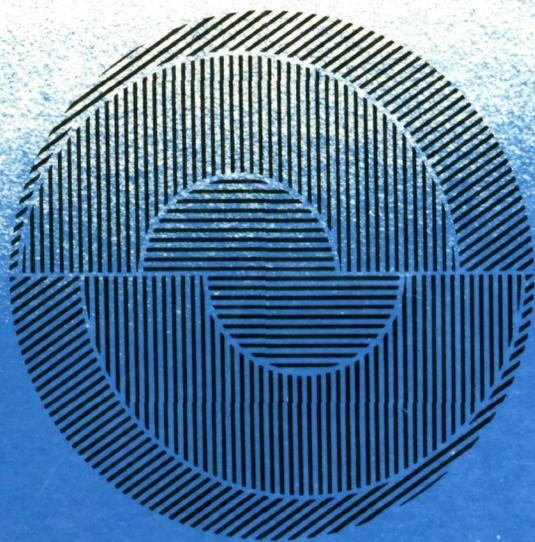


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

• ABRIL A JUNHO 1986

ANO 23 • NÚMERO 90

Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado

JACOB DOLINGER

Professor de Direito Internacional Privado
na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

I — ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Um dos mais antigos e conhecidos princípios de direito internacional privado é o da ordem pública que rejeita a aplicação de normas alienígenas quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro, apesar da indicação de sua competência pelas regras de conexão do direito internacional privado. O princípio geral de ordem pública aparece no direito romano vedando aos contratantes derogar normas de direito público. PIERRO ESPERSON cita as seguintes fórmulas romanas:

“Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos columnus videre subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente; Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est,” ou, a regra mais conhecida de “Privatorum conventio juri publico non derogat” (1).

Os criadores do moderno direito internacional privado no século XVI, os italianos BARTOLO e BALDO, distinguiam entre estatutos favoráveis e estatutos odiosos. Só a primeira categoria de leis estrangeiras poderia ser aplicada no foro. Surgiram, naturalmente, intensos debates sobre o conceito de estatuto odioso. LAURENT se refere à norma que excluía mulheres casadas do direito à sucessão, a qual, segundo BARTOLO era uma norma odiosa, mas que BALDO

Este artigo foi publicado no *Texas International Law Journal*, vol. 17, nº 2 (1982), pp. 167 a 193. A tradução para o vernáculo foi efetuada por Carmem Beatriz Tibúrcio de Lemos Rodrigues e Luiz Roberto Barroso, professores de Direito Internacional Privado na UERJ.

(1) ESPERSON, “Le droit international privé dans la législation italienne”, (1890) *J. de Droit Int'l* 255.

encarava como sendo favorável, eis que visava a perpetuidade da aristocracia (2).

O direito do primogênito herdar em dobro era considerado por alguns como odioso. Realmente, para os demais herdeiros, constituía-se em norma odiosa, mas para a instituição da família era encarado como uma medida protetora.

A moderna teoria da ordem pública no direito internacional privado se inicia com SAVIGNY na Alemanha e STORY nos Estados Unidos. SAVIGNY, no seu *System des Heutigen Romischen Rechts* (3), após apresentar sua famosa e imortal teoria da comunidade jurídica dos povos, ressaltou as leis de algumas nações relativas às instituições da escravidão, poligamia, morte civil e à proibição de os judeus adquirirem propriedades imobiliárias, normas inaceitáveis para outros ordenamentos jurídicos (4). HAROLDO VALLADÃO demonstrou que STORY precedeu a SAVIGNY na exposição da moderna teoria da ordem pública (5). Em verdade nenhum dos dois precursores fez expressa referência ao termo ordem pública, mas a noção por eles desenvolvida sobre a rejeição de normas estrangeiras, normalmente aplicáveis, quando as mesmas encerram valores inaceitáveis aos padrões morais e legais do fórum, é nitidamente o que se passou a denominar de ordem pública internacional, ou melhor, ordem pública no direito internacional privado.

O princípio foi, desde há muito, incorporado nas legislações de sistema codificado (6) bem como em inúmeros tratados e convenções bi e multilaterais, tendo sido expressamente adotado na maioria das convenções de direito internacional privado, inclusive nas Convenções da Haia (7), nos Tratados sul-americanos de Lima

(2) LAURENT, "Le Droit Civil International" 304 (1881).

(3) SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, traduzido por Guenoux, 2ª ed., (1860).

(4) *Idem*, pp. 34 e 55.

(5) H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado I*, 489 (1980).

(6) Lei tchecoslovaca de 1963, art. 36; Código Civil francês, art. 3º, par. 1; introdução ao Código Civil alemão, art. 30; introdução ao Código de Família da República Democrática Alemã, art. 24; Código Civil da Grécia de 1946, art. 33, seu Código de 1856, art. 8º; Código Civil italiano de 1865, art. 12 e Código de 1942, Regras Gerais, art. 31; Lei de D.I.P. da Polónia de 1965, art. 6º e Lei de 1926, art. 38; Código Civil de Portugal de 1966, art. 22 e Código Civil de 1867, art. 10; Código Civil soviético de 1964, art. 563; Código Civil espanhol, art. 11, par. 3; Código Civil japonês, art. 30; lei da Coréia do Sul sobre D.I.P. de 1952, art. 5º; Código Civil argentino, art. 14; Código Civil do Uruguai, art. 2.404 e Lei de Introdução ao Código Civil do Brasil, art. 17.

(7) Convenção sobre lei aplicável na venda de caráter internacional de bens móveis corpóreos de 1955, art. 6º; Lei Uniforme sobre venda de bens móveis corpóreos, de 1964, art. 5º, al. 2; Convenção para regular os conflitos entre a lei nacional e a lei do domicílio, de 1955, art. 6º; Convenção sobre reconhecimento de personalidade jurídica das sociedades, associações e funda-

(Continua)

(1878) ⁽⁸⁾ e Montevidéu (1889 e 1940) ⁽⁹⁾ e no Código de Bustamante (1928) ⁽¹⁰⁾, que contém dezenas de referências ao termo "ordem pública", bem como nas convenções mais recentes, assinadas no Panamá (1975) ⁽¹¹⁾ e em Montevidéu (1979) ⁽¹²⁾.

ARTHUR NUSSBAUM escreveu ⁽¹³⁾ que o princípio da ordem pública desenvolveu-se na jurisprudência anglo-saxônica antes de surgir no direito continental.

Segundo NUSSBAUM, a utilização do conceito de ordem pública pelos anglo-saxônicos ocorreu no século XV para o direito interno e no século XVIII para o DIP ⁽¹⁴⁾, enquanto que a doutrina continental de ordem pública somente adquiriu notoriedade em meados do século XIX.

No "Restatement of the Law of Conflict of Laws, second", de 1971 que consolida as normas praticadas no direito internacional privado norte-americano, dispõe a seção 90:

"Nenhuma ação será intentada com base em direito estrangeiro cuja execução seja contrária à ordem pública do foro."

A mesma regra existia na seção 612 do primeiro *Restatement*, de 1934. Originariamente, os tribunais americanos aplicavam-na

(Continuação da nota 7)

ções estrangeiras, de 1956, art. 8º; Convenção sobre lei aplicável às obrigações alimentares do menor, de 1956, art. 4º; Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças em matéria de obrigações alimentares para os menores, de 1958, art. 2º; Convenção sobre a competência das autoridades e sobre lei aplicável em matéria de proteção dos menores, de 1961, art. 16; Convenção sobre conflitos de leis em matéria de forma de testamentos, de 1961, art. 7º; Convenção sobre competência de autoridades, lei aplicável e o reconhecimento de decisões em matéria de adoção de 1965, art. 15; Convenção sobre o reconhecimento de divórcio e separação de corpos, de 1970, art. 10; Convenção sobre lei aplicável em matéria de acidentes de circulação rodoviária, de 1971, art. 10; Convenção sobre administração internacional das sucessões, de 1973, art. 17; Convenção sobre lei aplicável na responsabilidade pela fabricação de produtos, de 1973, art. 10; Convenção sobre reconhecimento e execução de decisões sobre obrigações alimentícias, de 1973, art. 5º; Convenção sobre lei aplicável às obrigações alimentícias, de 1973, art. 11.

(8) Tratado de Lima de 1878, art. 54.

(9) Especialmente no Protocolo Adicional sobre Aplicação das Leis Estrangeiras de 1889, ligeiramente alterado em 1940; Tratado sobre Propriedade Intelectual, de Montevidéu, 1939, art. 14.

(10) Código de Direito Internacional Privado, aprovado em Havana, 1928, ratificado pelo Brasil, Decreto nº 18.871, de 13-8-1929.

(11) Publicadas no *International Legal Materials* 1975, p. 325.

(12) Publicadas no *International Legal Materials* 1979, p. 1.211.

