção de si mesmo, como se verificará, decorre da tradição. A modernidade não começa somente no período moderno, muito antes dessa fase já havia tradições. As fontes do eu (*self*), ou a identidade, estão nas tradições. Os conceitos universais, na verdade, não têm tal amplitude universalista porque partem sempre de uma tradição.

A pós-modernidade vai resgatar esse pensamento pois “é caracterizada pelo papel primordial que os indivíduos dão a sua identidade cultural, cujas expressões exteriores são a língua, a religião, os costumes e as outras tradições da comunidade com a qual um forte sentimento de lealdade os liga”.

O Direito está estreitamente vinculado a essa temática porque é também uma forma de exteriorização da tradição.

Entre as tradições que caracterizam essa identidade figuram igualmente certas regras de direito, sobretudo em matéria de direito das pessoas e da família, inspirados freqüentemente pelas convicções religiosas. Quer dizer, a proteção dos símbolos desse pertencimento, dos nomes característicos, da língua ou dos tesouros de arte nacionais, faz parte dos direitos reconhecidos pelas declarações relativas aos direitos do homem e por outros atos legislativos.¹⁵⁹

O Direito Internacional Privado admite a nacionalidade como um dos elementos de conexão; respeita vínculos étnicos, religiosos e culturais; busca a solução para conflitos de leis interestaduais internas, sejam interestaduais, interprovinciais, inter-regionais, intercantonais ou interzonais, além de interpessoais, envolvendo religiões, tribos, etnias, castas. São algumas demonstrações de que o conceito de identidade cultural tem importantes repercussões na disciplina.

JAYME identifica três características básicas que demonstram a influência da identidade cultural sobre o direito internacional privado atual:

- a) a renovação dos conceitos tradicionais como a nacionalidade ou o pertencer a uma comunidade local ou de pessoas;
- b) o aparecimento de conflitos de leis concernentes, por exemplo, às questões lingüísticas ou à transferência de obras de arte; e, finalmente,
- c) a influência direta dos direitos humanos a respeito de sua identidade cultural sobre o direito internacional privado.¹⁶⁰

¹⁵⁹ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI*, 1995. tomo 251. p. 167. O autor enfatiza a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, de 20 de novembro de 1989, cujo artigo 30 estabelece: "Nos Estados onde existem minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas ou pessoas de origem autóctone, uma criança autóctona ou que pertence a uma das minorias não pode ser privada do direito de ter sua própria vida cultural, de professar ou de praticar sua própria religião ou de empregar sua própria língua em comum com os outros membros de seu grupo."

¹⁶⁰ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI*, 1995. tomo 251. p. 173.

Outro fator digno de nota é que a relação interno-externo é levada em consideração pelo comunitarismo. As noções fundamentais do pensamento dos seus principais expoentes estão relatadas na seqüência.

1.2.1 Alasdair MacIntyre

MACINTYRE propõe-se a definir a racionalidade tendo em vista que ela pode retornar às ações morais e sociais a partir da revisão da tradição aristotélica, bem como explicitar as crenças sobre a racionalidade prática presentes nas visões da justiça, estabelecendo uma conexão entre justiça e lei. “Prometi um livro no qual tentaria dizer o que faz com que seja racional agir de um modo e não de outro, e o que faz com que seja racional propor e defender uma concepção da racionalidade prática e não outra. Eis aqui o livro.”¹⁶¹

Atualmente, o mundo está inserido numa cultura em que não se chega, quanto ao tema da natureza da justiça e da racionalidade prática, a conclusões comuns e racionalmente justificáveis, além de existirem grupos sociais em oposição que se utilizam de conjuntos de convicções rivais e conflitantes não-baseadas na justificação racional. As questões relativas à justiça e racionalidade prática não são abordadas como tema de pesquisa racional mas no domínio público a partir de afirmações e contra-afirmações de conjuntos de premissas alternativas e incompatíveis. Isso se deu em virtude do Iluminismo que propugnou pela razão tomando o lugar da autoridade e da tradição e estabeleceu que a

¹⁶¹ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 7 prefácio.

justificação racional deveria partir de “princípios inegáveis a qualquer pessoa racional e, portanto, independentes de todas as particularidades sociais e culturais que os pensadores do Iluminismo consideravam mera roupagem accidental da razão em lugares e épocas particulares”. Ocorre, porém que, na prática, os próprios iluministas não chegaram a um consenso sobre esses princípios inerentes, gerando uma série de divergências.

Conseqüentemente, o legado do Iluminismo é a provisão de um ideal de justificação racional que se mostrou impossível atingir. É daí principalmente que decorre a inabilidade, dentro de nossa cultura, de unir convicção e justificação racional. Dentro do tipo de filosofia acadêmica, herdeiro das filosofias do Iluminismo, a pesquisa sobre a natureza da justificação racional tem continuado com refinamento e divergência crescentes. Na vida cultural, política, moral e religiosa a convicção pós-iluminista adquiriu efetivamente uma vida própria, independente da pesquisa racional.¹⁶²

Segundo o autor, é preciso, então, buscar um tipo de compreensão que o Iluminismo excluiu mas que seja capaz de oferecer os recursos conceituais e teóricos necessários para resgatar a convicção em temas como justiça e justificação racional. Trata-se da pesquisa racional constituída e constitutiva da tradição – esta que havia sido descartada pelo Iluminismo por ser considerada como a antítese da pesquisa racional.

O que pretendo mostrar é que aquilo para o que o Iluminismo nos cegou, e que agora precisamos recuperar, é uma concepção da pesquisa racional incorporada numa tradição; uma concepção de acordo com a qual os próprios padrões da justificação racional avultem e façam parte de uma história na qual eles sejam exigidos pelo modo como transcendem as limitações e fornecem soluções para as insuficiências de seus predecessores, dentro da história dessa mesma tradição.¹⁶³

¹⁶² MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 17.

¹⁶³ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 18

No entanto, para que haja uma boa compreensão do conceito de um tipo de pesquisa racional que seja inseparável da tradição social e intelectual na qual está incorporado será necessário observar quatro aspectos fundamentais: o conceito de justificação racional é histórico, contextual, com diversidade de tradições e elucidado a partir de exemplificações, “algo que considero verdadeiro em relação a todos os conceitos, mas que é mais importante não negligenciar em alguns casos do que em outros”.¹⁶⁴

No que tange a esse quarto e último aspecto, MACINTYRE lança mão de quatro exemplificações que apresentam padrões de desenvolvimento muito diferentes mas que são essenciais, haja vista que cada uma delas é parte do substrato histórico de nossa cultura; traz consigo um tipo distinto de visão da justiça e da racionalidade prática; entrou em relação de antagonismo ou de aliança ou mesmo de síntese, ou de ambas sucessivamente, com pelo menos uma das outras¹⁶⁵.

- 1) A visão de Aristóteles (Ética a Nicômaco e Política) sobre justiça e racionalidade prática emerge do contexto cultural dos conflitos da *pólis* antiga.

Espero que a argumentação precedente tenha deixado bastante claro que não se pode ser justo, segundo Aristóteles, sem a capacidade de raciocínio prático (...) Mas uma vez que o raciocínio prático, tal como Aristóteles o compreende, implica a capacidade de relacionar as premissas relevantes com relação a bens e virtudes a situações particulares, e uma vez que essa capacidade é inseparável e, na verdade, uma parte das virtudes, inclusive a justiça, é também verdade que ninguém pode ser praticamente racional sem ser justo. E, por razões que são essencialmente as mesmas, chegamos à conclusão de que não se pode ser justo ou racional de modo prático sem pertencer a alguma *pólis* particular. Uma idéia

¹⁶⁴ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 21

¹⁶⁵ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p 21.

conflitante com visões caracteristicamente modernas da racionalidade é a de que a racionalidade de alguém não é meramente sustentada, mas parcialmente constituída por sua inserção e integração numa instituição social de algum tipo.¹⁶⁶

Cabe, portanto, o resgate da noção aristotélica de que a racionalidade é definida e realizada conforme o grupo social em que está contextualizada, nos mesmos moldes em que são constituídas as normas imperativas.

- 2) Posteriormente a visão de Aristóteles é desenvolvida por São Tomás de Aquino (Suma Teológica) de uma maneira que vai além da *pólis*, chegando a um tipo mais complexo de comunidade em que elementos seculares e religiosos integram-se, desenvolvendo relações ora de síntese ora de antagonismo com o pensamento de Aristóteles e introduzindo-lhe elementos agostinianos.

Contra os aristotélicos contemporâneos, Sto Tomás estava determinado a mostrar que, tanto naquilo que aceitou de Aristóteles, como no que retificou ou dispensou, chegou genuinamente a um acordo com as argumentações de Aristóteles. Da mesma forma, contra os agostinianos contemporâneos, estava comprometido com um tratamento dos textos patrísticos e agostinianos que reconhecia o que lhes era devido. E, mais fundamentalmente, não podia aceitar nada de nenhum deles que fosse inconciliável com as Escrituras.

Consideremos o tratamento dado por Sto Tomás à injustiça. Ao concordar com Aristóteles que cada virtude é exercida de acordo com uma média (S. T. Ia-IIae, 64,2) ele, entretanto, não chega ao pondo de compreender a justiça como uma virtude intermediária entre dois vícios, como Aristóteles. A injustiça é, por assim, dizer, um vício com um único propósito, o de estar deliberadamente disposto a opor-se àquilo que é exigido pela justiça (S. T. Ia-IIae, 59). Pode-se opor à justiça atribuindo a alguém mais ou menos do que lhe é devido e nisso o padrão da média pode ser discernido. Mas o modo particular no qual a justiça é desconsiderada é menos importante do que a vontade de fazê-lo. E quanto a isso Sto. Tomas segue Agostinho e não Aristóteles.¹⁶⁷

- 3) Na Escócia do século XVII, o cristianismo de Santo Agostinho, então numa versão calvinista, e a filosofia de Aristóteles, então em versão renascentista, encontraram-se. Hutcheson (*Institutio* e *Um Sistema da Filosofia Moral*) realizou reformulações de posições mais antigas, com base

¹⁶⁶ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 137.

¹⁶⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 222 e 223.

no caminho das idéias, tendo em vista a dificuldade dos aristotélicos escoceses em responder às dúvidas epistemológicas sobre os primeiros princípios e sobre a simbiose do agostinismo calvinista com o aristotelismo.

As verdades morais que Hutcheson tinha herdado, em parte do aristotelismo escolástico, em parte do calvinismo, expressavam uma visão do conteúdo da justiça especificável somente por princípios cuja verdade e cuja demanda por nossa adesão independem do interesse ou vantagem de qualquer pessoa ou grupo de pessoas particulares. Para perseguir a justiça, a pessoa deve ser capaz de transcender quanto a leve a buscar seu interesse próprio e o que quer que a leve a consultar o interesse de outros grupos, independentemente do tamanho desses grupos. Fazer justiça significa distribuir de acordo com o merecimento, não segundo os interesses: a justiça concebida dessa forma não pode aparecer como servindo ao interesse de alguém ou de todos, seja numa visão hobbesiana, seja numa visão derivada da generosa concepção da natureza humana proposta por Shaftesbury.¹⁶⁸

Ainda na Escócia, a partir do pensamento de Hume (Tratado da Natureza Humana) a tentativa de aproximação das duas filosofias vai sofrer uma subversão, mas ainda expressando um tipo particular de sociedade anglicana, baseada na idéia de reciprocidade da paixão e interesse.

Neste caso, ao contrário, temos concepções do raciocínio prático e da justiça que são propostas em esquemas conceituais muito diferentes, que empregam modos de caracterização e argumentação totalmente diferentes, e que, ademais, são claramente incompatíveis. O que Hume considera justo seria, na visão de Aristóteles, freqüentemente, injusto; a noção de merecimento ocupa, na visão de Aristóteles, um lugar que lhe é negado na visão de Hume; na visão de Aristóteles, a razão, concebida de um certo modo, é capaz de governar e educar as paixões, ao passo que, na visão de Hume, a razão, concebida de um modo bastante diferente, só pode se submeter a elas. Há, certamente, alternativas coerentes para a opção entre ser aristotélico ou humiano, mas qualquer aristotélico está, automaticamente, comprometido com a negação das asserções fundamentais de Hume, e vice-versa.¹⁶⁹

4) MACINTYRE estabelece a necessidade de escrever a história narrativa de uma quarta tradição: o liberalismo. Este surge como mais uma tradição, ainda que ela fosse sua aversão conceitual.

Entretanto, é da maior importância ter em mente que o projeto de fundar um tipo de ordem social, no qual os indivíduos possam emancipar-se da contingência e a particularidade da tradição, através do recurso a normas genuinamente universais

¹⁶⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 299.

¹⁶⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 354.

e independentes da tradição, não foi e não é apenas, nem principalmente, um projeto de filósofos. Ele foi e é o projeto da sociedade liberal moderna e individualista, e as razões mais convincentes que temos para acreditar que a esperança de universalidade racional independente da tradição é uma ilusão, derivam da história desse projeto. Pois, no curso dessa história, o liberalismo que começou como um apelo a supostos princípios de racionalidade compartilhada, contra o que se considerava a tirania da tradição, foi transformado em tradição cujas continuidades são parcialmente definidas pela interminabilidade do debate de tais princípios. Essa interminabilidade que, do ponto de vista do liberalismo nascente, era um grave erro a ser remediado o mais rápido possível, tornou-se, pelo menos aos olhos de alguns liberais, um tipo de virtude.¹⁷⁰

Assim como o Direito Internacional tende a admitir modos locais de legislar e agir, outras tradições são reconhecidas por MACINTYRE, que evoca as tradições judaicas, islâmicas, outras pós-bíblicas, indianas, chinesas. Essas quatro exemplificações demonstram a confirmação da racionalidade de uma tradição aristotélica e são suficientes para organizar a idéia da pesquisa das tradições em torno das seguintes características:

- a) O resgate da noção de tradição é uma reação à proposta do Iluminismo de fornecer padrões de julgamento racional impessoais e neutros, que independem da tradição e que fazem com que nenhum conjunto de crenças proposto seja justificável. É também a contestação da visão iluminista particular da verdade e da racionalidade, através da qual a verdade é garantida pelo uso do método racional e dos princípios inegáveis por qualquer ser plenamente reflexivo e racional.
- b) Cada tradição só deve ser apropriada através da relação com sua história contingente particular, o que não impede que as histórias das tradições se estendam a ambientes diferentes e até hostis.
- c) Cada tradição reflete o modo de vida social e moral de que é parte integrante, diferenciando-se entre si não só em relação aos temas da justiça e racionalidade prática, que são atingidos por processos

¹⁷⁰ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 361.

diferentes, mas também nas concepções de virtudes, do eu, das cosmologias metafísicas, de seu histórico. Há um intenso diálogo dentro de uma mesma tradição mas só assim é que se pode chegar às concepções da racionalidade prática e da justiça – cada tradição fornece os termos, as justificativas, os conceitos e os padrões pelos quais se define, em cada estágio de seu desenvolvimento. O que não existe é um conjunto de padrões comuns ou independentes de justificação racional que pode decidir as questões entre tradições discordantes. Disputas entre estas não são passíveis de ser decididas racionalmente. Mas isso não implica que o dito numa tradição não possa ser ouvido por outra.

- d) O debate da natureza da pesquisa da tradição é feito para que se possa, à medida do possível, chegar a uma concepção verdadeira da justiça e da racionalidade, as quais aparecem como aspectos ligados a uma visão geral mais ampla e articulada da vida humana e de seu lugar na natureza mas que também são tradições expressas em tipos particulares de relações sociais.
- e) Diante de perguntas ligadas à problemática da justiça e racionalidade prática, que admitem concepções sistemáticas rivais das tradições conflitantes entre si (guerra, discriminação positiva, etc.), a resposta vai depender de quem a pessoa é e como ela se compreende. São variantes, além da situação histórica, social e cultural das pessoas que trazem esses problemas, também a história das crenças e atitudes de cada pessoa particular que enfrenta tais problemas – possibilitando inclusive um ocasião para auto-reconhecimento e autoconhecimento.
- f) A adesão, enquanto agente racional, a uma tradição particular de pesquisa, exige o reconhecimento de estar ligado a um conjunto de crenças que carece de justificação e de estar desprovido daquilo que uma tradição proporciona. Ela exige o encontro com uma língua-em-uso que torne o agente capaz de estabelecer um diálogo com

alguma (ou mais de uma) tradição de pesquisa, reconhecendo algo além das expressões de vontade e preferência.

MACINTYRE argumenta que sua obra conclui-se demonstrando o “onde” e “como” começar a discussão contemporânea substancial sobre as tradições particulares de pesquisa, em relação à justiça e racionalidade, instigando-nos com uma série de questionamentos:

Nós, quem quer que sejamos, só podemos começar a pesquisa a partir da perspectiva oferecida por nossa relação com um passado social e intelectual, específico, através do qual nos afiliamos a uma tradição particular de pesquisa, continuando a história dessa pesquisa até o presente, como uma história aristotélica, agostiniana, tomista, humiana, liberal pós-iluminista ou qualquer outra. Conseqüentemente, para cada um de nós, a questão agora é: a que questões, no debate contemporâneo, nos remete essa história particular? Que recursos nossa tradição particular nos oferece nessa situação? Podemos, através desses recursos, compreender as realizações e os sucessos, os fracassos e esterilidades de tradições rivais mais adequadamente do que seus próprios adeptos? Mais adequadamente, também segundo os deles? É à medida que as histórias narradas neste livro nos remetem a respostas a essas questões que elas podem também sustentar a promessa de responder às seguintes questões: justiça, de quem? Qual racionalidade? ¹⁷¹

1.2.2 Charles Taylor

A obra de TAYLOR, principalmente “As fontes do *self*”, é fundamental para o entendimento da relação entre Direito Internacional Privado e normas imperativas e entre estes e o comunitarismo, porque vincula identidade com moralidade. O conteúdo das normas imperativas oscila entre regras que representam a identidade do Estado e sua população e as que caracterizam os valores morais e culturais que se pretende proteger. A proposta de TAYLOR é

¹⁷¹ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 430.

“perceber o fio condutor que levou à moderna concepção de indivíduo”, a partir da idéia de que noções de individualidade e de bem, ou seja, de identidade e de moralidade, “são temas inextricavelmente relacionados”. Para SOUZA, o objetivo do autor é

(...) explicitar a ontologia moral que articula as configurações e intuições que temos de nós mesmos. Nessa linha de raciocínio, a nossa identidade é, em certo sentido, uma hierarquia valorativa, a qual permite que possamos definir o que é e o que não é importante ou relevante para nós. O naturalismo seria a negação dessa hierarquia. Ele faz, na esfera do pensamento, aquilo que o utilitarismo faz na dimensão da vida cotidiana: tornar invisível a configuração moral que nos guia.¹⁷²

As identidades humanas possuem um aspecto pessoal e um aspecto social, na opinião de TAYLOR. No primeiro caso, elas se formam a partir tanto do descobrimento de cada um sobre si e sobre suas opiniões, como também do resultado de sua interação com os demais – a qual permanece dentro de cada um porque feita através da linguagem. É a exigência pela identidade pessoal de um reconhecimento oriundo das práticas lingüísticas.

A identidade social, por outro lado, requer um reconhecimento contínuo e igualitário, capaz de, ao mesmo tempo, assegurar a proteção contra o arbítrio e a manutenção das diferenças. É a falta de reconhecimento que gera, por exemplo, a opressão às mulheres e minorias raciais. O princípio da igualdade universal exige o reconhecimento das diferenças. Segundo CITTADINO:

Tanto quanto as identidades pessoais demandam um reconhecimento obtido pela via de um diálogo, as identidades sociais dependem de uma “política ininterrupta de reconhecimento igualitário”. O reconhecimento igualitário das identidades sociais é, segundo Taylor, uma exigência contra a opressão, na medida em que a sua recusa conforma identidades sociais que internalizam signos de inferioridade e humilhação. Ao mesmo tempo, é o reconhecimento igualitário que assegura o

¹⁷² SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 104.

espaço da diferença. Mais do que isso, é o princípio da igualdade universal que obriga ao reconhecimento das diferenças.¹⁷³

TAYLOR busca realizar uma compreensão renovada da modernidade ou um entendimento mais produtivo e menos unilateral dos fenômenos da modernidade. Para tanto, discorre sobre a relação entre identidade e moralidade, inicialmente, para depois fazer um registro histórico da modernidade.

I – A ligação entre individualidade e bem, ou seja, entre identidade e moralidade.

A filosofia moral contemporânea tem tratado da moralidade de forma defeituosa, truncada e estreita, enfatizando mais a definição do conteúdo da obrigação, o “que é certo fazer;” do que a natureza do bom viver, o “que é bom ser”, no bem como objeto do amor ou lealdade humanos. Diante dessa realidade, TAYLOR propõe a ampliação do campo tradicional das descrições morais legítimas e faz o exame das principais linguagens subjacentes que formam a base e o sentido das obrigações morais reconhecidas.

O autor faz a apresentação do pano de fundo da natureza humana e de suas situações espirituais, em que se alicerçam várias instituições morais e espirituais de hoje. Essa dimensão é extremamente importante e deve ser resgatada tendo em vista ser ignorada pela filosofia contemporânea. Para tanto, parte da análise de uma concepção mais ampla da moral, englobando não só os tradicionais conceitos de respeito à vida, bem-estar, justiça, dignidade das outras pessoas (tradicionalmente denominadas exigências morais), mas também temas

¹⁷³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. 121.

ligados ao respeito próprio (daí o termo “espiritual), como o sentido da própria dignidade e questões sobre o que torna a vida significativa ou satisfatória.¹⁷⁴

Em relação aos primeiros conceitos, que geram reações morais, há duas facetas:

De um lado, são quase como instintos, comparáveis a nosso amor por doces, nossa aversão a substâncias nauseantes ou nosso medo de cair; do outro, parecem envolver afirmações implícitas ou explícitas sobre a natureza e condição dos seres humanos. Nesta segunda perspectiva, uma reação moral configura-se como uma aceitação, uma afirmação, de dada ontologia do humano.

Uma importante corrente da consciência naturalista moderna tentou afastar essa segunda perspectiva e declará-la dispensável ou irrelevante para a moralidade. São múltiplos os motivos: em parte, isso resulta da desconfiança diante de todas as explicações ontológicas devido ao uso que foi dado a algumas delas, por exemplo justificar restrições ou exclusões de hereges ou de seres supostamente inferiores. E essa desconfiança é fortalecida quando reina um sentido primitivista de que a natureza humana imaculada respeita a vida por instinto. Mas também deve-se em parte à grande nuvem epistemológica sob a qual todas essas explicações se encontram para aqueles que seguiram teorias empiristas ou racionalistas do conhecimento, inspiradas pelo sucesso da ciência natural moderna.¹⁷⁵

Mas o autor não abre mão desses dois lados das reações morais. Elas não são unicamente sentimentos viscerais mas também reconhecimentos de enunciados relacionados ao objeto de tal reação moral. Toda argumentação e exploração moral só existe onde há resposta moral, com descrição do objeto dessa resposta (descrição intrínseca) cujos critérios são independentes de nossas reações de fato. O autor propõe a necessidade de “tratar nossos mais profundos instintos morais, nosso senso inerradicável de que a vida humana deve ser respeitada, como nossa forma de acesso ao mundo em que as afirmações

¹⁷⁴ O pensamento moral apresenta três eixos: 1) o sentido de respeito pelos outros e de obrigação perante eles; 2) modos de compreender o que constitui uma vida plena; 3) noção de dignidade, no sentido de merecer respeito.

¹⁷⁵ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 18.

ontológicas são discerníveis e podem ser discutidas e analisadas racionalmente.”¹⁷⁶

Nesse aspecto, há a noção de respeito a direitos, no sentido de respeito ativo, de não-violação, de saber porque se devem respeitar os direitos alheios.

Em relação aos segundos conceitos, estão relacionados às interrogações em torno do sentido da vida, que ocorrem em qualquer cultura – onde sempre há alguma configuração (encontrada ou a ser buscada) que auxilia a definir as exigências que lhe são feitas e que vão medir a plenitude ou nulidade da sua vida. Na sociedade guerreira, por exemplo, o membro realiza façanhas corajosas para buscar a “fama na memória e no cântico da tribo” (a configuração).

(...) Não ter uma configuração é cair numa vida espiritualmente sem sentido. Logo, a busca é sempre uma **busca de sentido**.

Mas a invocação do sentido também decorre de nossa consciência de quanto a busca envolve articulação. Descobrimos o sentido da vida articulando-a. E os modernos adquiriram a consciência aguda de que o grau de sentido que existe para nós depende de nossos próprios poderes de expressão. Aqui, descobrir depende de inventar, e ambos se entrelaçam. Encontrar um sentido para a vida depende de construir expressões significativas adequadas. Há, portanto, algo particularmente apropriado à nossa condição da polissemia da palavra “sentido”: vidas podem tê-lo ou carecer dele quando têm ou carecem de um objetivo; ao mesmo tempo em que a palavra também se aplica à língua e a outras formas de expressão. Nós, modernos, alcançamos cada vez mais o sentido na primeira acepção, quando o conseguimos, mediante sua criação na segunda.¹⁷⁷ (grifamos)

A configuração incorpora um conjunto de distinções qualitativas, no sentido de que pensar, sentir, agir no âmbito dessa configuração significa sentir que seu modo de vida ou de agir é superior, ou diferente, de outros que estão ao alcance (pela ética da honra, a vida do guerreiro é considerada superior à vida privada). O naturalismo e o utilitarismo rejeitavam a noção de distinção qualitativa,

¹⁷⁶ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 23.

¹⁷⁷ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 33

concebendo em pé de igualdade todos os objetivos humanos, passíveis, portanto, de quantificação e cálculo comuns, conforme uma referência única. O autor discorda radicalmente dessa noção a partir da idéia de “afirmação da vida cotidiana”, em que a vida de produção e reprodução, de trabalho e da família é o principal *locus* do bem viver.

(...) A noção de que há certa dignidade e valor nesta vida requer um contraste; mas não mais, evidentemente, entre esta vida e alguma atividade “superior” como a contemplação, a guerra, a cidadania ativa ou o ascetismo heróico, mas entre diferentes maneiras de viver a vida de produção e reprodução. A noção nunca é de que qualquer coisa que fazemos é aceitável. Isto seria ininteligível como base de uma noção de dignidade. O ponto essencial, é em vez disso, que o superior deve ser encontrado não fora da vida, mas como uma *maneira de viver* a vida cotidiana.¹⁷⁸

O fundamento das normas imperativas, associado à tese de vinculação aos direitos essenciais, fundamentais e humanos, que proporemos no final do presente trabalho, encontra-se exatamente nos valores resgatados por TAYLOR, de respeito antes de tudo à vida, mas incluindo o respeito aos direitos, enquanto garantia da pessoa e também como manifestação de poder e cultura local. Assim, contempla-se a citada “busca de sentido”, pelos seres humanos, pelos poderes instituídos e pelo próprio ordenamento jurídico, compreendido neste o Direito Internacional Privado. E sempre a partir da visão de cada um em seu contexto, focalizando o ser humano em concreto, na sua vida cotidiana

II – História e análise da identidade moderna

¹⁷⁸ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 39 e 40.

A proposta de TAYLOR é resgatar a história da identidade moderna, desde sua gênese, estabelecendo o conjunto de compreensões do que é ser um agente humano, uma pessoa ou um *self*.

Três facetas dessa identidade são estabelecidas pelo autor:

- 1) Interioridade moderna: noção de que seres humanos são um *self*, dotados de profundezas interiores. Para tanto, é feita a análise desde Santo Agostinho, Descartes, Montaigne até hoje.
- 2) Afirmação da vida cotidiana que se desenvolve a partir do começo do período moderno, estudada desde a Reforma até o Iluminismo e suas vertentes contemporâneas;
- 3) A natureza, em sua noção expressivista, como fonte moral interior, analisada a partir do final do século XVIII, em suas origens, até século XX, com suas manifestações na literatura, passando pelas transformações ocorridas no século XIX.

Com essa subdivisão, TAYLOR faz um verdadeiro resgate da história da modernidade com o objetivo de demonstrar sua influência.

“(…) só com uma perspectiva em profundidade da história conseguimos mostrar o que está implícito, mas ainda em atividade, na vida contemporânea: os temas românticos ainda vividos no modernismo, disfarçados às vezes pela postura anti-romântica dos modernistas; ou a importância crucial da afirmação da vida cotidiana que, em alguns aspectos, é tão entranhada que nem a percebemos; ou as raízes espirituais do naturalismo, que o modernismo em geral se sente forçado a suprimir.”¹⁷⁹

¹⁷⁹ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 636.

A compreensão da identidade moderna auxilia o processo de autocompreensão e também o levantamento das três atuais áreas de tensão na cultura moral moderna:

1) a incerteza e divisão quanto aos bens constitutivos, ainda que haja concordância sobre os padrões morais (fontes morais).

Os imperativos morais da cultura moderna surgem das noções dos padrões morais comuns de liberdade, benevolência, afirmação da vida cotidiana, justiça universal, igualdade, autogoverno, afastamento do sofrimento e da morte. Ocorre, porém, que as fontes morais, ou os bens constitutivos que determinam tais padrões são distintos.¹⁸⁰ Assim, TAYLOR identifica três domínios das fontes morais, que podem comunicar-se:

- 1) a base teísta, unificada, que está na origem desses padrões;
- 2) o naturalismo da razão desprendida, que atualmente possui formas científicas e que baseia a ética austera da liberdade auto-responsável, da ética corajosa da crença, da benevolência;
- 3) o expressionismo romântico e visões modernistas posteriores, que dão relevo à capacidade de imaginação criativa, buscando também a dimensão interior da natureza.

Tais fontes e o seu produto, ou seja, a própria perspectiva moral moderna, têm conexões fortes com as diferentes concepções do *self* e suas características, as quais estão intrinsecamente ligadas a noções de interioridade – que por sua

¹⁸⁰ Taylor fala de “bem” enquanto “o que quer que seja selecionado como incomparavelmente superior numa distinção qualitativa. Pode ser uma ação, motivação ou estilo de vida julgado como sendo qualitativamente superior. “Bem” é usado aqui num sentido bastante geral, designando qualquer coisa considerada valiosa, digna, admirável, de qualquer tipo ou categoria”. TAYLOR, Charles. *As fontes do self. A construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 127.

vez, é moderna e com perspectiva moral. Análises modernas não conseguem se dissociar de tais fontes.

Assim, os objetivos da revolução dos estudantes em Paris, em 1968, tinham aspirações românticas (de harmonia pessoal e interpessoal, de destruição de barreiras, etc), próximas a Schiller, numa perspectiva pré-schopenhaueriana, ainda que travestidas das formas modernistas do situacionismo, dadaísmo, surrealismos, etc. Do mesmo modo, os movimentos do “potencial humano” nos EUA tinham base no expressivismo original.

A divisão das fontes é motivo para o surgimento de um tipo de teoria moral em que se busca reconstruir a ética sem qualquer referência ao bem, como ocorre com a (meta) ética procedimentalista moderna. Esta vê os compromissos de benevolência e justiça pelo prisma da obrigação moral, tornando sua face negativa mais dominante e evidente e afastando-se das fontes morais.

TAYLOR tende para a perspectiva demonstrada por Dostoievski, de que o potencial de certa perspectiva teísta é incomparavelmente superior ao do humanismo naturalista.

2) o conflito entre o instrumentalismo desprendido e o protesto romântico ou modernista contra ele.

O surgimento do modernismo alterou a visão das alternativas à razão desprendida, questionando se a vida realizada esteticamente também seria moral (Baudelaire, Schopenhauer, Nietzsche) ou se a epifania artística levaria às mesmas coisas exigidas pela moralidade (Pound, Lawrence) O expressivismo romântico via a realização expressiva exatamente como algo compatível com a

moralidade, exaltando sempre a arte. Buscava-se, portanto, uma realização mais plena.

O instrumentalismo recebeu críticas de diversas correntes:

- a) Primeiro, do ponto de vista da razão desprendida e do expressivismo subjetivo. A tendência na sociedade moderna para o modo de vida instrumental desprendido foi acusada de esvaziar a vida de significado e de ameaçar a liberdade pública – instituições e autogoverno. Assim ocorreu com os pensamentos da sociedade moderna como jaula de ferro (Weber), modelo de ação instrumental da teoria capitalista (Marx), desencantamento (Weber, a partir de Schiller), divisão ou fragmentação em relação à natureza (Marx, Lukács, Adorno e Horkheimer, Marcuse), perda de ressonância no ambiente humano, quanto a coisas e vínculos (Tudo que é sólido se dissolve no ar, Marx, Marshall Berman), utilização de artigos (coisas) ruins e descartáveis, com o paradigma do dispositivo (Albert Borgman), efemeridade dos objetos modernos (Hannah Arendt).
- b) Segundo, do ponto de vista do subjetivismo de alguns escritores, tratando do problema experiencial subordinado ao moral e político.
- c) Terceiro, do ponto de vista de todo o processo moderno, rejeitando a ordem cósmica pública de significados.

TAYLOR entende que essas três análises são muito estreitas e superficiais porque negam certos bens que são válidos quando analisados pela história da identidade moderna. São bens presentes na vida moderna, ainda que negados. Assim, os próprios racionalistas desprendidos utilizam-se de noções como realização, ao tratarem de seus dilemas pessoais. Da mesma maneira, os antimodernos lançam mão de noções de direitos, igualdade, liberdade auto-responsável, além da realização. Também se acredita que a linguagem filosófica

ou crítica relativa é exata e destituída dos fatores pessoais, considerados mero subjetivismo, a partir de uma adoção da concepção procedimentalista de oralidade (Habermas e Hare). Para o autor, na verdade, a linguagem não consegue escapar da ressonância pessoal (ele utiliza-se das imagens de ressonância pessoal profunda como “epifania”, “fontes morais”, “desprendimento”, “fortalecimento”), explorando a condição humana, sua inserção na natureza e no coletivo, como *locus* de fontes morais. Rilke fala em “louvar” e “tornar interior”.

