



Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

KENNY SONTAG

**EM DEFESA DE UMA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO: A PROMOÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DOS DIREITOS
HUMANOS POR MEIO DAS NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA E DA
EXCEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

Porto Alegre

2020

KENNY SONTAG

**EM DEFESA DE UMA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO: A PROMOÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DOS DIREITOS
HUMANOS POR MEIO DAS NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA E DA
EXCEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, na Linha de Pesquisa Fundamentos da Integração Jurídica.

Orientado: Professor Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2020

RESUMO

Em vista de um contexto crítico ao Direito Internacional Privado, em que se retrata a disciplina como inerte frente aos desafios da globalização, composta por técnicas neutras e indiferentes a ideais de justiça na conjuntura da alocação da governança global, esta tese pretende propor uma reinterpretação das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública. Almeja-se adaptar estes institutos jurídicos para que comportem uma dimensão social, incorporando fatores axiológicos que permitam a promoção do interesse público e dos direitos humanos.

Esta pesquisa é permeada pelas seguintes perguntas: (i) frente a asseverada neutralidade do Direito Internacional Privado, as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública conseguiriam representar uma quebra desta ausência valorativa, englobando fatores axiológicos? (ii) Se esta ruptura da neutralidade é comprovável, de quais fatores axiológicos se revestem as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública? (iii) Há possibilidade de serem agregados outros fatores axiológicos aos existentes? (iv) Os fatores axiológicos existentes e os fatores axiológicos agregados seriam capazes de ensejar um fomento do interesse público e dos direitos humanos, conformando uma função social do Direito Internacional Privado?

Visando a enfrentar estes questionamentos, empregou-se um método dedutivo de abordagem e foram utilizadas técnicas de pesquisa histórica e comparativa, combinadas à análise de fontes doutrinárias, legislação e jurisprudência nacionais e estrangeiras.

Inicialmente, foram expostas as premissas da pesquisa, estudando-se a construção histórica do paradigma de neutralidade do Direito Internacional Privado e como as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública podem representar uma ruptura a esta neutralidade. Posteriormente, foram analisados os valores intrínsecos às normas de aplicação imediata e à exceção ordem pública, propondo-se que outros valores sejam a estes agregados, no sentido de se promover o interesse público e os direitos humanos.

Palavras-chave: Normas de Aplicação Imediata. Ordem Pública. Função Social. Direitos Humanos. Interesse Público.

ABSTRACT

Facing a critical approach to Private International Law, which portrays the discipline as inactive to the challenges of globalizations, composed of neutral techniques and indifferent to ideals of justice in allocating global governance, this thesis intends to propose a reinterpretation of overriding mandatory rules and public order. The aim is to adapt these legal institutes in order to fulfill a social dimension, incorporating axiological factor that would allow the promotion of public interest and human rights.

This research is permeated by the following inquiries: (i) in the view of an asserted neutrality of Private International Law, could overriding mandatory rules and public policy represent a breakdown of this absence of value, encompassing axiological factors? (ii) If this rupture of neutrality is verifiable, which are the axiological factors that overriding mandatory rules and public policy encase? (iii) Is it possible to add other axiological factors to the existing ones? (iv) Could the existing and the aggregated axiological factors foster public interest and human rights, forming a social function of Private International Law?

In order to address these questions, this study applied a deductive method and used historical and comparative research techniques, combined with the analysis of national and foreign legal doctrine, legislation and case law.

The first part of this thesis is devoted to determine its premises, which are the historically elaborated neutrality dogma of Private International Law and how overriding mandatory rules and public policy can represent a rupture to this neutrality. The second part examine the intrinsic values expressed by overriding mandatory rules and public policy, proposing the addiction of other values, in order to promote public interest and human rights.

Keywords: Overriding Mandatory Rules. Public Policy. Social Function. Human Rights. Public Good.