(13) NUSSBAUM, "Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, nº 49, pp. 1.027, 1.028-29 (1940).

(14) NUSSBAUM se refere a uma série de sentenças inglesas a partir de 1735.

para recusar o processamento de ações baseadas em causas fortemente contrárias à ordem pública local. Mais tarde o princípio também passou a ser utilizado para aplicar a *lex fori* ao invés da lei estrangeira normalmente aplicável por conter preceitos fortemente contrários à ordem pública do fórum. O conhecido pronunciamento do Juiz BENJAMIN CARDOZO da Suprema Corte dos Estados Unidos de que “o princípio de ordem pública rejeita a lei estrangeira quando esta choca algum princípio fundamental de justiça, alguma concepção prevalecente de moral ou alguma tradição sedimentada no bem-estar coletivo” (15), aproxima-se nitidamente da concepção doutrinária existente nos países de direito codificado sobre a ordem pública no direito internacional privado.

O princípio da ordem pública em direito internacional privado desempenha um papel negativo; os tribunais a ele recorrem ou para recusar o conhecimento de uma ação (experiência norte-americana) ou rejeitar a aplicabilidade da lei estrangeira indicada pela norma de direito internacional privado (experiência européia e latino-americana). Seu efeito é impeditivo, ao repelir a norma de direito material indicado pela regra de conexão do DIP. A característica essencial do princípio de ordem pública no DIP é a sua natureza nacional, em defesa de interesses internos contra leis estrangeiras inassimiláveis, o que tem ocasionado um certo exa-gero na sua utilização.

A ordem pública também se caracteriza por sua diversidade no espaço e mutatividade no tempo. Apesar de tratada na literatura do direito internacional privado como “ordem pública internacional”, na realidade ela é essencialmente interna, de caráter nacional e a ela se recorre para defender as normas de ordem pública do foro contra regras jurídicas estrangeiras que colidam com as idéias básicas de justiça e *bono mori* do fórum. Dizia J. P. NIROYET: “Nada é mais essencialmente nacional do que a ordem pública” (16).

II — ORDEM PÚBLICA MUNDIAL

O presente trabalho versa um aspecto mais amplo da ordem pública, ligado não somente ao direito internacional privado como também ao direito internacional público e ao vasto campo abrangido pela ciência das relações internacionais. Delimitar o exato aparecimento deste fenômeno no tempo e no espaço é difícil. Alguns autores têm versado o assunto de forma superficial, limitando-se

(15) “Loucks v. Standard Oil Co. of New York”, 224 N.Y. 99, 111, 120 N.E. 198, 202 (1918).

(16) NIROYET, “Le Rôle de la Justice Internationale en Droit International Privé”, *Recueil des Cours*, nº 40, pp. 157, 177 (1932).

cada um a abordá-lo com referência a determinadas áreas de seu interesse específico. Examinaremos inicialmente o que tem sido escrito a respeito por alguns internacionalistas europeus, em seguida tocaremos ligeiramente no seu significado em direito internacional público, no campo dos direitos humanos e em direito internacional penal, para afinal desenvolver o tema no campo do direito internacional privado, especificamente na área jurisdicional, no direito econômico internacional e na escolha da lei aplicável.

Pelo que nos foi dado constatar, o primeiro autor que se referiu ao que se denomina de "ordem pública mundial" ou "ordem pública internacional" foi J. P. NIBOYET. Tratando da atividade ilícita do contrabando, este autor francês referiu-se a uma "ordem pública verdadeiramente internacional, comum às nações civilizadas, que todas têm a obrigação de respeitar para não serem excluídas da comunidade jurídica que é a base do direito internacional privado" (17).

NIBOYET voltou ao assunto em curso proferido na Academia da Haia, referindo-se ligeiramente à "ordem pública internacional no sentido exato da palavra, isto é, dos países civilizados" (18).

JACQUES MAURY, após afirmar que um Tribunal Internacional não pode levar em consideração a ordem pública de uma determinada jurisdição, diz que há uma ordem pública internacional, no verdadeiro sentido da palavra, afirmando:

"Jurisdições internacionais podem considerar a ordem pública internacional no verdadeiro significado da expressão, que chamamos ordem pública internacional da sociedade internacional, e que é composta das regras do *ius cogens* e dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" (19).

BERTHOLD GOLDMAN entende ordem pública internacional diferentemente. Num trabalho publicado no *Festschrift* em homenagem a RENÉ CASSIN, adverte que este princípio não significa uma justaposição de ordens públicas nacionais, semelhantes, mas uma ordem pública da comunidade internacional (20). Esta observação de GOLDMAN é muito importante eis que a ordem pública

(17) Apud F. RIGAUX, "Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales" 199 (1977).

(18) NIBOYET, supra nota 16, à p. 178.

(19) J. MAURY, *L'Eviction de la Loi Normalement Compétente: L'Ordre Public International et la Fraude à la Loi*, p. 140 (1952).

(20) GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit des lois", in *Int'l Inst. Hum. Rts.*, René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, tomo I, p. 464.

internacional descrita por NLBOYT e MAURY pode facilmente ser interpretada como uma justaposição de normas de ordem pública paralelas das nações civilizadas, corporificando mais uma "ordem pública comum" do que uma "ordem pública internacional".

Esta idéia de justaposição também é referida por PHILIPPE FOUCHARD que conceitua a ordem pública verdadeiramente internacional como sendo a base legal comum às nações civilizadas: um conjunto de concepções comuns às diferentes comunidades jurídicas ⁽²¹⁾; já a *Cour de Cassation* francesa fala no conjunto de princípios de justiça universal considerados pelos franceses como tendo um valor internacional absoluto ⁽²²⁾.

A verdade é que em seu curso na Academia da Haia sobre Arbitragem Privada Internacional, GOLDMAN também afirmou que a "ordem pública da comunidade internacional corresponde a um consenso da maioria dos países acerca destes princípios gerais (de direito)" ⁽²³⁾. Acrescenta, porém, agudamente — e é aí que repousa o ponto nodal — que: "esta coincidência não nos libera de conferir se a ordem pública internacional, ultrapassando o domínio dos Estados, tem um conteúdo concreto e uma função específica na arbitragem internacional de questões de direito privado" ⁽²⁴⁾.

A diferença a ser estabelecida entre um consenso de vários países sobre a ordem pública e uma ordem pública verdadeiramente internacional pode ser ilustrada pela diferença entre homicídio e genocídio. Quanto ao primeiro, sua tipificação legal como conduta anti-jurídica e punível é adotada por todas as nações civilizadas no mundo, havendo, pois, perfeito consenso. Trata-se de regra pertencente à ordem pública ou *ordre public* de cada país. Entretanto, este consenso não é suficiente para transformar a proibição do homicídio em regra de ordem pública mundial, porque cada homicídio em particular não afeta a paz do mundo. Já o genocídio, mesmo nas suas formas menos violentas — genocídio cultural —, ameaça a paz e o equilíbrio mundial do poder, e por isso se constitui numa matéria de ordem pública mundial.

A ordem pública mundial pode ser caracterizada como o interesse comum da Humanidade. Veremos adiante a enorme necessidade do respeito recíproco acerca de regulamentos monetários estrangeiros, visando à estabilidade econômica de todo e qualquer Estado-Membro da comunidade econômica mundial — como garan-

(21) P. FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International* pp. 398-400 (1965).

(22) Julgamento de 25 de maio de 1948; "princípios de justiça universal considerados na opinião francesa como dotados de valor internacional absoluto..."

(23) GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *Recueil des Cours* n° 109, pp. 347, 437 (1963).

(24) *Ibidem*.

tia da estabilidade econômica internacional. Esta matéria, indubitavelmente, é de ordem pública mundial.

Por outro lado, no direito de família, há um consenso da maioria das nações contra a poligamia, proibição esta caracterizada como de ordem pública interna com efeitos internacionais, eis que os países ocidentais não permitirão a aplicação em seu território de leis estrangeiras que admitam a poligamia (25). Mas, apesar deste consenso, não se poderá considerar tal matéria como sendo verdadeiramente de ordem pública mundial.

HENRI MOTULSKY e RUDOLF BRUNS escreveram sobre "o terceiro grau de ordem pública" (26), referindo-se à ordem pública interna com efeitos internacionais. Esta, conforme nosso entendimento, é tão-somente a ordem pública no direito internacional privado, o segundo grau de ordem pública.

Poder-se-ia admitir a classificação de um terceiro grau de ordem pública, com a finalidade de distingui-la daquelas que são geralmente conhecidas. Assim, identificar-se-ia por *primeiro grau* de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g. a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o *segundo grau* designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional.

O *terceiro grau* de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da Humanidade. Trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas.