O poder da razão desprendida e auto-responsável gerou a visão do sujeito com *self* descontextualizado e pontual, ao se interpretar a postura do desprendimento na ontologia do sujeito, este como atividade separável de tudo quanto é apenas dado no ser: uma alma desencarnada (Descartes), uma potência pontual de auto-remodelação (Locke), um ser racional puro (Kant). Isso foi considerado como visão errônea, rejeitando-se os ideais de razão e liberdade (Merleau-Ponty, Heidegger). Na verdade, não é que seja uma análise equivocada – vez que válida, apenas não é necessária como base para a liberdade e a razão auto-responsável. Diante dessa polarização, é importante retirar as pré-concepções e desenvolver antropologias de liberdade contextualizada.

3) o questionamento sobre a compatibilidade dos padrões morais com a realização plena, com a pergunta de Nietzsche, Derrida e Foucault: a moralidade não nos cobra um preço muito alto em termos de totalidade?. As exigências da benevolência podem cobrar um preço elevado em termos de amor por si próprio e auto-realização, gerando autodestruição e até violência. Então surge a rebelião naturalista contra as exigências ascéticas da religião, a rejeição iluminista do

cristianismo e das ideologias milenaristas que têm alguma semelhança com a religião (em virtude de ideais de perfeição humana lançados por ateus que também causaram horrores), pregando então um humanismo sóbrio, secular, científico e neutro (Foucault). TAYLOR, no entanto, discorda dessa solução:

A adoção de uma perspectiva secular despojada, sem qualquer dimensão religiosa ou esperança radical na história, não é uma forma de evitar o dilema, embora possa ser uma boa maneira de conviver com ele. Não o evita porque isso também envolve sua “mutilação”. Envolve que sufoquemos em nós a resposta a algumas das aspirações espirituais mais profundas e poderosas que os seres humanos já conceberam. Esse também é um preço muito alto a pagar.¹⁸¹

Os ideais e interditos da identidade moderna moldam o pensamento filosófico, a epistemologia e a filosofia da linguagem. Mesmo doutrinas decorrentes da análise de determinados domínios em que o *self* não interfere refletem os ideais que ajudaram a constituir a identidade.

O objetivo central de TAYLOR é mostrar como seu quadro de identidade moderna pode moldar nossa visão da condição moral de nosso tempo. A identidade é muito rica em fontes morais, apesar de seus detratores não o reconhecerem nem seus defensores demonstrarem-no. Mas ao final, vai além e deixa escapar sua opinião:

Há um elemento fundamental de esperança. É uma esperança que vejo implícita no teísmo judeu-cristão (por mais terrível que sejam os antecedentes de seus adeptos na história), e em sua promessa central de uma afirmação divina do humano, mais total do que os seres humanos jamais poderiam obter sem ajuda.¹⁸²

1.2.3 Michael Walzer

¹⁸¹ TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 662.

¹⁸² TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 663.

Michael WALZER integra o grupo dos comunitaristas ao defender que o processo histórico conforma as individualidades. As identidades humanas se constituem no interior da história, na relação do diálogo de um com o outro, exigindo, portanto, seu reconhecimento. Seguindo a linha de pensamento de TAYLOR, Michael WALZER afirma que o reconhecimento é universal, enquanto o reconhecido é particular.

WALZER aborda o tema da tolerância, ou aquilo que ela possibilita - que é a coexistência pacífica - utilizando-se da explanação de regimes de tolerância, ou seja, descrevendo de forma histórica e contextualizada as diferentes formas que a tolerância assumiu na realidade, bem como os problemas que elas enfrentaram (com base na Europa, América do Norte e Oriente Médio, explica o autor).

Do ponto de vista da razão prática, no entender de BOBBIO, a tolerância significa suportar o mal ou erro alheio, escolher o método da persuasão ao invés da força e respeitar a pessoa alheia por dever ético. São as boas razões da tolerância. Já do ponto de vista teórico, parte-se da noção da natureza plural da verdade, que não é uma.¹⁸³

O Direito Internacional Privado, que já foi denominado "O Direito da Tolerância,"¹⁸⁴ pode ser incluído nessa discussão. Respeita e admite legislações com as mais variadas concepções e valores, adaptando-se às transformações das sociedades internas e internacional e buscando sempre o respeito aos direitos fundamentais.

¹⁸³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ensaio "As razões da Tolerância". Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 203-217.

¹⁸⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. *Direito Internacional Privado, Derecho de la Tolerância, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. Buenos Aires: Editorial el Derecho, 1974.

A civilização pós-moderna é caracterizada por um pluralismo de estilos e de valores desconhecidos anteriormente. A era das luzes avançou a idéia da tolerância em relação aos outros, mas esse termo pressupõe a convicção na superioridade de seus próprios valores. Atualmente, vê-se emergir – como disse M. René-Jean Dupuy – “o direito à diferença. Sua aparição é o signo de uma transformação radical na percepção da humanidade”. São os direitos sócio-culturais que são elevados à categoria de direitos humanos. Mesmo a identidade da Europa se baseia sobre o respeito das diferentes culturas.¹⁸⁵

São cinco os modelos de sociedade tolerantes na lista (não-exaustiva) de WALZER, que recebem a denominação de regimes e que apresentam o pressuposto comum de que os grupos (religiosos, étnicos, nacionais) simplesmente existem: 1) Impérios multinacionais, como Pérsia, Egito ptolemaico e Roma, onde havia várias sociedades autônomas ou semi-autônomas sob o domínio imperial que incorporava a diferença e facilitava a coexistência – tal como ocorreu na Alexandria, no sistema *millet* (significa comunidade religiosa) dos otomanos e na URSS; 2) Sociedade internacional, com regime próprio, ainda que fraco, mas sempre tolerante com quem atinge a condição de Estado e atua dentro dos limites soberanos – embora com possibilidades de intervenções; 3) Consociedades, ou seja, estados bi ou trinacionais, tais como Bélgica, Suíça, Chipre, Líbano ou a natimorta Bósnia, onde os diferentes grupos têm de tolerar uns aos outros já que não são tolerados por um único poder transcendente; 4) Estados-nações, cuja denominação significa “apenas que um único grupo dominante organiza a vida da comunidade de modo que ela reflita sua própria história e cultura e, quando as coisas acontecem como se deseja, a história prossegue e a cultura é preservada, reconhecendo indivíduos e fortalecendo um

¹⁸⁵ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 251.

língua.”¹⁸⁶; 5) Sociedades imigrantes, em que os membros dos diferentes grupos abandonaram sua terra natal chegando de modo desorganizado e misturado, em outra terra, cujo Estado dar-lhes-á tratamento neutro, tolerando a todos. Eles não têm autonomia, acesso ao poder do Estado, reconhecimento oficial e base territorial.

O autor alerta para quatro casos que não se adequam aos regimes anteriormente citados, por suas características peculiares: França, Israel, Canadá e Comunidade Européia. Além disso enumera cinco problemáticas enfrentadas pelos regimes na prática: 1) Poder, já que a tolerância pode ser um ato de poder em que ser tolerado é a aceitação da própria fraqueza em relação ao tolerante; 2) Classe, tendo em vista que a intolerância é maior quando as minorias (culturais, étnicas, raciais) também são de classe econômica inferior; 3) Gênero, porque questões envolvendo papel dos sexos, organização familiar e comportamento sexual geram discordâncias há muito tempo, principalmente em função do tema do relativismo cultural; 4) Religião, tendo em vista que as religiões toleradas fazem a restrição individual, por conceito; 5) Educação, com papel fundamental na reprodução do próprio regime de tolerância; 6) Religião Civil, enquanto credo do próprio Estado, doutrina que imprime aos cidadãos e que é crucial para sua reprodução e estabilidade, podendo tolerar outras religiões civis no contexto da sociedade internacional mas nunca dentro de seu regime; 7) A questão da tolerância com os intolerantes, vista como o problema central e mais difícil na teoria da tolerância e que, na prática dos regimes, não ocorre.

¹⁸⁶ WALZER, Michael. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 34.

Entende WALZER que, quando os grupos dentro da sociedade se preservam a si mesmos, a resignação, a indiferença ou a aceitação estóica são suficientes para sua coexistência. Além disso, a tolerância funciona bem com qualquer uma das atitudes do *continuum* de resignação, indiferença, estoicismo, curiosidade e entusiasmo.

O autor aponta dois projetos modernistas: o primeiro, da inclusividade democrática de indivíduos singulares (judeus, trabalhadores, mulheres, negros e imigrantes); segundo, o da separação dos grupos que vão se formando por tais indivíduos, dando-lhes um espaço e política próprios em função de sua mobilização e da ação de seus líderes. “Agora o que se exige não é uma luta pela inclusão, mas uma luta por fronteiras. A principal palavra de ordem dessa luta é “autodeterminação”, que implica a necessidade de um pedaço de território ou pelo menos de um conjunto de instituições independentes – daí a descentralização, a devolução, a autonomia, a divisão ou a soberania.”¹⁸⁷

Existem aqueles que preferem participar de tais grupos e outros que preferem fugir de tais limites. Não há juízo de valor nessa dicotomia e a “tensão precisa ser solucionada caso a caso” de acordo com as peculiaridades de cada grupo, afinal “que orgulho sentiriam numa evasão em que nunca se lhes opôs resistência? E quem seriam eles se não tivessem de lutar para ser o que são? A coexistência de grupos fortes e indivíduos livres, com todas as suas dificuldades, é uma característica permanente da modernidade.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ WALZER, Michael. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 112.

¹⁸⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 114.

Mas o autor vai além e percebe um modelo mais novo de tolerância: nas sociedades e Estados com imigrantes o multiculturalismo é muito intenso tendo em vista que as pessoas passam a viver sem identidades e fronteiras definidas, com diversidade dispersa devido à mistura de indivíduos e com menor controle do grupo por seus membros. A relação entre as pessoas são frouxas, baseadas em fragmentos de culturas e religiões passadas e a idéia de “preferências ou aversões pessoais” podem substituir a de tolerância e intolerância e “alianças temporárias” podem estar no lugar dos grupos. Trata-se do projeto pós-moderno que “solapa qualquer espécie de identidade comum e comportamento padrão”, em que se destaca Julia Kristeva, escritora búlgara-francesa que propõe o reconhecimento da condição de estrangeiro em nós mesmos, já que ela é universal.¹⁸⁹

Ocorre, porém, que o projeto moderno continua coexistindo com o pós-moderno. Então há que haver a valorização não só da liberdade pessoal mas também da adesão a grupos, ainda que eles estejam enfraquecidos e precisem de ajuda.

Indivíduos livres e isolados em sociedade democráticas não oferecerão essa ajuda nem autorizarão seus governos a fazê-lo, a menos que reconheçam a importância dos grupos (do seu e de todos os outros) na formação de indivíduos como eles mesmos – a menos que reconheçam que o objetivo da tolerância não é, e nunca foi, o de abolir o “nós” e o “eles” (e com certeza não é o de abolir o “eu”), mas o de garantir a continuidade de sua coexistência e interação pacíficas. As identidades divididas da pós-modernidade complicam a coexistência, mas também dependem dela para a sua própria criação e auto-entendimento.¹⁹⁰

¹⁸⁹ WALZER, Michael. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 116.

¹⁹⁰ WALZER, Michael. *Da Tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 120.

A coexistência de ordenamentos jurídicos e tradições é constante no Direito Internacional Privado, ramo jurídico que transita constantemente na tensa via entre universalismo e relativismo cultural. Ao mesmo tempo em que indica e procede à aplicação do direito de um país estrangeiro, excepcionalmente pode recusar-se a fazê-lo em virtude de valores do foro.

O limite do universalismo imanente a toda ciência jurídica internacional reside no ponto em que a aplicação da lei estrangeira venha a chocar filosófica, sociológica, econômica, jurídica ou politicamente o foro processualmente competente para dirimir o conflito de interesses ou a declaração de direitos.

Mas a tolerância para a lei estrangeira é muito mais ampla do que para com a vontade individual dos membros componentes da sociedade interna. Não fora assim e não teríamos um direito internacional privado pujante e em constante desenvolvimento. Esta é a maior manifestação do universalismo jurídico.¹⁹¹

1.2.4 Comunitarismo no Brasil

Autores brasileiros praticamente não são incluídos no rol dos pensadores adeptos da filosofia comunitarista. CITTADINO, no entanto, identifica influência dessa linha de pensamento na Constituição brasileira, a partir do trabalho de estudiosos constitucionalistas.

Com efeito, uma parcela significativa dos constitucionalistas brasileiros – contrária à cultura jurídica positivista e privatista prevaiente e influenciada pelos trabalhos de vários representantes do constitucionalismo português e espanhol contemporâneo – participou ativamente do processo constituinte brasileiro nos anos 80, procurando contribuir com a elaboração de uma Constituição adequada à conformação de uma sociedade justa no País.¹⁹²

¹⁹¹ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979, p. xiii.

¹⁹² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. 3 e 4.

Explica CITTADINO que tais pensadores, comprometidos com os ideais do pensamento comunitário e, dentro do contexto de reconstrução do Estado brasileiro de Direito, buscaram “dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta”. Por isso receberam da autora a denominação de “constitucionalismo comunitário brasileiro”.

Neste processo, é tão significativa a influência do pensamento comunitário nos trabalhos desses autores – ainda que a adoção das concepções e compromissos comunitários derive do constitucionalismo ibérico – que nos pareceu razoável designá-los como representantes do “*constitucionalismo comunitário brasileiro*”. Ressalte-se, de outra parte, que este “constitucionalismo comunitário”, em face da atuação decisiva de seus representantes ao longo do processo constituinte, registrou a sua marca em nosso ordenamento constitucional. Na verdade, é possível identificar na Constituição Federal não apenas uma linguagem comunitária, mas um compromisso com o ideário comunitário.

Ao adotar o ideário comunitário e lutar por sua inclusão no ordenamento constitucional do País, os “constitucionalistas comunitários” brasileiros se envolvem no debate acerca de como é possível conformar uma sociedade justa e uma estrutura normativa a ela adequada. No entanto, como referimos, esta discussão tem seu início no âmbito da filosofia política contemporânea e organiza-se em torno dos debates sobre relações entre ética, direito e política.¹⁹³

Pelo aspecto comunitarista, a Constituição atua como depositária dos valores de uma sociedade, enfatizando sua realidade social e cultural. Ela enfatiza os direitos fundamentais sem limitar-se à concepção individualista, defende a autonomia privada, desde que delimitada pela soberania popular, incentiva a democracia participativa e a prestação positiva do Estado. A Constituição do Estado terá um papel fundamental na defesa de nossa tese da inclusão dos direitos fundamentais no rol das normas imperativas.

¹⁹³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. 3 e 4.

1.2.5 Crítica de DUSSEL

DUSSEL reconhece a existência e o trabalho dos comunitaristas e enquadra-os dentro do momento material da ética. Critica-os, no entanto, em virtude da adoção de um princípio ético não-universal, centrado em valores e contextos que não abrangem a totalidade da realidade mundial.

Os comunitaristas ocupam então um lugar próprio no panorama contemporâneo norte-americano das éticas de conteúdo, que a filosofia latino-americana, a africana ou a asiática podem estudar com simpatia – dada a necessidade de indicar a legítima hegemonia do *ethos* eurocêntrico com pretensão de universalidade – mas que, ao mesmo tempo, devem ser superadas a partir de um princípio material universal, e a partir de um diálogo intercultural não eurocentricamente redefinido.¹⁹⁴

O autor também não se conforma com a visão restrita que se faz de cada comunidade, de forma isolada, e sem diálogos entre elas. Então critica, finalizando:

Ao recuperar a história da eticidade, alguns comunitaristas não deixam por isso de cair em certos extremos opostos: o de afirmar a incomensurabilidade de cada “mundo de vida”; o de ignorar um princípio material universal, o de não estar atentos ao momento material ao qual os utilitaristas haviam feito referência.¹⁹⁵

Essa lacuna apontada por DUSSEL será levada em consideração na conclusão de nosso raciocínio sobre as normas imperativas e na elaboração de nossa idéia de aproximação com os Direitos Humanos.

Diante da exposição do pensamento dos principais autores comunitaristas, fica clara a relação entre essa filosofia e a teoria geral das normas imperativas do Direito Internacional Privado. As normas imperativas são normas internas

¹⁹⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e exclusão*. Petrópolis, Editora Vozes, 2000. p. 117.

¹⁹⁵ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e exclusão*. Petrópolis, Editora Vozes, 2000. p. 116.

expedidas por determinado país com o intuito de regulamentar assuntos e situações por ele considerados como vitais para a manutenção de sua sociedade. Sua cogência impede-as de terem a aplicação afastada diante de relações jurídicas que envolvam ordenamentos jurídicos de outros países, como nos casos de utilização do método conflitual, da homologação de sentenças estrangeiras, da utilização do princípio da autonomia da vontade no direito obrigacional. Elas são aplicadas de forma imediata, de forma a garantir a observância dos valores que lhe são inerentes, resguardando os princípios locais em vigor, a história da comunidade, as interioridades, identidades e diversidades, sempre respeitando a multiculturalidade, ou seja, resgatando as tradições.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, citado por EEK, ao tratar da intervenção da ordem pública, explica que “a utilidade de sua intervenção se faz particularmente sentir à hora em que a intensidade do comércio mundial, que pressiona ao cosmopolitismo, risca de adormecer a consciência francesa e de fazê-la perder o senso dos imperativos franceses”. Para o autor, cada Estado tem um direito incontestável de defender a autoridade moral de suas características originais e isso diz respeito à defesa de sua integridade.¹⁹⁶

Tal pensamento pode ser transposto validamente para o campo das normas imperativas - que, do mesmo modo, intervêm para garantir a integridade e moral do país do foro - e para outros países além da França – os quais também não querem perder a “consciência” nacional nem o “senso imperativo” dos valores culturais locais.

¹⁹⁶ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. *Droit International Prive*. 1970, 9 ed., p.499 *apud* EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 20 -22, 1973.

1.3 Capítulo III - Norma Imperativa Aplicada

A consolidação das normas imperativas tem gerado uma importante modificação na disciplina do Direito Internacional Privado, começando a aparecer de modo cada vez mais freqüente em legislações internas materiais e de conflito de leis, em alguns tratados e, em certa medida, na jurisprudência de cortes locais ou internacionais. É o que se pretende descrever nesta parte do trabalho.

1.3.1 Direito Comparado

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 de modo mais incisivo.

PARRA-ARANGUREN, baseado em BAUER, explica que existem duas situações distintas para as normas de aplicação imediata, previstas no ordenamento jurídico interno. As leis de aplicação imediata devem também ser diferenciadas daquelas regras sancionadas pelos legisladores para resolver certas situações factuais conectadas com sistemas legais estrangeiros. A existência dessas regras substantivas não significa que elas devam ser sempre aplicadas, independentemente dos elementos estrangeiros da controvérsia, porque tudo depende da vontade do legislador. Às vezes, elas devem ser aplicadas em absoluto, sem fazer distinção entre controvérsias internas e internacionais e, quando este for o caso, elas são leis de aplicação imediata.

Por outro lado, há ocasiões em que sua aplicação só ocorrerá quando elas pertencerem à lei designada pelas regras de conflito, como acontece, por exemplo, com antigas leis especiais publicadas para regular contratos internacionais do comércio na antiga Tchecoslováquia (1963), na República Democrática da Alemanha (1976) e na República Popular da China (1985). Portanto, as normas substantivas são leis de aplicação imediata somente quando o legislador prescreve sua aplicação a casos contendo elementos estrangeiros, sem permitir o prévio funcionamento do conflito de leis.

A lei da RDA, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, é o exemplo, citado pelo autor, de legislação que prescreve expressamente a submissão de normas substantivas ao comando do conflito de leis: “Esta lei aplica-se aos contratos internacionais econômicos e a relações jurídicas conectadas a eles, quando as partes acordarem em submetê-los à legislação da República Democrática da Alemanha, ou se esta lei for designada pelas regras de conflito aplicáveis.”¹⁹⁷

Passemos, então, à análise do direito interno de alguns países que fazem referência às normas imperativas.¹⁹⁸

1.3.1.1 Austrália

¹⁹⁷ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 135. Note-se que BAUER não utiliza o termo “norma imperativa”, “de aplicação imediata” ou “*lois de police*”, tendo em vista que seu objeto de estudo são as normas substantivas, que ele divide em “*règles matérielles dépendantes des règles de conflit*” e “*règles matérielles indépendantes des règles de conflit*” BAUER, Hubert. Les traités et les règles de droit international privé matériel. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. LV, n. 4, p. 537-574, out./dez.1966.

¹⁹⁸ A seguir, indicaremos, em ordem alfabética, os ordenamentos jurídicos que apresentam as referências mais significativas às normas imperativas, ou que tiveram maior repercussão, identificados em função de consulta à bibliografia do presente trabalho, além de recurso à compilações de direito comparado e internet. Trata-se de um elenco que apresenta apenas nove ordenamentos jurídicos, o que demonstra a resistência dos legisladores nacionais em relação ao tema.

Seguindo a tradição anglo-saxã, o Direito Internacional Privado na Austrália é bastante complexo tendo em vista que cada estado ou território da Commonwealth australiana é uma unidade autônoma, com normas próprias. Conseqüentemente, os conflitos se dão entre as próprias leis desses estados ou entre a lei de um estado e a de um país estrangeiro. Em geral não ocorrem em função de questões federais.

Assim, dada a pluralidade de legislações, optamos por analisar o relatório final da *Australian Law Reform Commission - ALRC*, sobre “Escolha da Lei”, de maio de 1992, realizado a partir da investigação sobre regras governando a escolha da lei e procedimento em cortes federais e dos territórios, iniciada em dezembro de 1988.¹⁹⁹

O documento, que obteve implantação parcial de suas recomendações, apresenta uma série de dispositivos sobre normas imperativas, especialmente o artigo 5. 11 (*Statutes which override choice of law rules: mandatory rules*):

5.11. Estatutos que afastam a regra de conflito: normas imperativas. Uma vez decidido que um estatuto é desse tipo, o foro deve ser requerido para consentir com este estatuto e um estatuto do foro deverá ser aplicado, mesmo que não seja a *lex causae*, tendo em vista a regra de conflito requerer a observância da norma imperativa. Não há desenvolvimento da doutrina das normas imperativas na *common law* mas cortes britânicas e australianas em várias ocasiões aplicaram algumas leis do foro com base em que elas devem ser aplicadas desconsiderando as regras ordinárias de conflito. Dicey & Morris chamaram tais regras de *'crystallised rules of public policy'*. São regras que expressam uma forte política socioeconômica que a corte vai aplicar apesar das normas sobre escolha de leis. Elas são amplamente descritas como regras que “não podem ser derogadas por” ou como regras que devem ser aplicadas “qualquer que seja a lei aplicável” ou regras que “não podem ser excluídas ou modificadas”. Elas cobrem um raio de diferentes tipos de regras nas áreas do contrato, aplicam-se na legislação sobre *trusts* e podem aparecer na sucessão. Entendidas por Dicey & Morris como *“overriding statutes”* elas são aquelas que se pretendem aplicar apesar das regras de conflito de leis.

¹⁹⁹ Choice of Law. ALRC 58. Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/other/alcrc/publications/reports/58/Report_58.txt. Acesso em 19 de outubro de 2005.

As normas imperativas aparecem nas considerações gerais (4.3), ao lado da ordem pública, com a recomendação de que as normas imperativas do Estado estrangeiro sejam aplicadas em certas circunstâncias pelas cortes da Austrália (4.6) e com a ressalva de que a escolha da lei não previne a aplicação da norma imperativa que seria aplicada se método conflitual tivesse sido seguido.

A Comissão decidiu que é preferível aplicar o método ordinário do conflito de leis, para as ações estatutárias (*statutory claims*), através de várias medidas, inclusive introduzindo o conceito de normas imperativas (5.19).

A limitação da autonomia das partes sob o argumento da perda de *bona fides* deve ser substituído por regras que determinam quando as partes não podem escolher evadir a operação de uma norma imperativa do lugar com a conexão mais próxima (8.12 e 8.13).

As leis australianas sobre proteção do consumidor aplicam-se a todos os contratos cuja *proper law* seja aquele sistema legal, incluindo nesta lei do contrato as normas imperativas que não podem ser afastadas pela escolha de outra lei (8.14).

A Comissão recomenda, sobre as regras especiais para os contratos de consumo, que a autonomia das partes seja limitada e oferece como opção para reforma as normas imperativas (8.25); faz referência aos artigos sobre normas imperativas na Convenção de Roma, exemplificando (8.26 e 8.27); na prática francesa (8.28), no *Second Restatement* dos EUA (8.29); na prática norte-americana (8.30); em Convenções Internacionais (8.31).

Há necessidade de se estabelecer regras padronizadas internacionais sobre normas imperativas em função de sua crescente utilização (8.32) e de se clarificar sobre as conseqüências das restrições da autonomia das partes em função da ordem pública e da norma imperativa (8.33).

Em se tratando de contratos, as normas imperativas atuam em relação à lei do contrato interestatal (8.34) e internacional (8.35) e afastam a lei escolhida pelas partes (8.53).

O item 8.36 prevê o seguinte:

A Comissão recomenda que, quando *the objective proper law* do contrato é uma lei de um Estado ou Território que tem legislação mandatória que se aplica à questão decorrente do contrato, essa questão deve ser decidida de acordo com tal provisão legislativa. Quando a lei objetiva do contrato é a lei de um lugar estrangeiro que tem legislação mandatória que se aplica à questão decorrente do contrato e a qual não pode ser excluída pela operação do conflito de leis, a maioria da Comissão recomenda que tal questão deve ser decidida de acordo com a legislação desse lugar.

O texto fala em adoção por maioria, em virtude do voto dissidente do Comissário NYGH que, referindo-se ainda ao rascunho do trabalho [Draft Bill. Clause 9 (9).], expressou que “A proposta é mais rígida que o artigo 7.1 da Convenção de Roma ao excluir qualquer discricionariedade no foro uma vez que conclui que a lei do terceiro país é mandatória no sentido internacional. Por outro lado, a conexão deve ser “*the most real and substancial*” e não somente “*close*”. A proposta ainda não foi adotada pelo Governo australiano”.²⁰⁰

As normas imperativas também estão previstas na sucessão (9.32).

²⁰⁰ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 392, nota 539, 1995.

1.3.1.2 Alemanha

A Lei de Introdução do Código Civil Alemão (EBGB), de 25 de julho de 1986, não teve por objetivo realizar uma codificação²⁰¹ mas, segundo STURM, preocupou-se com três fatores: dar à anterior Lei de Introdução ao Código Civil conformidade com a Constituição, em particular ao princípio da igualdade dos sexos; adaptar às necessidades atuais alguns aspectos do direito internacional de família e sucessões e, finalmente, integrar no texto da lei as Convenções da Haia sobre conflito de leis em matéria de forma das disposições testamentárias, de 5 de outubro de 1961, e sobre lei aplicável às obrigações alimentares, de 2 de outubro de 1973, além da Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais, de 1980.²⁰²

Os direitos fundamentais estão previstos no artigo 6º:

Artigo 6º. Ordem Pública (*“Ordre Public”*). Uma regra de direito de outro estado não deve ser aplicada se tal aplicação levar a um resultado que é manifestamente incompatível com princípios essenciais do Direito Alemão. Esta regra não deve, particularmente, ser aplicada se sua aplicação for incompatível com os direitos fundamentais.

O artigo 34, inserido na seção cinco (direito das obrigações), subseção um (obrigações contratuais) evoca: “Nada na presente subseção deve restringir a aplicação das regras do Direito Alemão em uma situação em que elas são imperativas, independentemente da lei aplicável ao contrato.”

Nos trabalhos preparatórios, o projeto apresentado pelo Governo Federal no Senado incluía artigo que possibilitava levar-se em consideração uma regra

²⁰¹ ver SONNENBERGER, Hans-Jürgen. Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne slon la loir du 25 juillet 1986. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 76, n. 1, p. 1-33, jan./mar.1987.

²⁰² STURM, Fritz. Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 76, n. 1, p. 33, jan./mar.1987.

imperativa estrangeira de um terceiro Estado que quisesse governar o caso, sempre que uma conexão mais forte pudesse ser estabelecida com a situação de fato e depois de examinadas as conseqüências da aplicação ou não dessa regra. Tratava-se de artigo com ampla abrangência²⁰³, o qual foi rejeitado pelo Senado a partir das seguintes alegações: isso implicaria na aceitação da proteção da ordem pública estrangeira na Alemanha, tema considerado extremamente polêmico; geraria muita insegurança devido ao excesso de poder dado aos juízes; ocasionaria muito trabalho na hora da decisão tendo em vista que as regras de todos os sistemas legais passíveis de incidirem sobre o caso deveriam ser analisadas. Tais argumentos foram rechaçados no parecer do Instituto Max Planck, de setembro de 1983.²⁰⁴

1.3.1.3 Bélgica

A Bélgica mantém a mesma redação do artigo 3º., 1 do Código Civil Francês, tendo em vista que, quando o Código Civil foi promulgado por Napoleão Bonaparte, em 21 de março de 1804, ele se estendia aos territórios belgas anexados à França, sendo até hoje considerado o texto fundamental do Direito Civil da Bélgica. Apresenta portanto, a seguinte redação: “As *“lois de police et de sûreté”* obrigam todos aqueles que habitam o território.”

²⁰³ (...) According to the « Explanatory Report » no distinction should be made between provisions appertaining to public or private law, either directed to regulate economic transactions, like prohibitions to import or to export, or aiming to protect the individuals for social considerations, as may be the case with tenants or lessees, or to facilitate the acquisition of a home, or similar.” PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 138.

²⁰⁴ « Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts. Stellungnahme des Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983 », RabelZ, v. 47, 1983.

Em relação às normas substancias, pode ser encontrada referência às normas imperativas na Lei de 27 de julho de 1961, modificada pela lei de 13 de abril de 1971, sobre resilição unilateral das concessões de venda exclusiva com duração indeterminada. Tal legislação prevê uma série de obrigações severas para a parte que faz a concessão e termina unilateralmente o contrato com o concessionário.

O artigo 4 prevê que o concessionário lesado, quando se tratar de resilição de uma concessão de venda que produz seus efeitos em todo ou parte do território belga, pode, em qualquer caso, acionar o concedente na Bélgica. No caso em que o litígio for levado a um tribunal belga, este aplicará exclusivamente a lei belga. O artigo 6 fala do “caráter imperativo da lei”.

Os dois artigos, combinados, implicam para NUYTS no conjunto da regulamentação cuja aplicação deve ser feita “qualquer que seja o direito designado pelas partes ou pela localização objetiva”, sendo que isso é unanimidade na jurisprudência e na doutrina belga sobre distribuição comercial.²⁰⁵

O autor também enquadra como imperativa a lei belga sobre agentes comerciais independentes, de 27 de abril de 1995 (que faz a transposição de diretiva europeia), cujo artigo 27 é análogo ao artigo 4 da lei citada anteriormente e cujos trabalhos preparatórios estabeleciam que sua normatização era destinada ao agente para o “proteger das dificuldades e incertezas suplementares”

²⁰⁵ NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 37, abr./jun.1999.

ocasionadas pelo “conflito em nível internacional”.²⁰⁶ Do mesmo modo são consideradas as normas trabalhistas, cujo entendimento como normas protetivas já fora ratificado em diversas oportunidades pela Corte de Cassação Belga.

Nesses casos, a norma é imperativa não somente em função da salvaguarda da organização política, social ou econômica do Estado, como pensou Francescakis. Essa preocupação atua mediatamente porque a grande preocupação imediata, aqui, é proteger os interesses privados. O intermediário do comércio se encontra em uma situação de dependência econômica em relação ao seu parceiro (parte representada), sendo que sua sobrevivência depende da continuidade da relação contratual.²⁰⁷

Em relação ao conflito de leis, a Bélgica promulgou recentemente uma lei que representa o novo código belga de Direito Internacional Privado: Lei de 16 julho de 2004, que entrou em vigor em 1º. Outubro de 2004²⁰⁸.

²⁰⁶ Exposé des motifs. Doc. Parl., Sénat, SE, 1991-1992, 335-1. 21 et 1994-1995, 155-3.12. NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 38, abr./jun.1999.

²⁰⁷ NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 40-41, abr./jun.1999.

²⁰⁸ Pour la première fois de son histoire, la Belgique se dote d'une codification d'ensemble du droit international privé. Le Code de droit international privé (ci-après: Codip) réalise une synthèse des acquis de jurisprudence mais n'hésite pas à innover en s'inspirant de la doctrine, des textes internationaux, particulièrement de l'Union européenne et d'autres codifications européennes. Parmi ces tendances nouvelles, on notera le renforcement du principe de proximité tendant à privilégier, notamment en matière familiale, le rôle prépondérant de la résidence habituelle assorti d'une certaine ouverture à l'autonomie de la volonté (divorce, régimes matrimoniaux, successions), ainsi que la recherche de règles plus simples et effectives, tenant compte d'institutions ou de situations plus neuves et aux jurisprudences incertaines (mariages de personnes de même sexe, vie commune, répudiation, insolvabilité, trust) ». CARLIER, Jean-Yves. Le Code belge de droit international privé. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 94, n. 1, p. 12, janvier/mars. 2005. Versão integral da lei, com os 140 artigos, pode se encontrada em *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 94, n. 1, p. 154 ss., janvier/mars. 2005.

Especificamente sobre normas imperativas, o código as prevê expressamente no seguinte artigo:

Artigo 20 – Regras especiais de aplicabilidade

As disposições da presente lei não prejudicam a aplicação das normas imperativas ou de ordem pública do direito belga que pretendem reger uma situação internacional, qualquer que seja o direito designado pelas regras de conflito de leis, em virtude da lei ou em razão de seu objetivo manifesto.

Quando da aplicação, em virtude da presente lei, do direito de um Estado, poderá ser dado efeito às disposições imperativas ou de ordem pública do direito de um outro Estado com o qual a situação apresente um vínculo estreito, se e na medida que, segundo o direito deste último Estado, as disposições são aplicáveis qualquer que seja o direito designado pelas regras de conflito de leis. Para decidir se esse efeito deve ser dado a tais disposições, deve-se ter em conta sua natureza e seu objetivo, assim como as conseqüências que decorreriam de sua aplicação ou não aplicação.