RIASSUNTO

In un'ottica di considerazione critiche del Diritto Internazionale Privato, che ritrae la disciplina come inerte alle sfide della globalizzazione, composta da tecniche neutrali e indifferenti agli ideali di giustizia nel contesto della distribuzione della governance globale, questa tesi intende produrre una reinterpretazione delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico. L'intenzione è quella di adattare questi istituti legali in modo da tenere in debito conto una dimensione sociale, incorporando fattori assiologici che consentano la promozione dell'interesse pubblico e dei diritti umani.

Questa ricerca è permeata dalle seguenti domande: (i) di fronte alla asserita neutralità del Diritto Internazionale Privato, le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico potrebbero rappresentare una rottura di questa assenza di valore e comprendere fattori assiologici? (ii) Se questa rottura della neutralità è verificabile, quali sono i fattori assiologici delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico? (iii) È possibile aggiungere altri fattori assiologici a quelli esistenti? (iv) I fattori assiologici esistenti e i fattori assiologici aggregati sarebbero in grado di promuovere l'interesse pubblico e i diritti umani, formando una funzione sociale del Diritto Internazionale Privato?

Per rispondere a queste domande è stato utilizzato un metodo di approccio deduttivo e sono state adoperate tecniche storiche e comparative di ricerca, combinate con l'analisi delle fonti dottrinali, della legislazione e della giurisprudenza nazionale e straniera.

Prima, sono state esposte le premesse della ricerca, attraverso lo studio della costruzione storica del paradigma di neutralità del Diritto Internazionale Privato e di come le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico possono rappresentare una rottura a questa neutralità. Successivamente, i valori intrinseci delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico sono stati analizzati, con la proposta di aggiungere altri valori a questi, al fine di promuovere l'interesse pubblico e i diritti umani.

Parole-Chiavi: Norme di Applicazione Necessaria. Ordine Pubblico. Funzione Sociale. Interesse Pubblico.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO..... | 16 |
| | |
| 1 PRESSUPOSTOS A UMA PROPOSTA AXIOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO..... | 24 |
| | |
| 1.1 GÊNESE DA NEUTRALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO..... | 24 |
| 1.1.1 Teoria Estatuária e a Formação do Paradigma Westfaliano..... | 30 |
| 1.1.2 Paradigma Westfaliano na Contemporaneidade..... | 52 |
| | |
| 1.2 ELEMENTOS DISRUPTIVOS DA NEUTRALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO..... | 80 |
| 1.2.1 Normas de Aplicação Imediata..... | 81 |
| 1.2.2 Exceção da Ordem Pública..... | 92 |
| | |
| 2 PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICA DOS ELEMENTOS DISRUPTIVOS..... | 103 |
| | |
| 2.1 ELEMENTOS DISRUPTIVOS SOB O PRISMA DO ESTADO E DA PESSOA..... | 103 |
| 2.1.1 Resguardo da Soberania e do Ordenamento Jurídico..... | 104 |
| 2.1.2 Fomento dos Direitos Humanos..... | 119 |
| | |
| 2.2 ELEMENTOS DISRUPTIVOS E SUAS FUNÇÕES SOCIAIS..... | 133 |
| 2.2.1 Atributos de Igualdade e de Racionalização da Interação Social..... | 134 |
| 2.2.2 Incumbências de Segurança e de Eficiência Econômica..... | 144 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 159 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 163 |

INTRODUÇÃO

O atual estágio da globalização ainda é eminentemente marcado por seu caráter transfronteiriço. A fluidez de fronteiras no processo de integração econômica, social, cultural e política em escala global é intrínseca ao seu próprio conceito¹.

Contudo, embora a circulação de ideias, pessoas, bens, serviços e capitais seja facilitada, institucionalmente ou pela evolução tecnológica, a ordem jurídica internacional se mantém descentralizada. Quanto ao seu aspecto subjetivo, os atores detentores de poder jurisdicional são tradicionalmente organizados com base na territorialidade e, quanto ao seu aspecto material, o conteúdo jurídico varia grandemente de um país para outro, conforme suas políticas públicas e valores sociais.