BERTHOLD GOLDMAN escreveu sobre a identificação entre a ordem pública verdadeiramente internacional com os princípios fundamentais da *lex mercatoria* (27), especulando sobre a possibilidade de que tribunais arbitrais rejeitem uma lei local por ser incompatível com esta ordem pública verdadeiramente internacional, expressa em normas costumeiras da *lex mercatoria* (28).

(25) Veja, v.g. L. PALSSON, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, pp. 150-68 (1974).

(26) BRUNS & MOTULSKY, "Tendances et perspectives de l'arbitrage international", *Revue Internationale de Droit Comparé* nº 9, pp. 717, 725 (1957).

(27) GOLDMAN, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international; réalité et perspectives", *Journal du Droit Int'l*, 475 (1957).

(28) *Op. cit.*, pp. 481-97.

Em 1960, o professor belga HENRI ROLIN publicou um artigo com o título "Vers un Ordre Public Réelement International" (29), no qual sustenta que a ordem pública internacional não apenas impede a aplicabilidade de lei estrangeira (como NIBOYET defendeu na Academia da Haia) mas suplanta até mesmo uma regra de ordem pública interna. ROLIN também identifica esta ordem pública internacional com a ordem pública dos países civilizados, o que se assemelha a uma mera justaposição, como vimos em relação a outros trabalhos.

A maioria dos aspectos que ROLIN desenvolve em seu interessantíssimo artigo diz respeito ao direito internacional público e aos direitos humanos, deixando o direito internacional privado e o direito econômico internacional inexplorados. E é exatamente nesses dois campos que esta concepção nova da ordem pública internacional mais se aplica.

A. *Direito internacional público*

ROLIN se refere à distinção feita por SIBERT entre a ordem pública internacional, que abrange a totalidade dos países, e a ordem pública interna de um país em particular. SIBERT e CAVARÉ acentuam que os tratados internacionais devem respeitar as normas da ordem pública internacional, que CAVARÉ denomina de "direito comum da Humanidade" (30). Realmente este princípio está contido no art. 53 da Convenção de Viena sobre tratados, que declara nulo qualquer tratado que se choque com uma norma obrigatória do direito internacional, definida pela mesma convenção como uma norma aceita e reconhecida pela totalidade da comunidade das nações, insuscetível de derrogação e que somente pode ser modificada por outra norma de direito internacional, de igual valor.

WILFRED JENKS fala de uma "ordem universal formal" ou, mais especificamente, de uma "lei universal da comunidade mundial":

"Politicamente, temos, pela primeira vez, a estrutura formal de uma ordem universal; nosso problema é criar uma realidade política dentro desta estrutura. Legalmente, temos pela primeira vez os elementos formais de uma ordem jurídica universal, nosso problema é transformar estes elementos num corpo de leis que exprima e proteja os interesses comuns da comunidade universal. . ." (31).

A concentração da ordem pública internacional no campo do direito público é quase unanimemente aceita. HERMAN MOSLER, em

(29) ROLIN, "Vers un ordre public réelement international", in *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*, p. 441 (1960).

(30) ROLIN, *supra* nota 29, pp. 452-3.

(31) C. JENKS, *The Common Law of Mankind*, pp. 77-80 (1958).

seu recente *The International Society as a Legal Community* afirma, com referência à ordem pública internacional:

“A utilização desta nova expressão para definir um fenômeno anteriormente desconhecido poderia provocar confusão com a noção de ordem pública no direito internacional privado. Enquanto esta se refere à aplicação ou eficácia de leis estrangeiras dentro de uma determinada jurisdição, a ordem pública internacional é constituída de princípios e regras relativos à comunidade jurídica internacional, e que não devem ser afetados por qualquer tratado ou ação unilateral” (32).

O juiz MOSLER então sugere que se deve falar de uma “ordem pública da comunidade internacional” ao invés de “ordem pública internacional”. Ainda para evitar contradições, o autor novamente enfatiza a diferença:

“Ao explicar a distinção entre ordem pública no direito internacional privado e ordem pública na comunidade interna, gostaria de acrescentar que a ordem pública, ou, como comumente chamada na Inglaterra, *public policy*, visa proteger os princípios estrangeiros, cuja aplicabilidade seria incompatível com aqueles princípios mais elevados. A ordem pública da comunidade internacional, entretanto, consiste em princípios e regras cuja observância é de vital importância para a comunidade internacional como um todo, e que qualquer ação individual ou acordo que venha a contrariá-los, não pode ter nenhuma força legal” (33).

Para MOSLER, esta ordem pública da comunidade internacional parece restrita a assuntos puramente de direito internacional público, ilustrando com a utilização de armas atômicas e a Convenção sobre direitos humanos. Outro campo no qual a comunidade internacional começa a afirmar uma ordem pública coletiva é o da ecologia. Em outubro de 1980, a Assembléia Geral da ONU aprovou um projeto de Carta Mundial para a Natureza, cujo art. 21 estipula que:

“Art. 21 — Estados, governos e todas as outras autoridades públicas assim como indivíduos, grupos e companhias deverão:

.....

b) zelar para que atividades dentro de sua jurisdição ou controle não causem dano à *natureza* de outros Estados ou em áreas além do limite da jurisdição nacional;

(32) H. MOSLER, *The International Society as a Legal Community*, p. 17 (1980).

(33) *Op. cit.*, pp. 17-18.

c) salvaguardar e conservar a natureza em áreas além da sua jurisdição natural (nacional)" (34).

O dever de assegurar proteção ao meio ambiente, extrapolando as fronteiras nacionais, há de basear-se num conceito de ordem pública mundial com poder suficiente para influenciar a vida dentro de cada jurisdição.

B. *Direitos humanos*

Este século, estigmatizado pela impotência do assim chamado mundo civilizado em face de várias campanhas bem sucedidas de genocídio e da mais cruel perseguição a indivíduos e grupos, tem sido bastante fértil em conversações estéreis e elaboração de documentos referentes aos direitos humanos. Declarações, convenções e tratados de todos os tipos e tamanhos foram feitos, assinados, aprovados e anunciados a um mundo perplexo e carente de paz e da mais elementar segurança.

Conforme opinião de WOLFGANG FRIEDMANN, a Declaração Universal dos Direitos Humanos "é a corporificação do que pode ser descrito como os parâmetros normalmente aceitos de ordem pública internacional" (35). Também BERTHOLD GOLDMAN se refere ao aspecto de ordem pública mundial inerente à proteção jurídica dos direitos humanos, que considera como representativo dos valores básicos de um grande número de Estados, e conseqüentemente da ordem pública realmente internacional (36). MYRES McDOUGAL, LASSWELL e CHEN escreveram longamente acerca da proteção internacional conferida aos direitos humanos, utilizando as expressões "ordem pública internacional humanitária" e "ordem pública mundial da dignidade humana" (37).

Existe um elo entre direitos humanos no direito internacional privado se for incluído na acepção *direitos humanos* o direito à defesa, que é, normalmente, um dos requisitos para a homologação de sentenças estrangeiras.

Ainda aqui, entretanto, o consenso de alguns ou mesmo de todos os países sobre uma questão de direitos humanos não o transformará obrigatoriamente num assunto de ordem pública mundial. Casos de violação aos direitos humanos individuais básicos estabelecidos na Declaração das Nações Unidas não afetarão

(34) Projeto de Tratado Mundial para a Natureza, in *International Legal Materials* nº 20, p. 464 (1981).

(35) WOLFGANG FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, p. 241 (1964).

(36) GOLDMAN, *supra* nota 20, p. 464.

(37) McDOUGAL, LASSWELL & CHEN, "Human Rights and World Public Order: Human Rights in Comprehensive Context", *Nw. U.L. Rev.* nº 72, pp. 227, 270 (1977).

necessariamente a ordem mundial. E embora McDOUGAL, LASSWELL e CHEN afirmem que “a ordem pública interna de cada comunidade... afeta a ordem pública global” (38), somos da opinião que tal assertiva somente é verdadeira quanto a assuntos que atinjam os direitos da comunidade como um todo, como no caso do genocídio, mencionado acima.

C. *Direito penal internacional*

Este campo do direito cuida dos crimes que causam um prejuízo vital aos interesses internacionais, ameaçando as bases e a segurança da comunidade mundial. STANISLAW PLAWSKI define o direito penal internacional como a parte do direito penal que trata da conduta que perturba a ordem pública internacional e que corporifica infrações contra o *ius gentium*, tais como os crimes de guerra e os crimes contra a paz ou a Humanidade (39).

III — DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A. *Direito econômico internacional*

É no campo das relações econômicas internacionais que o conceito da ordem pública mundial desempenha seu papel mais significativo, tendo introduzido nele importantes modificações conceituais e práticas. O papel da ordem pública mundial nas relações econômicas internacionais foi atribuído por JEAN SCHAPIRA ao fato de que “as necessidades da ordem econômica internacional exigem uma aplicação bem restrita da ordem pública” (40). Esta afirmativa pede esclarecimentos, o que nos propomos a fazer.