CARLIER explica que, apesar de ter sido inspirado no artigo 7 da Convenção de Roma, esse artigo 20 preferiu a denominação genérica de “regras especiais de aplicabilidade”.

Lendo de maneira combinada o artigo 20 relativo às regras especiais de aplicabilidade e 21 relativo à exceção de ordem pública, podem ser revelados dois aspectos da ordem pública: negativo e positivo. Afastar os efeitos de uma disposição estrangeira conduz a substituí-la por uma outra disposição do mesmo direito ou do direito belga (art. 21, al. 3). Essa última hipótese será mais freqüente porque, precisamente, na continuidade dos atos do juiz, é comumente a referência implícita ou expressa às regras imperativas ou de ordem pública de sua legislação que o conduz a afastar a disposição estrangeira. É muito raro que a proximidade imperativa ou de ordem pública se exprima em relação ao direito de um outro Estado (art. 20, al. 2) ²⁰⁹

1.3.1.4 Estados Unidos da América (EUA)

Devido à pluralidade de normas de Direito Internacional Privado dos estados-partes dos EUA, optamos por analisar o *Restatement of Conflict of Laws*,

²⁰⁹ CARLIER, Jean-Yves. Le Code belge de droit international privé. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 94, n. 1, p. 22, janvier/mars. 2005.

2nd, de 1971²¹⁰ e, a título de exemplo de legislação local, reproduzimos as regras do Estado da Louisiana.

No *Restatement* o parágrafo 186 define que as questões dos contratos são determinadas pela lei escolhida pelas partes em conformidade com as regras do parágrafo 187, além do 188 que indica, na ausência dessa escolha, a lei com a mais significativa relação com as partes e a transação por elas efetuadas.

O parágrafo 187 do *Restatement*, por sua vez, estabelece:

A lei do estado escolhida pelas partes (...) será aplicada, (...), a menos que: a) (...); b) a aplicação da lei desse Estado escolhido seja contrária à uma política fundamental de um Estado que tenha, na determinação da questão litigiosa particular, um interesse materialmente maior que o Estado escolhido e o qual, sob as leis do par. 188, seria o Estado da lei aplicável na ausência de uma escolha efetiva da lei pelas partes.

Como se pode verificar, não há referência explícita às normas imperativas mas prevê o texto da *American Law Association* o afastamento da lei escolhida quando ela for incompatível com uma *fundamental policy* do Estado que tenha o maior interesse na questão.

Para RIGAUX, “A secção 187, 2) b) do *Restatement Second Conflict of Laws* inculpe, na aplicação da lei escolhida pelas partes, uma exceção cuja

²¹⁰ ‘Restatement’ é o relatório realizado pelo *American Law Institute* que ordena a legislação dos Estados Unidos, por ramo jurídico, levando em consideração as decisões judiciais, as novas tendências e as opiniões da doutrina especializada. Ele não representa a posição oficial do governo norte-americano. Nos termos do *Barron’s Law Dictionary*: “RESTATEMENT an attempt by the American Law Institute ‘... to present an orderly statement of the general **common law** of the United States, including in that term not only the law developed solely by judicial decision, but also the law that has grown from the application by the courts of statutes...’(...) Restatements are compiled according to subject matter; those compiled include contracts, torts, property, trusts, agency, conflict of laws, judgements, restitution, security, and foreign relations.” *GIFIS*, Steven H. **Law Dictionary**. Legal Guides. New York: Barron’s, 1996. 4 ed. p.438.

redação sofreu, sem dúvida, influência da doutrina da análise dos interesses governamentais²¹¹, por nós já analisada.

Estado da Louisiana

O Projeto de Codificação das normas de Direito Internacional Privado da Louisiana foi realizado entre 1984 e 1991, pelo Relator Symeon C. Symeonides. Ele foi promulgado como *Act 923*, de 1991, e atualmente é parte integrante do Código Civil da Louisiana.²¹²

O artigo 3515 é a primeira disposição do Livro IV. “Do Conflito de Leis”, Título 1. “Provisões Gerais”, tratando da lei aplicável:

Artigo 3515. Determinação da lei aplicável, regra geral e residual.
Salvo os casos definidos neste livro, uma questão decorrente de um caso que tem contato com outros estados é governada pela lei do estado cujas “*policies*” seriam seriamente prejudicadas se esta lei não fosse aplicada à questão.
Esse estado é determinado pela valoração da força e pertinência das “*relevant policies*” de todos os Estados envolvidos, levando-se em consideração: (1) a relação de cada estado com as partes e a disputa; e (2) as “*policies and needs*” dos sistemas internacional e interestadual, incluindo as políticas de sustentação das justificadas expectativas das partes e da minimização das conseqüências adversas que podem surgir da sujeição da parte à lei de mais de um estado.

O título VI trata das Obrigações Convencionais e tem como disposição introdutória o seguinte:

Artigo 3537. Regra geral
Salvo as exceções contidas neste título, uma questão sobre obrigações convencionais é governada pela lei do estado cujas “*policies*” seriam seriamente prejudicadas se esta lei não fosse aplicada à questão.
Esse estado é determinado pela valoração da força e pertinência das “*relevant policies*” de todos os Estados envolvidos, levando-se em consideração: (1) a relação de cada estado com as partes e a transação, incluindo o local da

²¹¹ RIGAUX, François. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 213, n. 1, p. 199, 1989.

²¹² A versão integral do Código pode ser encontrada em:

<http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?folder=222>. Acesso em 24 de outubro de 2005.

negociação, formação e performance do contrato, o local do objeto do contrato, e o lugar do domicílio, residência habitual ou negócios das partes; (2) a natureza, tipo e objetivo do contrato; e (3) as “*policies*” referidas no artigo 3515, assim como as políticas sobre a facilitação do regular andamento das transações, sobre promoção das relações comerciais multi-estatais e sobre proteção de uma das partes em relação à imposição indevida da outra.

Sobre esse artigo, NYGH explica que, tal “como no artigo 7.1 da Convenção de Roma, deve haver um “contato pertinente” com o Estado em questão e um exame das políticas do foro, do terceiro Estado e, acima de tudo, da expectativa das partes.”²¹³

Por fim, o artigo 3540, sobre autonomia das partes, estabelece que “Todas as outras questões sobre obrigações convencionais são governadas pela lei expressamente escolhida ou claramente reveladas pelas partes, exceto na extensão em que essa lei contradiz uma *public policy* do estado cuja lei seria aplicável conforme o artigo 3537”.

Para NYGH, “o efeito de ambas as provisões é dar à norma imperativa de um terceiro Estado, cujos interesses poderiam ser gravemente prejudicados se sua lei não fosse aplicada, uma posição de força a que o artigo 7.1 da Convenção de Roma não teria aspirado.”²¹⁴

1.3.1.5 França

O Código Civil Francês, em seu artigo 3º., parágrafo 1, estabelece: “As “*lois de police et de sûreté*” obrigam todos aqueles que habitam o território.”

²¹³ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 394, 1995.

²¹⁴ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 394, 1995.

Trata-se de direito material com finalidade não-relacionada diretamente ao conflito de leis no espaço. É uma disposição eminentemente principiológica, para PARRA-ARANGUREN.²¹⁵

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE explica que tal artigo deve ser entendido no sentido de que somente a lei francesa é aplicada em matérias relativas ao funcionamento do Estado Francês, em sua organização judicial e administrativa. O autor denuncia a tendência da doutrina e também da jurisprudência na França de fazer confusão ao descrever como leis de ordem pública tanto as normas mandatórias do direito privado, que não podem ser afastadas por acordo entre as partes, quanto as normas que devem ser aplicadas porque têm o poder de afastar qualquer direito estrangeiro.²¹⁶

JAYME realiza uma análise distinta. Ao estudar o artigo 3,1, fá-lo cotejando com o artigo 6, que estabelece que “Não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e *“bonnes mœurs”*”. E conclui: “A alínea 1 do artigo 3 do Código Civil concerne o direito internacional privado, enquanto o artigo 6 se refere aos contratos regidos pelo direito francês; pressupõe-se que o direito francês é aplicado.”²¹⁷

²¹⁵ “The formulation was different from that of Savigny because it represented a principle to be obeyed and not an exception to the application of the foreign law designated by the conflict rule. Furthermore, it has remembered that, at the time of its enactment, the application of foreign law was not considered the fulfillment of a duty, as Savigny maintained, but the result of a friendly attitude arising out of international courtesy (*comitas*)”. PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 122.

²¹⁶ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. *Droit International Prive*. Loussoarn, 1970, 9 ed., p. 492 *apud* EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. RCADI. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 59-60, 1973. Segundo este último, essa falta de diferenciação clara entre os institutos é a razão pela qual os legisladores em vários países não parecem ter muito interesse nessa distinção e na classificação das normas imperativas.

²¹⁷ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 223.

1.3.1.6 Itália

A Lei n. 218, de 31 de maio de 1995, sobre a “Reforma do sistema italiano de Direito Internacional Privado”²¹⁸ enuncia no artigo 17 as “Normas de Aplicação Necessária”, prevendo:

Artigo 17. É ressalvado o prevalecimento, sobre as presentes disposições, das normas italianas que, em consideração com seu objeto e escopo, devem ser aplicadas apesar da competência da lei estrangeira.

1.3.1.7 Quebec

As normas de Direito Internacional Privado de Quebec estão positivadas no Código Civil promulgado em 1991, onde existem vários artigos tratando das normas imperativas na parte dos direitos materiais:

431. É permitido fazer, por contrato de casamento, todos os tipos de estipulações, sob a reserva das disposições imperativas da lei e da ordem pública.

521.8. É permitido, por via contratual, estabelecer um regime de união civil e fazer todos os tipos de estipulações, sob a reserva das disposições imperativas da lei e da ordem pública.

521.13. Os cônjuges podem consentir, em uma declaração comum, sobre a dissolução de sua união se eles estabelecerem todas suas conseqüências em um acordo.

A declaração e o acordo devem ser recebidos pelo notário e constatados nos atos notariais em minuta.

O notário não pode receber a declaração sem que antes o acordo seja constado em um termo de acordo autenticado. Antes de tudo, deve informar aos cônjuges sobre as conseqüências da dissolução e de assegurar que o consentimento dos mesmos é real e que o acordo não é contrário às disposições imperativas da lei e da ordem pública. Ele pode, se estimar necessário, informá-los sobre os serviços que ele conhece e que são suscetíveis de ajudá-los na conciliação.

²¹⁸ Sobre a lei italiana, ver GIARDINA, A. Les caractères généraux de la réforme. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, 1996, p. 1ss.

Da mesma forma, o segundo livro do Código Civil trata “Do Direito Internacional Privado” especificamente, tratando das normas imperativas nas seguintes disposições:

3076. As regras do presente livro se aplicam sob a reserva das regras de direito em vigor no Quebec, cuja aplicação se impõe em razão de seu objetivo particular.

3079. Quando os interesses legítimos e manifestamente preponderantes exigem, pode ser dado efeito a uma disposição imperativa da lei de um outro Estado com o qual a situação apresenta uma ligação estreita.

Para decidir sobre isso, deve-se levar em conta o objetivo da disposição, assim como as conseqüências que decorrerão de sua aplicação.

3082. A título excepcional, a lei designada pelo presente livro não é aplicável se, levando em consideração o conjunto das circunstâncias, é manifesto que a situação tem apenas uma ligação distante com aquela lei e que ela se encontra em relação bem mais estreita com a lei de outro Estado. A presente disposição não é aplicável quando a lei é designada em um ato jurídico.

Ainda no segundo livro, no capítulo das obrigações, no parágrafo (2) sobre o “Fundo dos atos jurídicos”, está previsto:

3111. O ato jurídico, apresentando ou não um elemento de estraneidade, é regido pela lei designada expressamente no ato ou cuja designação resulte de modo incontroverso das disposições do ato.

Entretanto, se ele não apresenta nenhum elemento de estraneidade, ele continua submetido às disposições imperativas da lei do Estado que se aplicará na ausência de designação.

Pode-se designar expressamente a lei aplicável à totalidade ou somente a uma parte de um ato jurídico.

O parágrafo 3º. trata “Do contrato de consumo”, estabelecendo:

3117 A escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de consumo não pode ter por resultado a privação do consumidor da proteção que lhe asseguram as disposições imperativas da lei do Estado onde ele tem sua residência, se a conclusão do contrato foi precedida, nesse local, de uma oferta especial ou de uma publicidade e que os atos necessários à sua conclusão ali foram realizados pelo consumidor, ou, ainda, se a comanda deste último foi ali recebida.

O mesmo ocorre quando o consumidor foi incitado por seu co-contratante a se dirigir a um Estado estrangeiro a fim de ali concluir o contrato.

Na ausência de designação pelas partes, a lei da residência do consumidor é, nas mesmas circunstâncias, aplicável ao contrato de consumo.

O Contrato de Trabalho está previsto no parágrafo seguinte (4º.)

3318. A escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho não pode ter por resultado a privação ao trabalhador da proteção que lhe asseguram as disposições imperativas da lei do Estado onde ele realiza habitualmente seu trabalho mesmo se ele é feito a título temporário em um outro Estado ou, se ele não realiza habitualmente seu trabalho em um mesmo Estado, da lei do Estado onde seu empregador tem seu domicílio ou seu estabelecimento.

Na ausência de designação pela partes, a lei do Estado onde o trabalhador realiza habitualmente seu trabalho ou a lei do Estado onde seu empregador tem seu domicílio ou seu estabelecimento são, nas mesmas circunstâncias, aplicáveis ao contrato de trabalho.

Por fim, sobre a Responsabilidade Civil , o Código de Quebec estabelece:

3128. A responsabilidade do fabricante de um bem móvel, qualquer que seja a fonte, é regida, por escolha da vítima:

1º. Pela lei do Estado no qual o fabricante tem seu estabelecimento ou, na falta, sua residência;

2º. Pela lei do Estado em que o bem foi adquirido.

3129. As regras do presente código se aplicam de modo imperativo à responsabilidade civil por todo prejuízo sofrido no Quebec ou fora do Quebec e resultante seja da exposição a uma matéria prima proveniente do Quebec, seja de sua utilização, tenha sido esta matéria prima tratada ou não.

1.3.1.8 Suíça

A *Loi Fédérale sur le Droit International Privé* (LDIP), aprovada em 18/12/1987 a partir de um projeto de lei de 10/11/1982, elaborado durante 9 anos pelo Conselho Federal, entrou em vigor em 1/01/1989, substituindo a LRDC – *Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, de 1891. São 13 capítulos que resultam em 200 artigos, utilizando preferencialmente o elemento de conexão domicílio e dispendo sobre as normas imperativas de forma muito específica, em seus artigos 18 e 19.

Artigo 18 : Aplicação de disposições imperativas do direito suíço. São reservadas as disposições imperativas do direito suíço que, em razão de seu objetivo particular, são aplicáveis independente do direito designado pela presente lei.

O artigo 18 é considerado como um grande exemplo para o avanço do instituto das normas imperativas, inclusive porque se trata de disposição legislativa com base em uma prática anterior comum na Suíça.

O artigo 18 concretiza uma realidade ainda mal definida. Qualquer que seja a menção marginal (“Aplicação de disposições imperativas do direito suíço”), esta disposição visa às regras de aplicação imediata ou necessária, tal como Ph. Francescakis havia descoberto e definido. Na Suíça, as regras de aplicação imediata não deveriam ser muito numerosas.²¹⁹

KNOEPFLER e SCHWEIZER explicam que a mensagem do Conselho Federal citava as normas de direito público assegurando a proteção dos trabalhadores, o que para os autores não é um exemplo bem escolhido. Eles consideram como autênticas leis de aplicação imediata as disposições sobre seguridade social e também sobre o sistema de proteção dos locatários contra os abusos na fixação dos aluguéis e em matéria de rescisão.

Essas disposições se aplicam independente do direito designado pelas partes a partir do momento em que o arrendamento recaia sobre uma moradia situada na Suíça. Neste ponto, o artigo 18 não deverá modificar a jurisprudência atual. Os tribunais, em vários casos, já haviam reconhecido a vontade de aplicação imediata de determinadas regras considerando-as ora como de ordem pública, ora como absolutamente necessárias.²²⁰

O artigo precedente (17) trata do respeito à ordem pública e a comparação entre os dois não tardou para ser objeto de discussões por parte da doutrina. BUSCHER retoma sua discussão em relação aos efeitos das duas disposições:

²¹⁹ KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p. 230-231, abr./jun.1988.

²²⁰ KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p. 230-231, abr./jun.1988.

Essa norma [art.18] faz surgir uma diferença sensível em relação ao funcionamento da cláusula tradicional da ordem pública (art. 17 LDIP). Tal diferença é bastante colocada em evidência pela doutrina, ao afirmar freqüentemente que a cláusula de ordem pública apoiar-se-ia sobre o efeito negativo desta, enquanto a reserva das disposições imperativas do foro seria limitada a seu efeito positivo. Essa visão simplificada erige em categorias separadas dois procedimentos fundamentalmente próximos: em se tratando de normas de ordem pública, elas levam, de fato, a resultados idênticos, mas por um mecanismo diferente.²²¹

A previsão suíça através do artigo 18 é também uma referência importante em virtude da raridade do tema nos ordenamentos jurídicos que, em geral, silenciam-se sobre o assunto ou fazem a previsão apenas da ordem pública. Nestes casos BUSCHER entende que as normas imperativas nela estão compreendidas.

É conveniente ressaltar, inicialmente, que uma disposição como o artigo 18 não parece indispensável em um sistema de direito internacional privado que conhece, algures, uma cláusula de ordem pública, como o artigo 17. Esta cláusula é, em efeito, perfeitamente capaz de assegurar o domínio de aplicação necessária às disposições internacionalmente imperativas do foro, mas ela o faz pelo "subterfúgio" ("détour") das regras de conflito e de uma *lex causae* estrangeira. Além disso, a maioria das legislações não prevê reserva específica do tema das leis de aplicação imediata. É o mesmo que ocorre com as Convenções da Haia, que se contentam em geral com a regra tradicional da ordem pública, sem excluir por outro lado a tomada em consideração das leis de aplicação imediata por cada Estado contratante.²²²

Na seqüência, o artigo 19 enuncia:

Artigo 19 : Consideração de disposições imperativas do direito estrangeiro. 1. Quando interesses legítimos e manifestamente preponderantes (das partes), sob a ótica da concepção suíça do direito, exigem, uma disposição imperativa de um direito que não aquele designado pela presente lei pode ser levada em consideração, se a situação em causa apresentar uma relação estreita com esse direito. 2. Para julgar se tal disposição deve ser levada em consideração, deve-se ter em conta o objetivo a que ela visa e as conseqüências que terá sua aplicação para chegar a uma decisão adequada sob a ótica da concepção suíça do direito.

²²¹ BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, p. 39-40, 1992.

²²²BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, p. 40, 1992

Se o artigo 18 da lei suíça já é, em si, uma referência para a matéria, o artigo 19 é ainda mais inovador ao fazer, ainda na década de 80, a regulamentação da norma imperativa estrangeira. KNOEPFLER e SCHWEIZER comentam o ineditismo do tema, propõem algumas áreas em que essa previsão pode ocorrer e alertam para as dificuldades que poderão surgir.

Se o artigo 19 não é único em seu gênero, é uma das primeiras disposições desse tipo que se verá realmente funcionar. O artigo 19 tem por objetivo trazer uma solução ao conflito que pode existir entre o direito normalmente aplicável e as disposições imperativas de um direito estrangeiro, na hipótese, por exemplo, em que o contrato será válido em relação ao primeiro e inválido conforme o segundo. As disposições imperativas do direito estrangeiro poderão ser levadas em consideração, sendo a lei aplicável designada por uma regra de conflito objetiva ou por uma escolha das partes, o que vem a dizer que o artigo 19 restringe a autonomia dessas últimas em direito internacional privado.²²³

O autor explica que tal limitação pode ser justificada por motivos econômicos, sociais, políticos ou culturais. Tal como já existia em direito interno, agora o raciocínio foi estendido às relações internacionais, com todas “as complicações que isso implica”.²²⁴

OVERBECK enfatiza a excepcionalidade da aplicação da norma imperativa estrangeira, garantida pelas próprias palavras do legislador, no texto da lei.

Segundo esse texto, a disposição deve querer se aplicar em virtude de uma regra especial e não simplesmente porque o direito do país em questão é competente conforme suas próprias regras de conflito.

O projeto suíço, contrariamente ao texto de Roma, deliberadamente escolheu o singular “uma disposição” para bem marcar o caráter excepcional, pontual, dessa intervenção, que não impede que, para todas as outras questões, a lei designada pelas regras de conflito continue a se aplicar.

²²³ KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p. 230-231, abr./jun.1988.

²²⁴ KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p. 230-231, abr./jun.1988.

A regras em vigor no foro sobre o estabelecimento do conteúdo da lei estrangeira dirão se cabe ao juiz ou às partes estabelecer que a disposição estrangeira pretende se aplicar em espécie.²²⁵

Há necessidade, para o juiz, de fazer um juízo valorativo diante do caso concreto, a fim de avaliar a conveniência e oportunidade de se aplicar a norma imperativa.

É preciso então que os interesses visados pela disposição imperativa sejam sem nenhuma hesitação mais dignos de proteção que aqueles, por exemplo, da parte que sofre um prejuízo em virtude da aplicação dessa disposição.²²⁶

Para tanto, deve o aplicador da lei levar em consideração os termos indicados pelo próprio legislador suíço que, consciente de tantas complicações e abstrações envolvendo as normas imperativas, lançou mão de sua costumeira prudência. Evocou, então, termos precisos ao estabelecer que se deve “levar em consideração” a norma imperativa estrangeira, apenas nos casos em que o juiz verificar que os interesses das partes são “legítimos e manifestamente preponderantes”, sem perder a perspectiva do “objetivo da norma” e das “conseqüências de sua aplicação”, sempre com vistas ao que o Direito Suíço entende como “decisão adequada”.

Em definitivo, o artigo 19 apresenta, a toda evidência, um aspecto moral. Ele tende a evitar que, pela utilização hábil das regras de conflito de leis, as partes possam escapar das disposições que mesmo sendo desconhecidas do direito suíço, merecem o respeito e não representam infração aos interesses suíços ou aos princípios fundamentais de nosso direito. Enfim, aqueles que crêem que os juízes suíços perdem sua independência em relação ao estrangeiro devem se lembrar das condições restritivas que têm de estar reunidas para que os tribunais possam levar o direito imperativo estrangeiro em consideração: os interesses legítimos e manifestamente preponderantes devem exigir-lo; a situação visada deve apresentar uma relação estreita com o direito que se pretende aplicar; enfim, será

²²⁵ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 177, 1982.

²²⁶ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 181, 1982.

conveniente ter em conta o objetivo dessas disposições e das conseqüências concretas de sua aplicação sob a ótica da concepção suíça do direito.²²⁷

Em relação à segunda parte do artigo 19, o papel fundamental novamente fica nas mãos do intérprete das leis aplicáveis, diante do caso concreto. “O juiz suíço tem então o poder de formular normas substantivas internacionais especiais que levem em consideração o efeito do direito estrangeiro.” A dificuldade surge quando tal efeito significa uma sanção estabelecida pela norma estrangeira. “A solução aplica-se independente da *proper law of the contract* ser a lei da Suíça ou estrangeira. Nos dois casos o foro não tem obrigação de aceitar a sanção estrangeira da nulidade; o juiz pode, se necessário, adotar outras medidas que cubram a situação em questão e os interesses envolvidos mais adequadamente”, conforme explica VISCHER:

Quando se considera a questão da validade, não deve ser esquecido que a nulidade do contrato é parte do sistema de sanções da lei estrangeira que normalmente inclui coerção penal ou administrativa. Nenhuma corte deve impor sanções penais estrangeiras. Mas cortes não devem aceitar também a sanção estrangeira de direito civil, a menos que haja uma congruência de interesses entre o foro e o Estado que a expede. Esse seria especialmente o caso se a sanção fosse aplicada *ex officio* e nenhuma parte invocasse nulidade. Sem um interesse congruente do foro, cortes civis não devem agir como executores dos interesses públicos estrangeiros. Juntar-se a um embargo estrangeiro, por exemplo, é em primeira linha uma decisão política incumbida ao ramo executivo e não ao judiciário. A tarefa das cortes civis é encontrar a solução justa para a controvérsia entre as partes civis. A lei Suíça, no artigo 19 sublinha esse objetivo ao expressamente limitar a influência de atos estrangeiros a caos em que os “interesses legítimos e manifestamente preponderantes das partes requeiram, de acordo com a visão da Suíça”²²⁸

²²⁷ KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p.232. abr./jun.1988.

²²⁸ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 173-174, 1992.

Apesar do amplo avanço que representa, o artigo 19 foi alvo de críticas em função de algumas de suas características, tais como ser submisso porque pode gerar a sujeição do judiciário suíço à lei estrangeira; incompleto porque não definiu as condições nem as conseqüências da aplicação do direito estrangeiro; desnecessário porque o código suíço das obrigações, no artigo 20, prevê a nulidade dos contratos concluídos com objetivo ilícito ou que são contrários aos costumes ou ordem pública.

Antes de se transformar em lei, o projeto de IPRG continha o artigo 18 que, de forma mais sintética, regulamentava a norma imperativa sob outra denominação:

Artigo 18. Se uma disposição de uma lei diferente daquela designada pela presente lei reivindica sua aplicação exclusiva, ela pode ser aplicada quando tal aplicação se impõe por interesses dignos de proteção e manifestamente preponderantes e cuja causa tenha relação suficientemente estreita com aquela lei.

A decisão sobre se aquela lei é aplicável é tomada levando em conta seu objetivo e as conseqüências que dela resultem.

Fica claro, portanto, que desde o início o posicionamento legislativo suíço diferiu da concepção geral. Normalmente, os limites à aplicação do direito estrangeiro estão previstos em virtude de uma valoração superior da ordem interna, deixando-se de aplicar a lei estrangeira ou de executar a sentença estrangeira porque elas ofendem a ordem pública interna ou porque há uma norma imperativa, interna e superior, que tem o mesmo objeto. Por sua vez, no projeto suíço, do mesmo modo que em sua versão definitiva, ocorre o oposto uma vez que se leva em consideração a ordem estrangeira. Se esta protege, de forma peremptória, interesses específicos e exige sua aplicação de forma exclusiva, ela

pode ser aplicada no território estrangeiro, afastando o juiz a aplicação de sua própria lei.

JAYME exemplifica através de legislações estrangeiras que dispõem de regras especiais, em matéria contratual, relativas a moeda, importação ou exportação. Lembra da decisão alemã que, apesar da lei aplicável ao contrato de seguro ser a alemã, aplicou a lei nigeriana que proibia exportação de determinados objetos de arte da Nigéria e também a decisão inglesa, que aplicou a lei da Nova Zelândia em caso similar. E alerta ao explicar que “é este tipo de prescrição estrangeira que o projeto suíço busca quando prevê que o juiz deve ter em conta o direito público de um terceiro Estado. Contudo, este artigo aporta um elemento de insegurança à codificação porque é o juiz que deve, no caso concreto, decidir se uma disposição estrangeira contém os interesses dignos de proteção.”²²⁹

OVERBECK lembra que, assim como o artigo 7, (I) da Convenção de Roma – que estudaremos em breve, o Projeto Suíço foi influenciado pelos trabalhos de Bruxelas, no âmbito da Comunidade Européia, embora estes utilizassem o termo “deve” e aqueles tenham ficado na versão final com o termo “pode”.²³⁰

Diante de tanta inovação e receptividade, o projeto foi aperfeiçoado e deu origem ao citado artigo 19 da Lei suíça.²³¹

²²⁹ JAYME, Erik. *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*. RCADI, 1982. IV, tomo 177. p. 85.

²³⁰ OVERBECK, Alfred E. Von. *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 180, 1982.

²³¹ L'article 19 expose une des idées les plus originales, mais aussi les plus controversées de la loi. Certains y ont même vu l'expression de la soumission du juge suisse au *diktat* de l'étranger. Après quelques avatars, il sort inviolé du débat parlementaire, sa présentation ayant même été améliorée par rapport à celle qui était proposée dans le projet. KNOEPFLER, François e SCHWEIZER,

1.3.1.9 Venezuela

Recentíssima, a *Ley de Derecho Internacional Privado* da Venezuela foi publicada na *Gaceta Oficial* nº 36.511, no dia 6 de agosto de 1998, definindo no artigo 10:

Artículo 10. No obstante lo previsto en esta ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos.

O Projeto de 1963 para modificação do Direito Internacional Privado da Venezuela, ainda pertencente ao Código Civil de 1942, previa a aplicação de normas imperativas estrangeiras do lugar onde a obrigação deveria ser executada, desde que tivessem sido promulgadas por razões socioeconômicas de interesse geral.

1.3.2 Tratados

No que diz respeito aos Tratados, há duas situações que os relacionam ao tema das normas imperativas: (a) o Tratado pode prever regras sobre as normas imperativas, determinando uma prática uniforme para todos os Estados signatários; (b) o Tratado pode estabelecer as regras quanto à possibilidade ou não do juiz local, diante de casos concretos, aplicar a norma imperativa e, assim, afastar a lei aplicável definida em virtude de elementos de conexão previstos no

Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, p. 229, abr./jun.1988.

próprio Tratado. Na maioria dos casos, entretanto, o Tratado não regulamenta expressamente tal situação, deixando aos juristas margem para muitas dúvidas.

(...) em outras palavras, as normas imperativas partem ou elidem as normas de direito internacional privado do foro, cuja esfera de operação é, conseqüentemente, limitada. Esse resultado não é surpreendente quando a limitação afeta as normas de conflito emitidas pelo Estado, que é portanto livre para definir seu escopo e limitar sua aplicação, referindo-se a categorias particulares de fatos ou relações. Tal resultado pode, porém, trazer algumas dúvidas – ou, ainda, alguma preocupação “de uma natureza internacional”, ou seja, de direito internacional público – quando eles afetam a esfera de aplicação das normas de conflito emitidas em conformidade com uma obrigação internacional, ou seja, normas uniformes de conflito acordadas internacionalmente.²³²

MOSCONI, ao tratar dos casos em que um obstáculo surge à aplicação da lei designada pela norma de conflito decorrente de tratado, explica que isso significaria a quebra do próprio tratado, a menos que essa derrogação seja permitida por ele ou por outra norma com o mesmo valor legal, quer dizer, outra norma de direito internacional (público). Entretanto, se esse não for o caso, o resultado deveria ser no sentido de que, a cada Estado contratante, seria permitido afastar-se do cumprimento das obrigações do tratado. Para tanto, devem os Estados expedir normas que, “apesar de em princípio tratarem de setores que não tenham conexão com o tema objeto da convenção, mesmo assim o afetam, privando tais provisões de seu conteúdo.”²³³

A seguir, passaremos ao estudo de alguns tratados em espécie.

²³² MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 146-147, 1989.

²³³ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 146-147, 1989.

1.3.2.1 Convenção sobre Lei Aplicável a Obrigações Contratuais, Roma, 19 de junho de 1980 (doravante “Convenção de Roma”)

A Convenção de Roma, destinada aos países que compõem a União Européia, é considerada como o marco fundamental da previsão das normas imperativas em tratados, quer por seu pioneirismo quer pela profundidade com que trata do assunto.

De início, a Convenção de Roma estabelece a livre escolha da lei aplicável, pelas partes, excepcionando em casos de prejuízo de disposições imperativas:

Artigo 3. 3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por «disposições imperativas».

A Convenção de Roma inova ao dispor sobre a norma imperativa estrangeira antes mesmo da do foro:

Artigo 7, parágrafo 1.: “Quando, nos termos desta Convenção, se houver de aplicar a lei de um país, poderá ser dado efeito às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação tenha uma forte conexão, se e na medida que, sob a lei desse último país, aquelas regras devam ser aplicadas qualquer que seja a lei aplicável ao contrato. Para se decidir a questão sobre dar-se efeito a essas regras imperativas, deve-se levar em consideração a sua natureza e objeto e as conseqüências de sua aplicação.” A reserva a esse artigo é permitida.

Artigo 7, parágrafo 2: Nada nesta Convenção deve restringir a aplicação das regras da lei do foro em uma situação em que elas são imperativas em relação à lei aplicável ao contrato.

Como se pode observar, a Convenção de Roma prevê a possibilidade de aplicação das normas imperativas de um Estado que não aquele cuja lei é considerada aplicável para reger a obrigação. Exige, para tanto, uma relação estreita entre esse Estado e a situação em concreto.

A situação deve apresentar uma ligação (suficientemente) estreita com o direito do país que editou a lei de polícia. Esse é um primeiro elemento que o juiz apreciará. Não se respeitarão os interesses de um Estado com o qual a situação tem relações longínquas. (...) No colóquio sobre a Convenção de Roma de 1980, ocorrido em setembro 1981 em Newcastle-upon-Tyne, M L Collins citou sobre esse ponto o bloqueio, pelo presidente Carter, das contas iranianas nos bancos americanos, compreendidos as sucursais no estrangeiro. Haveria aqui uma ligação estreita no sentido do artigo 7 para aplicar a interdição americana a título de lei de polícia, os depósitos estando em si submetidos ao direito inglês? M. Collins responde afirmativamente em razão da identidade dos bancos e do fato de que, em se tratando de grandes somas em dólares, seu pagamento deveria ser feito em Nova Iorque.²³⁴

OVERBECK registra, porém, que o “relatório sobre a Convenção de Roma sustenta, ao contrário, que a ligação deve existir com o conjunto do contrato, sem o que haverá um desmembramento do contrato e a aplicação de leis imperativas não previsíveis. Não se verifica bem a razão e o relatório não explica porque “*contrat*” foi substituído por “*situation*””.²³⁵ O autor enuncia que o modelo suíço [e portanto a versão final da Convenção, visto serem similares] é preferível porque estabelece que a ligação deve existir entre a disposição estrangeira e a situação visada por ela. Na realidade, a lei de aplicação imediata visará não o contrato em seu conjunto mas um ato concreto, como um entrave à concorrência ou à exportação, ou, ainda, uma cláusula precisa, por exemplo uma exceção de garantia.