A descentralização da ordem jurídica internacional dá azo a questionamentos relativos à alocação jurídica da autoridade de governança global. Na ocorrência de circunstâncias transnacionais que requerem resposta política ou jurídica seria preciso definir a autoridade de qual país seria competente, o ordenamento jurídico de qual país seria aplicável e qual seria a repercussão dos efeitos em outros países².

Tais questionamentos são bastante evidentes diante de desafios globais contemporâneos, que, devido ao aumento da interdependência e da complexidade das relações, demandam soluções diversas das habituais e maior cooperação, como a conservação ambiental, a migração, o antiterrorismo, a não proliferação de

¹ HOPKINS, A. G. The History of Globalization – and the Globalization of History? In: HOPKINS, A. G. (Ed.). *Globalization in World History*. London: Pimlico, 2002, p. 15 et seq.; MICHAELS, Ralf. Globalisation and Law: Law beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Ed.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart, 2013, p. 288 et seq.

² Christopher A. Whytock destaca a importância das cortes nacionais no auxílio em responder a esses questionamentos, atribuindo-lhes uma função jurisdicional de governança global. Vide WHYTOCK, Christopher A. Domestic Courts and Global Governance. *Tulane Law Review*, v. 84, n. 67, 2009, p. 75 et seq.

armas nucleares, a desigualdade social e de gênero, a representação política, os ataques cibernéticos, as crises econômicas, dentre outros³.

O problema da alocação jurídica da autoridade de governança global é enfrentado sob três enfoques diversos: o do Direito Internacional Público, o da harmonização normativa e o do Direito Internacional Privado. O Direito Internacional Público pretende transcender aos sistemas jurídicos nacionais por meio da instituição de um conjunto de normas jurídicas internacionais e um sistema internacional de órgãos jurisdicionais. A harmonização normativa almeja convergência e uniformidade entre os ordenamentos jurídicos nacionais, mas, concomitantemente, incumbe sua aplicação e execução às instituições nacionais⁴.

O Direito Internacional Privado, por sua vez, auxilia às nações na alocação da autoridade de governança entre si. Diferentemente do Direito Internacional Público e da harmonização normativa, atribui às instituições jurídicas nacionais o papel de reger as atividades transnacionais e, ao mesmo tempo, mantém a diversidade normativa⁵.

Na ausência de instituições jurídicas internacionais centralizadas, o Direito Internacional Privado permite o arranjo de uma disciplina das atividades transnacionais. Todavia, por manter uma formatação predominantemente composta por normas nacionais, cujo conteúdo é em grande medida variável, inexistindo consenso internacional sobre sua abordagem, simultaneamente *contribui para uma ordem jurídica transnacional e é, em si, transnacionalmente desordenado*⁶.

Neste contexto, ao passo que o Direito Internacional Público e a uniformização normativa vivenciam uma crescente internacionalização de políticas públicas e o surgimento de ordens normativas para além do Estado, com

³ Cogita-se mesmo uma crise da governança global e a necessidade de reformas institucionais e políticas. Vide THE HAGUE INSTITUTE FOR GLOBAL JUSTICE; STIMSON CENTER. Report of the Commission on Global Security, Justice & Governance. *Confronting the Crisis of Global Governance*. June, 2015.

⁴ WHYTOCK, Christopher A. Conflict of Laws, Global Governance, and Transnational Legal Order. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 1, 2016, p. 118.

⁵ WHYTOCK, Christopher A. Faith and Scepticism in Private International Law: Trust, Governance, Politics, and Foreign Judgments. *Erasmus Law Review*, issue 3, 2014, p. 114.

⁶ "In short, conflict of laws contributes to transnational legal order, yet conflict of laws is itself transnationally disordered" (WHYTOCK, Christopher A. *op.cit.*, 2016, p. 119).

recorrentes celebrações de tratados temáticos e instituição de normas internacionais por atores privados e organizações internacionais⁷, a criação de cortes supranacionais⁸, a existência de teorias sobre a fragmentação da soberania⁹, o constitucionalismo global¹⁰, e a ampliação dos sujeitos de Direito Internacional Público¹¹, o Direito Internacional Privado parece não ter experimentado expressivas modificações metodológicas ou apresentado sistematização aos desafios relativos ao direito e à autoridade transnacionais¹².