1. *Direito monetário*

As primeiras manifestações do funcionamento da ordem pública mundial, como força à qual as ordens públicas nacionais devem se curvar, tiveram lugar no campo do direito monetário. Até a década de quarenta, os tribunais europeus não aplicavam regulamentos monetários de outros países, recusando-os por considerá-los contrários à ordem pública do *fórum* (41).

As regras de direito internacional privado normalmente utilizadas eram impotentes em direito monetário internacional, pois as normas alienígenas concernentes a dinheiro, valor das moedas, câmbio, ouro e semelhantes, eram encaradas da mesma forma que o direito fiscal e o direito penal, estrangeiros, cuja aplicação era

(38) McDOUGAL, LASSWELL & CHEN, *op. cit.* p. 303.

(39) Veja STANISLAW PLAWSKI *Droit International Pénal* p. 15 (1972).

(40) JEAN SCHAPIRA, *Le Droit International des Affaires* p. 28 (1972).

(41) Veja A. MANN, *The Legal Aspects of Money*, p. 357 (2d ed. 1953).

negada pelos tribunais (42). As cortes de Nova York adotavam filosofia diversa e freqüentemente aplicavam regras monetárias estrangeiras, mesmo quando baseadas em critérios discriminatórios como raça (43).

O acordo de constituição do Fundo Monetário Internacional deu início às modificações que evoluíram a partir da Segunda Guerra Mundial. A cláusula VIII, artigo 2º — letra b, dispõe que:

“Os contratos de câmbio em moeda de qualquer país-membro, quando contrários aos seus regulamentos de controle cambial, . . . , não vigorarão nos territórios de nenhum dos países-membros.”

Isto significa que os regulamentos estrangeiros sobre controle cambial que outrora não seriam aplicados porque era ofensivo à ordem pública interna aplicar lei monetária-cambial de outra soberania, tornaram-se não somente aplicáveis, mas obrigatórios, como consequência da regra do FMI que proibiu o cumprimento de contratos que contiverem alguma cláusula contrária aos regulamentos de controle cambial de uma moeda estrangeira.

A ordem pública mundial comanda a proteção das moedas de todos os países-membros do FMI; um dos mais importantes objetivos do FMI é a proteção e o fortalecimento das moedas de seus membros, visando o equilíbrio das finanças internacionais. Como Sir JOSEPH GOLD tão elegantemente exprimiu: “Qualquer atenção especial pelos interesses dos indivíduos prescrita pela ordem pública do fórum foi substituída por uma ordem pública protetora das reservas monetárias dos outros membros do Fundo com fundamento na cláusula VIII, art. 2º, letra b” (44). Neste contexto a ordem pública verdadeiramente internacional anula a ordem pública interna com efeitos internacionais.

Interesses monetários de Estados individualmente considerados passaram a constituir objeto da preocupação da comunidade financeira internacional, de forma que a *lex monetae*, indicada como aplicável pelas regras de conexão, e recusada pela ordem pública local, voltou a ser obrigatória, devido ao princípio da ordem pública mundial. A ordem pública no direito internacional privado

(42) Veja FREUTEL, “Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws”, *Harv. L. Rev.* n° 56, pp. 31, 45 (1942); HUG, “The Law of International Payments”, *Recueil des Cours* n° 79, pp. 515, 626 (1951).

(43) Veja, v.g., *Steinfink v. North German Lloyd Steamship Co.*, 178 Misc. 413, 27 N.Y.S. 2d 918 (1941); *Branderit v. Hamburg American Line*, 31 N.Y.S. 2d 588 (1941); *Holzer v. Deutsche Reichsbahn Gesellschaft*, 277, N.Y. 474, 14 N.E. 2d 798 (1938). Nem todas as decisões deste período aplicaram as restrições monetárias baseadas nas leis raciais alemãs. Veja *Pan American Corp. v. Friedrich Krupp, A.G.*, 169 Misc. 445, 6 N.Y.S. 2d 993 (1938).

(44) JOSEPH GOLD, *The Fund Agreement in the Courts*, p. 110 (1962).

funciona com um poder negativo, impedindo a aplicação da lei estrangeira; mas o funcionamento da ordem pública verdadeiramente internacional, como observamos no direito monetário, tem efeitos justamente opostos, eis que ordena a aplicação de normas estrangeiras. É um princípio afirmativo, emanando comandos positivos.

O julgamento da Corte de Cassação confirmando a decisão da Corte de Apelação de Paris no famoso caso relativo à *Société des Services Contractuels des Messageries Maritimes* foi interpretado por alguns autores como o reconhecimento de uma ordem pública internacional, que, por ser superior, sobrepunha-se a aplicabilidade de leis internas. Os onze milhões de dólares canadenses que a *Messageries Maritimes* tinha obtido de empréstimo deveriam ser pagos em dólares nominalísticos, já que a cláusula ouro havia sido proibida tanto pelo Canadá como pela França. Mas os tribunais franceses decidiram, em benefício do crédito internacional, que o pagamento fosse efetuado conforme ajustado originariamente, de acordo com o valor ouro do dólar canadense à época do empréstimo.

Inicialmente, o acordo do FMI era interpretado como preservando a inexequibilidade de contratos contrários aos regulamentos cambiais estrangeiros quando relativos às moedas utilizadas na transação. Nestas hipóteses, embora nenhuma reivindicação pudesse ser apresentada a tribunais nacionais por danos causados por um contratante particular aos interesses cambiais de um País-Membro do FMI, a *lex monetae* dos membros do FMI anulava a autonomia da parte mesmo quando o contrato era executado dentro da jurisdição de outro Estado-Membro do FMI (45).

O passo seguinte foi tomado quando um tribunal americano acolheu uma ação de reparação de danos proposta por um banco estrangeiro tendo como objeto um contrato que havia sido cumprido pelas partes contratantes, mas que violara controles cambiais emanados das autoridades monetárias do país do banco (46).

2. Direito tributário

As modificações ocorridas no direito monetário internacional pelo acordo do FMI tiveram pouca influência no direito tributário. Em 1775, Lord MANSFIELD pronunciara a máxima segundo a qual: "nenhum país leva em consideração as leis tributárias de outro país". Para os tribunais a mesma atitude prevalece até hoje.

(45) Veja Banco do Brasil S.A. v. A.C. Israel Commodity Co., Inc. 29 Misc. 2d 229, 215 N.Y.S. 2d 3 (1961). Veja também J. GOLD, supra nota 44, pp. 135-39, 468-76.

(46) Banco Francês e Brasileiro, S.A. v. John Doe, 36 N.Y. 2d 592, 370 N.Y.S. 2d 534, 331 N.E. 2d 502 (1975), reproduzido em *International Legal Materials*, nº 14, p. 1440 (1975).

Veja-se, a propósito, recente decisão de um tribunal federal americano:

“A máxima tem permanecido conosco por séculos e incorporou-se a nosso direito. Fundadas razões originaram tal atitude que continuam sustentando sua validade. Esta máxima só será modificada quando os setores competentes do nosso governo introduzirem tal modificação” (47).

Atitude diferente foi tomada pelos tribunais americanos com referência a questões tributárias interestaduais: em 1935, a Suprema Corte decidiu que uma autoridade pública estadual pode executar nos tribunais de Estado vizinho uma sentença condenatória em matéria fiscal (48).

No encontro do Instituto de Direito Internacional realizado em Oslo no ano de 1977, o Professor PIERRE LALIVE sustentou que os tribunais deveriam admitir e processar ações intentadas por autoridades públicas estrangeiras, com fundamento em seus direitos públicos. Seu raciocínio se baseou em que se os Estados podem ser réus em questões comerciais ou reais, logicamente deve-se-lhes permitir a atuação em juízo como autores.

Ocorre que LALIVE não atentou para o fato de que se é verdade que os Estados podem ser processados em questões comerciais, isto não ocorre com relação aos atos praticados no desempenho de seu *ius imperii*, a não ser que renunciem à sua imunidade, como facultado na lei britânica de 1978 sobre Imunidade dos Estados, na lei norte-americana de 1976 e na Convenção Européia sobre Imunidade Estatal de 1972. Por isso, não se pode argumentar com base na posição passiva dos Estados, como réus em tribunais estrangeiros, para concluir pela possibilidade de agirem no pólo ativo em cortes de outros países para reivindicações baseadas em seu direito público. Mas estamos prontos a concordar com a proposição de LALIVE sempre que o conhecimento de tais pedidos envolver questões de ordem pública mundial.