Ainda sobre a exigência da relação estreita, note-se que, no texto suíço, a proximidade deve ser entre a situação em questão e o direito estrangeiro, não o

²³⁴ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 181, 1982.

²³⁵ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 182, 1982.

Estado que o expedite. É o oposto do que ocorre na Convenção de Roma, em que deve haver proximidade entre o Estado estrangeiro e a situação em questão

Também é necessário, segundo o texto da Convenção de Roma, que o ordenamento jurídico do Estado que promulgou a norma imperativa exija que elas sejam aplicadas imediatamente, independente da lei originalmente designada. “A lei de polícia deve querer se aplicar ao caso. Nós não queremos ser mais realistas que o rei. A Convenção de Roma especifica que deve se tratar de disposições imperativas que, segundo a lei do país que as editou, devem ser aplicadas qualquer que seja a lei que rege o contrato.”²³⁶

Na seqüência do dispositivo convencional, há um aspecto em relação ao qual o juiz terá uma ampla margem de atuação que é a “natureza” e o “objeto” da disposição. OVERBECK explica que o juiz concentrar-se-á sobre as leis que têm uma finalidade louvável, como a proteção do patrimônio cultural nacional, afastando as leis discriminatórias e ou espoliativas. Em relação às “conseqüências”, o autor deixa uma questão – qual será a situação para as partes envolvidas, se um juiz ordenar a execução de um contrato quando esta for proibida pela lei do país onde se encontra o objeto a ser entregue?²³⁷

Ao final da primeira parte, há que se destacar a previsão da Convenção de Roma quanto à possibilidade de reservas ao artigo 7, par 1. Foi isso que gerou a aceitação ampla dos países em relação ao Tratado, sendo que Reino Unido,

²³⁶ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 180, 1982.

²³⁷ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 181, 1982.

Alemanha e o Luxemburgo utilizaram-se de tal dispositivo e fizeram reserva ao artigo.

NUYTS evoca a complexidade e insegurança jurídica que resulta dessa solução do artigo 7º., em que o juiz é chamado a “comparar e avaliar as proteções respectivas decorrentes da *lex contractus* e das normas imperativas protetivas. Essa dificuldade é inerente às regras de conexão de caráter alternativo ou substancial, cuja tendência é se multiplicar em direito internacional privado contemporâneo.²³⁸

Em relação à segunda parte, a Convenção de Roma resolveu um dos problemas relatados anteriormente ao prever, expressamente, a supremacia da norma imperativa do foro em relação ao Tratado.²³⁹

As disposições imperativas também estão presentes nas normas da Convenção de Roma referentes a contratos de consumo e de trabalho.

Artigo 5º Contratos celebrados por consumidores

1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento.

2. Não obstante o disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual:

- se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos necessários à celebração do contrato ou
- se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país ou

²³⁸ NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 65, abr./jun.1999.

²³⁹ “Such convention clauses confirm the decided tendency of the different States to preserve their power to issue suitable rules in order to pursue specific aims of social guarantee and may also furnish a guide in interpreting conventions which make no provision in this regard”. MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 147-148, 1989.

- se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objetivo de incitar o consumidor a comprar.

3. Não obstante o disposto no artigo 4º e na falta de escolha feita nos termos do artigo 3º, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no nº 2 do presente artigo.

4. O presente artigo, não se aplica:

a) Ao contrato de transporte;

b) Ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual.

5. Em derrogação do disposto no nº 4, o presente artigo aplica-se ao contrato que estabeleça, por um preço global, prestações combinadas de transporte e de alojamento.

Artigo 6º Contrato individual de trabalho

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho, não pode ter como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na falta de escolha, por força do nº 2 do presente artigo.

2. Não obstante o disposto no artigo 4º e na falta de escolha feita nos termos do artigo 3º, o contrato de trabalho é regulado:

a) Pela lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país, ou

b) Se o trabalhador não prestar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, pela lei do país em que esteja situado o estabelecimento que contratou o trabalhador, a não ser que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita com um outro país, sendo em tal caso aplicável a lei desse outro país.

Os artigos 5 e 6 representam a consolidação de duas áreas consideradas dotadas de imperatividade no direito interno, conforme já analisamos, só que agora transpostas para o direito comunitário.

“(…) a formulação de uma regra de conexão multilateral pode, por vezes, resultar da observação de um consenso sobre a configuração de uma regra direita de aplicabilidade. Assim, os 5 e 6 da Convenção de Roma, relativos respectivamente ao contrato de consumo e ao contrato de trabalho, são unicamente a formatação das regras unilaterais de proteção, qualificadas de *lois de police*, previamente desenvolvidas nos Estados membros.”²⁴⁰

²⁴⁰ FALLON, Marc. Les conflits de lois et de juridiction dans un espece économique intégré – l’expérience de la communauté européenne. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 253, p. 259, 1995.

Em relação aos contratos internacionais nos termos do artigo 5, questiona-se o alcance de seus dispositivos em relação aos contratos eletrônicos. “As empresas que oferecem seus serviços pela Internet podem ser acionadas no tribunal do domicílio de cada usuário”, pergunta JAYME.

Para o autor, as regras de competência judiciária facultam ao consumidor buscar o tribunal de seu domicílio e isso não pode ser excluído por uma cláusula da Internet que proteja o vendedor. O mesmo se aplica aos contratos: “as normas imperativas do Estado no qual o consumidor tem seu domicílio não podem ser excluídas”.²⁴¹

O relatório Giuliano-Lagarde explica expressamente a vontade do legislador comunitário, no sentido de que, se a lei do lugar de ocupação habitual, do estabelecimento ou mais próxima com o contrato, proteger mais o trabalhador do que a lei escolhida, ela afasta as disposições correspondentes da lei escolhida, e se aplica no seu lugar.²⁴²

NUYTS entende que a disposição do artigo 6 unifica, no plano europeu, a regra que determina ao juiz levar em consideração as normas imperativas protetivas dos trabalhadores, que de alguma forma já figuravam no direito interno da maioria dos países. Além disso, ela tem duas vantagens em relação ao artigo 7: além de ser mais simples, com enunciado de modo bilateral, não há

²⁴¹ JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation. RCADI, 2000. tomo 282, p. 25. Em nota de rodapé (23), o autor sugere : “ver o artigo 5 da Convenção de Roma”.

²⁴² Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 31 outubro 1980, C282/25 apud NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 41-44, abr./jun.1999.

necessidade de analisar o sistema jurídico do país concernente pois todas elas alcançaram o caráter internacionalmente imperativo.²⁴³

Por fim, vale lembrar que a Convenção de Roma transformou-se num instrumento muito útil, e portanto bastante utilizado, nos países da União Européia. Atualmente está tramitando projeto de regulamento europeu sobre a lei aplicável às obrigações não-contratuais, conhecido como “Roma II”, com a previsão das normas imperativas. Assim como a Convenção de Bruxelas (Bruxelas I) unifica as regras sobre competência, reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil comercial, tanto em matéria contratuais como não-contratuais, os europeus agora pretendem regulamentar a definição da escolha da lei aplicável às obrigações que não decorrem de contrato.²⁴⁴

1.3.2.2 Convenção sobre a Lei aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, Haia, 30 de outubro de 1985

Essa Convenção ressalta a importância da venda de mercadorias, aperfeiçoando a Convenção da Haia de 15 de junho de 1955 sobre lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos mobiliários corporais, e enfatizando a autonomia da vontade.

Não há previsão expressa sobre norma imperativa mas uma redação equivalente:

Artigo 17: A Convenção não previne a aplicação daquelas provisões da lei do foro que devem ser aplicadas qualquer que seja a lei aplicável ao contrato.

²⁴³ NUYTS, Arnaud. L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 39, abr./jun.1999.

²⁴⁴ Disponível em: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33211.htm>. Acesso em 17/9/05.

Por oposição dos países do Leste Europeu e de alguns países em desenvolvimento, não foi possível incluir disposições sobre a venda a consumidores, incluindo o respeito às normas imperativas internas. Entretanto, havia um entendimento de que as normas imperativas em geral deveriam ser incluídas na Convenção e, nesse ponto, “não houve dificuldades, O acordo se realizou rapidamente e se traduz pela disposição do artigo 17”.²⁴⁵

Durante os trabalhos preparatórios, houve a previsão, no artigo 7, de reconhecimento de leis imperativas de qualquer país que não fosse o do foro ou o da lei aplicável. No entanto, isso foi rejeitado durante a Sessão Extra-ordinária da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, na reunião de 13/10/1995. “Os Estados favoráveis à idéia de se permitir levar em consideração aquelas leis não puderam nem obter a possibilidade de uma reserva nesse sentido.”²⁴⁶

LOUSSOUARN, assim como O. LANDO e P. LAGARDE, critica essa falta ressaltando que ela torna a Convenção desatualizada em comparação a outras, além de ser paradoxal ao tratar das normas imperativas do foro num momento em que 55% das vendas internacionais contêm uma cláusula compromissória que submete os litígios aos árbitros internacionais, em que há rejeição a todos os conceitos do foro e todas as leis imperativas são estrangeiras. A esperança reside no fato de que, “no silêncio da Convenção, os juízes tem a faculdade de levar em

²⁴⁵ LOUSSOUARN, Yvon. La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. *Revue critique de droit international privé*. t. 75, no. 2, avril-juin. Paris: Dalloz, 1986. p. 295.

²⁴⁶ OVERBECK, Alfred E. Von. La contribution de la conférence de la Haye au développement du droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 233, n. 2, p. 50, 1992.

consideração a norma imperativa estrangeira quando elas são invocadas como elementos de fatos constitutivos da força maior.”²⁴⁷

1.3.2.3 Convenção relativa à Lei Aplicável aos Contratos de Intermediários e à Representação, Haia, 14 de março de 1978

Na parte das Disposições Gerais, essa Convenção sobre Agência estabelece:

Artigo 16: Na aplicação da Convenção, deve ser dado efeito às regras imperativas de qualquer Estado com o qual a situação tenha conexão significativa, se e na medida que, de acordo com as leis desse Estado, tais regras tenham que ser aplicadas independente do que determinar a lei definida pela regra de conflito.

OVERBECK explica que a Conferência mais longa sobre a matéria das normas imperativas foi a relativa a essa Convenção. A inclusão dessas normas nas Convenções da Haia foi feita sem grandes dificuldades, mas a ampliação às normas imperativas de um Estado que não é o da *lex causae* nem o da *lex fori* sempre dividiu os participantes e foi aceita por pequena margem de votos. Especificamente sobre essa Convenção sobre contratos de intermediários e representação, o autor lembra de uma complexidade ainda maior: ela não distingue entre leis de aplicação do foro e aquelas de um terceiro Estado, tratando de qualquer Estado que tenha forte relação com a situação em concreto.²⁴⁸

A precisão do artigo 16, ao estabelecer condição (“se e na medida que”), deverá permitir ao juiz ter em conta o conteúdo da lei normalmente aplicável,

²⁴⁷ LOUSSOUARN, Yvon. La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. *Revue critique de droit international privé*. T. 75, no. 2, avril-juin. Paris: Dalloz, 1986. p. 296.

²⁴⁸ OVERBECK, Alfred E. Von. La contribution de la conférence de la Haye au développement du droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 233, n. 2, p. 50, 1992.

sendo esta descartada somente “na medida” do que é necessário para atender o objetivo visado pela norma imperativa, segundo NUYTS.²⁴⁹

Os comentários do Relator sugerem que, apesar da provisão ser expressa em termos amplamente permissivos, o foro deve ser guiado por suas próprias regras de conexão, por exemplo, na parte em que se teria subordinado o exercício da autonomia à objetiva “*proper law*”, conforme NYGH.²⁵⁰

1.3.2.4 Lei Uniforme do Benelux sobre Direito Internacional Privado, Haia, 11 de maio de 1951

Embora tenha perdido sua importância por nunca ter entrado em vigor, essa Lei Uniforme tratava das normas imperativas ainda na metade do século XX.

Artigo 14. Faz-se exceção à aplicação das disposições da presente lei quando essa aplicação atentar à ordem pública, seja porque esta se opõe à aplicação de uma disposição da lei estrangeira, seja porque ela impõe a aplicação da lei holandesa-belga-luxemburguesa.

Artigo 17, par. 1: “Quando um contrato estiver tão fortemente conectado (*is so closely connected*) com um determinado país a ponto de ser encarado como pertencente ao sistema legal desse país, tal contrato deve ser governado pela lei do país, a menos que as partes pretendam que ele seja governado no todo ou em parte pela lei de outro país. Essa intenção não deve ter o efeito de afastar do contrato qualquer norma **imperativa** do sistema legal com o qual ele está tão fortemente conectado, conforme supracitado.”

Em 1969 houve a realização de revisão dessa Lei Uniforme, que não alterou o artigo em questão mas acrescentou os seguintes dispositivos:

Artigo 13, 2: Se o contrato é visivelmente localizado (*is clearly located*) em determinado país, as provisões da lei desse país, cuja natureza peculiar e objeto

²⁴⁹ NUYTS, Arnaud. L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 64, abr./jun.1999.

²⁵⁰ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 393, 1995.

excluem a aplicação de qualquer outra lei, não podem ser excluídas pela vontade das partes.

Artigo 15.3 Em se tratando de execução, uma atenção deve ser dada às normas imperativas do direito do país onde a execução é realizada.

1.3.2.5 Convenção sobre a Lei Aplicável às Sucessões Causa Mortis, Haia, 1º. de agosto de 1989.

Artigo 15. A lei aplicável em virtude da Convenção não afasta os regimes particulares de sucessão aos quais determinados imóveis, empresas ou outras categoria especiais de bens são submetidos pela lei do Estado de sua situação em razão de sua destinação econômica, familiar ou social.

“A Convenção sobre sucessões, de 1989, não faz reserva, de modo geral, às leis de polícia do foro, mais somente os regimes sucessorais particulares aos quais certos imóveis, empresas ou outras categorias especiais de bens são submetidos pela lei do Estado de sua situação, em razão de seu destinação econômica, familiar ou social (art. 15). Pensava-se, por exemplo, nas explorações agrícolas ou nos fundos de comércio.”²⁵¹ Um raciocínio semelhante às normas imperativas.

1.3.2.6 Convenção sobre a Lei Aplicável em matéria de Acidentes Rodoviários, Haia, 4 de maio de 1971

²⁵¹ OVERBECK, Alfred E. Von. La contribution de la conférence de la Haye au développement du droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 233, n. 2, p. 50, 1992.

Pretende unificar a determinação da lei aplicável à responsabilidade civil extracontratual na matéria, estabelecendo uma sistemática próxima às normas imperativas:

Artigo 7: Qualquer que seja a lei aplicável, deve-se, na determinação da responsabilidade, ter em conta as regras de circulação e de segurança em vigor no lugar e no momento do acidente.²⁵²

1.3.2.7 Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, México, 1994

Artigo 11: Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quando revestirem caráter imperativo.

Ficará à discrição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreitos.

Para NYGH, o artigo 11 “fala de “requerimentos mandatórios” da lei do foro, os quais não são definidos no textos, mas presumivelmente têm o mesmo significado do artigo 7.1 da Convenção de Roma”.²⁵³

SOTO também compara as duas Convenções, assinalando que ambas tratam de “dar efeito às leis de aplicação imediata de um terceiro Estado, e não de uma aplicação em sentido rigoroso”. Assim, o juiz poderá realizar a adaptação, como no caso das sanções, para usar o exemplo do autor. Sobre as críticas em relação à ampla discricionariedade do juiz, responde que poderia ser pior se se

²⁵² Do mesmo modo, a Convenção sobre Lei Aplicável à Responsabilidade pela fabricação dos produtos, Haia, 2 de outubro de 1973, estabelece no artigo 9 que “A aplicação dos artigos 4, 5 e 6 não faz obstáculo ao que é levado em consideração pelas regras de segurança em vigor no Estado em cujo território o produto foi introduzido no mercado.”, e no artigo 10 “A aplicação de uma das leis declaradas competentes pela presente Convenção só pode ser descartada se for manifestamente incompatível com a ordem pública”.

²⁵³ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 273, 1995.

deixasse a questão da aplicação das leis de polícia ao arbítrio total dos Estados-partes, lembrando também do fato de ser permitida a reserva ao referido artigo.

Conclui que tal previsão é necessária:

Em definitivo, o ponto de partida do preceito que estudamos é a constatação de que um contrato internacional não apresenta laços de união menos estreitos com outro país diverso daquele cuja lei é aplicável e que pode ter um interesse legítimo de que o contrato não conflite com as regras elementares do dito país, por exemplo, como o que se faz em relação à proibição de exportar bens culturais.²⁵⁴

1.3.2.8 Trabalhos Preparatórios

As normas imperativas também apareceram em discussões que antecederam a adoção de tratados internacionais, durante os trabalhos preparatórios.

a) Segunda Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado, Montevideú, 1979.

Na ocasião, houve proposta de artigo da Delegação da Venezuela, que pretendia incluir o seguinte texto, rejeitado na votação: “As regras que expressam princípios fundamentais do sistema legal de cada Estado Contratante devem ser aplicadas com preferência às regras conflituais.”

BUSCHER explica que essa disposição foi “ (...) julgada inútil por ocasião da segunda conferência interamericana sobre o direito internacional privado em 1979, que adotou a Convenção interamericana sobre as normas gerais de direito internacional privado.”²⁵⁵

²⁵⁴ SOTO, Alfredo Mario. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires – Madri : Editorial Ciudad Argentina, 2001. p. 202-203.

²⁵⁵ BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, p. 40, 1992

A desnecessidade daquele dispositivo, segundo PARRA-ARANGUREN, justificou-se no fato da norma sobre ordem pública o abranger.

Todos os participantes concordaram em relação à substância, mas um grande número deles considerou a provisão desnecessária porque o mesmo resultado poderia ser alcançado através da exceção de ordem pública que já havia sido sancionada pela convenção. Portanto, a rejeição à proposta baseou-se nos aspectos formais e, apesar disso implicar numa confusão com a exceção de ordem pública, nenhum dos delegados discutiu aplicação preferencial das regras mandatórias do fórum (*mandatory rules of the forum*), quando elas vão governar o caso, independentemente de sua eventual conexão com a legislação estrangeira.²⁵⁶

b) Décima-quarta sessão da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, sobre direito do consumidor, de 13/10/1980.

Durante a Conferência, houve proposta apresentada pelos Países Baixos, com objetivo de incluir artigo aceitando a possibilidade de reconhecerem-se as regras imperativas de terceiros países.

c) Décima-sexta Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

A proposta apresentada pelas delegações da Austrália, Bélgica, Canadá, Chile Israel, México e Venezuela previa a inclusão do artigo 14 bis, com os seguintes termos: “A Convenção não impede a aplicação daquelas provisões da lei do fórum que devem ser aplicadas independente da lei que, de outra maneira, governe a sucessão.”²⁵⁷

²⁵⁶ PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 133.

²⁵⁷ PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 133. nota 300.

Tendo em vista que o mesmo resultado poderia ser alcançado pela exceção de ordem pública, já incluída no projeto, a proposta foi rejeitada pela Segunda Comissão, em 17/10/1988, por ser entendida como desnecessária.

1.3.2.9 Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos de comércio internacional, 2004

A versão mais recente dos princípios foi adotada pelo Conselho de Direção do UNIDROIT em sua 83ª sessão, ocorrida entre 19 e 21 de abril de 2004, em Roma.²⁵⁸

CHARPENTIER lembra que “a identificação de disposições imperativas de um texto de natureza legislativa pode ser uma tarefa delicada.”²⁵⁹ Entretanto, especificamente em relação aos princípios da UNIDROIT, elas são facilmente encontradas, em virtude da existência tanto de artigos sobre normas imperativas internas dos Estados, quanto artigos que trazem em si normas imperativas.

O artigo 14 trata especificamente das normas imperativas, enunciando: “Esses Princípios não limitam a aplicação das normas imperativas, de origem nacional, internacional ou supranacional, aplicáveis segundo as regras pertinentes do direito internacional privado”.

O artigo 1.7 traz uma norma imperativa em si, ao discorrer sobre a boa fé: “1) As partes devem se conformar às exigências da boa fé no comércio internacional; 2) Elas não podem excluir esta obrigação nem limitar sua

²⁵⁸ Disponível em www.unidroit.org. Acesso em 15/09/2005.

²⁵⁹ CHARPENTIER, Élise. L'émergence d'un ordre public... privé: une présentation des Principes d' UNIDROIT. *Revue Juridique Thémis*, Montreal: Éditions Thémis, v. 36, n. 2, p. 360, 2002.

abrangência.” Do mesmo modo, são imperativas as regras do 5.1.7 sobre fixação do preço não definido no contrato ou excessivamente oneroso e do artigo 7.4.13 sobre indenização estabelecida no contrato.

O capítulo 3 aborda a validade e, ao final, no artigo 3.19 define: “As disposições do presente Capítulo são imperativas, salvo aquelas que concernem a força obrigatória do acordo, a impossibilidade inicial ou o erro”.

Por fim, as penalidades judiciais estão previstas no artigo 7.2.4 que faz referências às normas imperativas do foro: “1) O tribunal que determinar ao devedor cumprir suas obrigações pode igualmente lhe impor uma penalidade, se ele não se conformar à decisão. 2) A penalidade é devida ao credor, salvo disposições imperativas da lei do foro. O pagamento da penalidade não impede o credor de reclamar perdas e danos.”

Como visto, são disposições dos Princípios que tratam diretamente das normas imperativas, ainda que isso pareça difícil de se conceber num texto doutrinário, sem efeito vinculante. “A hipótese de aplicação voluntária dos Princípios parece, à primeira vista, excluir que algumas de suas disposições sejam imperativas. Mas está definido nos próprios Princípios que algumas disposições têm caráter imperativo.”²⁶⁰

1.3.3 Jurisprudência

A seguir, faremos um breve levantamento de decisões judiciais que trataram direta ou indiretamente do tema da norma imperativa. Analisaremos

²⁶⁰ CHARPENTIER, Élise. L'émergence d'un ordre public privé: une présentation des Principes d'UNIDROIT. *Revue Juridique Thémis*, Montreal: Éditions Thémis, 2002, v. 36, n. 2, p. 360.

alguns casos que tramitaram na Corte Internacional de Justiça da ONU, na Corte de Justiça das Comunidades Europeias e nas cortes locais – todas com o traço comum da reserva e cautela para abordar as normas imperativas.

1.3.3.1 Corte Internacional de Justiça da ONU – CIJ

Na suprema instância jurisdicional das Nações Unidas houve um julgamento na metade do século passado que se tornou referência para o tema das normas imperativas, da ordem pública e também para a disciplina de Direito Internacional Privado como um todo, tendo em vista que casos concretos dessa natureza raramente são objeto de análise pela CIJ.

Caso relativo à aplicação da Convenção sobre Tutela de Menores, de 1902. Países Baixos v. Suécia. Decisão de 28 de novembro de 1958.

Nesse caso emblemático, os “debates aconteceram sobre o fato das normas das normas imperativas poderem ou não demandar prioridade sobre normas conflituais uniformes contidas em convenções internacionais, se sua aplicação não está explicitamente prevista. A decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Boll é freqüentemente citada como uma confirmação positiva.”²⁶¹

Maria Isabel Boll tinha nacionalidade holandesa porque, embora nascida na Suécia, era filha de pai holandês. Sua mãe, de nacionalidade sueca, morreu em dezembro de 1953. O pai, Johannes Boll, recebeu pelas cortes holandesas sua guarda, em conformidade com o Código Civil dos Países Baixos, artigo 378.

²⁶¹ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 60, 1992.

Posteriormente, por pedido dele, houve sua substituição, com a posterior nomeação de Catherina Postena como tutora, a quem a menor deveria ser entregue.

As autoridades administrativas suecas admitiram a guarda por Catherina Postena que deveria cuidar, portanto, do patrimônio da criança. Entretanto, não aceitaram que ela assumisse sua custódia e, alegando problemas mentais na menor, ordenaram educação protetiva (*protective education, skyddsuppfostran*), através de medidas expedidas pelas cortes administrativas entre maio de 1953 e fevereiro de 1956, com base na lei sueca de 6 de junho de 1924.

O Governo dos Países Baixos solicitou então à CIJ declarar que as medidas de educação protetiva impostas pelo governo sueco não estavam em conformidade com as obrigações que incumbem à Suécia em relação aos Países Baixos, em virtude da Convenção da Haia para Regulamentar a Tutela dos Menores, de 1902, que se baseava no princípio da lei da nacionalidade do menor como lei aplicável e as autoridades nacionais como autoridades competentes. Pediu, ainda, à Corte, determinar que a Suécia fosse obrigada a cancelar tais medidas. Para tanto, alegou na réplica os seguintes motivos: “I. a educação protetiva vai de encontro à tutela dos Países Baixos, à qual a Convenção se aplica plenamente; II. A ordem pública não pode afastar a Convenção porque: (a) a ordem pública em geral não pode afastar as convenções e (b) mesmo que a ordem pública pudesse afastar as convenções, as condições de sua intervenção não estão aqui reunidas, tendo em vista que, no presente caso: 1. não existe nenhum traço de ligação de fundo entre a situação litigiosa e a Suécia, 2. não

haver sido invocado fato que justifique e permita uma derrogação à aplicação normal das regras de conflito.”²⁶²

O Governo da Suécia afirmou que tais medidas eram complementares ao que fora enunciado pelas corte dos Países Baixos tendo em vista que elas eram leis de natureza pública enquanto a Convenção da Haia tratava apenas dos aspectos privados do instituto da guarda. As regras de conflito inseridas nessa última não afetam o direito das partes de impor aos poderes de pais e tutores estrangeiros as limitações decorrentes de sua “ordem pública” e deixam intactas as competências para assegurar o “serviço público” da proteção da infância por parte de suas autoridades administrativas.²⁶³

Em relação à discussão sobre a natureza das leis para proteção de menores, a Corte enfatizou que as regras da Suécia eram territoriais, portanto, restritas às fronteiras do país, sem aplicação a cidadãos suecos no exterior; que a Suécia havia reconhecido a tutela holandesa, mesmo que suas medidas tivessem colocado temporária e indeterminadamente obstáculos a sua eficácia; que a lei da Suécia tratou de domínio não abrangido pela Convenção. Além disso, a Corte

²⁶² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Jurisprudence, 28 novembre 1958. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. XLVII, n. 4, p. 713-729, out./dez.1958.

²⁶³ « C'est la question qui a été la plus amplement débattue devant la Cour, et c'est aussi le terrain sur lequel se sont placées la plupart des opinions individuelles ou différentes des membre de la Cout. Comme il fallait s'y attendre, la discussion a porté, d'abord sur le point de savoir si la convention comportait, à défaut d'une clause expresse, une réserve implicite de l'ordre public des Etat parties. Elle a porté ensuite sur le point de savoir s'il existe des *lois d'ordre public* et si la loi suédoise incriminée présentait ce caractère, dans son ensemble ou dans les dispositions qui ont été effectivement appliquées en la cause. Sur le deux points, les agents des deux gouvernements ont fait devant la Cour une savante mise au point de la controverse doctrinale. Mais la majorité de la Cour a refusé d'apprécier l'affaire sous ce rapport. Pour elle la discussion devenait inutile dès lors qu'elle venait de décider comme on l'a vu que les lois sur la protection de l'enfance *ne posaient même pas* de question de conflit de lois et par conséquent ne mettaient pas en cause la notion d'ordre public. » BATIFFOL, Henry e FRANCESKAKIS, Ph. L'arrêt Boll e la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé. In: *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. XLVIII, n. 2, p. 258-275, abr./jun.1959.

aceitou a diferença entre leis visando à proteção individual, como as que tratam da guarda, e aquelas expedidas com o objetivo de realizar uma *garantia social*. Este era o caso da lei sueca de 1924, cujas medidas previstas tinham a intenção de evitar que o abandono material do menor, alcoolismo, prostituição e outras perversões pudessem aumentar sua periculosidade social.

No julgamento, prevaleceu a decisão de seis juízes que consideraram a *protective education* da lei sueca de 1924 fora do escopo da Convenção da Haia, pois nesta os Estados Contratantes apenas se comprometem a submeter à lei da nacionalidade a proteção do menor como um indivíduo. Já a lei da Suécia buscava um objetivo maior, social, porque ela deveria ser aplicada a todos os menores dentro do território do país. Outros dez juízes admitiram, expressa ou implicitamente, que as medidas adotadas pelas autoridades da Suécia estavam dentro do escopo da Convenção, mas seis deles ficaram de acordo com o resultado do julgamento, porque consideraram a decisão sueca permitida pelo artigo 7 da Convenção (segundo o qual oficiais locais são autorizados a tomar todas as medidas necessárias para proteger a pessoa e o interesse de um menor estrangeiro enquanto a guarda é organizada ou em casos de urgência) ou porque se tratava de política pública. Quatro juízes mantiveram a idéia de que a Suécia havia violado as obrigações decorrentes da Convenção da Haia.

Mister acrescentar que conduzir a uma solução que coloque obstáculo à aplicação da lei sueca sobre a proteção da infância e da juventude a um menor estrangeiro vivendo na Suécia, seria desconhecer o objetivo social dessa lei, objetivo social cuja importância foi ressentida em vários países, sobretudo após a assinatura da Convenção de 1902. (...) A Corte não poderia oportunamente subscrever uma interpretação que fizesse da Convenção de 1902 um obstáculo, sobre esse assunto, ao progresso social.

Parece também à Corte que, apesar dos pontos de contato e mesmo apesar das intromissões que a prática revela, a Convenção de 1902 sobre a tutela de

menores deixa fora de seu escopo a matéria da proteção da infância e da juventude, tal como entendida pela lei sueca de 6 de junho de 1924. A Convenção de 1902 não criou obrigações para os Estados signatários em domínio que está fora de suas preocupações e, por consequência, a Corte não repreende, na espécie, as omissões a esta Convenção sob responsabilidade da Suécia. Essa constatação torna inútil o exame de uma conclusão complementar enunciada pelo Governo dos Países Baixos após a conclusão principal que não é retida pela Corte. De outra parte, em razão da resposta à conclusão principal apresentada pelo Governo da Suécia, não há espaço para exame de sua conclusão subsidiária. Por estes motivos, A Corte, Por doze votos contra quatro, rejeita a demanda do Governo dos Países Baixos.²⁶⁴ (grifamos)

O caso não trata especificamente de norma imperativa, tendo em vista que precede no tempo à construção doutrinária e legislativa desta última. Reporta-se, entretanto, à ordem pública, vinculada a medidas previstas em lei nacional da Suécia – o que, sem dúvida, corresponderia atualmente às normas imperativas.

Nesse caso nós nos deparamos com as *peremptory norms* relativas ao cuidado da criança. Mas as normas, como elas aparecem no caso, não são referidas pela Corte como pertencentes a alguma categoria especial de normas, utilizando-se os termos com os quais nós nos deparamos antes, como normas “*peremptory*,” ou “*absolute*” ou normas de “*immediate application*”. Os juízes parecem ter preferido falar em “*ordre public*”, deixando o termo ser usado em um sentido amplo ou não-definido.²⁶⁵

Em 1961 surgiu a Convenção da Haia em Matéria de Jurisdição e Lei Aplicável à Proteção de Menores, influenciada, dentre outros fatores, pela diversidade de opiniões dos juízes da CIJ no caso Boli²⁶⁶ e pelo descontentamento da Holanda com o resultado final. Sobre ela, LAGARDE explica:

²⁶⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Jurisprudence, 28 novembre 1958. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. XLVII, n. 4, p. 713-729, out./dez.1958.

²⁶⁵ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law*. RCADI. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 42, 1973.

²⁶⁶ PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. *General Course of Private International Law: selected problems*. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 130-132. Georges DROZ explica, ao final de seu relatório sobre o caso, na época ainda em andamento, o interesse causado por esse litígio, em virtude dos problemas tratados, envolvendo qualificação autônoma, ordem pública ao encontro ou à margem das convenções internacionais, bem como da questão fundamental que é o interesse da criança. “Pour finir, qu’il nous soit permit de remarquer que, malgré l’exemplaire discrétion des parties, la sécheresse et la rigueur des arguments juridiques n’ont pu masquer complètement le côté douloureux et humain du litige. Et ce sera là une autre caractéristique de ce procès

Esta última, que substituiu a convenção para regulamentação da tutela de menores, de 12 de junho de 1902, não era sem mérito. Ela contribuiu para solucionar a grave crise nascida do acórdão *Boll* da Corte Internacional de Justiça, que provocou a denúncia pelos Países Baixos da convenção de 1902. Ela não encontrou, entretanto, o sucesso esperado e, na prática, revelou algumas falhas.²⁶⁷

Segundo VISCHER, a Convenção de 1961 se concentra no caráter territorial, evitando controvérsias entre lei aplicável e norma imperativa.

A nova Convenção da Haia em Matéria de Jurisdição e Lei Aplicável à Proteção de Menores (1961) coloca o aspecto jurisdicional no primeiro plano. O ponto de partida não é mais a lei aplicável à relação em questão mas a questão sobre o Estado cuja autoridade tem jurisdição. A autoridade competente vai em princípio aplicar sua própria lei e a jurisdição é baseada na residência habitual da criança. Ao reter essa conexão territorial que normalmente delimita o escopo da maioria das regulações de direito público, uma possível ruptura entre a lei aplicável “normalmente” e a “*loi d’application immédiate*” é evitada.²⁶⁸

Em 1966, a Convenção de 1961 foi substituída pela Convenção Concernente à Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção de Crianças. Trata-se de um tratado mais completo tendo em vista que possui 63 artigos (contra 25 daquela) e mais atualizado pois “renuncia à conexão pela nacionalidade e assenta o duplo princípio da competência das autoridades e da aplicação da lei do Estado da residência habitual da criança. Ela, entretanto, consente à competência concorrente do foro do divórcio.”²⁶⁹

exceptionnel que d’engager à la fois les relations internationales de deux Etats et l’avenir d’un enfant. » DROZ, Georges. Une Convention de La Haye de droit international privé devant la Cour Internationale de Justice. Informations Diverses. *Revue critique de droit international privé*, III Paris: Librairie Sirey, t. XLVII, n. 3, p. 626-630, jul./set.1958. No mesmo sentido, ver parte final do artigo: BATIFFOL, Henry e FRANCESKAKIS, Ph. L’arret Boll e la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. XLVIII, n. 2, p. 258-276, abr./jun.1959.