A despeito de tentativas de uniformização regionais e temáticas, de inovações técnicas e de o Direito Internacional Privado colaborar intrinsecamente com a governança global, por meio de normas que delimitam a jurisdição, normas que determinam a lei aplicável mediante elementos de conexão¹³, normas de qualificação e normas de *dépeçage*, a disciplina se mostra apegada a conceitos

⁷ BERNSTORFF, Jochen von. Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008, p. 1939 et seq.; BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008, p. 1375 et seq.; WET, Erika de. Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008, p. 1987 et seq.; RÖBEN, Volker. The Enforcement Authority of International Institutions. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008, p. 1965 et seq.

⁸ KAREN, Alter. Tipping the Balance: International Courts and the Construction of International and Domestic Politics. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 13, 2011, p. 1 et seq.

⁹ LIPPING, Jüri. Sovereignty beyond the State. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University, 2010, p. 186 et seq. Sobre as tendências atuais do Direito Internacional Público, que incluem a fragmentação, vide KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart, 2011, p. 331 et seq.

¹⁰ DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 3 et seq.; KUMM, Matthias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 258 et seq.; BESSON, Samantha. Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 381 et seq.

¹¹ WORSTER, William Thomas. Relative International Legal Personality of Non-State Actors. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 42, issue 1, 2016, p. 2017 et seq.

¹² WATT, Horatia Muir. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, v. 2, issue 3, 2011, p. 350.

¹³ Sobre os elementos de conexão como técnica peculiar de se lidar com a governança global vide WHYTOCK, Christopher A. Myth of Mess? International Choice of Law in Action. *New York Law Review*, v. 84, 2009, p. 719 et seq.

tradicionais de soberania e territorialidade, atualmente remodelados, o que resulta em um descompasso com o que dela se reivindica.

Enquanto se verifica, sobretudo em razão de fatores privados, uma migração de autoridade global para agentes não estatais, que não são os clássicos sujeitos do Direito Internacional, e novas fontes normativas, que não são assim consideradas de acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹⁴, o Direito Internacional Privado tende a recusar o abandono de premissas metodológicas e epistemológicas das categorias jurídicas elaboradas com suporte no que ordinariamente se designa como paradigma westfaliano¹⁵.

A Paz de Westfália, consolidada em uma série de tratados de paz assinados em 1648, arrogou como preceito político a correlação entre Direito Internacional e Direito Estatal, propugnando a independência das nações e de suas ordens jurídicas, representadas pelo ideal de soberania e o princípio da não intervenção mútua, reduzindo a sobreposição normativa entre os entes políticos precedentes ao Estado Moderno¹⁶.

A globalização não extingue o Estado ou esvazia sua relevância, mas demanda a transformação de uma concepção pautada no paradigma westfaliano. A facilidade dos indivíduos em transferir e conformar seus interesses para que a eles se aplique o Direito mais vantajoso, cuja consequência é pressionar os Estados a uma concorrência legislativa e, recorrentemente, o favorecimento do particular sobre o coletivo, bem como os crescentes embates étnicos, culturais e

¹⁴ O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 19.841, em seu artigo 38, reconhece como fontes aplicáveis as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de Direito, a jurisprudência e a doutrina. Vide BRASIL. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Anexo). Art. 38. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 01 maio 2019.

¹⁵ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 352.

¹⁶ SCHULTZ, Thomas. Postulats de Justice em Droit Transnational et Raisonements de Droit International Privé. Premier Balisage d'un Champ d'Etude. In: KOHEN, Marcelo; BENTOLILA, Dolores (Eds.). *Melanges en l'Honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*. Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 417-418.

religiosos ocasionados pela imigração, demonstram que o Estado não é restrito a si mesmo¹⁷.