É de se esperar que a máxima tributária de Lord MANSFIELD, invocada no caso Gilbertson, não prevaleça por muito mais tempo. O Professor ALBERT EHRENZWEIG prevê que, “apesar da resistência ainda remanescente, não é impossível que num futuro não muito distante, os tribunais americanos colaborem na execução de condenações tributárias estrangeiras, não somente com base em compromissos decorrentes de tratados, mas também quando não haja tal compulsoriedade” (49). Esta colaboração se materializará quando se tornar possível que uma autoridade pública cobre judicialmente

(47) *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F. 2d 1161, 1166 (9th Cir. 1979).

(48) *Milwaukee County v. M.E. White Co.*, in *Am. J. of Int'l Law* 1980, p. 480.

(49) ALBERT EHRENZWEIG, *Private International Law*, vol. I, p. 165 (1974).

tributos não pagos, em um país estrangeiro, e aí obtenha, inclusive, a penhora de propriedades do devedor. Também deve ser considerada a possibilidade de se conseguir a extradição de contribuintes em débito para com o Fisco, que se refugiam em outros países, sempre que a legislação do país lesado considerar o débito tributário como um delito ou quase-delito.

Efetivamente, já existem normas que tomam na devida consideração a legislação tributária estrangeira. O Código de Processo Penal francês, por exemplo, estabelece que os franceses podem ser acionados na França por dívidas aduaneiras em países vizinhos, isto condicionado à reciprocidade pelo outro país.

Nos EUA é considerado um ato delituoso transportar mercadorias em navio de bandeira americana para país estrangeiro em violação à lei deste último, desde que haja reciprocidade deste país estrangeiro. Basicamente, foi o princípio de respeito à lei e à moral estrangeiras que inspirou a Lei americana contra a corrupção de autoridades estrangeiras, de 1977. Os vários códigos de conduta para as empresas multinacionais, atualmente objeto de estudos por instituições internacionais e regionais, deverão atentar para a necessidade de se respeitarem as leis econômicas — especificamente as referentes a assuntos tributários e monetários — dos países afetados por negociações de âmbito transnacional.

3. *Regime econômico*

MCDUGAL, LASSWELL e CHEN se referem à “distinção entre ideologias antagônicas e os sistemas de ordem pública, especialmente no que tange ao processo de riqueza” (50). O Código Civil russo proíbe a aplicação de lei estrangeira que fira “princípios básicos do regime soviético”. “A lei fundamental do regime soviético, como prescrito na Constituição soviética de 1936, artigo 49, inclui “o sistema socialista da economia e a propriedade socialista... dos meios de produção... (e) a abolição da propriedade privada... e meios de produção”. No artigo 10 da Constituição de 1977 o mesmo princípio, com outra redação.

A Lei tcheca prevê, da mesma forma, que as “normas jurídicas de um Estado estrangeiro não serão aplicadas se tal aplicação resultar em violação dos princípios sociais e políticos adotados pelo regime da República Socialista da Tchecoslováquia, que devem ser observados sem reservas.

Apesar destas amplas estipulações, os tribunais soviéticos bem como os de outros países comunistas, têm limitado ao máximo possível a rejeição de leis estrangeiras inspiradas no caráter “burguês” dos regimes econômicos estrangeiros. Esta tendência foi

(50) MCDUGAL, LASSWELL & CHEN, *supra* nota 37, p. 263.

recentemente confirmada na Hungria, onde o Decreto-Lei nº 13, em vigor desde julho de 1979, prescreve o seguinte:

“Na aplicação da lei estrangeira:

A aplicação da lei estrangeira será recusada se ferir a ordem pública. A lei estrangeira não deixará de ser aplicada só pelo fato de o regime econômico do Estado estrangeiro ser diverso do regime econômico húngaro.”

Uma tendência semelhante é notada nos EUA, onde, segundo EHRENZWEIG, “está se tornando óbvio que os tribunais americanos aceitarão, sem qualquer impedimento de ordem pública, as instituições legais que pertençam à órbita comunista, apesar de os sistemas jurídico e governamental soviéticos serem diametralmente opostos ao nosso” (51). PISAR mostra que os tribunais da Europa Oriental não aplicam suas próprias leis às companhias privadas ocidentais quando a norma aplicável for inspirada em dogmas ideológicos incompatíveis com as regras que regulam os negócios internacionais no mundo capitalista (52).

B. *Conflitos de jurisdição*

Duas leis recentemente promulgadas no Reino Unido e na França servem como indicadores de quão distantes estamos de atingir a paz e a ordem mundiais na esfera jurídica. Ambas espelham a intolerância e a relutância dos Estados em renunciar a interesses nacionais em prol de uma ordem mundial. A Lei francesa de 1980 sobre documentos e informações proíbe cidadãos franceses, bem como aos residentes em seu território e as pessoas jurídicas com o principal estabelecimento na França, de transmitir a autoridades estrangeiras documentos ou informações de natureza econômica, comercial, industrial, financeira ou técnica, quando tal comunicação ameaçar a soberania, a segurança, os interesses econômicos essenciais franceses ou a ordem pública. A transferência de tais informações para instruir processo judicial ou administrativo em país estrangeiro é igualmente vedada. Esta lei visa extinguir o que os franceses chamam a abusiva aplicação extraterritorial das leis norte-americanas (53).

A Lei britânica visando a proteção de interesses do comércio exterior, aprovada pelo Parlamento em 1980, foi motivada principalmente pela preocupação da Grã-Bretanha com a intervenção nas prerrogativas jurisdicionais britânicas, objetivando, como se lê no seu próprio texto, “reafirmar e reforçar as defesas do Reino

(51) ALBERT EHRENZWEIG *supra* nota 49, p. 157.

(52) SAMUEL PISAR, *Transactions entre l'Est et l'Ouest*, p. 71.

(53) Veja HERZOG, “The 1980 French Law on Documents and Information”, *75 Am. J. Intl L.* pp. 382, 383 (1981).

Unido contra tentativas de outros países de fazer prevalecer suas políticas econômica e comercial unilateralmente sobre nós". Esta lei proíbe a observância por cidadãos e pessoas jurídicas britânicas de ordens emanadas de autoridades estrangeiras que tenham efeitos extraterritoriais e possam prejudicar os interesses comerciais britânicos; proíbe a execução pelos tribunais britânicos de decisões alienígenas que concedam múltipla reparação de dano e de julgamentos concernentes ao controle de práticas restritivas e faculta aos cidadãos e pessoas jurídicas britânicas, contra quem os tribunais estrangeiros tenham concedido múltipla reparação de dano, promover contra o autor estrangeiro, através de ação própria no Reino Unido, a devolução da parte não compensatória da indenização a que tenham sido condenados.

A crescente sensibilidade a interesses estrangeiros, demonstrada nas decisões dos casos "Timberlane" (54) e "Mannington Mills" (55), que se posicionaram no sentido de que "os tribunais americanos devem declinar de sua competência quando interesses nacionais vitais de Estados estrangeiros sobrepujem os interesses dos EUA" (56), não foi suficiente para inspirar confiança nos ingleses. Mesmo que os tribunais americanos examinem cada caso à luz das suas circunstâncias especiais, de qualquer forma os estrangeiros se vêem na contingência de conduzir suas atividades de acordo com as regulamentações norte-americanas, sempre que houver a mais remota possibilidade de que suas operações sejam consideradas como sujeitas à jurisdição americana.

A Lei inglesa não se baseia em critério jurisdicional, mas na idéia de soberania, com ênfase na possibilidade de prejuízos aos interesses do comércio externo britânico. O diploma representa um retrocesso no desenvolvimento do direito internacional privado, eis que a proibição da homologação de decisões que outorguem múltipla reparação abrange tanto a parte compensatória como a punitiva contidas em tais julgamentos.

A doutrina européia desenvolvera uma teoria que remonta a uma decisão do *Reichsgericht*, de 1921, de que se somente um aspecto da lei estrangeira ofende a ordem pública local, o aplicador cindirá tal regra, rejeitando a parte inaceitável e aplicando a parte compatível com a ordem pública local. Este método foi aplicado com freqüência no Brasil, no campo da homologação de sentenças estrangeiras. Por exemplo: a homologação de sentenças estrangeiras de divórcio, anteriores à Emenda Constitucional nº 9, limitavam os efeitos de tais decisões aos de uma separação judicial, de vez

(54) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976).

(55) *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3d Cir. 1979).

(56) LOWE, "Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980", *Am. J. Int'l L.* n.º 75, pp. 257, 268 (1981).

que o divórcio era proibido no Brasil e encarado como contrário à ordem pública.

A luz desta possibilidade de cindir o chocante do aceitável, o seguinte comentário à Lei britânica visando a proteção de interesses comerciais pode ser considerado inteiramente fora de propósito:

“Tendo em vista os aspectos objetáveis das indenizações triplices por danos ocorridos no comércio internacional, . . . o Governo de Sua Majestade não considera justificável que se possibilite aos tribunais do Reino Unido a execução de partes de tais julgamentos” (57).