²⁶⁷ LAGARDE, Paul. La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 2, p. 218-219, abr./jun.1997.

²⁶⁸ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 162, 1992.

²⁶⁹ LAGARDE, Paul. La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 2, p. 217, abr./jun.1997.

1.3.3.2 Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - TJCE

Tendo em vista que o Direito Comunitário possui, como uma de suas principais características, a supremacia sobre o direito nacional, o TJCE é relutante em reconhecer e utilizar a expressão “norma imperativa” ou seus sinônimos, tendo em vista que estas representam exatamente regras do direito interno que são superiores em relação às demais. Algumas decisões reportam-se à “razão imperiosa de interesse geral” que permitiria aos Estados aplicar algumas de suas regras internas, em detrimento da normativa supranacional, por exemplo, em matéria tributária a fim de manter a coerência do sistema fiscal interno.²⁷⁰ O Direito do consumidor também recebe qualificações nesse sentido, levando ao entendimento de que se trata de norma imperativa.

Em outras palavras, o termo “interesse geral” utilizado pelo direito comunitário abarcaria o termo “*lois de police*” utilizado pelo direito internacional privado, mas sem coincidir com ele, à medida que seu espectro é mais amplo. Um e outro dão conta de um limite que a autoridade pública pode destinar à liberdade individual. O conceito de proteção econômica do consumidor é uma ilustração perfeita dessa interseção. Em direito comunitário, a Corte de Justiça a reconheceu como uma “exigência imperativa” de interesse geral suscetível de justificar um entrave nacional.²⁷¹

O mesmo entendimento se dirige às normas trabalhistas tendo em vista que “dentre as razões imperiosas de interesse geral já reconhecidas pela Corte figura a proteção dos trabalhadores” (ponto 27, caso *Mazzoleni*). A Corte admite, nos casos *Mazzoleni*; *Seco et Desquenne & Giral*; *Guiot*; *Arblade*, dentre outros, que o

²⁷⁰ Affaire C-446/03. Marks & Spencer plc contre David Halsey (HM Inspector of Taxes). <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt>

²⁷¹ FALLON, Marc. Les conflits de lois et de jurisdiction dans un espece économique intégré – l’expérience de la communauté européenne. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 253, p. 261, 1995.

direito comunitário, inclusive os artigos 59 e 60 do Tratado CE, não se opõe ao fato de um Estado membro estender sua legislação trabalhista, incluindo as convenções coletivas de trabalho, a assalariados que trabalham no território de outro Estado (ponto 28). Tal legislação deve ser aplicada pelo Estado de acolhida sempre que for necessária e proporcional ao objetivo visado, qual seja, a proteção dos trabalhadores em causa (ponto 30). Isso pode não acontecer quando se tratar de assalariados de empresas em áreas de fronteiras que realizam algumas poucas atividades no território de outros países (ponto 42)²⁷²

Em geral, são as partes envolvidas no processo ou o advogado-geral da Corte que invocam expressamente a teoria das normas imperativas.²⁷³

1.3.3.3 Cortes nacionais

Por se tratar de um instituto recente, os juízes nacionais geralmente são reticentes em se referir em seus julgados às das normas imperativas. Na verdade, o conceito e os efeitos se fazem presentes mas sem utilizar a terminologia²⁷⁴. A seguir, analisaremos algumas decisões locais relacionadas ao tema.

²⁷² COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. Jurisprudence – 15 mars 2001. (A. Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL) *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 90, n. 3, p. 495-512, jul./set. 2001.

²⁷³ Ver, por exemplo, as Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no Processo C-208/00, *Überseering BV* contra *NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, determinando que os artigos 43.º CE e 48.º CE opõem-se a uma regulamentação normativa nacional, alegada como imperativa por uma das partes, que conduz à recusa da legitimidade processual ativa a uma sociedade validamente constituída à luz do direito de um Estado-Membro cuja sede de administração efetiva foi transferida para outro Estado-Membro. Também as conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs, apresentadas em 15 de Novembro de 2001, no Processo C-386/00: *Axa Royale Belge SA* contra *Georges Ochoa e Stratégie Finance SPRL*, tratando da imperatividade da proteção interna do consumidor em face da livre prestação de serviço. <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt>. Acesso em 17/9/05.

²⁷⁴ “English courts (...) usually apply only their own law in maintenance claims and have no occasion to invoke the public policy clause.” MARTINY, Dieter. Maintenance obligations in the

a) Corte de Cassação, França. *Arrêt* de 27/10/1964

Tratou do caso relativo à ordem de guarda provisória dos menores Raymonde e Christian, concedida em favor de Pierrette Aladren, mãe natural das crianças. O pai, Maro, de nacionalidade madagascarense, recorreu alegando que a corte desconheceu o estatuto pessoal do pai e das crianças que, para ele, tinham a sua nacionalidade, além de ter se omitido sobre a exceção prejudicial por ele indagada. A Corte decidiu que a nacionalidade não estava em discussão no caso mas sim as disposições sobre assistência à criança em perigo, as quais foram consideradas como aplicáveis a todos os menores que se encontrassem em território francês, independente da nacionalidade. Determinando sem fundamento, a corte rejeitou o recurso impetrado contra a decisão da Corte de Apelação de Montpellier.

Os artigos 375 e seguintes do Código Civil francês, relativo a medidas de assistência educacional relativas a adolescentes e crianças em perigo (*ordonance du 23 décembre 1958*) são aplicáveis sobre o território francês a todos os menores que ali se encontrem, qualquer que seja sua nacionalidade ou a de seus pais (1ª, 2ª e 3ª espécies).

Em se tratando de uma criança estrangeira residente na França, a aplicação nessa matéria da lei francesa pode se justificar, seja pelo caráter provisório de tais medidas (2ª espécie), seja por uma razão de ordem pública (3ª espécie).²⁷⁵

Embora a Corte não tenha utilizado o termo “normas imperativas”, não há dúvidas na doutrina sobre seu enquadramento na questão e na decisão, que se referiu sobre a prevalência de determinadas normas nacionais protetivas.

conflict of laws. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 247, n. 3, p. 233, 1992.

²⁷⁵ COUR DE CASSATION. (Ch. Civ., 1^{er} sect.) – 27 octobre 1964, Cour d' Appel de Paris (10^e Ch.) – 21 juin 1962 et 20 février 1964. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1965. p. 119.

Manifestamente a Corte não consultou a regra de conflito de leis que submete a proteção dos incapazes a seu estatuto pessoal, ou a lei que rege os efeitos do casamento. Ela estimou que a importância social ou moral das medidas solicitadas exigiria sua aplicação de qualquer forma imediata, tratando também de apelação às leis de aplicação imediata que houvera inicialmente sido adotada por M. Francescakis, promotor principal desse movimento de idéias.²⁷⁶

b) Corte de Cassação, França. *Arrêt* de 9/11/1959

Discutiu-se questão envolvendo a contratação realizada pela empresa *Lautier fils* do representante Carton, para atuar na América do Sul. Reportou-se ao VRP - « Statut français des voyageurs, représentants et placiers », uma lei considerada protetiva, prevendo indenizações. Não há referência expressa às normas imperativas mas a Corte determinou a aplicação de normas francesas, legais e convencionais, para uma relação multiconectada.

Mesmo tendo se enunciado que “é princípio que o contrato de trabalho deve ser regido pela lei do lugar onde ele se executa e que o trabalhador efetuando seu trabalho em grupo no estrangeiro se submete à lei territorial”, a questão é totalmente diferente para um representante de comércio atuando em países diferentes e recebendo as diretrizes de sua sede social, situada na França. Em sua qualidade de francês, tendo como empregador uma sociedade situada na França, onde o contrato foi concluído, tal representante continua submetido às disposições da lei de 18 de julho de 1937 e é de bom direito que os juízes do fundo estimaram que deveria ser feita a aplicação do “*statut professionnel des voyageurs, représentants et placiers*”.

Do mesmo modo não resulta das constatações do acórdão que o empregado tenha sido domiciliado no estrangeiro.

É também de bom direito que os juízes de fundo, depois de ter verificado que o contrato de trabalho foi concluído na França onde o empregador tem a sede de sua atividade, e que o empregador considerava a saída de seu representante como temporária, estimaram que deveria ter sido feita a aplicação da “*convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres*”.²⁷⁷

²⁷⁶ BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. In: *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 136, 1973.

²⁷⁷ COUR DE CASSATION. (Ch. Civ., sect. Comm.) – 9 novembre 1959. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1960. tomo 49, no. 4, oct-dec, p. 566.

BATIFFOL entende que (...) o trabalho não se executou na França e, no entanto, o contrato era submetido ao direito francês: então o estatuto em questão foi aplicado em virtude da lei governando o contrato.²⁷⁸

c) Corte de Cassação, França. Arrêt de 5/3/1969

O caso *Zanarelli C. Soc. B. S. N.*, obteve decisão de forma completamente diferente do caso anterior, tendo em vista que “as decisões aplicaram o estatuto ao representante que executou seu trabalho na França, mesmo no caso de um contrato submetido a uma lei estrangeira (...): é o tipo da aplicação imediata de leis de policia, sem exame da lei que rege o contrato”, no entendimento de BATIFFOL.²⁷⁹

A Corte, em verdade, recusou a aplicação do Estatuto dos VRP ao representante na Itália de uma sociedade francesa, resistindo a admitir o status imperativo de uma norma francesa.²⁸⁰

Em relação às duas últimas decisões da Corte de Cassação, aqui referidas, BATIFFOL entende que tal “jurisprudência pareceu, numa primeira abordagem, uma decisão unilateral: ela consiste em aplicar, o mais freqüente possível, a lei do juiz do foro;” e o autor demonstra a oscilação da Corte em relação ao tema tendo

²⁷⁸ BATIFFOL, Henri. *Pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des Cours.* Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 144, 1973.

²⁷⁹ BATIFFOL, Henri. *Pluralisme des méthodes en droit international privé. Recueil des Cours.* Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 144, 1973.

²⁸⁰ « Cet arrêt refuse le statut des VRP au représentant en Italie d'une société française, pour la raison que la commune intention des parties a été de soustraire le contrat de représentation à la loi française. La Cour de cassation persiste donc dans son peu d'empressement à accueillir l'intervention en la matière de la notion de lois de police. D'autre part, l'espèce offrait un pluralité d'indices possibles de la volonté des parties quant à la désignation de la loi applicable, et le choix opéré par la Cour de Lyon, approuvé para la Chambre sociale, présente un intérêt qui déborde le cadre de la présente espèce. » COUR DE CASSATION. (Ch. Soc.) – 5 mars 1969. *Revue critique de droit international privé.* Jurisprudence. Note. Paris: Éditions Sirey, 1970. tomo 59, no. 2, avril - juin, p. 281.

em vista que em outros julgados “veremos uma preocupação de proteção do representante que se deu através de uma regra material favorável à parte fraca no contrato. Pareceu-me que essa posição complexa das decisões não era inaceitável, mas tinha um certo caráter imperfeito: tratava-se de um compromisso entre os dois métodos de leis de polícia e de conflito de leis.”²⁸¹

A aplicação insistente da lei francesa e sua provável consideração como norma imperativa também gerou reflexões de MOSCONI, que afirma:

Um exemplo excelente pode ser encontrado no caso jurídico da França sobre a lei que trata do pagamento rescisório dos vendedores viajantes, representantes comerciais e viajantes comerciais (VRP). A Corte de Cassação aplicou as provisões dessa lei, apesar do fato de o contrato estar regido pelo direito estrangeiro, a um representante que conduziu suas atividades na França, e também as aplicou no caso em que o contrato era governado pela lei da França, apesar do trabalho não ter sido realizado na França, portanto o fator de conexão específico buscado pela lei em questão estava faltando. De fato, o acima dito confirma que a vantagem das normas imperativas para os propósitos da certeza da lei não deve ser superestimada. Certamente, o fato de que a corte não deve somente aquiescer com as normas imperativas do foro, mas também estar confrontada com as normas desse tipo existentes em outras ordens legais, inevitavelmente leva a uma ampliação do seu próprio poder discricionário.²⁸²

d) Suprema Corte (*Hoge Raad*), Holanda, 13/5/1966

No caso *Alnati*, discutindo contrato de transporte internacional de batatas de Anvers para o Rio de Janeiro, regido pela lei holandesa, o Tribunal holandês reconheceu que as normas exteriorizadoras de um interesse fundamental do Estado têm caráter imperativo e podem prevalecer sobre a lei escolhida pelas partes – embora entendesse que esse não era o caso da lei belga que se questionava.

²⁸¹ BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 144 e ss., 1973.

²⁸² MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 146, 1989.

(...) para um Estado estrangeiro, a observação de algumas dessas regras, mesmo fora de seu território, reveste-se de uma tal importância que o juiz holandês deve tê-las em conta e, conseqüentemente, aplicá-las com preferência ao direito de um outro Estado que houvera sido escolhido pelas partes para reger o contrato, mas (...) na presente espécie, as regras belgas aplicadas pela Corte não se revestem de tal caráter que exige do juiz holandês, em relação aos interesses belgas que estão em causa relativamente à aplicação dessas regras, que lhes dê a prioridade sobre o direito holandês escolhido pelas partes (...).²⁸³

Pela primeira vez o tribunal reconheceu o princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Além disso, essa decisão influenciou sobremaneira a redação do citado artigo 7.1 da Convenção de Roma.

e) OVERBECK cita uma série de decisões comentadas no colóquio de Newcastle e que se relacionam, de alguma maneira, às normas imperativas.²⁸⁴

1) *Golden Acres Ltd v. Queensland Estates Pty Ltd*. Um agente imobiliário de Hong Kong e seu cliente convencionaram a aplicação da lei de Hong Kong a um caso relativo a um móvel em Queensland. Uma lei de Queensland impedia um agente não-registrado de buscar o pagamento de uma comissão. Para dar efeito a essa interdição a Corte de Queensland descartou a escolha de lei de Hong Kong e aplicou sua própria lei. Ela poderia ter deixado subsistir a lei escolhida para aplicar sua disposição enquanto lei de polícia.

2) *Att-Gen. of New Zealand v. Ortiz*. Segundo a lei da Nova Zelândia, os objetos históricos tomados são devolvidos à Coroa. Ao encontro do

²⁸³ COUR DE CASSATION DES PAYS-BAS – 13 mai 1966. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Note. Paris: Éditions Sirey, 1967. tomo 56, no. 3, juillet-septembre. p. 523.

²⁸⁴ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projects récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 184, 1982.

argumento que se tratava de uma disposição de ordem pública, a regra foi aplicada na Inglaterra em um caso concernente as esculturas maoris. Ela poderia ter sido a título de lei de aplicação imediata, mesmo se o contrato estivesse regido pelo direito inglês.

- 3) *GBH, 22 juin 1972*. Esse caso toca também os bens culturais, desta vez máscaras nigerianas. A Corte alemã, declarando a transação *contraire aux moeurs*, recusou condenar o segurador desses bens que haviam desaparecido durante o transporte de navio da Nigéria para Hamburgo. O contrato foi considerado nulo.²⁸⁵
- 4) *BGH allemand, 21 décembre 1960*. Contrato entre um vendedor alemão e um comprador sueco visando à elisão da lei americana que proibia a venda de produtos químicos estratégicos à URSS. A Corte declarou que o contrato era nulo como *contraire aux moeurs*. A solução da lei de polícia teria sido mais direta.

1.3.4 Brasil

O Código Civil Brasileiro reporta-se às leis imperativas em seu artigo 166, inserido no capítulo sobre a invalidade do negócio jurídico:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

²⁸⁵ “La Cour rejeta la demande en paiement portée contre l’assureur, fondée sur le droit allemand, en considérant le contrat d’assurance nul du fait que l’exportation des objets assurés se faisait en violation de la législation du pays d’origine. Il y a donc prise en compte des lois de police protectrices de l’État d’origine de biens culturels comme *datum*, certes non pas en matière réelle mais contractuelle. KREUZER, Karl. La propriété mobilière en droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 259, p. 198, 1996. Esse texto contém uma série de outros casos semelhantes, envolvendo respeito à lei estrangeira protetiva de bens culturais. Sobre o mesmo caso, ver JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 88.

- 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. (grifamos)

O Livro Complementar do novo Código Civil, tratando das Disposições Finais e Transitórias, prevê a ordem pública no contexto de acordos entre contratantes quanto à execução do contrato, no período de mudança da legislação:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

Ao analisar o artigo 166, VILLAÇA esclarece que “a lei imperativa ou norma cogente a que se refere o legislador é a que, imposta pelo Estado, deve ser cumprida e não pode ser modificada pela vontade dos interessados”. O autor se reporta historicamente ao romano *jus cogens* que, “não sendo direito público, existe no direito privado como forma de intervenção do Estado,

geralmente para proteger a parte mais fraca da relação jurídica. Se essa lei for desrespeitada, o negócio é nulo”.²⁸⁶

VILLAÇA apresenta como exemplo de norma imperativa o artigo 412 em que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação”, nem por acordo das partes.

A doutrina brasileira sempre tratou das normas imperativas no contexto das categorias das normas do direito privado, distinguindo-as das supletivas ou dispositivas.

Ao contrário das normas supletivas que se aplicam quando os particulares não disciplinaram seus interesses, segundo GOMES as normas imperativas são aquelas que se destinam à tutela de determinados interesses “considerados básicos na organização jurídica da sociedade”. São imutáveis por declaração de vontade particular mas nem por isso “adquirem a natureza de preceito de direito público. O que as distingue é a imperatividade absoluta”. Elas podem tanto consubstanciar princípios de ordem pública quanto proteger “interesses individuais que não possuem a generalidade necessária a se tornarem interesses sociais fundamentais”, que o autor exemplifica com a regra que proíbe o rebaixamento da categoria de um empregado.²⁸⁷

Fica patente, portanto, que no direito interno brasileiro os conceitos de ordem pública e normas imperativas estão muito próximos, complementando-se.

Existe, ainda, a distinção entre leis supletivas e leis “coativas”. Estas englobam “as que proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que se não

²⁸⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos : artigos 104 a 188. , vol. . II. São Paulo: Atlas, 2003. p. 290.

²⁸⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 38.

deve fazer, sob certa sanção; as que as impõem de modo absoluto ao respeito de todas as pessoa, as quais se dirigem.” Sem repercussões práticas, elas são divididas em imperativas e proibitivas “conforme encerrem ordem positiva ou negativa”. Em conseqüência, usa-se normas supletivas e imperativas como sinônimo.²⁸⁸

O tema está diretamente vinculado ao direito das obrigações também no direito pátrio. “O conteúdo dos contratos abarrotam-se de obrigações impostas pela lei, inalteráveis pela vontade das partes”. O princípio da força obrigatória das convenções está, segundo GOMES, “abalado”²⁸⁹:

O legislador intervém, a cada instante, na economia dos contratos, ditando medidas que, **tendo aplicação imediata**, alteram os efeitos de contratos anteriormente praticados, e vai se admitindo o poder do juiz de adaptar seus efeitos às novas circunstâncias (cláusula “*rebus sic stantibus*”) ou de exonerar o devedor do seu cumprimento, se ocorreu *imprevisão*. (grifamos)²⁹⁰

Assim, apesar da existência e prevalecimento dos dois princípios gerais dos contratos – liberdade de obrigar-se e autonomia da vontade, “ as normas reguladoras dos negócio jurídicos em geral revestem-se, agora mais do que dantes, em diversos deles, do caráter de preceitos de ordem pública, ou de regras imperativas.” Explica GOMES que elas “aderem irresistivelmente” ao contrato, que ocorre a sua “superposição” em relação à cláusula que lhe é contrária, modificando “o conteúdo do negócio jurídico, sem que sua validade seja sacrificada”²⁹¹. As normas imperativas influem, portanto, tanto no conteúdo do

²⁸⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 54-55.

²⁸⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 105.

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 105-106.

²⁹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 437.

contrato quanto na declaração de vontade, adentrando, dessa forma, no tema dos pressupostos e dos requisitos de validade do negócio jurídico.

O artigo do Código Civil refere-se à fraude a que a pessoa recorre para não se submeter à norma imperativa, ou seja, “para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. (...) O sujeito coloca-se simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos”²⁹²

Essas são, portanto, as referências às normas imperativas na legislação interna brasileira. Em se tratando de casos concretos de direito internacional privado, a doutrina costuma indicar as normas do direito do consumidor e do direito do trabalho.

Na jurisprudência brasileira não se encontra menção específica às normas imperativas, inclusive porque elas não estão previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.

Os tribunais no Brasil, no que tange à responsabilidade do transportador aéreo adotam a seguinte orientação: a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas a Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia)²⁹³ tem sido afastada e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) aplicado para reger indenizações de acidentes aéreos, extravio de bagagem, overbook, etc.²⁹⁴

²⁹² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil* : parte geral. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 226.

²⁹³ Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas a Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de julho de 1929, alterada por vários Protocolos posteriores. Disponível em <http://www.sbda.org.br/>. Acesso em 28 de outubro de 2005.

²⁹⁴ Ver, por exemplo, REsp 658748; AgRg no REsp 222657; REsp 257297; REsp 222290; REsp 549719; REsp 229814; AgRg no Ag 574867; REsp 151401 e AgRg no Ag 548852. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em 28 de outubro de 2005.

Tal posicionamento justificar-se-ia no fato do CDC ser considerado uma norma imperativa.

Ocorre, porém, que os argumentos nunca se referiram ao tema, concentrando-se geralmente na alegação de que a Convenção de Varsóvia possui cláusula limitativas de responsabilidade ou que foi revogada pela lei posterior nacional (CDC) no que lhe é incompatível.

Da análise da jurisprudência brasileira, encontramos várias alusões às normas imperativas, mas sempre no aspecto do direito interno. Uma referência distante a aspecto internacional pode ser identificada na decisão a seguir:

CONTRATO DE COMPRA E VENDA, COM PREÇO FIXADO E INDEXADO EM DOLARES, PARA PAGAMENTO EM CRUZEIROS. NULIDADE DA CLAUSULA. DECRETO-LEI 857/69. É TAXATIVAMENTE VEDADA A ESTIPULAÇÃO, EM CONTRATOS EXEQÜÍVEIS NO BRASIL, DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA, A TANTO EQUIVALENDO CALCULAR A DIVIDA COM INDEXAÇÃO AO DOLAR NORTE-AMERICANO, E NÃO A INDICE OFICIAL OU OFICIOSO DE CORREÇÃO MONETÁRIA, LÍCITO SEGUNDO AS LEIS NACIONAIS. AÇÃO DE COBRANÇA DA VARIAÇÃO CAMBIAL, PROPOSTA PELA VENDEDORA. NULIDADE DE PLENO DIREITO DA CLAUSULA OFENSIVA A **NORMA IMPERATIVA** E DE ORDEM PUBLICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (Brasil. STJ. REsp 23707/MG, 1992/0015109-4 Ministro ATHOS CARNEIRO (1083), T4 - QUARTA TURMA 22/06/1993 DJ 02.08.1993 p. 14250, LEXSTJ vol. 54 p. 239.)

O Brasil, portanto, reproduz a cautela dos outros países no que tange à utilização efetiva e expressa das normas imperativas nos casos internacionais.

OVERBECK questiona se devemos nos impressionar com o fato de uma teoria tão nova não ser invocada na prática.²⁹⁵

²⁹⁵ « *Mais faut-il s' étonner qu'une théorie aussi nouvelle ne soit pas facilement invoquée par les juges?* » OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 183, 1982.

O próprio autor responde que os juízes em vários casos buscaram um resultado similar ao da construção da norma imperativa, só que por outros meios.²⁹⁶ É o que nos parece diante da análise do tema da Norma Imperativa Aplicada.

²⁹⁶ OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 183, 1982.

2 PARTE II – OS DIREITOS HUMANOS COMO NORMAS IMPERATIVAS

Após a descrição da teoria e da prática contemporânea sobre a matéria das normas imperativas, bem como o desenvolvimento de sua fundamentação, nesta segunda parte pretendemos propor que os Direitos Humanos e Fundamentais sejam considerados como normas imperativas, no sentido do presente trabalho. Entendemos que isso só será alcançado a partir de uma desconstrução da lógica que impera a análise jurídica atualmente, para o que sugerimos uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado.

Adentraremos na teoria geral do Direitos Humanos apenas na medida suficiente para embasar nossa tese, sem pretender esgotar esse amplo campo do Direito.

2.1 Capítulo I. Direitos Humanos

2.1.1 Aspectos Gerais

Os Direitos Humanos consolidam o que há de mais fundamental para a existência digna do ser. Tendo sua importância sido reconhecida, a necessidade que se impõe é quanto a sua efetivação, no plano concreto.

Em geral, diferenciam-se Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais pois enquanto aqueles reúnem os valores gerais que representam a essência das aspirações humanas, sem vínculos territoriais, estes exteriorizam os anseios

básicos de um determinado conjunto de pessoas, com ligações a uma ordem jurídico-política. Assim, os Direitos Humanos, que nasceram sob inspiração jusnaturalista, hoje estão positivados em Tratados Internacionais enquanto os Direitos Fundamentais representam o reconhecimento jurídico daqueles nos ordenamentos internos e estão positivados, sobretudo, nas Constituições dos Estados.

Assim, o reconhecimento e a consolidação jurídica dos direitos fundamentais a partir do constitucionalismo moderno e dos direitos humanos a partir da segunda metade do século XX permeiam toda a concepção do Direito contemporâneo, em seu aspecto teórico-científico e também prático. “O *leitmotiv*” que agrega nossa cultura jurídica contemporânea é o papel primordial dos direitos humanos”.²⁹⁷

Na presente parte do trabalho, tomando o cuidado para manter as especificidades dos conceitos quando possível, usaremos as expressões Direitos Humanos, preferencialmente, e Direitos Fundamentais como sinônimos, por acreditarmos que ambas as expressões representam uma reivindicação comum: a dignidade como exteriorização da consciência evolutiva das pessoas, cuja necessidade de garanti-la é reconhecida pelo Estado através do Direito.

Preferimos usar os termos como sinônimos, sem adentrar nas discussões sobre a determinação de um conceito, que na verdade é histórico²⁹⁸, nem no debate sobre a linguagem dos Direitos Humanos, explicada por BOBBIO.

²⁹⁷ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 37.

²⁹⁸ “A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluer histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se

Apesar das inúmeras tentativas de análise definitiva, a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e freqüentemente usada de modo retórico. Nada impede que se use o mesmo termo para indicar direitos apenas proclamados numa declaração, até mesmo solene, e direitos efetivamente protegidos num ordenamento jurídico inspirado nos princípios do constitucionalismo, onde haja juízes imparciais e várias formas de poder executivo das decisões dos juízes. Mas entre uns e outros há uma bela diferença!²⁹⁹

2.1.2 Interação com Direito Interno e Direito Internacional

Tendo em vista que as Constituições relacionam em seu texto o rol dos direitos fundamentais, estes vão permear toda atuação do Direito na sociedade respectiva, seja em suas previsões legislativas, em sua prática cotidiana ou nas decisões judiciais.

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidade consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com (...) J. J. Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. (...) os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.³⁰⁰

Em que pese essa fundamental presença no direito interno, a proteção dos seres humanos ultrapassa os limites das fronteiras dos Estados porque tem por objetivo a busca do respeito da dignidade das pessoas, não como nacionais de determinado país, mas como fator mais importante de qualquer organização social e como razão de ser de qualquer regulamentação pelo Direito.

empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. 8ª. ed. p. 161

²⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Introdução. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 9.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

Conscientes dessa superação territorial, os próprios Estados procedem à criação de uma sistemática supranacional de proteção dos direitos humanos, de forma complementar à atuação estatal interna, que envolve não apenas os mecanismos universais, organizados pela ONU, mas também os mecanismos regionais, sobretudo no âmbito da Europa e das Américas.

A Carta da ONU já em 1945, portanto num período subsequente às atrocidades nazistas e da Segunda Guerra Mundial, tratava da necessidade de proteção dos direitos humanos, além das fronteiras internas. A Declaração Universal, expedida pela Assembléia Geral da ONU, em 1948, cuidou da temática de forma mais aprofundada e abrangente, com o mérito de aglutinar os direitos civis e políticos e também os direitos econômicos e sociais, numa concepção universalista e indivisível. Para suprir a falta de juridicidade da Declaração, foram celebrados dois Tratados Internacionais de Direitos Humanos: O Pacto de Direitos Civis e Políticos, direcionados aos indivíduos, detentores dos direitos no texto previstos, e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, direcionados aos Estados-partes, que se comprometem a fazer prestações positivas a fim de implementá-los. Além dessa normativa geral, também a ONU organizou e estimulou a celebração de diversas convenções internacionais temáticas, como a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial, a Convenção para eliminação de todas as formas de tortura, tratamentos cruéis ou degradantes, Convenção sobre os Direitos da Mulher, Convenção sobre os Direitos das Crianças, dentre outros. Tais convenções criaram Comitês, responsáveis pelo monitoramento e acompanhamento do cumprimento de suas disposições pelos Estados signatários.

Paralelamente a esses mecanismos convencionais, por resolução de órgãos da ONU, foram criados outros instrumentos de controle da atuação dos Estados, quanto à promoção e proteção dos Direitos Humanos. Assim, surgiram os Grupos de Trabalho e, principalmente, o instituto dos Relatores Especiais, dentre os quais estão o relator especial sobre dejetos tóxicos; o relator especial sobre o direito à liberdade de opinião e expressão, sobre a questão da violência contra a mulher; sobre a questão da tortura; sobre execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias. A partir de informações que recebem, esses agentes da ONU fazem investigações sobre a situação dos Estados, podendo, inclusive atuar *in loco*, como fizeram os relatores sobre a tortura e sobre execuções sumárias, que estiveram no Brasil em 2001 e 2003, respectivamente.

No que tange aos mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos, a Europa apresenta o sistema mais avançado, no qual os indivíduos, depois de esgotarem os recursos internos, têm acesso direto à Corte Européia de Direitos Humanos.

O sistema interamericano de direitos humanos faz parte da Organização dos Estados Americanos – OEA e tem como marcos jurídicos a Declaração Americana de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, além de uma série de tratados sobre temas específicos, como direitos da mulher, tortura, discriminações, etc.. Ele é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que analisa denúncias de violações de direitos por parte dos Estados membros, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julga casos trazidos pela Comissão, contra Estados que reconheceram expressamente sua jurisdição. Apesar das críticas da doutrina especializada, o indivíduo ainda não

tem o direito de petição perante a Corte, cujos casos passam antes pelo crivo da Comissão.

Esse é o arcabouço da proteção da pessoa humana existente para as situações em que o violador dos Direitos é um ente Estatal, por ação ou omissão. Trata-se, portanto, da garantia da dignidade pelo Direito Internacional Público.

Em relação ao Direito Internacional Privado, a questão dos direitos humanos também se faz presente, sobretudo com sua consolidação no plano interno e internacional, já vistas. Na seqüência haverá um item de estudo específico para o tema. Adiantamos que toda a sistemática da matéria deve levar em conta a dignidade da pessoa humana e não deve resultar em violação da mesma. O próprio método da disciplina permite exceções a sua aplicação normal se elas forem necessárias para garantir os princípios fundamentais do foro em que o caso multiconectado é questionado. FOELIX, ainda no século XIX, asseverava :

Nenhuma nação renuncia, em favor das instituições de uma outra, à aplicação dos princípios fundamentais de seu governo; ela não deixa impor doutrinas que, segunda sua maneira de ver, sob o ponto de vista moral ou político, são incompatíveis com sua própria segurança, seu próprio bem estar ou com a observação conscienciosa de seus deveres ou da justiça.³⁰¹

A citada proteção dos Direitos Humanos nas Constituições influencia a principal fonte do Direito Internacional Privado: a lei ordinária. Da mesma forma, a proteção no âmbito internacional impulsiona o aparecimento de Tratados Internacional de Conflito de Leis que tratam de Direitos Humanos ou exigem sua observância.

³⁰¹ FOELIX, M. *Traité du droit international privé, ou du Conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*. Paris, 1843 apud JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. *RCADI*, 1995. tomo 251. p. 229.

Se o ser humano é uno não há porque as normas que o protegem estarem separadas pelas barreiras das disciplinas jurídicas que o positivismo criou e isolou.

Nesse sentido, há um tratado internacional de Direito Internacional Privado que reflete de modo inquestionável a interação entre essa matéria, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os Direitos Constitucionais Fundamentais: a Convenção relativa à proteção e à cooperação em matéria de adoção internacional, Haia, 29 de maio de 1993.

Seu primeiro artigo já enuncia:

Art. 1º A presente Convenção tem por objeto:

- a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas levando em consideração o interesse superior da criança e com respeito aos **direitos fundamentais, que lhes reconhece o Direito Internacional; (grifamos)**
- b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados contratantes que assegure o respeito às ditas garantias e, e, conseqüência, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças;
- c) assegurar o reconhecimento nos Estados contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

Tal dispositivo, fonte de Direito Internacional Privado, congrega todos os valores que a sociedade contemporânea assimila para a proteção da criança, seja através de dispositivos constitucionais [a Constituição Brasileira, por exemplo, tem um capítulo para as crianças (VII), ao lado da família, adolescente e idoso, no título da ordem social (VIII)], seja através de tratados internacionais de Direito Internacional Público (como a Convenção sobre Direitos da Criança).