Destarte, evidencia-se a necessidade de cooperação para uma melhor governança global e que do Direito Internacional Privado assuma um papel de mediação. Exige-se uma renúncia da neutralidade, decorrente do princípio da não intervenção, e o reconhecimento da repercussão da atuação de um Estado nos demais, bem como da ascensão normativa dos privados, na senda da relativização da soberania e da territorialidade.

A constatação da existência do pluralismo jurídicos ou de “regimes regulatórios policêntricos”, marcados pela fragmentação e complexidade, nos quais o Estado não é a única autoridade, enseja dúvidas atinentes à legitimidade e desafios de responsabilização¹⁸.

O enfrentamento das adversidades vinculadas à expressão transnacional de agentes não estatais é próprio do Direito Internacional Privado, que deve avocar uma dimensão social, atentando aos interesses coletivos, fixando critérios operativos à extraterritorialidade, abordando as violações transnacionais de direitos humanos, receando a grande autonomia conferida à arbitragem internacional e importando-se por atividades econômicas desempenhadas fora de qualquer marco regulatório institucional¹⁹.

Ante a este contexto crítico ao Direito Internacional Privado, a presente tese aspira a reinterpretar elementos de sua Parte Geral, nomeadamente as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública, não abandonando a metodologia existente, mas almejando sua adaptação. O objetivo geral é verificar se estes institutos jurídicos comportam uma dimensão social, se há a possibilidade de sua

¹⁷ CARBALLO PIÑEIRO, Laura; KRAMER, Xandra. The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge. *Erasmus Law Review*, v. 7, n. 3, 2014, p. 110.

¹⁸ Vide GROSSI, Paolo. *O Direito Entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 84 et seq.; HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 27 e seq.; e BLACK, Julia. Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes. *Regulation & Governance*, n. 2, 2008, p. 137 et seq.

¹⁹ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 353-354.

inserção para além do paradigma westfaliano, incorporando-se fatores axiológicos que permitam a promoção do interesse público e dos direitos humanos.

Parte-se, portanto, das seguintes questões: (i) frente a asseverada neutralidade do Direito Internacional Privado, expressa no paradigma westfaliano, as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública conseguiriam representar uma quebra desta ausência valorativa, englobando fatores axiológicos? (ii) Se esta ruptura da neutralidade é comprovável, de quais fatores axiológicos se revestem as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública? (iii) Há possibilidade de serem agregados outros fatores axiológicos aos existentes? (iv) Os fatores axiológicos existentes e os fatores axiológicos agregados seriam capazes de ensejar um fomento do interesse público e dos direitos humanos, na acepção pretendida pela crítica apresentada, conformando uma função social do Direito Internacional Privado?

Esclarece-se que esta pesquisa selecionou as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública como escopo de investigação justamente por compreendê-las como elementos negativos da Parte Geral do Direito Internacional Privado, na medida em que reorientam a metodologia conflitual, comumente propiciando um afastamento da norma por esta designada como aplicável, em vista dos efeitos que disto decorreriam.

Nesse sentido, os objetivos específicos deste estudo são a apuração da construção histórica do paradigma westfaliano do Direito Internacional Privado, averiguando-se se sua repercussão na atualidade de fato simbolizada os dogmas da neutralidade e do isolamento; a proposta de se conceber as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública como elementos negativos da Parte Geral do Direito Internacional Privado, examinando-se se o impacto decorrente não significaria uma disruptividade à pretensa neutralidade; a análise de possíveis consequências dessa disruptividade sob o prisma do Estado e da sociedade; além de se perscrutar quais seriam os interesses públicos e direitos humanos que genericamente poderiam ser incrementados por uma função social do Direito Internacional Privado desenvolvida por meio das normas de aplicação imediata e da ordem pública.

Com o intuito de responder aos questionamentos expostos e de se atingir os objetivos elencados, adotou-se a metodologia de abordagem teórica dedutiva, com uma mescla de técnicas investigativas pautadas em ferramentas históricas e comparativas, e a utilização de fontes documentais, representadas pela doutrina nacional e estrangeira especializada, atos emanados entidades internacionais, legislação e jurisprudência.