Verifica-se que os legisladores britânicos não satisfeitos em proteger as companhias inglesas, foram mais longe, punindo a parte estrangeira ao tornar impossível para esta a execução de decisões alienígenas, mesmo na parte aceitável pelo direito e padrões ingleses. Este tratamento punitivo agrava conflitos pre-existentes e certamente não estimula a ordem pública mundial.

O “mais chocante no novo Ato”, conforme bem colocou o Professor LOWE, é a sua terceira parte, em que prescreve o direito de um cidadão ou de uma pessoa jurídica britânicos, contra o qual tribunais estrangeiros tenham proferido condenação de múltipla reparação, de se ressarcirem por meio de uma ação no Reino Unido frente ao autor original. Há o perigo de que este direito de “revanche” exercido contra demandantes norte-americanos possa provocar reações retaliatórias nos tribunais daquele país. Igualmente observa o Professor LOWE que é impossível negar que tal sistema “revanchista” violaria a soberania norte-americana, e que, caberia invocar a “Declaração de Princípios do Direito Internacional” segundo o qual “todo Estado tem o direito inalienável de escolher seu sistema político, econômico, social e cultural sem qualquer interferência de outro Estado”.

Mas o professor inglês conclui afirmando que tais princípios se aplicam a todas as partes envolvidas e que seria necessária uma considerável ginástica mental para considerar ilegais as previsões da Lei britânica, que visam a proteção dos interesses comerciais de seu país, e ao mesmo tempo considerar válidas as pretensões norte-americanas de exercer jurisdição extraterritorial.

Esta controvérsia anglo-americana sobre extraterritorialidade traz à baila as palavras de MCDUGAL, LASSWELL e CHEN sobre os alarmantes problemas causados pelo “excessivo nacionalismo”, “paroquialismo nacional” e sobre a necessidade de compreender e praticar “interdependências”.

(57) LOWE, nota 56, p. 277.

O Professor LOWE não é insensível a estes problemas, encarando a necessidade de se conciliar a noção de independência com a crescente interdependência dos Estados. De qualquer forma, não é nosso objetivo proferir julgamento sobre a controvérsia entre os britânicos, franceses e americanos, em matéria de soberania jurisdicional. Gostaríamos somente de enfatizar que, se os países mais desenvolvidos e liberais do mundo encontram tais dificuldades no campo mais sério e filosoficamente importante da organização social — que é a atividade judiciária —, a consecução de uma ordem pública verdadeiramente internacional, apesar de alguns sucessos já anteriormente mencionados, irá requerer grande esforço mútuo e uma extraordinária boa vontade por um período de tempo relativamente extenso.

Curiosamente, os sistemas capitalista e comunista, geograficamente distantes e ideologicamente heterogêneos, conseguiram desenvolver, por meio de tolerância mútua, uma interdependência razoável no campo comercial. Concessões ocasionais de ambos os lados possibilitaram que estes mundos dispares desenvolvessem relações que não se limitaram ao terreno comercial, alcançando um progresso considerável; e isto é tanto mais notável quando se leva em conta as barreiras até recentemente existentes, representadas, inclusive pela proibição formal de “negociar com o inimigo”. E enquanto isto países amigos como os EUA, o Reino Unido e a França, que compartilham os mesmos valores econômicos e políticos, estão encontrando inúmeras dificuldades em manter uma interdependência inteligente e saudável.

Esporadicamente, surgem nas cortes americanas manifestações inspiradas em uma percepção mais internacionalista. No caso *Federal Trade Commission v. Compagnie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson* (58), a Corte de Apelação do Direito de Colúmbia decidiu que a citação de uma entidade estrangeira que não era parte no processo via carta registrada em sua sede em Paris não era válida, tendo o tribunal afirmado que “a execução ordenada pelo tribunal distrital violara princípio fundamental de direito internacional”.

Esta decisão é o primeiro passo no caminho da melhor compreensão de que em muitos países só se admitem comunicações de natureza processual por meio de medidas oficiais, como as cartas rogatórias em alguns países latino-americanos. Tais medidas devem ser cumpridas tanto para produção de provas e colheita de depoimento, como para citação de réus no estrangeiro. A Suprema Corte do Brasil, por exemplo, nega homologação e execução a sentenças estrangeiras se o réu, domiciliado no Brasil, foi citado por via postal e não por carta rogatória.

(58) 636 F. 2d 1300 (D.C. Cir. 1980).

C. Arbitragem

No campo da arbitragem muito já se fez e muito mais ainda se fará para promover a solução de conflitos no espírito da emergente ordem pública mundial. É com relação a arbitragem que a ponte idealizada por BERTHOLD GOLDMAN entre a tradicional *lex mercatoria* e a ordem pública verdadeiramente internacional merece atenção. Escrevendo sobre a *lex mercatoria* com relação aos contratos internacionais e a arbitragem, o professor francês defende que tribunais arbitrais deveriam recusar a aplicação de leis locais consideradas incompatíveis com a ordem pública internacional — a real ordem pública internacional, compreendendo os princípios fundamentais da *lex mercatoria* e não somente as preferências políticas de um Estado relativamente às relações internacionais⁽⁵⁹⁾.

Uma mui interessante decisão proferida pelo Tribunal Arbitral Comercial búlgaro ilustra bem o papel da ordem pública na arbitragem internacional⁽⁶⁰⁾. Um contrato havia sido firmado com uma companhia estrangeira sobre a exportação pela Bulgária de determinados equipamentos. O cumprimento da avença foi obstado por limitações governamentais sobre o volume de exportações, limitações só anunciadas após o início da execução do contrato. Os árbitros estabeleceram que de acordo com o direito internacional privado búlgaro, o ajuste deveria ser regido pelas leis búlgaras, país do vendedor. No entanto, o tribunal decidiu não submeter a companhia estrangeira às conseqüências da lei interna búlgara.

PISAR observa com referência a esta decisão que o princípio da ordem pública geralmente rejeita a lei estrangeira quando esta ofende a ordem pública do fórum, mas que neste caso ocorreu o oposto. O Tribunal Arbitral búlgaro decidiu suspender a aplicação da *lex fori* a fim de não violar regras fundamentais dos negócios internacionais em oposição à “ordem pública estrangeira”. Ao invés de “ordem pública estrangeira”, como PISAR coloca, denominaríamos esta inversão da ordem pública nacional ordinária de “ordem pública verdadeiramente internacional” ou, como PISAR posteriormente define⁽⁶¹⁾, “os padrões básicos da comunidade mercantil internacional”.

D. Ordem pública comunitária

Outro gênero de ordem pública estrangeira, conhecida na Europa como “ordem pública comunitária”, originou-se dos tratados que criaram as Comunidades Européias⁽⁶²⁾. Um julgamento

(59) GOLDMAN, *supra* nota 27, p. 483.

(60) Veja S. PISAR, *supra* nota 52.

(61) S. PISAR, *op. cit.* p. 255.

(62) JEAN ROBERT, *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial*, p. 574 (1967).

do Tribunal de Instância Superior de Troyes, em 1978, pronunciou que “um juiz, ao considerar a eficácia de uma sentença estrangeira, deve verificar a competência do tribunal estrangeiro que a proferiu, se a decisão está em conformidade com a ordem pública internacional francesa e deve, igualmente, verificar se a decisão não é contrária às regras da Comunidade, aplicáveis como direito local”.

IV — ORDEM PÚBLICA ESTRANGEIRA

O papel tradicional do princípio da ordem pública sempre foi o de recusar a aplicação de lei estrangeira, de negar homologação a decisões estrangeiras ou a eficácia de contratos celebrados sob a égide de lei estrangeira, sempre que ofenderem os interesses fundamentais de ordem moral, econômica, ou legal do *fórum*. O progresso nas relações internacionais gerou um conceito mais amplo e profundo para o princípio da ordem pública — nos casos de âmbito internacional, o tribunal local também levará em consideração a ordem pública dos países interessados, além, naturalmente, da ordem pública vigente no país em que o caso está sendo examinado.

No campo das relações econômicas existe um interesse público uniforme na estabilidade do sistema monetário internacional, que exige a proteção da integridade dos sistemas monetários de cada país-membro da comunidade internacional. A cada país integrante desta comunidade interessa a estabilidade econômica dos outros membros, no que se reflete o interesse na autopreservação. No comportamento de autoridades, inclusive judiciais, o princípio de ordem pública mundial se manifesta na observância ao princípio de ordem pública de outras jurisdições. Esta atitude reveste-se de diferentes aspectos; abordaremos somente os mais importantes à luz da experiência de tribunais de vários países.