São disciplinas autônomas mas nas quais já se pode constatar a aproximação, eliminando-se as barreiras, “devido à importância dos direitos humanos”. Nesse sentido JAYME assevera que o “direito internacional pós-moderno é, então, caracterizado por um retorno a um certo monismo do direito

internacional, ao menos do ponto de vista da teoria do direito, no sentido que a pessoa humana resta no centro do direito”.³⁰²

De qualquer forma, todas as iniciativas legislativas aqui relatadas, no âmbito interno ou internacional, público ou privado, demonstram ser instrumentos para a necessária conscientização mundial de que “*reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”.³⁰³

2.1.3 Direitos Humanos e Direito Internacional Privado

Como visto anteriormente, são duas áreas especializadas do Direito que possuem cada vez mais proximidade e interação. JAYME confirma: “o Direito internacional privado atual é caracterizado pela importância crescente do lugar dos direitos humanos na solução dos conflitos de leis”³⁰⁴

Os Direitos Humanos permeiam o método do conflito de leis, desde a qualificação até a aplicação do direito estrangeiro; as normas materiais sobre nacionalidade e situação do estrangeiro; o acesso e funcionamento da justiça estatal ou arbitral. HAMMJE explica que há duas incidências dos Direitos Fundamentais em Direito Internacional Privado: a primeira é a necessidade das regras de conflito de leis do foro estarem em conformidade com os princípios

³⁰² JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 37.

³⁰³ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

³⁰⁴ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 49.

fundamentais da ordem jurídica do foro; a segunda é a exigência de confrontação do direito estrangeiro indicado como aplicável com tais princípios.³⁰⁵

Se o Estado opta por proteger ou regulamentar de modo peremptório determinados grupos de pessoas e setores da vida econômica, social e cultural da sua sociedade, isso não pode ser ignorado quando os fatos se conectarem, de algum modo, a um outro ordenamento jurídico - estrangeiro. Entendemos então que há uma vinculação efetiva do instituto da norma imperativa de Direito Internacional Privado com os Direitos Humanos. Nesse sentido, explica VISCHER que:

(...) não se pode ignorar que a orientação social do moderno Estado de Bem Estar se estende a todos os ramos do direito, incluindo o direito civil, e leva a uma agregação de legislação especial que complementa e, às vezes, substitui a "*loi commune*". Os objetivos do Estado podem ser múltiplos, pode ser a parte mais fraca de um contrato, a proteção da criança, a garantia da manutenção, a eliminação da discriminação entre raças, sexos e religiões, etc. A crescente preocupação do conflito de leis com o resultado substantivo em geral (...) favorece a extensão da linha de fronteira das "*lois d'application immédiate*". Seria, portanto, irrealista postular a limitação das regras com conexão especial com o estreito círculo de regulamentações que são parte da organização do Estado ou garantem seu funcionamento.³⁰⁶

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgou, no início da década de 70 do século passado, um caso envolvendo Direitos Humanos e Direito Internacional Privado, que se tornou a grande referência para o estudo e a proposição de inter-relação entre os dois ramos jurídicos, conforme se verá a seguir.

³⁰⁵ HAMMJE, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 1, janviers/mars.1997. p. 3-4. O autor explica que essa tomada em consideração dos direitos fundamentais em relação a um direito estrangeiro encontrou um ambiente favorável na prática do Direito Internacional Privado na França, em virtude do "movimento geral de emergência em direito internacional privado dos princípios gerais do direito", conduzido pela Corte de Cassação através do Presidente Ponsard. p. 5 e nota 11.

³⁰⁶ VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 158, 1992.

José C..., católico, de nacionalidade espanhola mas morando na Alemanha (RFA) desde 1962, e Hilde L..., evangélica, alemã, pretendiam se casar. Ela havia se divorciado legalmente em relação ao casamento civil anterior. Segundo a lei alemã, os impedimentos do casamento deveriam ser regidos pela lei da nacionalidade de cada nubente. As autoridades espanholas recusaram-se a emitir o certificado de capacidade matrimonial de José porque, segundo a lei espanhola em vigor, um espanhol não pode se casar, mesmo no estrangeiro, se um dos nubentes já tivesse contraído casamento válido pelo direito canônico. No entendimento deste, qualquer forma de casamento era considerada válida para não-católicos. O direito civil espanhol também não admitia o divórcio.

O noivo solicitou, então, à Corte de Apelação de Hamm a dispensada produção do certificado, conforme admitia a lei alemã, mas teve sua pretensão rejeitada em 3 de setembro de 1968. Impetrou-se, então, recurso constitucional³⁰⁷ ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha perguntando se era conforme o artigo 6, al. 1 da Lei Fundamental (GG), que garantia a toda pessoa a liberdade de contrair matrimônio, a recusa das autoridades e tribunais alemães de realizar casamento entre um estrangeiro e uma alemã divorciada anteriormente por um

³⁰⁷ « Institué par la loi du 12 mars 1951 sur le Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfGG, art. 90 à 97), et consacré par le législateur constituant lors de la réforme constitutionnelle du 29 janvier 1969 (art. 93, al. 1, no. 4-a GG), ce recours permet de saisir le Tribunal constitutionnel fédéral, à toute personne (physique ou morale, allemande ou étrangère) qui se prétend lésée dans l'un des droits fondamentaux dont elle est titulaire en raison d'un acte d'une autorité publique. Ce recours, très largement ouvert en ce qui concerne le requérant, n'est donc pas limité à la critique des actes administratifs mais peut tout aussi bien être dirigé contre un acte législatif ou juridictionnel. De même il suffit que le requérant établisse qu'il est personnellement victime d'une violation d'un droit fondamental dont il est titulaire (...) ». LABRUSSE, Catherine. Comentário à decisão do TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 73.

juízo realizado por um tribunal alemão, em virtude do país de origem do noivo estrangeiro não reconhecer o divórcio.

A Primeira Câmara, em decisão de 4 de maio de 1971, pronunciou-se “com a determinação soberana, a firmeza e o rigor que caracterizam a mais alta jurisdição da República Federal da Alemanha”, nessa demanda que tratou “pela primeira vez de matéria de direito internacional privado”³⁰⁸, estabelecendo³⁰⁹: que há violação do artigo 6,1 quando um espanhol que deseja casar-se com uma alemã divorciada tem recusada a dispensa de produzir o certificado de capacidade matrimonial, porque a autoridade espanhola não reconhece tal divórcio; que o artigo 6, 1 expressa um direito fundamental que garante, a toda pessoa, mesmo estrangeira, a liberdade de casar-se com a pessoa que escolheu, nos mesmos termos do artigo 12 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 4 de novembro de 1950; que as regras de direito internacional privado alemão, e a aplicação em um caso particular do direito estrangeiro competente em virtude de tais regras, devem ser confrontadas com os direitos fundamentais; e que a exigência da apreciação da capacidade para casar pela lei nacional (artigo 13,1 da Lei de introdução ao Código Civil da Alemanha) não é contrária ao citado artigo 6, 1.

O Tribunal determinou, por fim, que a decisão recorrida fosse anulada e o caso reenviado para a Corte de Apelação. Uma nova decisão deveria então ser tomada e o Tribunal sugeriu o seguinte:

³⁰⁸ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 1-46.

³⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 57-72.

1. Para não afastar o papel do direito constitucional no direito internacional privado, a questão da manutenção do casamento dissolvido deve ser resolvida pelo direito processual ou material alemão e não pela aplicação do direito estrangeiro indicado pela regra de conexão; ou

2. Tendo em vista que sua aplicação viola um direito fundamental, o direito espanhol não deve ser aplicado a fim de que aquele possa ser respeitado. Isso poderia ser alcançado quer pela **aplicação imediata** dos direitos fundamentais, quer pela exceção da ordem pública admitida no artigo 30 EGBGB.

Esse resultado pode ser atingido, seja ao se admitir que os direitos fundamentais constituem uma barreira que limita diretamente a aplicação do direito designado pelas regras de conflito, seja fazendo apelo ao artigo 30 EGBGB. Se se adotar esta segunda solução, será preciso renunciar de todos os modos à distinção estabelecida entre as violações dos direitos fundamentais toleráveis e intoleráveis. Ademais, para que o artigo 30 EGBGB permita a efetivação dos direitos fundamentais, será preciso analisar a reserva da ordem pública como o “ponto de penetração” dos direitos fundamentais em direito internacional privado, o que terá por consequência que todo atentado feito a esses direitos pela aplicação do direito estrangeiro declarado competente em virtude de uma regra de conflito dezinchará a intervenção da ordem pública alemã (BVerfGE 7.198). A justa medida será atingida ao se examinar se, e em qual medida, o direito fundamental especialmente em questão exige sua aplicação e seu respeito nos casos que apresentam elementos de estraneidade, e isso a partir de seus próprios termos, seu conteúdo e sua finalidade, sempre levando em consideração a igualdade dos Estados e a independência de suas ordens jurídicas.³¹⁰

A decisão alemã, portanto, enfatiza a inserção dos direitos da pessoa humana no Direito Internacional Privado, propondo que isso seja realizado tanto por meio de sua aplicação imediata quanto por intermédio da ordem pública. Ambos são considerados, no mesmo patamar, como o canal para a ligação entre os dois ramos do Direito. Ambos refletem o tal “ponto de penetração”, citado pela Corte e analisado por BUSCHER:

³¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 69-70.

É conveniente lembrar, no entanto, que a escolha entre os dois procedimentos não tem incidência, nem sobre a solução concreta, nem sobre a finalidade de intervenção das regras de ordem pública. Esse é necessariamente o caso quando tais regras estão contidas dentro da constituição. Tal como o *Bundesverfassungsgericht* alemão exaltou em sua célebre decisão de 4 de maio de 1971, os direitos fundamentais podem tanto se **aplicar diretamente** e limitar, assim, a aplicação do direito designado pela regra de conflito, como fazer apelo à cláusula da ordem pública, esta constituindo então o “ponto de penetração” (“*Einbruchstelle*”) dos direitos fundamentais em direito internacional privado. O legislador alemão escolheu esse segundo método, com o artigo 6 EGBGB preconizando, a partir de então, que a regra de direito de um Estado estrangeiro não é aplicável, notadamente, “quando sua aplicação é incompatível com os direitos fundamentais”. Estando garantida através dessa cláusula, a proteção dos direitos fundamentais resta, entretanto, idêntica àquela resultante da aplicação (p.43) direta desses direitos: estes não podem ser subordinados, em seus efeitos internacionais, às restrições que seriam ligadas ao funcionamento da cláusula de reserva da ordem pública. Esta não impede, desde então, o efeito positivo dos direitos fundamentais de se manifestar imediatamente, na medida que tais direitos não toleram solução diferente no caso particular, estando assim desprovida de interesse a consulta do direito estrangeiro designado pela regra de conflito.³¹¹ (grifamos)

LABRUSSE, por outro lado, entende que pouco importa recorrer ao método da ordem pública ou das normas imperativas, tendo em vista que o importante é o resultado a que se deve chegar: o respeito aos direitos fundamentais. A opção das normas imperativas seria uma solução para as situações em que se insiste para aplicar a ordem pública apenas sob seu aspecto negativo, servindo portanto para estimular a revisão desse pensamento.³¹²

A orientação contida na decisão do Tribunal Constitucional Federal já vinha sendo propugnada por parte da doutrina, tendo sido considerada como “o triunfo” de autores como MAKAROV, BEITZKE e WENGLER.³¹³

³¹¹ BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, p. 41-42, 1992.

³¹² LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 39.

³¹³ STURM, F. Familienrecht Zeitschrift, 1972, no. 1, p. 18 apud LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal

Trata-se sem dúvida de um acórdão paradigmático que discorre sobre os valores que devem pautar toda a realização jurídica, inclusive quando o caso envolve questões e legislações estrangeiras. É o aplicador do Direito determinando o estabelecimento, e cobrando na prática, o vínculo entre os Direitos Humanos ou Fundamentais, Constitucional e Internacional Privado.

Não competia ao Tribunal constitucional, que não é uma instância de revisão, modificar as soluções anteriores do direito internacional privado. Seu papel se limita a dizer se tal regra de direito interno ou tal decisão tomada por uma autoridade pública, administrativa ou judiciária, é ou não conforme à Constituição, e a anulá-las em caso de inconstitucionalidade. No caso, o Tribunal constitucional poderia se deter aí e constatar que a decisão do Presidente da Corte de Apelação confirmada por esta última, recusando a dispensa de certificado de capacidade matrimonial, confronta o direito fundamental da liberdade do matrimônio. Mas a Alta jurisdição pareceu ter encontrado a ocasião para emitir uma decisão de princípio, cujos motivos ultrapassam amplamente o litígio, e de se pronunciar de maneira geral sobre as relações do direito internacional privado e do direito constitucional e sobre as orientações que deverá tomar o primeiro para estar de acordo com o segundo.³¹⁴

Diante das injustiças que aconteciam na prática e impulsionadas pela manifestação do Tribunal alemão, a Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado e a Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) prepararam convenções que estipulam que os Estados contratantes se obrigam ao reconhecimento recíproco dos julgamentos em matéria de casamento e que um novo casamento após divórcio não será impedido em razão de que o direito de um terceiro Estado não reconhece a dissolução do primeiro casamento.³¹⁵

Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 19.

³¹⁴ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 15.

³¹⁵ Sobre as Convenções da Haia, ver Convenção sobre Celebração e Reconhecimento da Validade dos Casamentos, de 1978; Convenção sobre Reconhecimento de Divórcios e Separação de Corpos, 1970. Sobre a CIEC, ver as Convenções "Nº 14 relative à l'indication des noms et prénoms dans les registres de l'état civil, signée à Berne le 13.09.1973 ; Nº 12 sur la légitimation par mariage, signée à Rome le 10.09.1970; Nº 20 relative à la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale, signée à Munich le 05.09.1980 ; Nº 26 concernant l'échange international

Do mesmo modo, lembra JAYME que, com as alterações havidas na Lei de Introdução ao Código Civil Alemão, de 1986, citada neste trabalho no capítulo sobre Norma Imperativa Aplicada, a lei estrangeira que proíbe o casamento será, agora, afastada quando essa interdição for incompatível com o princípio fundamental da liberdade do casamento editado pela Corte Constitucional.³¹⁶

Em nossa opinião a interseção entre Direitos Humanos e Direito Internacional Privado está consolidada. Entretanto, sabemos que ela ocorre não sem dificuldades, em virtude da complexidade de ambos os ramos jurídicos. Nesse sentido, JAYME explica que os “direitos fundamentais reconhecidos pelo direito internacional”, previstos na citada Convenção da Haia sobre adoção estariam enunciados na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Infância (Nova Iorque, 26/01/1990), mas esta, ao contrário do que ocorreu no caso anterior, não recebeu aplicação imediata, portanto não pode ser invocada nos tribunais internos, segundo pronunciamento da Corte de Cassação francesa e do Governo alemão. Da mesma forma, a vinculação dos Direitos Fundamentais ao conflito de jurisdições, a partir do direito ao devido processo legal; a diversidade de culturas jurídicas em matéria de família, sobretudo envolvendo países de tradição muçulmana, a reparação de danos, que apresenta nas legislações ora

d'informations en matière d'état civil, signée à Neuchâtel le 12.09.1997». A Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) é uma organização internacional intergovernamental europeia, com a finalidade de promover a cooperação internacional em matéria de estado civil e melhoria dos serviços nacionais nesse âmbito. Para tanto, mantém documentação legislativa e jurisprudencial relativa ao direito dos Estados-membros em matéria de estado civil, fornece informação, desenvolve estudos jurídicos e técnicos, edita publicações e elabora Convenções e Recomendações. Até agora adotou 30 Convenções e 8 Recomendações. Fundada em 1948, contando atualmente com 16 Estados membros e alguns observadores. Disponível em <http://perso.wanadoo.fr/ciec-sg/>. Acesso em 1º de novembro de 2005.

³¹⁶ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 50.

caráter educativo, ora punitivo, e por fim, as divergentes concepções da relação “liberdade de imprensa”–“direito à honra” podem gerar complicações. Segundo o autor, ao dar-lhes uma importância determinante na procura da jurisdição competente ou da lei aplicável, incorre-se no risco de ver surgir os conflitos entre os diferentes direitos fundamentais que podem ter conteúdo variado ou não ser reconhecidos por todos os países, apesar de sua aspiração universal.³¹⁷

Independente de tais complexidades, naturais para uma tarefa com a envergadura da correlação de ramos jurídicos até então completamente separados, a aproximação dos Direitos Humanos com o Direito Internacional Privado é uma realidade.

Um exemplo disso é a incorporação dessa idéia pela jurisprudência francesa. A Corte de Apelação de Paris, em decisão de 14 de junho de 1994, determinou a aplicação imediata da Convenção Européia de Direitos Humanos, incidente sobre o caso, sem verificar com rigor o conteúdo do direito estrangeiro.

A Corte de Apelação acatou recurso de um transexual refugiado na França, de nacionalidade argentina, onde possuía o estado civil do sexo masculino, solicitando retificação desse estado civil de origem para estar em conformidade com sua nova aparência de mulher. Com base no artigo 8º. da Convenção Européia sobre respeito à vida privada, usado como base pela Corte Européia de Direitos humanos para justificar a necessidade de reconhecer juridicamente a mudança de sexo, a Corte de Apelação entendeu que a ação tinha como objetivo por fim a uma discriminação social sofrida na França, devendo então ser deferida

³¹⁷ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 51-54.

sem consideração do estatuto pessoal do interessado (a lei Argentina ignora a mudança de sexo).

A matéria dos direitos do homem sendo de ordem pública e a proteção desses direitos devendo ser assegurada tanto aos nacionais quanto às pessoas oriundas de Estado não-parte da convenção desde que domiciliadas no território nacional, em virtude dos artigos 1º. e 14 da convenção europeia de proteção de direitos humanos, a qual é de aplicação direta na França, a ação de um transexual de nacionalidade argentina, residente regularmente na França, deve ser declarada admissível, sem considerações do estatuto pessoal do interessado, uma vez que ela tem por objeto por um fim, por uma nova designação do sexo nos documentos oficiais, a uma discriminação social ocorrida na França.

A aplicação da lei nacional do apelante, que parece ignorar a síndrome do transexualismo, conduziria a uma decisão constituinte, em si mesma, de uma violação de um direito humano protegido tanto pela convenção quanto pelo direito interno em seu estado mais recente.³¹⁸

Trata-se de um posicionamento importante para a matéria tendo em vista que exalta a aplicação direta no plano interno de norma prevista em Tratado Internacional de Direitos Humanos, em relação a caso concreto referente a conflito de leis. A partir da repercussão do acórdão do tribunal alemão e a consolidação na corte francesa, uma nova forma de análise dos Direitos Humanos passou a permear a prática do Direito Internacional Privado. Ambas as disciplinas apresentam-se mais próximas.

Como corolário, tem-se primeiramente o fato de que, no caso multiconectado, a atuação do Direito do conflito de leis deve levar em consideração os Direitos Humanos em todo o momento. Cabe ao juiz, e a qualquer outro representante dos poderes do Estado tê-los em mente na hora de julgar:

Mesmo em direito internacional privado deve-se partir da norma diretiva do artigo 1, 3 GG que obriga todos os poderes públicos ao respeito dos direitos

³¹⁸ COUR D'APPEL DE PARIS. (1^{re} Ch. C.) – 14 juin 1994. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1995. tomo 84, no. 2, avril - juin, p. 308.

fundamentais. Disso resulta, inicialmente, que se deve submeter à elaboração das regras de conflito ao mesmo regime que é aplicado às outras leis de nível inferior à Constituição. Enquanto direito nacional interno, as prescrições do direito internacional privado alemão devem ser confrontadas de maneira geral aos direitos fundamentais.³¹⁹

Do mesmo modo, os próprios advogados já não deixam de invocar os Direitos Humanos diante da conexão de seu caso com um ordenamento jurídico estrangeiro. Tal realidade permite a JAYME “constatar que as referências aos direitos fundamentais figuram cada vez mais no grande número de argumentos utilizados para resolver os litígios internacionais”.³²⁰

Em segundo lugar, a aplicação do método bem como das próprias normas de Direito Internacional Privado não devem levar a resultados concretos que violem os direitos fundamentais. Disso resulta mais uma constatação: mister realizar a análise da conformidade do direito estrangeiro competente com a lei fundamental local.

É “natural”, para SPERDUTI, que as normas de Direito Internacional Privado se conformem às exigências internas da ordem pública em geral, nas quais, em sua opinião, conforme já dito, estão incluídas as normas imperativas (lei de ordem pública) e os princípios de ordem pública. São situações excepcionais mas que ocorrem de fato quando, por exemplo, há o contraste entre o princípio da dignidade da pessoa humana e uma lei estrangeira que admite um pátrio poder despótico.³²¹

³¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 65.

³²⁰ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 54.

³²¹ SPERDUTI, Giuseppe. *Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, abr./jun.1977, p. 267-268.

2.1.4 Constituição e Direito Internacional Privado

Estando assentada de forma definitiva a relação entre Direito Internacional Privado e Direitos Fundamentais imediatamente chegamos à constatação da presença também da Constituição nesse âmbito, tendo em vista que os Direitos Humanos estão previstos nos textos constitucionais dos Estados. Estes dão àqueles o seu aspecto elementar que é a “fundamentalidade”, no dizer de SARLET referindo-se à Constituição brasileira:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º. Par. 1º. da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.³²²

Algumas constatações são assimiláveis a partir dessa realidade que é a relação entre Constituição e solução de conflitos de leis: 1) As Constituições prevêm um rol de direitos fundamentais que vão direcionar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, inclusive as normas de Direito Internacional Privado; 2) Em conseqüência, deve ser realizado o controle da constitucionalidade destas; 3) O funcionamento do método conflitual também se vincula aos valores, princípios, direitos e garantias previstas no texto constitucional; 4) É possível verificar a

³²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001. p. 81.

ampliação da tendência constitucionalizante do Direito Civil para as normas de Direito Internacional Privado.

A fonte por excelência do Direito Internacional Privado é a lei que regula do conflito de leis, seguida das normas oriundas dos Tratados Internacionais de que o país é parte e que foram internalizadas segundo as regras locais de internalização. Ora, tais normas, como todas as demais, submetem-se à hierarquia do ordenamento jurídico respectivo, ficando subordinadas à Constituição do Estado. Nas palavras de JAYME, “as constituições de diversos países contém disposições sobre direitos humanos refletindo a existência de um patrimônio comum dos valores jurídicos de base, tomados cada vez mais em consideração para resolver os conflitos de leis.”³²³

É exatamente o que fez o Tribunal Constitucional alemão na decisão que iniciou esta parte do trabalho. Todas as normas ordinárias buscam seu fundamento e validade no texto constitucional, sobretudo no rol dos Direitos Fundamentais, conforme expõe JAYME, e isso não poderia deixar de ocorrer com as normas de Direito Internacional Privado.

Essa decisão está na linha de uma política da qual a alta jurisdição jamais se afastou: o combate pelo direito exige que se faça sempre prevalecer em todos os domínios, sem desfalecimento nem compromisso, as normas constitucionais sobre as regras de direito ordinário, e que se exerça sobre essas últimas, quaisquer que sejam a fonte, a natureza ou o objeto, um controle de sua conformidade à Constituição que deve ser particularmente vigilante quando o respeito dos direitos fundamentais da pessoa está em questão.³²⁴

³²³ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 49.

³²⁴ LABRUSSE, Catherine. *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)*. *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 3.

Se as normas de Direito Internacional Privado têm seu lugar no sistema jurídico, abaixo da Constituição, conseqüentemente há necessidade de se verificar sua constitucionalidade, através dos métodos de exame e controle disponíveis em cada país.

O exame se reduzirá sem dúvida a procurar se a escolha de um princípio de solução ou mais particularmente a escolha dos critérios de conexão é conforme os direitos fundamentais, Na medida que essas regras designam um direito estrangeiro, o legislador não pode, em razão da variedade e da instabilidade dos direitos estrangeiros, saber imediatamente qual será o conteúdo da norma estrangeira aplicável nem que efeito ela produzirá em um caso particular. Está fora de questão, em função desse “salto dentro do desconhecido” (Raape, *Internationales Privatrecht*. 5ª. ed., 1961, p. 90), descartar o controle de constitucionalidade e abandonar os interessados ao resultado incerto da aplicação do direito estrangeiro designado pela regra de conflito sem vinculá-los à proteção dos direitos fundamentais.³²⁵

Isso significa que, do mesmo modo que as normas de Direito Internacional Privado se submetem à Constituição, sua prática também lhe fica limitada, vale dizer, a operação da definição de lei competente, sua aplicação e o resultado final devem estar de acordo com os ditames constitucionais e os direitos fundamentais que lhes são inerentes. “São, sobretudo, os princípios gerais de base de um sistema de direito que se apresentam como obstáculos à aplicação da lei estrangeira. Entre esses princípios figuram os direitos fundamentais do indivíduo, enunciados pela Constituição.”³²⁶

Nessa linha de pensamento, todos os demais desmembramentos do Direito Internacional Privado devem estar em conformidade com o texto constitucional,

³²⁵ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1ª Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 65.

³²⁶ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 228.

inclusive suas *normas imperativas*. “As normas de política, obviamente, deverão estar adequadas aos princípios, garantias e normas constitucionais”.³²⁷

Se a Constituição exterioriza os valores mais caros aos indivíduos que formam a sua sociedade através, sobretudo, dos direitos e garantias individuais e coletivos, é a própria carta constitucional que vai definir o conteúdo, o fundamento e o alcance destes. E esse raciocínio se estendeu para o direito do conflito de leis, principalmente a partir da manifestação dos juízes alemães, transcritas na seqüência:

Os direitos fundamentais formam uma parte indissociável da Constituição: eles são o núcleo específico da ordem liberal e democrática da vida cívica dentro da Constituição. Seu alcance não pode depender da maneira como o direito ordinário rege um caso particular; bem ao contrário, seu alcance deve ser deduzido diretamente da própria constituição. (Bernstein, NJW, 1965.2275; Wengler, JZ, 1965.101) Não é possível justificar uma outra concepção para a especificidade ou a originalidade do direito internacional privado. As regras de conflito em vigor não constituem o único modo possível de regulamentar esse domínio do direito.³²⁸

É claro que as dificuldades para a valoração dos direitos, no plano constitucional, vão ser verificadas no âmbito do Direito Internacional Privado, cujas relações jurídicas já apresentam uma complexidade intrínseca por tratar de valores oriundos de lugares distintos. “A determinação dos direitos fundamentais de cada indivíduo gera já no plano interno dificuldades de delimitação no que concerne aos direitos de outrem. Cada constituição é o reflexo da tradição e da

³²⁷ BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 4ª. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 279.

³²⁸ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1ª Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 65.

cultura de um país. No plano internacional, essas diversidades podem conduzir a conflitos.”³²⁹

Aos princípios constitucionais do país do foro é que se deve recorrer normalmente para resolver tais situações, de modo que o caso concreto obtenha uma solução compatível com a Constituição local.

Uma forma de evitar tais dificuldades é a inclusão de certas normas de Direito Internacional Privado na própria Constituição, afastando qualquer discussão ou dúvida. É a tendência da constitucionalização da disciplina, ao menos em suas regras mais elementares e importantes para o ordenamento jurídico respectivo.

A Constituição do Brasil, por exemplo, além das orientações sobre sentença estrangeira, cartas rogatórias e tratados internacionais, prevê no próprio rol de direitos fundamentais, a seguinte regra:

Artigo 5º. XXXI: a sucessão de bens de estrangeiros situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

2.1.5 Tratados Internacionais

Além da Constituição, outra fonte muito importante e freqüente de Direitos Humanos são os Tratados celebrados entre os países.

Tratado é todo acordo celebrado por escrito, entre sujeitos de direito internacional, independente de sua denominação - que pode ser tratado, convenção, pacto, protocolo, etc. Ele é negociado, assinado, ratificado, publicado

³²⁹ JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 52.

internamente e depositado internacionalmente pelas partes contratantes. Pode ser bilateral ou multilateral; ter a forma solene, quando passa pelo crivo Poder Legislativo no processo de internalização, ou forma simplificada; pode admitir a adesão de novos membros (Tratados abertos) ou não (Tratados fechados). Nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, admite-se o estabelecimento de reservas em seus artigos, além de declaração de interpretação. As partes são livres para determinar as regras sobre a produção do texto, adoção, entrada em vigor, depósito, emenda. Mas a interpretação do Tratado tem regras claras: deve ser feita com boa fé e focada na sua aplicação.

Questões envolvendo aspectos tanto públicos quanto privados, que dizem respeito a situações relacionadas a mais de um Estado da comunidade internacional, estão sendo cada vez mais regulamentadas através de Tratados Internacionais. Muitos temas que até o século XX ficavam restritos à normatização pelo direito interno dos países, ou mesmo muitas práticas dos Estados que ocorriam com base apenas num costume internacional, são hoje objeto de regulamentação internacional.

Com os Direitos Humanos não poderia ser diferente. A desconsideração da dignidade humana nos períodos do nazifascismo e da Grande Guerra, como visto, fez com que os países percebessem que determinados assuntos deveriam ultrapassar as fronteiras do Estado e receber uma regulamentação comum, internacional, como visto anteriormente.

Assim, as Convenções de Direitos Humanos se proliferam na comunidade internacional não apenas em relação ao número de Estados participantes mas também no que diz respeito aos temas que regulamentam, podendo tratar tanto de

direitos públicos quanto de direitos privados. Mesmo em relação a estes últimos, as Convenções configuram uma espécie de direito cogente, como demonstra EEK.

As Convenções de Direitos Humanos tratam, principalmente, ou, em qualquer caso, em uma larga extensão, de direitos privados; elas restringem violações à liberdade individual e concedem aos indivíduos certos direitos contra seu próprio Estado, o que se relaciona com o campo de ambos os direitos, público e privado. Tendo se incorporado a essas convenções um Estado aceitou uma ordem pública internacional que deve atuar como uma “*superlaw*” em seu próprio sistema legal nacional. Problemas similares podem ocorrer como resultado da aceitação do *jus cogens* internacional ou, de acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, (artigo 53) um conjunto de “normas imperativas de direito internacional geral”; tais normas têm seu impacto não somente nas relações entre Estados como tal mas também em seus direitos internos.³³⁰

HAMMJE explica que essas convenções possuem uma autoridade particular em virtude do valor superior dos direitos que consagram. Elas prolongam seu caráter imperativo a todo o Direito, inclusive o estrangeiro indicado pelas normas de conexão ou a sentença estrangeira a ser reconhecida. A partir do exemplo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, explica o autor:

Esse texto prevê em efeito que “as altas partes contratantes reconhecem a toda pessoa localizada em sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no Título I da presente convenção”. Tal imperatividade exige que a aplicação dos direitos consagrados não seja limitada às hipóteses de competência da lei do foro, mas se impõe em face do direito estrangeiro.³³¹

Como há uma grande proximidade entre o tema dos Direitos Humanos previstos nos Tratados, formando uma lei internacional superior, e o tema dos Direitos Fundamentais previstos nas Constituições, numa espécie de lei interna

³³⁰ EEK, Hilding. *Peremptory norms and Private International Law. RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 48, nota 19, 1973.

³³¹ HAMMJE, Petra. *Droits fondamentaux et ordre public. Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 1, janviers/mars.1997. p. 5

superior, em geral eles são unificados e recebem o mesmo tratamento no texto constitucional.

Assim, na Constituição Federal brasileira, o artigo 5º, no Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, arrola em seus 77 incisos os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. A seguir, seus parágrafos estabelecem:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

O texto constitucional atribui o *status* constitucional aos Direitos Fundamentais oriundos de Tratados. A inclusão do artigo 3º. pela Emenda Constitucional 45/05, em nossa opinião, é um retrocesso porque afasta a interpretação da tese da incorporação automática dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico – e constitucional – brasileiro, que poderia ser construída a partir de uma hermenêutica constitucional ampla, levando em consideração também o parágrafo 1º. que prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Entretanto, reforça o entendimento de que os direitos deles recorrentes têm hierarquia de direito constitucional, agora condicionado ao procedimento específico. PIOVESAN, ainda antes da alteração da Constituição, afirmava:

Ao efetuar tal incorporação, a carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e

dos direitos fundamentais como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.³³²

Se Direitos Fundamentais, Constituição e Tratados Internacionais comunicam-se e constituem um sistema uno e coerente, a aplicação das normas de cada um dos três ramos jurídicos deve contemplar os demais. Se os Estados celebram em conjunto os Tratados e, ainda, se suas Constituições reconhecem os demais Estados, o ordenamento jurídico destes deve ser levado em consideração quando, internamente no foro, pelas normas de Direito Internacional Privado, ele for considerado como o direito competente para resolver questões jurídicas com elemento estrangeiro. Isso foi levado em consideração pelo Tribunal alemão no caso de 1971.

A aplicação dos direitos fundamentais nessas condições [com prioridade] não contradiz com os princípios gerais de direito internacional público que, como parte integrante do direito federal, devem ser observados, consoante o artigo 25 GG. É verdade que a Lei federal é em seu conjunto animada de um espírito internacionalista. Tanto o preâmbulo, os artigos 1 (2); 24 e 25 GG, quanto os princípios do pluralismo e da tolerância que caracterizam o conjunto do sistema constitucional, manifestam que a Constituição reconhece os outros Estados como membros iguais da comunidade internacional e repete suas ordens jurídicas.³³³

Mas esse “repetir” a ordem jurídica estrangeira considerada aplicável ao caso, que significa simplesmente “a aplicação do direito de outro país”, encontra seu limite justamente nos direitos fundamentais do foro, os quais devem sempre prevalecer, como indica o Tribunal.

Mas desse princípio base não resulta qualquer obrigação, para as autoridades internas, de aplicar sem limite o direito estrangeiro às situações que apresentam elementos de estraneidade; nenhuma disposição geral da Constituição postula um

³³² PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 4.ed. p. 73-74.

³³³ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1ª Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 67.

recuo dos direitos fundamentais. O reconhecimento *en tête* da Constituição dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo, não é conciliável com a idéia segundo a qual a ordem estabelecida pelos direitos fundamentais, notadamente, a garantia da liberdade individual, poderia e deveria desaparecer para permitir a precedência à ordem jurídica de outros Estados.³³⁴

2.1.6 Direitos Humanos como Normas Imperativas de Direito Internacional Privado

Diante de todo o exposto, apresentamos nossa proposta de conceber como norma imperativa os Direitos Humanos, em sentido amplo, abarcando tantos os Direitos Fundamentais previstos nas Constituições dos países quanto os Direitos Humanos propriamente ditos, ou seja, aqueles previstos nos Tratados Internacionais e que são incorporados com hierarquia constitucional ao ordenamento jurídico interno.