Optou-se por elucubrar o presente estudo em duas partes. A primeira parte abordou as premissas da pesquisa, quais sejam, a de que a metodologia do Direito Internacional Privado manifesta o denominado paradigma westfaliano, exprimindo uma neutralidade valorativa, e a de que as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública podem se apresentar como fatores disruptivos desta neutralidade.

Primeiramente, explanou-se no que consiste a neutralidade e o isolamento do Direito Internacional Privado, perquirindo-se historicamente a formulação do paradigma westfaliano, a partir da Teoria Estatutária e sua transição e colaboração à metodologia moderna e contemporânea. Posteriormente, elucidou-se que as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública representam elementos negativos da Parte Geral do Direito Internacional Privado, que ocasionam um desvio da sua metodologia, afastando a norma indicada por aplicável em prol de uma finalidade, incorporando aspectos axiológicos.

Justificadas as premissas adotadas, a segunda parte foi dedicada a analisar de modo mais detidos os fatores axiológicos emanados das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública, propondo-se que outros sejam a estes agregados, no intuito de se especular a propriedade da defesa da existência de uma função social.

Assim, as normas de aplicação imediata e a exceção ordem pública foram analisadas sob o prisma do Estado, enfocando-se a manifestação dos valores da proteção da soberania estatal e da ordem jurídica, e sob o prisma da sociedade, da pessoa, oportunidade em que se agregará a ideia de que também devem exprimir o valor da efetivação dos direitos humanos. Por fim, divisou-se como estes valores comportam uma argumentação em favor de uma função social do Direito

Internacional Privado, especificando-se que seu conteúdo deve importar em estímulos à igualdade e à racionalização da interação social e em incumbências que impliquem o resguardo da segurança jurídica e estímulos à eficiência econômica.

1 PRESSUPOSTOS A UMA PROPOSTA AXIOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Esta seção é dedicada a corroborar as premissas da presente pesquisa, sucintamente indicadas na introdução. Em um primeiro momento, explicou-se a referida neutralidade metodológica do Direito Internacional Privado, justificada pelo paradigma westfaliano, comprovado por meio de uma análise histórica da cultura jurídica em que se insere. Em seguida, almejou-se demonstrar que as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública fundamentam uma ruptura a esta neutralidade, pois se voltam a uma preocupação com o resultado da aplicação do método conflitual, abarcando em si fatores axiológicos.

1.1 GÊNESE DA NEUTRALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Ante a atual *desordem global de ordens normativas*, esperava-se que o Direito Internacional Privado, em razão de seu foco no Direito Privado e de sua função de alocação jurídica da autoridade de governança global, contribuísse para o regramento do poder informal de agentes não estatais, por meio da exigência de garantias, de contraprestações e da responsabilização em favor do bem global²⁰.

Todavia, a estruturação política da ordem jurídica global, formatada enquanto relação entre Estados soberanos, separada do mercado transnacional, resultou na deficiência do Direito Internacional Privado em cumprir este papel. A inibição e a desarticulação do potencial de governança do Direito Internacional Privado remonta ao surgimento do Direito Internacional Público moderno como disciplina específica, quando esta se restringiu à interação entre entes políticos soberanos, perpassando-se a governança das atividades econômicas à esfera doméstica, a ser pautada de acordo com as distintas políticas nacionais²¹.

²⁰ WALKER, Neil. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, issue 3-4, 2008, p. 373 et seq.; WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 358.

²¹ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 358.

A divisão entre a política internacional e o mercado global possibilitou uma expansão transfronteiriça das atividades privadas, sobretudo econômicas, livres de qualquer inibição legal ou moral. Ao mesmo tempo, apartou-se o Direito Internacional Privado do cenário político internacional, campo da interação entre entes soberanos, implicando em seu gradual desenvolvimento sobre uma base jurídica supostamente apolítica, subordinada e metodologicamente interiorizada²².

Tais circunstâncias desencadearam uma circunscrição do escopo do Direito Internacional Privado, que se dissociou do anseio de proteção de bens públicos e valores coletivos, assumindo os dogmas da neutralidade, ou não instrumentalidade, e da autonomia, ou isolamento.