A. *A ordem pública estrangeira nos Tribunais*

A ordem pública mundial, como expressão de um novo conceito de civildade internacional, poderá proteger os interesses de Estados estrangeiros, mesmo quando tais interesses não estejam enunciados na legislação interna daqueles Estados. A manifestação mais freqüente e significativa da ordem pública mundial reside no respeito manifestado em uma jurisdição pelos interesses da ordem pública de outro ordenamento jurídico.

Um caso clássico de extensão do âmbito da ordem pública, com a finalidade de tutelar interesses de outros Estados, não expressamente enunciados em seu próprio ordenamento jurídico, foi uma interessante decisão proferida por tribunal americano, objeto de

críticas por um dos maiores expoentes do direito internacional privado na França. Em 1887, a Suprema Corte de Iowa decidiu que uma lei daquele Estado, que proibia a fabricação de bebidas alcoólicas, deveria ser aplicada a uma fábrica ali situada, cuja produção se destinava exclusivamente à exportação para outro Estado, onde inexistia tal proibição⁽⁶³⁾. Esta decisão, de forma manifesta, destacou os interesses da ordem pública do Estado importador.

ANTOINE PILLET⁽⁶⁴⁾ criticou esta decisão argüindo que era ridículo que um tribunal de Iowa impusesse o seu padrão de moralidade a outro Estado, que não havia adotado nenhuma norma proibitiva referente ao consumo de bebidas alcoólicas. O Professor francês fez crítica semelhante a uma decisão do Tribunal de Lyon, onde um fabricante desobedecera a normas específicas de segurança relativamente a equipamentos destinados à exportação⁽⁶⁵⁾. Segundo PILLET, normas internas não deveriam ser aplicadas à exportação, pois tal poderia consistir em uma interferência abusiva na ordem pública estrangeira.

A teoria de PILLET é contrária ao espírito de uma ordem pública realmente internacional, e a decisão da Suprema Corte de Iowa, em verdade, serve como exemplo da preocupação que cada jurisdição deveria ter no sentido de assegurar o bem-estar e a segurança das outras jurisdições. Não pode ser considerada como interferência indevida a atitude de uma autoridade que se recusa a aplicar, em relação a uma comunidade estrangeira, critérios menos severos de segurança e proteção à saúde do que os que aplica em sua própria comunidade. A título de ilustração, consideremos a indústria alimentícia americana, que está sujeita a severas restrições estabelecidas pela administração americana sobre alimentos e medicamentos. Deveria ser permitido às empresas farmacêuticas americanas exportar produtos que não estejam em conformidade com os padrões sanitários norte-americanos para países que não introduziram em seu ordenamento jurídico tais restrições? A decisão da Suprema Corte de Iowa inspira consideração internacional pela ordem pública de jurisdições estrangeiras em seu sentido mais amplo.

Outro caso famoso de respeito à ordem pública estrangeira é o *Regazzoni v. K. C. Sethia, Ltd.*⁽⁶⁶⁾, decidido pela Câmara dos Lordes em 1944. Tratava-se de um contrato referente à venda de sacos de juta que deveriam ser transportados da Índia até a África do Sul, com escalas num porto italiano. A Lei indiana proibia a

(63) *Pearson v. The International Distillery, Iowa*, nº 72, p. 348, 34 N.W. 1 (1887).

(64) A. PILLET, "De l'Ordre Public en Droit International Privé", in *Mélanges Antoine Pillet*, p. 475 (1929).

(65) *Op. cit.*, p. 478.

(66) J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, p. 516.

exportação de juta para a África do Sul. Embora as partes houvessem acordado submeter-se à Lei inglesa, a recusa do réu em cumprir o contrato foi considerada como justificada pela Câmara dos Lordes. Conforme a opinião de VISCOUNT SIMONDS:

“Da mesma forma que a ordem pública rejeita contratos que ofendam nossa lei interna, rejeitará igualmente determinados contratos que violem a lei de um Estado estrangeiro, e tal ocorrerá porque a ordem pública exige o respeito à civilidade internacional...”

VISCOUNT SIMONDS refere-se em seu voto a um julgamento de 1734, relativo ao tráfico de ouro, no qual uma vedação legal estrangeira foi rejeitada pois “impediria o benefício de tal comércio para este Reino, o que traria conseqüências ruins para os principais e mais profícuos setores do nosso comércio”. E o seu voto assim prossegue:

“Do fato que nossos tribunais não aplicariam lei tributária estrangeira a pedido de Estado interessado não significa que dariam execução a um contrato que exigisse a realização de um ato em um país estrangeiro que violasse o direito tributário deste país. As duas hipóteses não são complementares ou co-extensivas. Veja-se a mesma situação no direito penal: um tribunal inglês não aplicará o direito penal a pedido de um Estado estrangeiro; no entanto, seria surpreendente se ordenasse o cumprimento de um contrato que envolvesse a perpetração de um crime neste Estado” (67).

Na República Federal da Alemanha, o *Bundesgerichtshof* (68) decidiu uma questão envolvendo uma companhia alemã que havia segurado o transporte marítimo da Nigéria até Hamburgo de três caixas contendo objetos de arte, das quais seis peças desapareceram no percurso. O segurador argüiu que o contrato era nulo pois a lei da Nigéria proíbe a exportação não autorizada de arte nigeriana. O tribunal considerou que o artigo 134 do Código Civil alemão, que pune com nulidade contratos feitos em contrariedade a uma lei mandamental, seria inaplicável porque a transgressão era de uma lei estrangeira. O segurador, mesmo assim, teve ganho de causa, eis que a Lei alemã sobre seguros exige que o interesse do segurado seja legal, e o tribunal decidiu que um contrato firmado em violação a uma lei estrangeira é ilegal. O *Bundesgerichtshof* baseou sua decisão na Convenção de Paris de 1970, da UNESCO, sobre proteção de obras de arte. A Convenção estava em vigor na Nigéria desde 1972 e, embora sem eficácia na Alemanha, o tribunal

(67) *Op. loc. cit.*

(68) F. RIGAUX, *supra* nota 17, p. 201.

a considerou como expressão da política fundamental da comunidade internacional.

A Suprema Corte de Israel decidiu no caso *Havardy v. Klinsky* (69), que um contrato de venda de diamantes, cujo preço estava abaixo do valor real, visando a reduzir os tributos alfandegários de outro país, contrariava a ordem pública internacional, que exige respeito mútuo entre os Estados com relação a obrigações alfandegárias.

Na França, a Corte de Apelação de Reims decidiu no caso *Achour v. Delle Perrot et Boudergouma* (70), que um contrato entre franceses objetivando a transferência de dinheiro da Argélia para a França, firmado na França, seria regido exclusivamente pela Lei francesa, mesma que o contrato fosse claramente ilegal sob a égide da lei da Argélia, pois "os tribunais franceses não necessitam punir a fraude a leis estrangeiras, sobretudo no campo da ordem pública econômica...". PIERRE MAYER (71) critica esta decisão por desprezeitar o artigo 2º, b, da Cláusula VIII do Acordo de Bretton Woods, argumentando que esta decisão estimula a evasão a regulamentos monetários estrangeiros que não são menos legítimos do que os instituídos na França.

Na Holanda, o caso *De Vries v. Van Kroon* (72), julgado pela Corte de Apelação e em seguida pela Suprema Corte holandesa, resultou na seguinte decisão: "o acordo feito em violação consciente aos regulamentos cambiais da Indonésia era contrário à boa moral, no sentido do artigo 1.373 do CC."

B. Princípios americanos

O princípio do respeito à ordem pública estrangeira foi reconhecido em várias fontes de direito americanas. O *Restatement* (Segundo) sobre conflito de leis inclui entre os fatores relevantes para a escolha da lei aplicável ao processo "as normas relevantes de outros Estados interessados e os interesses relativos destes Estados na determinação da solução a ser adotada...". Este critério mandamental é estabelecido especificamente na seção 187(2), b, do *Restatement*, ao dispor que a lei do Estado escolhido pelas partes para governar seus direitos contratuais não será aplicada se "a aplicação da lei do Estado escolhido for contrária a normas

(69) *Journal du Droit Int'l*, nº 105, pp. 115, 117 (1978).

(70) *Journal du Droit Int'l*, nº 105, pp. 99-106 (1978).

(71) MAYER, "Jurisprudence: France", *Journal du Droit Int'l*, nº 105, pp. 101, 102 (1978).

(72) VERHEUL, "Public Policy and Relativity", *Neth. Int'l L. Rev.*, nº 26, pp. 109, 119 & n. 33 (1979).

fundamentais do Estado que tenha materialmente um maior interesse do que o Estado escolhido na determinação da solução do caso e que, de acordo com a regra da seção 188, seria o Estado da lei aplicável na ausência de uma efetiva escolha de lei pelas partes”.