Se eles representam a força que expele juridicidade, validade e fundamento para todo o ordenamento jurídico, atingem também o Direito Internacional Privado. Entretanto, como os Direitos Humanos não são considerados apenas como mais uma norma do ordenamento mas têm um papel fundamental porque superiores, permeando toda a práxis, quando tratamos de Direito Internacional Privado devemos dar-lhes uma posição superior, onde possa colocar em prática toda sua potencialidade. Nesse raciocínio, não poderíamos senão concebê-los como norma imperativa ou seja, aquela regra a que o Estado atribui um valor maior e que deve, portanto, ser aplicada independente do método conflitual de definição da lei aplicável ao caso concreto conectado a ordenamento jurídico de mais de um país.

³³⁴ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1ª Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 67.

Sugerimos, então, a aplicabilidade imediata dos Direitos Humanos também no alcance do Direito do Conflito de Leis. A referida decisão dos juízes da Alemanha estimulou tal raciocínio em relação aos direitos fundamentais da Constituição, ainda que de forma discreta. Determinou a aplicação imediata de um Direito Fundamental Constitucional, desconsiderando o direito indicado pelas regras de conexão. No que tange os Tratados Internacionais, a jurisprudência francesa também fez uma importante contribuição ao estabelecer a aplicação imediata de dispositivo de Tratado Internacional de Direitos Humanos, sem buscar a lei que incidiria se o método usual do Direito Internacional Privado fosse utilizado.

São dois acórdãos diversos, emitidos a partir de realidades distintas mas que demonstram ser factível a interseção Direito Internacional Privado – Normas Imperativas – Direitos Humanos: constitucionais ou internacionais.

Como todo raciocínio jurídico, essa idéia não se exime de críticas. A decisão francesa encontrou resistência quer pelo método empregado, quer pelo próprio conteúdo. HAMMJE critica o método adotado pela Corte de Apelação de Paris, afirmando que conduz a excessos e pode impor sistematicamente as concepções fundamentais francesas a ordens jurídicas que fizeram escolhas diferentes. Por isso, propõe o desenvolvimento de uma ordem pública específica para a defesa dos direitos fundamentais, diferente da tradicional, em conformidade com a natureza dos princípios de que trata e com excepcionalidade na intervenção. Exemplifica através do respeito à igualdade dos cônjuges na

dissolução do casamento, no direito de família, e do respeito aos direitos de defesa, na ordem pública processual.³³⁵

A crítica também é realizada por LEQUETTE, por entender que a análise da Corte parisiense é excessiva, criando um “*imbroglio juridique*”, além de que muitas regras sob a etiqueta dos direitos humanos são criações artificiais, comandadas não pela natureza do homem mas pelo “*prêt à penser ambient*”. Ao final, pergunta: “É verdadeiramente indispensável de se fazer da França, neste fim do século XX, “*le Reno des transsexuels*”?”.³³⁶

Em que pese certa resistência da doutrina francesa³³⁷, acreditamos que o prevailecimento dos Direitos Humanos nunca pode ser excessivo tendo em vista estar calcado no princípio da dignidade humana, que não distingue raça, religião ou sexo.

A doutrina alemã também se mostrou resistente em relação ao posicionamento do Tribunal Constitucional. Alguns autores não admitem em nenhuma hipótese os Direitos Humanos como norma imperativa. LABRUSSE enquadra nesse grupo HENRICH, KEGEL, LÜDERITZ e NEUHAUS, explicando

³³⁵ HAMMJE, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 1, janviers/mars. 1997. passim.

³³⁶ LEQUETTE, Yves. COUR D'APPEL DE PARIS. (1^{re} Ch. C.) – 14 juin 1994. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Note. Paris: Éditions Sirey, 1995. tomo 84, no. 2, avril - juin, p. 311-319.

³³⁷ “It is not yet clear whether French judges are applying fundamental rights through the public policy reservation after designation of the foreign law by the conflicts rules of the forum, or whether they apply them directly, on the ground that they are of a particularly mandatory nature. In the latter case - direct application - the superseding effect of fundamental rights would be more radical for it would lead, not only to the rejection of the foreign law that does not comply with the occidental conception of what fundamental rights are, but also to the rejection of traditional features of the choice-of-law method. For this reason, most French academics favor the first solution.” FAUVARQUE-COSSON, Benedicte. Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple. *American Journal of Comparative Law*. 49. summer, 2001. 407. nota 64. Lexis Nexis/USP.

que, para eles, a tradição do Direito Internacional Privado alemão **ignora** as normas de aplicação imediata para as situações de direito privado. Em geral, entendem que se trata do mesmo instituto da ordem pública, já previsto e garantido pela lei alemã, além de utilizado na prática.³³⁸

Em nossa opinião, a justificativa para a negação dos Direitos Humanos com aplicação imediata não procede, em primeiro lugar, porque nos parecem opiniões apenas antigas, emitidas em época em que o tema das normas imperativas ainda não estava consolidado, daí a “ignorância” do tradicional Direito Internacional Privado alemão. Do mesmo modo, com o passar dos anos a doutrina aperfeiçoou o conceito de norma imperativa, dando-lhe autonomia e diferenciando-a da ordem pública.

A crescente idéia do prevaecimento dos Direitos Humanos sobre o ordenamento jurídico teve a força de dividir a doutrina na Alemanha e, assim, vários doutrinadores passaram a se demonstrar favoráveis à vinculação “Direitos Humanos-Aplicação Imediata”, destacando-se WENGLER, BERNSTEIN, SIEHR e STURM.³³⁹

Se a grande questão hoje ou “o problema grave de nosso tempo” não é mais fundamentar os Direitos Humanos “e sim protegê-los”³⁴⁰, já que continua

³³⁸ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 36.

³³⁹ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 36.

³⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Ensaio “Presente e Futuro dos Direitos do Homem”. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

“agudo o perene problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais”³⁴¹, acreditamos que trazê-los para o Direito Internacional Privado e, ainda, considerando-o como norma imperativa, é mais uma contribuição para essa tarefa de concretizar os Direitos Humanos.

Cria-se, assim, mais um instrumento para o estabelecimento dos valores essenciais e dos conceitos básicos de cada sociedade, definidos historicamente segundo o ponto de vista comum da média da população. Segundo SAMTLEBEN, tais “restrições em favor do “direito local” ou do “direito territorial”, que tiveram sua origem na consideração das concepções jurídicas particulares dos Estados partes, têm por objetivo concretizar a ordem pública”.³⁴²

VISCHER, por outro lado, entende que, dentro do âmbito da Constituição material, as normas imperativas estariam não apenas vinculadas aos valores e princípios básicos, mas principalmente à atuação e divisão dos Poderes do Estado. Assim nas normas imperativas “a reivindicação para aplicação imediata não é tanto feita com o objetivo de afirmar valores morais básicos e princípios da justiça mas principalmente para garantir o funcionamento da administração do Estado e atividade relacionadas ao Estado.” Como, no entender do autor as “*lois d’application immédiate*” solicitam aplicação, em princípio, sem olhar para o resultado no caso concreto³⁴³, elas devem conter, agora em nossa opinião, os direitos fundamentais do ordenamento jurídico, de modo que estes, e não outros, estejam sempre contemplados no resultado final.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001. p. 23.

³⁴² SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho Internacional Privado en América Latina – Teoría y práctica del código Bustamante*. vol. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 270.

³⁴³ VISCHER, Frank. "General course on private international law. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 102, 1992.

Mais um fator que corrobora com nossa tese é o rol de matérias que já integram a categoria das normas imperativas, tratado na primeira parte deste trabalho. Normalmente se refere a normas protetivas como direito do consumidor e trabalhista ou as normas de direito público. NYGH, por exemplo, adiciona ao rol sobre o conteúdo das normas imperativas a proteção do patrimônio nacional e as leis que proíbem discriminação.³⁴⁴ São, verdadeiramente, direitos fundamentais.

A sistemática das normas imperativas recorre ao método unilateral, com aplicação da lei nacional, em detrimento da abordagem bilateral. É, sem dúvida uma exceção ao funcionamento ordinário das normas de conflito, mas que tem a vantagem de servir às necessidades de uma disciplina tão complexa. Trazer os Direitos Humanos para esse meio é uma forma de ampliar as possibilidades de igualdade e justiça. Para VALLADÃO, essa pluralidade de fatos, princípios, valores, normas e exceções é intrínseca ao Direito Internacional Privado.

(...) O DIP, qual outros ramos da ciência jurídica, há de trabalhar com variados princípios, idéias, normas e exceções, próprios às suas diversas e complexas questões, e aos múltiplos grupos em que se dividem, subdividem, esgalham-se e se ramificam as relações com que disciplina, na finalidade precípua de realizar a justiça e a equidade na expansão espacial dos seres humanos, nos fatos sociais conectados com sistema jurídicos positivos divergentes.³⁴⁵

Outro aspecto salutar da relação das normas imperativas com os Direitos Humanos é a diversificação das fontes do Direito Internacional Privado, o qual deixa de trabalhar apenas com elementos de conexão previstos em lei específica e passa a atuar ao lado da Constituição e dos Tratados. Para JAYME a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais

³⁴⁴ NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 381, 1995.

³⁴⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. vol.1, 4ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p.85.

heterogêneas. “Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas “falam” entre si. Aos juízes cabe coordenar tais fontes escutando o que elas dizem”.³⁴⁶

Inserir os Direitos Humanos no conteúdo das normas imperativas, interligando os Direitos Fundamentais locais, arrolados nas Constituições, com os Direitos Humanos universais, previstos nos Tratados Internacionais também é uma maneira de trazer o comunitarismo para as questões de Direito Internacional Privado sem, no entanto, incorrer no deslize apontado por DUSSEL, que é respeitar as tradições locais ignorando a necessidade de uma ética universal. Vimos na tese aqui apresentada uma manifestação do mínimo comum conciliador das duas dimensões, local e universal.

Não se pode olvidar que o Direito Internacional Privado é um canal de “comunicação intercultural”, para utilizar a terminologia de LORENZO, que permite o compartilhamento dos valores entre as diferentes sociedades, sempre em busca de um mundo melhor.³⁴⁷

Essa dicotomia entre direito à identidade cultural, com respeito à cultura diferente, e as pretensões universais dos Direitos Humanos, sem distinção de raça, sexo, língua e religião, na verdade, tem uma origem comum: a dignidade da pessoa humana. Então, há que aproximá-los, tendo em vista que as divergências não são reais, no entendimento de JAYME.

³⁴⁶ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 259.

³⁴⁷ LORENZO, Sixto Sanchez. *Postmodernismo y Derecho internacional privado*. Revista española de derecho internacional, t. XLVI, 2. 1994, p. 576-580.

No meu ponto de vista, o contraste é aparente. O princípio da igualdade exige que as situações diferentes sejam tratadas diferentemente. A igualdade se exprime, por exemplo, à medida que cada um tenha o direito de falar sua própria língua; esse princípio não impõe a regra segunda a qual todas as pessoas deveriam falar a mesma língua. Chega-se à igualdade pela tomada em consideração das diferenças. O que caracteriza a cultura pós-moderna é que a idéia da diferença agrega sobretudo o direito ao respeito da identidade cultural.³⁴⁸

O Direito Internacional Privado pode ter um papel preponderante nessa ligação local-universal. Se um Estado reconhece internamente determinados grupos, no exemplo de JAYME, o Direito Internacional Privado pode realizar a aplicação das normas desses grupos num país estrangeiro se ali elas forem consideradas competentes pelas normas de conflito. É uma forma de ampliar o âmbito de leis localizadas, dando-lhe uma dimensão que ultrapassa as fronteiras.

Se um Estado reconhece a autonomia interna de certos grupos étnicos ou religiosos, o direito internacional privado pode, pela aplicação da lei estrangeira, dar a esses direitos um reconhecimento universal. Entretanto, o direito internacional privado clássico pressupõe que o Estado designado pelas regras de conflito de leis reconheça a competência legislativa de outras entidades como aquelas das regiões ou das autoridades religiosas.³⁴⁹

No caso das normas imperativas, os Direitos Humanos de reconhecimento universal, porque inseridos em Tratado Internacional, vão ter aplicação peremptória localizada, aproximando, da mesma forma, nacional e global.

Diante de tantas especialidades, é natural que os aplicadores do Direito ainda relutem para aplicar os direitos humanos como normas imperativas, tendo em vista que estas últimas, de um modo geral, ainda encontram resistência, tal como a ordem pública.³⁵⁰

³⁴⁸ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 251.

³⁴⁹ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 263.

³⁵⁰ “*The court will be even slower to invoke public policy in the field of conflict of laws than when a purely municipal legal issue is involved*” Jurisprudência anglo-saxã. *Vervaeke v. Smith* [1983], 1 AC

Na verdade, como é muito mais fácil para o juiz aplicar a lei nacional, há o risco de consideração de todas as normas como imperativas, recorrendo-se a uma utilização excessiva do instituto. E ainda, há o perigo de todos os temas serem enquadrados como “Direito Fundamental” ou “Direito Humano” e serem aplicados imediatamente, de modo a nem se realizar o método conflitual, tão trabalhoso na definição da lei competente quanto na concretização desta, perante o caso em questão.

Por isso, há que se ter cautela e, antes de recorrer à aplicação imediata dos Direitos Humanos, verificar sua pertinência no tocante à relação jurídica concreta e sua proximidade com o próprio país (foro) que os enuncia, seja através da Constituição seja através do Tratado ratificado.

Atualmente, coloca-se acento sobretudo nos direitos fundamentais do indivíduo, sendo que o Estado como tal não tem mais um papel primordial no tema da ordem pública. Nos Estados que seguem a concepção europeia de direitos humanos, é a igualdade entre homem e mulher que entra em ação como princípio fundamental no âmbito da ordem pública internacional. Por outro lado, mesmo os direitos fundamentais garantidos pela constituição aplicam-se somente se a situação apresentar uma ligação suficientemente estreita com o Estado do foro.³⁵¹

Nossa proposta, para ser efetiva, pressupõe dois fatores sem os quais ela perde seu sentido. Primeiramente, o ser humano deve ter reconhecida sua personalidade e ser, ele mesmo, reconhecido como titular de direitos e deveres pelo ordenamento jurídico interno. Do mesmo modo, deve ter personalidade jurídica internacional, no plano do Direito Internacional Público que não pode ser considerado unicamente como um Direito dos Estados pois as pessoas são a

145, 164. apud JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 228.

³⁵¹ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 229.

razão de ser de qualquer construção jurídica.³⁵² Ainda, há que haver o reconhecimento do ser humano no Direito Internacional Privado, para que este cumpra sua missão de resolver os casos conectados a mais de um ordenamento jurídico, de modo a satisfazer as partes e chegar a um resultado final pacífico. “O reconhecimento do indivíduo e sua identidade cultural como uma das bases para a solução pacífica dos conflitos figura entre as estratégias para manter a paz” preconiza JAYME. Significa que “o equilíbrio entre a pretensão a essa identidade e a necessidade da integração da pessoa na sociedade pode servir como modelo jurídico em outros contextos” provando para o autor a própria “utilidade do direito internacional privado”.³⁵³

Em segundo lugar, há necessidade de uma ampliação da consciência do operador jurídico, de modo a compreender o papel dos Direitos Humanos na ciência do Direito e, conseqüentemente, na sociedade contemporânea como um todo. Uma nova forma de se pensar e de se aplicar o Direito se faz necessária, sob pena de se continuar reproduzindo as injustiças presentes ao longo da História. Esse é o tema abordado no próximo capítulo, que encerra esta obra.

³⁵² “Ora, se o direito internacional contemporâneo reconhece aos indivíduos os direitos e deveres (como o comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhes personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional*. ANNONI, Danielle (Org.). *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 6.

³⁵³ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 264

2.2 Capítulo II – Uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado

A disciplina “Direito Internacional Privado” tem por objeto, a partir do entendimento amplo da escola francesa, os assuntos referentes à nacionalidade (aquisição, perda, apatridia e polinacionalidade), à condição jurídica do estrangeiro (entrada, estada e saída do território), ao conflito de leis (determinação da lei aplicável em conflitos multiconectados e aplicação da lei estrangeira indicada), ao conflito de jurisdições (determinação da competência judicial, incluindo a cooperação jurisdicional) e aos direitos adquiridos.

Como visto, a noção de norma imperativa, ao lado do conceito de ordem pública, aparece como elemento balizador desses temas, atuando na função de afastar a aplicação do direito estrangeiro, a homologação de uma sentença proferida por juiz estrangeiro, o reconhecimento de um ato realizado no exterior e a autonomia da vontade das partes.

As normas imperativas estão previstas porque “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”³⁵⁴

Em geral, o conteúdo de tais normas é indicado pela doutrina, de forma limitada, como as normas trabalhistas e do consumidor. Assim, seguindo a lógica do instituto, diante de uma situação concreta envolvendo questões com tais assuntos, ao juiz caberia afastar a aplicação do direito estrangeiro potencialmente

³⁵⁴ ARAUJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97

competente à relação de que se trata, de forma a aplicar a legislação nacional, dotada, portanto, de imperatividade. Para evitar a natural tendência de se utilizar o caminho mais fácil e aplicar sempre a norma local, alegando ser imperativa, a esta deve-se recorrer em casos excepcionais, ou seja, quando realmente se tratar de um assunto que foi merecedor de regulamentação peremptória do Estado.³⁵⁵

A presente tese de Doutorado propõe a ampliação desse conceito, estendendo a abrangência das normas imperativas aos Direitos Humanos, universais e positivados tanto nas legislações e Constituições internas, quanto nos Tratados Internacionais. Somente com essa concepção a expressão “normas imperativas” atingirá sua completude e o Direito Internacional Privado estará adequado à complexidade da sociedade contemporânea.

Entretanto, a essa conclusão apenas se chegará se houver mudança no ponto de partida. É imprescindível que a nova abordagem que vem sendo proposta para o Direito em geral alcance também o Direito Internacional Privado. Este precisa encontrar sua função emancipatória e estar circundado por uma teoria hemenêutica constitucional, pautado em princípios que se sobrepõem às normas, com perspectiva tópica-argumentativa de realização e sempre baseado na racionalidade prática da nova retórica.

Como disciplina jurídica que é, o Direito Internacional Privado não pode distanciar-se dessa abordagem, devendo integrar-se aos “novos cânones da metodologia jurídica, na medida em que se relaciona sua compreensão e

³⁵⁵ “Consequently, since there are no clear guidelines to identify them, the concret determination should be left to the courts, even though judicial restraint is strongly advised in order to avoid parochialism and the unjustified application of the lex fori that would endanger juridical security and the international harmony of solutions.” PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. RCADI, 1988. III. Tomo 210. p. 135.

aplicação com a dos direitos fundamentais. A generalidade das normas de DIPr converte a disciplina em um setor particularmente necessitado de um labor interpretativo baseado na argumentação, pois há muitas lacunas e pontos obscuros que só a discussão principiológica pode resolver”.³⁵⁶

Esse caminho a se percorrer torna-se necessário por se tratar de uma matéria ampla e vaga, com pouca construção teórica e menos ainda prática inspiradora. Fica tudo, então, a depender do aplicador do Direito que deve não só perceber a imperatividade da norma, geralmente diante do silêncio do legislador, mas também aplicá-la imediatamente, sem recorrer ao usual método conflitual de determinação da lei competente – que foi certamente o que ele aprendeu em sua formação jurídica. É ele que deverá captar a característica da essencialidade da norma e sua finalidade de salvaguardar o ordenamento interno, como bem demonstra ARAÚJO.

A pergunta que se faz é a respeito dos motivos que levariam à aplicação direta da lei do foro, no caso de sua imperatividade, em vez da consulta à lei estrangeira competente pela regra de conexão. Para esta questão não há uma resposta precisa, senão indicações dos caminhos que devem ser seguidos pelo juiz para tomar tal decisão, tendo por base a essencialidade da norma para a salvaguarda da ordem jurídica interna.³⁵⁷

Assim, é facilmente identificável a ampla margem que possui o juiz para analisar um caso concreto que tenha vínculos com uma norma que pode ser considerada imperativa pelo seu ordenamento jurídico. Então para que ele não se perca diante desse “salto no escuro” nem cometa injustiças, seja por excesso de

³⁵⁶ ARAÚJO, Nádida de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103.

³⁵⁷ ARAÚJO, Nádida de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 97.

atuação, seja por omissão, novos padrões são necessários para essa tarefa de **“juris dictio”**.

Concordam os internacionalistas possuir o juiz um poder discricionário de grande alcance, sobre o qual é difícil estabelecer um padrão de previsibilidade para as partes envolvidas no comércio internacional. Dá-se a necessidade de utilizar a nova metódica hermenêutica-constitucional, ante o alto grau de complexidade das sociedades contemporâneas. Tratando-se da Constituição e do DIPr como um sistema de regras e princípios, com a prevalência desses últimos sobre as primeiras, a hermenêutica assume um papel maior para indicar os caminhos adequados para a interpretação necessária limitando-se o poder julgador através da argumentação jurídica, informada pelos princípios da interpretação constitucional.³⁵⁸

A exigência para se levar em consideração os preceitos mais atuais da metodologia jurídica decorre da própria inconstância do tema da norma imperativa que ainda tem questionada sua existência autônoma, indefinido seu conteúdo, inconclusa sua finalidade, controvertido o seu método – enfim tudo que pretendemos esclarecer na primeira parte deste trabalho. Diante dessa realidade, o juiz precisa estar orientado por uma visão crítica do Direito e do sistema do Direito Internacional Privado, de modo a recorrer a mecanismos que lhe permitam resolver os casos concretos de forma justa e coerente com as necessidades das partes e da comunidade em que estão inseridas. Ele deve atuar a partir de uma nova racionalidade, calcada em alicerces teóricos emancipatórios que levem à afirmação prática da dignidade humana.

Quando se usa uma regra de conexão, o ponto de contato está estabelecido previamente, enquanto nas normas de aplicação imediata o fator que autoriza a sua utilização na relação de caráter internacional é a necessidade da preservação de uma legislação de cunho imperativo. Não sendo possível caracterizar de antemão os critérios que dão à norma a sua imperatividade e a alçam ao patamar de uso imediato, a questão continua controvertida, seja na doutrina, seja na

³⁵⁸ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 97-98.

jurisprudência. Sofre com as mudanças temporárias e espaciais por que passam continuamente os sistemas jurídicos. Em razão dessa instabilidade deve-se procurar estabelecer uma racionalidade para sua determinação, através da teoria da argumentação e a utilização dos direitos fundamentais como elementos-guia para a análise da imperatividade de uma norma interna, e, ainda, na evicção da regra estrangeira contrária à ordem pública.³⁵⁹

A seguir apresentaremos em linhas gerais os novos preceitos da metodologia jurídica contemporânea que entendemos essenciais para a consolidação de uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado, cujo conteúdo engloba também as normas imperativas.

2.2.1 Preceitos da Metodologia Jurídica Contemporânea

Novas linhas do pensamento hermenêutico estão surgindo nos últimos anos, com ênfase nos aspectos históricos, lingüísticos, sociais e constitucionais, dentre outros. Essa teoria da hermenêutica do Direito deve pautar a atuação do aplicador dos mais diversos ramos jurídicos, sobretudo aqueles em que a previsão legislativa é escassa e a doutrina se apresenta de forma tímida. É nesse sentido que ela se estende também ao Direito Internacional Privado e suas normas imperativas.

Trata-se de uma exigência contemporânea das relações privadas internacionais que, no entender de LORENZO, não é tarefa fácil.

Necessariamente eclético, o jurista pós-moderno busca um raro e difícil equilíbrio entre métodos, aproximações, técnicas e valores, dentro de um sistema cada vez mais descodificado e menos sistemático. Seu labor não é mais sensível que a do intérprete que se enfrentava com o método racional e formalista clássico. Mas sim mais justo, desde essa concepção, porque se aproxima mais da realidade e da natureza das coisas e, em consequência, à verdade relativa como única verdade.

³⁵⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 97-98.

Conseqüentemente, essa aproximação não vai facilitar um matrimônio entre a ciência do DIPr e a prática judicial, não vai proporcionar um instrumento de fácil manejo, nem permitir um “realismo” entendido em termos de “simplicidade”.³⁶⁰

DE NOVA, citado por NUYTS, explica que a interferência sobre o direito normalmente aplicável, causada pelas *lois de police*, supõe que sejam conhecidos os limites de seu campo de aplicação no espaço. Entretanto, que o texto legal não comporte precisão sobre esse ponto não é raro. Cabe ao juiz, portanto, pronunciar-se sobre a esfera de eficácia da regra, o que gera uma questão de “interpretação delicada e de resultado incerto”.³⁶¹

Exatamente para facilitar esse trabalho de “interpretação delicada e resultado incerto” é que propomos recorrer, na tarefa judicial, à argumentação, à tópica, à retórica e ao sistema de princípios do Direito.

2.2.1.1 Argumentação

Manuel ATIENZA explica que a Teoria da Argumentação Jurídica engloba uma série de obras surgidas a partir da década de 50, cujo ponto de vista convergente está na rejeição da análise dos raciocínios jurídicos através da lógica formal ou dedutiva. Esta oferece unicamente critérios formais, sem tratar das questões materiais ou de conteúdo, com base em premissas e conclusões que podem ser verdadeiras ou falsas – características que não podem ser relacionadas às normas. Além disso, no âmbito do Direito, tanto a premissa fática

³⁶⁰ LORENZO, Sixto Sanchez. Postmodernismo y Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, t. XLVI, 2. 1994, p. 584.

³⁶¹ NUYTS, Arnaud. L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 34, abr./jun.1999.

quanto a normativa podem ser o resultado de um raciocínio não-dedutivo. Os argumentos jurídicos podem ser analisados por perspectiva não só da lógica mas de outros campos, como a psicologia, a sociologia ou a lógica não-formal. Esta última representa a lógica material e informal, também denominada de tópica, retórica e dialética.

Esse raciocínio deve ser transposto para o Direito Internacional Privado que carece do enfrentamento material em sua prática cotidiana, haja vista ainda atuar como um mero indicador da lei aplicável à relação jurídica. Ele precisa encarar o sujeito concreto que existe dentro desta última para efetivamente se transformar no direito internacional pós-moderno conceituado por JAYME, ou seja, “caracterizado pelos fenômenos que tocam os sentimentos e a vida interior do indivíduo. O direito internacional privado assumiu como nova vocação a missão de proteger essas expressões da condição humana”.³⁶²

ATIENZA destaca como precursores da Teoria da Argumentação os autores Theodor Viehweg, Chaim Perelman e Toulmin, classificando Neil Maccornick e Robert Alexy como participantes da Teoria Padrão.

A Teoria tem por escopo as argumentações realizadas em contextos jurídicos expressos em três momentos: produção ou estabelecimento de normas jurídicas, aplicação e dogmática jurídica.

Em seu projeto de uma Teoria da Argumentação Jurídica, ATIENZA ressalta, quanto ao objeto da Teoria, a necessidade de aproximação com a argumentação científica, a argumentação da vida ordinária e a sociologia do

³⁶² JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: Le droit international privé postmoderne*. Cours général. RCADI, 1995. tomo 251. p. 55.

Direito; de consideração da racionalidade legislativa; de admissão do trabalho de mediação e negociação que existe na resolução de conflitos; de ter a argumentação um caráter prescritivo e também descritivo. Ressalta a importância do estabelecimento de um método que represente o processo de argumentação, além de critérios para analisar a correção dessa argumentação e das decisões judiciais, que são o resultado daquela.

São requerimentos que se fazem necessários também no Direito Internacional Privado, resgatando a racionalidade prática comprometida com valores. Mister se faz, portanto, a adoção de uma perspectiva argumentativa de interpretação.

A Teoria proposta por ATIENZA tem, ainda, a função de permitir uma maior compreensão do fenômeno jurídico, de servir de orientação na produção, interpretação e aplicação do Direito e de orientar sobre a ideologia jurídica presente numa determinada concepção da argumentação.

Essa questão da ideologia também interessa-nos porque pode estar presente no âmbito das normas imperativas em virtude de seu conteúdo vago e impreciso que pode dar margem para uma utilização ideológica.

A dicotomia entre as situações facilmente resolvíveis pelo Direito e aquelas que demandam mais trabalho, porque admitem várias respostas corretas, está na origem da teoria padrão que ATIENZA tenta superar.

(...) na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a

possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.”³⁶³

Fica o questionamento em relação ao caso julgado em 1971 pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Seria um dilema? As normas de conexão sobre casamento foram sacrificadas para prevalecer o direito constitucional de contrair matrimônio.

2.2.1.2 Tópica

A Tópica é vista como um instrumento para obtenção de consenso, a partir da análise do resultado que se vai alcançar. Theodor VIEHWEG na década de 50, resgata a tópica aristotélica e, a exemplo dos romanos, insere-a no estudo do Direito, agora como uma alternativa ao falido sistema jurídico positivista, formalista, sistemático e de aspecto lógico-dedutivo.³⁶⁴

A Tópica funciona com base nos “tópicos” que funcionam como premissas consideradas plausíveis ou verossímeis que são compartilhadas sem grau de hierarquia. Há tópicos direcionados para cada ramo do pensamento humano e aqui nos interessam os jurídicos.

VIEHWEG condena a dedução, propugna pela utilização de tais premissas e concentra-se na idéia de justiça, encarada como aporia fundamental que unifica

³⁶³ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2003. 3.ed. p. 226.

³⁶⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. *passim*

o sistema. A tópica pressupõe progressivamente o diálogo, a contradição entre tese e antítese, o consenso.

A tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva. Suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos atores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que em disputa fica provado, em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética. Diante da infinidade do raciocínio tópico, permanece então o debate como principal instância de controle. A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existem, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento.³⁶⁵

O autor propõe um novo papel ao aplicador do Direito, que é seu verdadeiro construtor. Para tanto, tem que se desfazer da lógica costumeira e buscar novas formas de raciocinar, com apelo criativo e concentrado no resultado para as partes, afastando generalizações, conforme assevera CAMARGO:

Viehweg vê uma nova posição do jurista, a quem não cabe mais entender o direito como algo que se limite a aceitar, mas sim como algo que ele constrói de maneira responsável. Logo, acredita ser preciso desenvolver um estilo especial de busca de premissas que, com o apoio em pontos de vista amplamente aceitos, seja inventivo, menosprezando reduções lógicas que nos levem a generalizações incapazes de entender e muito menos de resolver os problemas adequadamente.³⁶⁶

A atividade hermenêutica deve então ser tópica, a fim de que sua tolerância e abertura para todos os feixes das complexidades possam gerar a unidade da ordem jurídica.

Sob a ótica da hermenêutica, acreditamos que a tópica é de grande serventia. Não se limita a um sistema em que as interpretações aparecem como resultado de uma operação puramente lógica; ao contrário, ela vem possibilitar um significado

³⁶⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 3 ed. p. 154.

³⁶⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 3 ed. p. 157.

mais abrangente do problema, na medida em que se admite um sem-fim de conexões. As várias e possíveis dimensões do problema são levadas em consideração, podendo, ainda, correlacionarem-se das mais diversas maneiras. Tudo para provocar um entendimento mais amplo, profundo e favorável de questões complexas, como as que tangem a justiça. Podemos dizer que a tópica permite que os diversos focos de luz que possam iluminar o problema incidam sobre ele.³⁶⁷

A noção de justiça – e suas complexidades que, como visto, são consideradas pela tópica – deve estar presente na operação do Direito Internacional Privado. Esta deve recorrer ao raciocínio tópico de modo a solucionar os casos multiconectados a partir da efetivação de suas teses, do debate que leva em conta todas as dimensões da questão levada a juízo, sem lançar mão de deduções lógicas restritas que não têm vinculação com as particularidades da relação jurídica. Busca-se o justo a partir da sua realidade concreta.

É bem evidente que a escolha de um critério de conexão não emana de raciocínios puramente técnicos e neutros, e que as regras de conflito de leis são estabelecidas como as outras sobre as considerações de oportunidade política, social ou humana, e que a idéia do justo (*Gerechtigkeit*) anima também as regras de competência legislativa.³⁶⁸

2.2.1.3 Retórica

CHAIM PERELMAN revisita a Retórica de Aristóteles e retoma a valorização da argumentação, que sai do plano discursivo para ser o modo de atuação de algumas ciências humanas, como o Direito; da linguagem, que deixa de ser isenta e imparcial porque imantada de sentido e opções; e da

³⁶⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 3 ed. p. 153-154.

³⁶⁸ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 19.

racionalidade, embora não mais uma racionalidade cética, como a positivista, nem metafísica, como a dogmática. Concentra-se na relação intrínseca de conteúdo e forma e destaca o poder discricionário do juiz, usado para conciliar o respeito ao Direito e a busca por solução justa. Daí sua importância para o Direito Internacional Privado.

O modelo tópico viehwegiano fora criticado por entender que o trabalho do juiz deve ser a busca por soluções justas para os casos concretos a partir de conceitos decorrentes da própria justiça, firmando-se sobre os alicerces do ideal justo mas sem indicar como atingi-los nem como identificar a racionalidade da sentença.³⁶⁹

Nessa linha de raciocínio Chaïm PERELMAN aperfeiçoa o raciocínio tópico de VIEHWEG e, através de sua nova retórica, adota a idéia de justiça formal, vinculada à noção de equidade e baseada na lei.³⁷⁰

A linguagem apresenta um papel primordial dentro desse contexto retórico, enquanto exteriorização de uma concepção de mundo e não como mero instrumento imparcial de comunicação.

As filosofias contemporâneas, pelo contrário, não só reconheceram a função da linguagem como instrumento indispensável de comunicação filosófica mas também compreenderam que a escolha de uma forma lingüística não é pura arbitrariedade nem mero decalque do real. As razões que nos fazem preferir uma conceituação da experiência, uma analogia a alguma outra, dependem de nossa visão de mundo. A forma não é separável do fundo, a linguagem não é um véu que basta afastar ou tornar transparente para perceber o real tal como é: ela é associada a um ponto de vista, a uma tomada de posição.³⁷¹

³⁶⁹ ATIENZA, Manoel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000. p.52-58.

³⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 33ss.

³⁷¹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. SP: Martins Fontes, 1997. p. 180.

PERELMAN rompe com o positivismo lógico e a idéia de que a racionalidade e a linguagem se baseiam no modelo das ciências exatas: demonstrativo, hipotético, dedutivo, puro. Recorre à linguagem natural que, ao contrário, insere o discurso dentro do contexto em que comunicador dialoga com os ouvintes – o auditório. O comunicador incute significado ao discurso em função da sua adaptação ao auditório, utilizando recursos e expressões assimiláveis aos valores e conhecimentos que este último possui. Eis aí a retórica.

As evidências dão lugar às hipóteses porque a certeza e segurança perdem seu lugar de destaque. As hipóteses continuam racionais como aquelas, entretanto, agora são práticas e inexoravelmente utilizadas sob a ótica da retórica.

Mas, embora uma filosofia que confira importância ao ponto de vista retórico admita igualmente o apelo à razão, não concebe esta como uma faculdade, separada das outras faculdades humanas, mas como um auditório privilegiado, a saber, o auditório universal, que englobaria todos os homens razoáveis e competentes nas questões debatidas. Todo discurso filosófico deve empenhar-se em convencer semelhante auditório. É verdade que cada filosofia pôde formar para si, no decorrer da história, uma idéia variável de tal auditório, de modo que, numa mesma época e num mesmo meio, o auditório universal de um pode não coincidir com o do outro. E a consciência desse fato distingue radicalmente uma filosofia de inspiração retórica de toda filosofia tradicional que busca constituir-se em sistema de idéias evidentes e necessárias. O recurso à evidência dava ao racionalismo clássico uma segurança que o racionalismo retórico já não possui, pois o que para aquele se apresentava como uma certeza só pode constituir-se para este uma hipótese submetida à prova; já não basta presumir o acordo do auditório universal, é preciso assegurar-se efetivamente dele.³⁷²

A retórica torna-se, então, um fator primordial para a aplicação do Direito, tendo em vista que as deliberações dão origem a fundamentos e razões que gerarão, conseqüentemente, melhores interpretações. O Direito é um campo em

³⁷² PERELMAN. Chaim. *Retóricas*. SP: Martins Fontes, 1997. p. 183-184.

que a argumentação tem função basilar, tendo em vista que o juiz deve tomar posição, via decisão justificada, *a priori* com caráter definitivo, a partir dos argumentos dos advogados das partes, com base no sistema jurídico, incluindo a legislação e as decisões anteriores, sem olvidar a mentalidade média da sociedade em que está inserido e levando em consideração também as peculiaridades culturais do lugar. Em se tratando de questões internacionais, esses fatores potencializam-se, tornando-se fundamental realizar a Retórica enquanto realiza o caso internacional privado.

PERELMAN também lançou mão dos princípios como base para a fundamentação das decisões dos juízes (*topoi*), apesar de valorizar igualmente as regras, sem estabelecer relação de primazia entre elas. Os princípios serão tratados a seguir.

2.2.1.4 Princípios Gerais do Direito

Ronald DWORKIN trabalha a partir da valorização dos Princípios como fundamentação para a atividade do aplicador do Direito. O autor, por não concordar com a separação radical entre Direito e Moral e por enfatizar o recurso a princípios pré-definidos relativos à Justiça, rompeu com a escola positivista.

As normas (standards) se exteriorizam sob a forma de princípios e regras – que apresentam características muito específicas.³⁷³ A diferenciação entre eles é baseada em uma lógica, a partir da qual a regra tem ou não tem pronta incidência sobre o caso (é aplicada ou não é aplicada), de forma definitiva, enquanto o

³⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-46.

princípio tem sua incidência dilacerada, se não for aplicado no momento, pode vir a ser posteriormente. Ele não apresenta o caráter de definitividade das regras porque se caracteriza pela generalidade e abstração. Por isso, se houver mais de um princípio se reportando à relação jurídica, ambos continuam válidos e será aplicado aquele que tiver mais importância para o caso, ou maior poder de convicção, ao contrário da regra que, confrontando com outra em situações emergenciais, exige que uma delas não seja válida e que a decisão modifique o conjunto de padrões.

Os princípios terão, então, um papel fundamental na aplicação do Direito, limitando a margem de liberdade do juiz. Sobre esse tema, DWORKIN supera as teorias da função judicial baseadas no silogismo da subsunção, na realidade da consciência pessoal do juiz e na discricionariedade do juiz diante de mais de uma resposta, ainda que nenhuma fornecida pelo Direito. Admitindo a existência dos casos difíceis (*hard cases*), propõe, então, a idéia da resposta correta que sempre vai existir no Direito, cabendo ao juiz apenas garantir a sua aplicação, jamais criá-la. O argumento e a análise jurídica são fundamentalmente interpretativos.³⁷⁴

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode se submeter a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. (...) Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir

³⁷⁴ Tese reafirmada também em DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 175ss.

freqüentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os jovens de Estado divergem sobre os direitos políticos.³⁷⁵

A partir de uma abordagem liberal clássica baseada no individualismo igualitário³⁷⁶, DWORKIN propõe a busca, por parte dos juízes, de valores morais surgidos a partir da idéia de justiça que se baseia nos direitos individuais, formando, assim, princípios que atuam no momento da aplicação da norma. Tais princípios fundamentam os direitos e, assim, desempenham um papel primordial diante dos casos difíceis.

A tese dos direitos estipula que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos. Mas os direitos concretos nos quais os juízes se apóiam devem ter duas outras características. Devem ser institucionais e não preferenciais; devem ser direitos jurídicos em vez de outros tipos de direitos institucionais.³⁷⁷

A obra de DWORKIN recebeu inúmeras críticas desde sua aparição, ainda na década de 70³⁷⁸. Aqui apresentaremos algumas que consideramos pertinentes e mais próxima de uma abordagem sob a ótica latino-americana.

O pensamento de DWORKIN concentra-se nos valores que constituem o aspecto central da atividade judicial e da relação entre direito e moral. CARCOVA apresenta ressalvas a essa concepção baseado no fato de que esses valores podem apresentar incoerências entre si, além do fato de serem contextuais e poderem se transformar ao longo dos anos.

Estas idéias, em minha opinião, resultam totalmente fantasiosas e, em mais de um aspecto, perigosas, precisamente desde uma perspectiva democrática. Os valores

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-128.

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 269-437.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 158.

³⁷⁸ A própria obra de DWORKIN contém no apêndice um capítulo intitulado "Resposta aos críticos", em que o autor responde aos questionamentos levantados por Hart; Greenawalt; Munzer; Richards; Soper; Nickel; Mackie e Raz. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 447ss.

de uma comunidade não são todos coerentes entre si. A história provou, em um sem número de oportunidade, que se privilegiam uns ou outros por razões conjunturais, sem que isso implique a perda de identidade desta comunidade. A posição de Dworkin expressa um objetivismo axiológico tão radical que, na realidade, apenas é útil para o modelo que propõe como hipótese, que nem sequer é o das sociedades inglesa ou norte-americana, como se pretende. Sobretudo nesta última, diversidade, pluralismo e liberdades públicas conviveram e convivem com discriminação, segregação e intolerância, privilegiando-se um aspecto ou outro, de maneira um tanto circunstancial e espasmódica.³⁷⁹

Para DWORKIN, os direitos individuais transformam-se num núcleo definitivo que vai atuar como centro de referência para o intérprete realizar sua ação. Esse entendimento não se sustenta porque tais direitos “são históricos e mutáveis; por isso as convenções internacionais e os pactos celebrados na ONU referem-se aos de primeira, segunda e terceira geração. Petrificar os conteúdos desses direitos básicos não só é errôneo do ponto de vista fático, é também politicamente reacionário.”³⁸⁰

Outra ponderação feita à teoria de Dworkin diz respeito à resposta correta única e à forma de abordagem genérica dos princípios, os quais apresentam um aspecto metafísico que se opõe à estrutura positivada em que se apresentam atualmente, sobretudo nas Constituições nacionais.

Os juízes que Dworkin imagina felizmente não existem. Os reais costumam construir soluções jurídicas que, sem serem as únicas possíveis, apresentam-se coerentes com os princípios fundantes da ordem. Claro que estes princípios, que coexistem com as normas, não circulam fantasmagoricamente pelas nuvens de Ubeda. Nas democracias contemporâneas, adquirem consagração positiva, com o caráter de garantias fundamentais, em constituições relativamente rígidas. Certamente, os juízes desenvolvem uma atividade interpretativa que é constitutiva do direito (...) no entanto, esta atividade não é solipsística; está situada, está contextualizada.³⁸¹

³⁷⁹ CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTR, 1996. p. 207.

³⁸⁰ CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTR, 1996. p. 207

³⁸¹ CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTR, 1996. p. 207

Tais garantias fundamentais consagradas positivamente, nas palavras de CARCOVA, e que devem substituir os “princípios” de DWORKIN que orientam os juízes nada mais são, em nosso entendimento, que os Direitos Humanos a que nos referimos, no capítulo anterior, abarcando os Direitos Fundamentais das Constituições e os Direitos Humanos dos Tratados. Eles significam tudo que restou para figurar no cerne do trabalho hermenêutico realizado pelo juiz ao analisar um caso concreto.

Ciente da ausência de neutralidade e imparcialidade porque inserida num contexto, a valoração do caso, dos princípios, das normas e da decisão final deve ocorrer, desde que realizada a partir da ótica desses Direitos Humanos, com vistas a uma solução justa. Eis o pensamento que deve imperar na prática do Direito e que se deve estender para a prática do Direito Internacional Privado.

As regras de competência (*Ordnungsvorschriften*) não são por elas mesmas totalmente neutras. Não se trata de designar qualquer ordem jurídica externa, mas de designar a ordem jurídica justa (*richtig*). Essas regras podem então ser influenciadas pelos direitos fundamentais.³⁸²

Trata-se, precisamente, de seguir DWORKIN, enfatizando os valores. Não se pode recorrer, entretanto, a qualquer valor da sociedade, mas àqueles positivados nas Constituições e atualmente exteriorizados sob a forma de garantias fundamentais, como quer CÁRCOVA. Tese e antítese devem, então, formar a síntese dos Direitos Humanos como balizador da interpretação do Direito.

³⁸² BEITZKE, G. *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*. Berlim, 1961. p. 15. apud LABRUSSE, Catherine. *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)*. *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 19.

Então, em se tratando de conflitos de leis, há que se afastar o pensamento positivista de neutralidade, de disciplina meramente indicativa do direito aplicável, preocupando-se com a realização de uma interpretação jurídica que permita a compatibilidade do resultado final com os valores constitucionais.

Assim se manifestou o Tribunal Constitucional alemão ao estatuir que “a Lei fundamental e o Tribunal constitucional exigiram dos juristas afastar-se daquilo que pode restar desta tradição na interpretação do direito privado atual, tendo em vista que todas as regras do direito ordinário devem ser confrontadas aos julgamentos de valor (*Wertvorstellung*) da Constituição.”³⁸³

A humanização do Direito Internacional Privado, voltado para o atendimento das necessidades de cada ser ou grupo, passa obrigatoriamente por essa nova abordagem do raciocínio jurídico em geral, conforme demonstra LORENZO.

Trata-se de uma corrente antidogmática da argumentação jurídica, partidária da textura aberta das normas jurídicas e de uma interpretação do mesmo modo aberta das disposições normativas, que verte no *razonamiento* elementos heterogêneos, princípios, exposições de motivos, normas não aplicáveis como *ratio scripta*, *standards*, conceitos indeterminados, etc. Independente do fato de que essa tendência possa qualificar-se como pós-moderna, o certo é que a nova retórica ou a jurisprudência de valores, a flexibilização e a materialização do Direito e do DIPr, são fenômenos bem conhecidos pelos juristas, sem que seja preciso uma olhada mais além da teoria geral ou da filosofia do Direito.³⁸⁴

LABRUSSE explica, então, que há um rompimento com aquele Direito Internacional Privado que ainda sofre influência da escola Pandectista, segundo a qual, em virtude das preocupações com a segurança, a racionalidade jurídica

³⁸³ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 20.

³⁸⁴ LORENZO, Sixto Sanchez. Postmodernismo y Derecho internacional privado. *Revista española de derecho internacional*, t. XLVI, 2. 1994, p. 558.

deveria estar afastada de toda a consideração política, sociológica ou moral, e deveria proceder de um pensamento puro animado por conceitos jurídicos abstratos e desencarnados, ou seja totalmente neutros, sem problemas com qualquer julgamento de valor. Agora a disciplina deve levar em consideração questões de fundo, de oportunidade política e de utilidade humana, como queria Savigny, mas com um caráter nacionalista e de direito público incidindo sobre o sistema de regras de conflito.³⁸⁵

Por isso propomos a consideração dos Direitos Humanos como norma imperativa, que admite aplicação imediata quando incidirem sobre um caso de Direito Internacional Privado. Entendemos que eles carregam consigo todos esses elementos “externos” ao Direito mas ao mesmo tempo indispensável para que esse mesmo Direito realize a Justiça.

Sendo uma exceção ao método conflitual clássico, a norma imperativa, imantada pela valoração humanista, atende às necessidades de uma disciplina tão complexa e genérica como é o Direito Internacional Privado. Ao intérprete cabe a tarefa dialética de suprir tantas lacunas do conflito de leis, a partir de valores também extrínsecos e sempre em busca da preservação dos Direitos Humanos.

Dita generalidade faz com que as normas de DIPr dificilmente possam ter em conta, na regra geral, determinadas circunstâncias dignas de ser, não obstante, valoradas segundo o ordenamento jurídico, sendo causa, portanto, de múltiplas lacunas axiológicas ou ocultas. Esse é o motivo por que as regras do DIPr, particularmente no setor do Direito aplicável, devem obedecer de forma intensa ao esquema de regra/exceção. A experiência interpretativa do jurista frente ao DIPr está imantada, pela natureza de seus problemas, de “lugares de indeterminação”, de cavidades ou vazios, cujo preenchimento requer o labor criativo do intérprete.³⁸⁶

³⁸⁵ LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 20.

³⁸⁶ LORENZO, Sixto Sanchez. Postmodernismo y Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, t. XLVI, 2. 1994, p. 581.

Em virtude dessa complexidade da disciplina do conflito de leis, de suas peculiaridades, e das dificuldades dos direitos e princípios fundamentais, em função de sua própria amplitude, generalidade e abstração, há que se analisar cada relação jurídica multiconectada para se determinar se há incidência de Direitos Humanos e se eles devem obedecer à lógica das normas imperativas, como indicaram os juízes alemães.

É mais conveniente determinar em cada caso particular, por uma interpretação da norma constitucional em causa, a partir de seus termos, seu espírito e seu objetivo, se esta norma deve ser aplicada na República federal da Alemanha em todos os casos pelas autoridades alemãs ou se se pode, ou se deve, fazer as diferenciações para as situações que apresentam mais ou menos elementos de estraneidade.³⁸⁷

Então os próprios Direitos Humanos devem ser analisados pela ótica da hermenêutica constitucional, numa interpretação sistemática que leve em conta todos os interesses envolvidos, sopesando valores e equilibrando a equação direitos individuais-direitos coletivos.

Uma justa interpretação dos direitos fundamentais admite que é preciso ter em conta o particularismo da matéria. Inicialmente, pode-se ressaltar que o próprio legislador constitucional, na elaboração de diversos direitos fundamentais, estabeleceu diferenças entre alemães e estrangeiros. Independente disso, um direito fundamental pode supor de modo essencial no seio do domínio de aplicação da Constituição, uma certa ligação com a ordem social, de sorte que uma aplicação ilimitada desses direitos em todas as situações que interessam ao estrangeiro perderia seu objetivo.³⁸⁸

Do mesmo modo, o texto constitucional deve embasar a definição quanto à extensão desses Direitos Humanos. “No quadro dessa determinação do alcance dos direitos fundamentais a partir da própria Constituição, a posição adotada pela

³⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 67.

³⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 67.

Constituição em relação aos outros Estados e à comunidade internacional pode ter um papel a desempenhar.”³⁸⁹ Nada muda por se tratar de relação jurídica de aspecto privado com vínculos com mais de um país pois a exigência hermenêutica é a mesma: preservar a dignidade da pessoa humana através de uma decisão justa inspirada nos Direitos Humanos. “A crença de que tal interpretação ultrapassa as possibilidades dos juízes e põe em perigo a segurança jurídica não tem fundamento. A tarefa que aqui incumbe ao juiz não se diferencia essencialmente da interpretação habitual da Constituição nos litígios internos, notadamente nos casos em que se trata da irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado.”³⁹⁰

³⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 67.

³⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1^a Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 67.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho permitiu constatar que a aproximação dos Direitos Humanos com as normas imperativas é factível. As normas imperativas conquistaram seu espaço na disciplina do Direito Internacional Privado. Este, como ramo da ciência jurídica, precisa ser balizado pelos Direitos Humanos quando se realiza na vida prática pois já deixou de atingir seus objetivos apenas pela via do método conflitual. Uma das formas de garantir a participação do valor da dignidade da pessoa humana nesse contexto é através das normas imperativas, sendo que esta vinculação apresenta algumas peculiaridades.

À guisa de conclusão, após discorrer sobre os mais diversos aspectos das Normas Imperativas, podemos formular as seguintes proposições:

Primeira proposição: Embora alguma referência possa ter ocorrido em termos de autores clássicos e legislações antigas, o instituto das normas imperativas no contexto do Direito Internacional Privado se consolidou na segunda metade do século XX, a partir da obra de FRANCESKAKIS, e atualmente encontra acolhida na maioria da doutrina e em várias legislações internas e internacionais. A multiplicidade de denominações que possui demonstra sua recente existência na história e não falta de afirmação.

Segunda proposição: A norma é imperativa porque recebe do sistema jurídico a que pertence uma valoração especial. Entretanto, sua imperatividade, por ser-lhe intrínseca, independe de sua fonte legislativa, podendo ser imperativa tanto a norma ordinária de origem interna do Estado, quanto a norma regional ou

internacional, surgida por tratado internacional. Tudo depende da recepção que tem em seu sistema.

Terceira proposição: A norma imperativa é uma inovação para o Direito Internacional Privado porque anula a operação usual da regra de conexão e sua metodologia específica, impedindo a aplicação da norma que por ela seria considerada competente. A norma imperativa possui conteúdo material que faz com que tenha aplicação imediata, estando inserida na problemática da definição do campo de aplicação no espaço das normas substanciais. Sua sistemática é unilateral.

Quarta proposição: A existência de uma norma imperativa tem por efeito não apenas proceder à sua aplicação imediata, afastando a operação do método conflitual, mas também pode impedir a homologação de sentença estrangeira ou laudo arbitral e a concessão de *exequatur* a atos judiciais estrangeiros, que versem sobre o mesmo objeto regulamentado por norma com aquela qualificação. Também pode ter como consequência a retirada da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato que possui conexão com ordenamentos jurídicos de mais de um país.

Quinta proposição: O conceito da norma imperativa é autônomo, diferenciando-se da ordem pública interna ou internacional, do *jus cogens* do Direito Internacional Público, da teoria norte-americana dos interesses governamentais e de qualquer outra tese sobre leis superiores. Em relação à ordem pública, entretanto, possui grande afinidade pois ambas representam uma mudança no funcionamento normal do Direito Internacional Privado e seguem auxiliando-se mutuamente não só em relação aos seus conceitos mas também em

sua aplicação concreta, indicando valores e agindo subsidiariamente. A grande diferenciação entre os dois institutos, como indica a doutrina, está no momento em que intervêm: enquanto a ordem pública atua após o recurso ao método conflitual afastando a aplicação da lei indicada como competente porque esta lhe é incompatível, a norma imperativa incide antes mesmo do método conflitual, que nem chega a operar para indicar a lei competente tendo em vista que, sobre o assunto objeto da relação jurídica, há uma norma especial dotada de imperatividade que deve ser aplicada imediatamente.

Sexta proposição: Normalmente a norma imperativa está identificada na legislação nacional em geral, sem qualquer tipo de distinção para casos nacionais ou internacionais. Entretanto, ela pode estar prevista ainda em legislação nacional específica para relações com elemento estrangeiro, em legislação estrangeira a que se chegou através do elemento de conexão e, inclusive, em legislação de terceiro país que eventualmente pode incidir sobre uma relação jurídica, geralmente contratual.

Sétima proposição: Uma norma é considerada imperativa em virtude de seu conteúdo especial, que acolhe valores essenciais para a sociedade e, por isso, é acolhido de modo peculiar pelo sistema jurídico. Ela está diretamente vinculada à identidade dos indivíduos e da comunidade que regulamenta. Assim, acreditamos que o fundamento da norma imperativa está no comunitarismo – uma série de doutrinas que têm como ponto em comum a ênfase na idéia das tradições, partindo da constatação de que a identidade moderna – vale dizer, a noção que cada um tem de si próprio ou as fontes do *self* - não tem início apenas na modernidade, mas decorre das *tradições*, ou seja, dos conhecimentos, valores e

práticas que se transmitem através de gerações. O processo histórico conforma as individualidades que, por sua vez, conformam as comunidades, inclusive quanto a suas manifestações sociais, culturais e até jurídicas. As tradições vão influenciar de modo contundente os padrões de verdade, de racionalidade e de justiça.

Oitava proposição: A exigência do respeito à norma imperativa diante de casos concretos envolvendo o Direito Internacional Privado tem tido grande recepção nas legislações mais atuais dos Estados, destacando-se as recentes leis da Alemanha, Bélgica, Suíça e Quebec, dentre outras. A Convenção de Roma sobre lei aplicável aos contratos internacionais, no âmbito da Europa, é o exemplo mais referido da tendência de se admitir a incidência de norma imperativa através de Tratados Internacionais. A jurisprudência nacional e internacional é reticente e ainda não percebeu sua importância para concretização do instituto. No Brasil, a referência é doutrinária ante a parcimônia do legislador e o silêncio dos juízes, necessitando com urgência a adoção do conceito da norma imperativa pelo Direito Internacional Privado brasileiro.

Nona proposição: Os Direitos Humanos, entendidos como os Direitos Fundamentais previstos nas Constituições e os Direitos inscritos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, devem ser considerados normas imperativas. Assim, sempre que sobre uma relação jurídica que contém elemento estrangeiro incidir uma norma constitucional ou internacional dessa natureza, ela deverá ser aplicada imediatamente, sem a utilização do método conflitual de definição da lei aplicável. No Brasil, por exemplo, onde a Constituição Federal incorpora no rol dos Direitos Fundamentais os Direitos Humanos decorrentes de Tratados, a consideração prática desses direitos e todas as conseqüências que ela pode

originar (como interpretação e colisão, por exemplo) serão realizadas conforme a sistemática do Direito Constitucional sobre aplicação dos Direitos Fundamentais.

Décima proposição: A vinculação das normas imperativas ao tema dos Direitos Humanos auxilia no maior desafio jurídico em todos os lugares: a concretização dessa categoria de Direitos. Por serem o instrumento de garantia do respeito à dignidade humana, eles ocupam lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos - o que, infelizmente, não significa realização prática. Dando-lhes o caráter de norma imperativa, o Direito Internacional Privado faz a sua parte nessa luta pela efetivação dos Direitos Humanos, preocupando-se com o resultado final da controvérsia a partir do recurso à teoria crítica, à prática emancipatória e à interpretação tópica –argumentativa baseada nos princípios da nova retórica.

Diante de todo o exposto, acreditamos ter demonstrado a pertinência da consideração dos Direitos Humanos como normas imperativas. Não significa que os Direitos Humanos não tenham outros papéis no ordenamento jurídico nem que outros tipos de direitos não possam configurar como normas imperativas. Mas é a fórmula encontrada para conciliar duas questões que estão em posições hierárquicas superiores: os direitos na Constituição e as normas imperativas no Direito Internacional Privado. Assim, enquanto estas se consolidam, aqueles encontram mais um meio para se concretizar e influenciar a totalidade do ordenamento jurídico, inclusive a área internacional. Exatamente como deve ser.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL. *Résolution 2/2002*. Disponível em <http://www.ila-hq.org/pdf/IntCommercialArbitration/InternationalRes2002>. Acesso em 8 de abril de 2004.

ATIENZA, Manoel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos : artigos 104 a 188. , vol. II. São Paulo: Atlas, 2003.

BATIFFOL, Henri. Pluralisme des méthodes en droit international privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 136-147, 1973.

BATIFFOL, Henri e FRANCESKAKIS, Ph. L'arrêt Boll et la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. XLVIII, n. 2, 258-276, abr./jun.1959.

BARTIN, E. *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence françaises*. Paris : Éditions Domat-Montchrestien, 1930.

BAUER, Hubert. Les traités et les règles de droit international privé matériel. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. LV, n. 4, p. 537-574, out./dez.1966.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 4ª. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

BUSCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 239, n. 2, 1992.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 3.ed.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTR, 1996.

CARLIER, Jean-Yves. Le Code belge de droit international privé. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 94, n. 1, p. 11 ss., janvier/mars. 2005.

CHARPENTIER, Élise. L'émergence d'un ordre public privé: une présentation des Principes d' UNIDROIT. *Revue Juridique Thémis*, Montreal: Éditions Thémis, v. 36, n. 2, p. 355-374, 2002.

CASTRO, Leonel Pereznieta. *Derecho Internacional Privado*. 5 ed. México DF: Harla, 1991. p. 286-289.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

CONSEIL D'ETAT (Assemblée) – 29 juin 1973. M. Errera, rapp. ; Mme Questiaux, comm. du gouv. – Mmes Guinarde et Célice, av. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Conflits de Lois. Paris: Éditions Sirey, 1974. p. 344-353.

COUR D'APPEL DE PARIS. (1^{re} Ch. C.) – 14 juin 1994. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1995. tomo 84, no. 2, avril - juin, p. 308-319.

COUR DE CASSATION. (Ch. Civ., 1^{re} sect.) – 27 octobre 1964, Cour d' Appel de Paris (10^e Ch.) – 21 juin 1962 et 20 février 1964. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1965. p. 119.

COUR DE CASSATION. (Ch. Civ., sect. Comm.) – 9 novembre 1959. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1960. tomo 49, no. 4, oct-dec, p. 566.

COUR DE CASSATION. (Ch. Soc.) – 5 mars 1969. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1970. tomo 59, no. 2, avril - juin, p. 281.

COUR DE CASSATION DES PAYS-BAS – 13 mai 1966. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Note. Paris: Éditions Sirey, 1967. tomo 56, no. 3, juillet-septembre. p. 522-530.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. Jurisprudence – 15 mars 2001. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 90, n. 3, p. 495-512, jul./set. 2001.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Jurisprudence, 28 novembre 1958. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. XLVII, n. 4, out./dez. 1958.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979, p. 1-56.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DROZ, Georges A. L. La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 2, p. 239-290, abr./jun.1997.

DROZ, Georges. Une Convention de La Haye de droit international privé devant la Cour Internationale de Justice. Informations Diverses. *Revue critique de droit international privé*, III Paris: Librairie Sirey, t. XLVII, n. 3, p. 626-630, jul./set.1958.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e exclusão*. Petrópolis, Editora Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EEK, Hilding. Peremptory norms and Private International Law. *RCADI*. Leyde: A. W. SIJTHOFF, t. 139, n. 2, p. 1973.

ELST, Raymond Vander e WESER, Martha. *Droit International Privé belge et Droit Conventionnel International*. Bruxelles: Bruylant, 1983, t. 1, p. 232-235.

FAUVARQUE-COSSON, Benedicte. Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple. *American Journal of Comparative Law*. 49. summer, 2001. 407. nota 64. Disponível em: Lexis Nexis/USP. Acesso em 19 de novembro de 2004.

FRANCESEKAKIS, Ph. Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, 1974.

FOYER, Jacques. Compte rendu. Bibliographie. Livres. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t.1, 1974. p. 214-220.

GIARDINA, A. Les caractères généraux de la réforme. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, 1996, t.1, p. 1ss.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Derecho de la Tolerância, basado en la Teoria Trialista del Mundo Jurídico. Buenos Aires: Editorial el Derecho, 1974.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GUZMAN, Andrew T. Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules. *Duke Law Journal*. março, 2000. Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/faculty/guzmana/writing/arbitrat.html>>. Acesso em 08 de abril de 2004.

HAMMJE, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 1, p. 1-31, janviers/mars.1997.

HECKE, Georges van. Principes et méthodes en droit international privé. *RCADI*, 1969. I, tomo 126.

INSTITUT DE DROIT INTERNACIONAL. Résolution concernant l'application du droit public étranger. Session de Wiesbaden (août 1975). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. LXVI, n. 2, p. 423-425, abr./jun.1976.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. Resolução sobre "Autonomia das Partes em Contratos Internacionais entre Privados" expedida na sessão de Bâle, em 1991, pelo Relator M. Eric Jayme. Disponível em http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF. Acesso em 12 de julho de 2005.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. Resolução sobre "A venda internacional de objetos de arte sob o ângulo da proteção do patrimônio cultural", expedida na Sessão de Bâle, em 1991, pelo Relator M. Antonio de Arruda Ferrer-Correia. Disponível em http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_04_fr.PDF. Acesso em 04 de outubro de 2005.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. Resolução sobre « Os conflitos de leis em matéria de direito do trabalho », expedida na Sessão de Zagreb, em 1971, pelo Relator M. Etienne Szászy. Disponível em: http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1971_zag_02_fr.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2005.

JAYME, Erik. Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé. *RCADI*, 1982. IV, tomo 177.

JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général. *RCADI*, 1995. tomo 251.

JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation. *RCADI*, 2000. tomo 282.

KNOEPFLER, François e SCHWEIZER, Philippe. La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 77, n. 2, abr./jun.1988.

KREUZER, Karl. La propriété mobilière en droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 259, p. 188-197, 1996.

LABRUSSE, Catherine. Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971). *Revue critique de droit international privé*. I. Doctrine et Chroniques. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 1-46.

LAGARDE, Paul. La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 86, n. 2, p. 217-237, abr./jun.1997.

LEQUETTE, Yves. COUR D'APPEL DE PARIS. (1^{re} Ch. C.) – 14 juin 1994. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Note. Paris: Éditions Sirey, 1995. tomo 84, no. 2, avril - juin, p. 311-319.

LORENZO, Sixto Sanchez. Postmodernismo y Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, t. XLVI, 2. 1994, p. 557-584.

LOUSSOUARN, Yvon. La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. *Revue critique de droit international privé*. t. 75, no. 2, avril-juin. Paris: Dalloz, 1986. p. 271-296.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 788, jun/2001. p. 11- 56.

MARTINY, Dieter. Maintenance obligations in the conflict of laws. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 247, n. 3, p. 135-290, 1992.

MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 217, n. 5, p. 129-157, 1989.

NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, p. 376, n. 471 1995.

NUYTS, Arnaud. L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire). *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 88, n. 2, p. 31-74 e 245-264 (suite), abr./jun.1999.

ONU. Official Records. United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. New York, 1995. A/CONF. 129/16 (vol. 1).

OVERBECK, Alfred E. Von. La contribution de la conférence de la Haye au développement du droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 233, n. 2, p. 47-53, 1992.

OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 176, n. 3, p. 176-243, 1982.

PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol 12, n° 2, 1989, p. 411-463.

PARRA-ARANGUREN. Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. *RCADI*, 1988. III. Tomo 210.

PATAUT, Etienne. Jurisprudence. Conflits de Lois. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (5^e ch.). 15 mars 2001. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Dalloz, t. 90, n. 3, p. 503-512, jul./set. 2001.

PERELMAN. Chaim. *Retóricas*. SP: Martins Fontes, 1997.

PILLET, A. *Principes de droit international privé*. Paris: Pedone, 1903.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 4.ed. p. 73-74.

RIGAUX, François. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours Général de droit international privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 213, n. 1, p. 192-207, 1989.

RIOS, Joel Colon. La Excepcion de Orden Publico en el Derecho Internacional Privado *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*. 71, 2002. 781. Disponível em: Lexis Nexis/USP. Acesso em 19 de novembro de 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil* : parte geral. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

ROZAS, José Carlos Fernandez e LORENZO, Sixto Sanchez. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 367-417.

SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho Internacional Privado en América Latina – Teoría y práctica del código Bustamante*. vol. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983, p.268-274.

SANTOS, António Marques. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. Esboço de Uma Teoria Geral. Vol. I e II. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual*. vol. VIII. Coleção clássicos do direito internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

SAUVEPLANNE, J. G. New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. *RCADI*, 1982. II, tomo 175.

SERAGLINI, Christophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Nouvelle Bibliothèque de thèses. Paris: Dalloz, 2001. 571 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. 8ª. ed.

SONNENBERGER, Hans-Jürgen. Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne slon la loir du 25 juillet 1986. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 76, n. 1, p. 1-32, jan./mar.1987.

SOTO, Alfredo Mario. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires – Madri : Editorial Ciudad Argentina, 2001.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SPERDUTI, Giuseppe. Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Éditions Sirey, t. LXVI, n. 2, p. 257-270, abr./jun.1977.

STURM, Fritz. Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand. *Revue critique de droit international privé*, Paris: Librairie Sirey, t. 76, n. 1, p. 33ss., jan./mar.1987.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL D' ALLEMAGNE. (1ª Ch) – 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé*. Jurisprudence. Paris: Éditions Sirey, 1974. tomo 63, p. 57-72.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional. ANNONI, Danielle (Org.). Os

Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 6.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado.* vol.1, 4^a.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VERHAGEN., H L E. The tension between party autonomy and european union law: some observations on Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc. *International and Comparative Law Quarterly.* Vol. 51. jan 2002 p. 135-154.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIGNAL, Thierry. *Droit international privé.* Paris: Armand Colin, 2005.

VISCHER, Frank. General course on private international law. *Recueil des Cours.* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, t. 232, n. 1, p. 9-256, 1992.

WALZER, Michael. *Da Tolerância.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WHITEMAN, Marjorie M. Jus cogens in International Law, with a Projected List. *Georgia Journal of International and Comparative Law,* vol. 7, 1977, p. 609-626.