Ao promulgar o *Lacey Act* (1970), o Congresso norte-americano introduziu várias regras ordenando respeito à lei estrangeira. Uma disposição deste estatuto proíbe o transporte e a venda de animais selvagens ou produtos manufaturados derivados dos mesmos se isto violar “qualquer lei ou regulamento de qualquer Estado ou país estrangeiro...”

Outra seção proíbe, sob pena de multa, a fabricação ou a posse de instrumentos usados ou passíveis de serem usados na falsificação de moedas, apólices ou outras obrigações emitidas por governos estrangeiros, bancos ou quaisquer pessoas jurídicas. A mesma proibição atinge a importação para os EUA de qualquer desses itens. Semelhantes proibições abrangem moldes usados na falsificação de moedas estrangeiras. O respeito demonstrado nestas normas pelas leis de outras soberanias exemplifica a força do princípio da ordem pública mundial.

C. *Debate na doutrina francesa*

BARTHÉLÉMY MERCADAL publicou um artigo em 1977, em que fez a seguinte afirmação:

“A regra de conflitos francesa estabelece que a validade de um contrato internacional depende da vontade das partes, ressalvado o respeito à ordem pública francesa. A Corte de Cassação francesa não é obrigada a conceder à lei estrangeira maior respeito do que o devido à ordem pública francesa...”⁽⁷³⁾.

PAUL LAGARDE reagiu muito severamente contra esta posição, argumentando que o respeito à ordem pública tem um âmbito bem mais extenso: o tribunal francês deveria considerar os interesses de ordem pública da(s) jurisdição (ões) com a qual o contrato tem elos mais estreitos, e não os da jurisdição escolhida pelas partes⁽⁷⁴⁾. LAGARDE também chama a atenção para o artigo 16 da Convenção da Haia de 1977, sobre contratos de repre-

(73) MERCADAL, “Ordre Public et Contrat International”, *Droit et Pratique du Commerce Int'l*, n° 4, pp. 457, 460 (1977).

(74) LAGARDE, *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 67, pp. 247-49 (1978).

sentação⁽⁷⁵⁾, que, em sua opinião, coloca o juiz competente na posição de guardião da ordem pública dos Estados estrangeiros com os quais o contrato tenha alguma ligação.

Respondendo à crítica de LAGARDE, MERCADAL⁽⁷⁶⁾ concorda com ele no tocante a que “deve-se respeitar a ordem pública de todos os Estados com os quais o contrato possa ter contato”. MERCADAL enfatiza que o principal aspecto de seu artigo original era que “as partes podem impedir a submissão do contrato às leis de uma determinada jurisdição, contanto que respeitem a ordem pública dos Estados que possam ter alguma ligação com o contrato”.

Esta discussão transmite a impressão de que tanto LAGARDE como MERCADAL acreditam que os tribunais, ao determinar o cumprimento de contratos internacionais, devem levar em consideração a ordem pública de qualquer Estado que possa entrar em contato com referido contrato. Esta posição é um dos vários aspectos do terceiro grau da ordem pública que serve aos interesses da comunidade internacional.

D. *Posição do Uruguai*

Na América Latina, a Conferência Interamericana especializada em direito internacional privado reuniu-se, em conformidade com as resoluções da Organização dos Estados Americanos, no Panamá, em 1975⁽⁷⁷⁾, e em Montevidéu, em 1979⁽⁷⁸⁾. Por ocasião do segundo encontro, a delegação uruguaia fez uma declaração que requereu fosse inserida no documento final e que tem uma importância vital para este estudo. A declaração é a seguinte:

“O Uruguai deseja afirmar que ratifica expressamente a linha de pensamento enunciada no Panamá na CIDIP-I, reafirmando seu espírito genuinamente pan-americano e seu claro e positivo objetivo no sentido de contribuir com suas idéias e seu apoio para o desenvolvimento bem sucedido da comunidade jurídica.”

(75) O artigo 16 da Convenção sobre a lei aplicável aos Contratos de Intermediários e de Representação dispõe: “Na aplicação desta Convenção poderá ser dado efeito às disposições imperativas de todo Estado com o qual a situação apresente uma efetiva ligação se e na medida em que, de acordo com o direito deste Estado, estas disposições são aplicáveis, seja qual for o direito designado por suas regras de conflito.”

(76) MERCADAL, “Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux: France”, *Droit et Pratique du Commerce Int'l*, nº 4, pp. 575, 579 (1978).

(77) Convenção de Panamá, supra nota 11.

(78) Convenção de Montevidéu, supra nota 12.

“Esta linha de pensamento e conduta tem sido demonstrada de forma indubitável pelas ratificações sem reservas pelo Uruguai de todas as Convenções do Panamá, aprovadas pela Lei nº 14.534, de 1976.

De acordo com esta mesma linha, o Uruguai dá o seu voto favorável à fórmula relativa à ordem pública. Nada obstante, o Uruguai deseja declarar de maneira expressa e clara que, de acordo com a posição que manteve no Panamá, sua interpretação da exceção já mencionada diz respeito à ordem pública internacional como uma instituição jurídica autônoma, não necessariamente coincidente com a ordem pública interna de cada Estado.”

“Portanto, na opinião do Uruguai, a fórmula aprovada proporciona uma autorização excepcional aos vários Estados-Membros para declarar de forma não discricionária e fundamentada que os preceitos da lei estrangeira serão inaplicáveis quando estes, concreta e abertamente, ofenderem os padrões e princípios essenciais da ordem pública internacional sobre os quais cada Estado baseia sua individualidade legal” (79).

A afirmação uruguaia aparentemente defende o princípio da ordem pública mundial; entretanto, as convenções aprovadas em Montevideu e no Panamá se referem à ordem pública local e não internacional. “A lei considerada como aplicável de acordo com esta convenção pode ter sua aplicabilidade recusada no território do Estado que considerá-la manifestamente contrária à sua ordem pública”. Ora, esta é a simples e elementar ordem pública no direito internacional privado, segundo grau da ordem pública, e não o terceiro grau da ordem pública da comunidade internacional.

Conclusão

Se cada Estado considerar somente a sua ordem pública, o futuro trará graves distúrbios à ordem pública internacional. Um novo conceito de ordem pública, a ordem pública verdadeiramente internacional, exige que os Poderes Legislativo e Judiciário de cada Estado levem em consideração os interesses públicos de outras soberanias, bem como os de comunidades regionais. Isto se aplica ao vasto campo do direito internacional e das relações internacionais.

(79) *International Legal Materials*, 1979, pp. 1.218/9.

No direito internacional privado, o princípio geral da ordem pública mundial ou da ordem pública verdadeiramente internacional, apresenta as seguintes diretivas:

a) em cada jurisdição, a ordem pública local continuará a rejeitar a aplicação de lei estrangeira quando esta ofender valores fundamentais do fórum;

b) cada jurisdição estenderá os efeitos das leis que refletem sua ordem pública para proteger outras sociedades, ainda que tais jurisdições alienígenas não tenham introduzido proteções equivalentes;

c) os julgamentos proferidos em cada jurisdição respeitarão a ordem pública estrangeira;

d) cada jurisdição dará tratamento preferencial aos princípios decorrentes da ordem pública verdadeiramente internacional, que reflete os interesses comuns da Humanidade, mesmo que isto implique em uma derrogação da ordem pública local.

A idéia de uma ordem pública mundial já foi defendida por filósofos e cientistas sociais. SIGMUND FREUD, no seu ensaio *Thoughts for the Times on War and Death* ⁽⁸⁰⁾, escreveu que “a guerra não pode ser abolida; enquanto as condições de existência entre as nações forem tão variadas e a repulsa entre os povos tão intensa, haverá, deverá haver guerras”. A antítese da repulsa é a aceitação da ordem pública de outros povos.

KANT ⁽⁸¹⁾ sustentou que o direito nacional e o direito internacional necessariamente culminam na idéia de um direito universal da humanidade que ele denomina de direito cosmopolítico:

“E o direito nacional, internacional e cosmopolítico são tão interligados que, se uma destas três esferas da relação jurídica falhar na formulação dos princípios essenciais que devem regular a liberdade, a estrutura legislativa edificada pelas outras ficará igualmente minada, e todo o sistema ruirá.”

Todos os sistemas jurídicos internos — abrangendo suas regras sobre o conflito de leis, sobre a ordem pública, tanto a puramente interna como a de efeitos internacionais —, juntamente com os fundamentos morais e filosóficos imanentes em todas as instituições jurídicas, todos dependem da manutenção de um respeito universal por uma ordem pública mais elevada, a ordem pública da comunidade internacional.

(80) S. FREUD, “Thoughts for the Times on War and Death”, in *Great Books of the Western World, Encyclopaedia Britannica*, 54, 766c.

(81) I. KANT, “The Science of Right”, *Great Books of the Western World, Encyclopaedia Britannica*, 42, 435 b.