Obviamente certos conteúdos e objetivos do Direito Internacional Privado variaram, mas seus vetores centrais subsistiram. Permanece a descrição de que se trata de ramo do Direito nacional, composto por technicalidades voltadas a auxiliar a resolução de lide que envolve Direito Privado e apresenta um elemento de estraneidade^{23 24}. Disso resulta, ser somente indiretamente influenciado pela política e elucubrações jurídicas empreendidas em âmbito supranacional.

Por neutralidade se designa a aspiração a facilitar interações internacionais, promover o exercício da jurisdição e garantir a segurança jurídica e o direito adquirido no estrangeiro. Embora existam discussões concernentes a quais regras técnicas devam ser empregadas em cada relação jurídica, a qual metodologia as cortes nacionais devem observar, ou se deve ser privilegiado o

²² WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 359.

²³ "Direito Internacional Privado, *em um sentido amplo e vago*, é todo Direito que diz respeito a relações privadas com um elemento internacional, com uma relação externa, isto é, Direito para questões de Direito Privado que extrapolam o âmbito espacial de uma ordem jurídica nacional (estatal)" (Tradução do original: „Internationales Privatrecht *in einem weiten, ungenauen Sinne* ist alles Recht, das private Verhältnisse mit einem internationalen Element, mit einer „Außenbeziehung“ betrifft, d.h. Recht für solche privatrechtlichen Sachverhalte, die über den räumlichen Geltungsbereich einer einzelnen nationalen (staatlichen) Rechtsordnung hinausteichen“). KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 1.

²⁴ "Direito Internacional Privado é, de acordo com a terminologia habitual na Alemanha, o conjunto de disposições legais de um ordenamento jurídico nacional que aponta, dentre uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos nacionais, qual deve ser aplicado a uma relação concreta da vida" (Tradução do original: „Internationales Privatrecht ist nach in Deutschland üblicher Terminologie die Gesamtheit der Rechtssätze einer nationalen Rechtsordnung, die aus der Vielzahl nationaler Rechtsordnungen diejenige berufen, welche auf ein konkretes Lebensverhältnis zur Anwendung kommen soll“). HOFFMANN, Bernd von; THORN, Karsten. *Internationales Privatrecht*. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2007, p. 7.

multilateralismo ou o unilateralismo, subjaz a consideração do Direito Internacional Privado como mecanismo procedimental axiologicamente neutro.

O mito da neutralidade está também ainda arraigado na consciência jurídica. Apesar da quase patológica diversidade de opiniões sobre praticamente todas as dimensões do assunto – o que é exemplificado pela eterna disputa entre unilateralismo e multilateralismo, especialistas tipicamente consideram o Direito Internacional Privado um mecanismo procedimental imparcial e uma ferramenta valorativamente neutra. Objetivos mudaram ao longo do espaço e do tempo. No passado, os especialistas se referiam à “uniformidade de decisões” e à “certeza jurídica”. Hoje, eles se referem à “neutralidade substantiva” e à “harmonia decisional”. Independentemente da variação textual e das preferências metodológicas, a neutralidade está ainda no coração da disciplina. No contexto dos debates sobre multiculturalismo, o Direito Internacional Privado é entendido, portanto, como constituinte de um aparato culturalmente cego e imparcial que permite às cortes a proteção da igualdade e justiça²⁵.

O preceito da autonomia indica, por sua vez, que o Direito Internacional Privado apresenta conceitos, ferramentas e doutrinas autorreferenciais, elaboradas de acordo com sua dinâmica interna, sem levar em conta modificações culturais e institucionais ocorridas na sociedade ou na própria Ciência do Direito. Tal concepção, que isola a disciplina de processos jurídicos e políticos mais amplos, ignoraria seu potencial de produzir efeitos sociais mais concretos.

A resiliência do clássico dogma do isolamento significa que o Direito Internacional Privado é tipicamente entendido, e examinado, como uma disciplina e um conjunto de regras que são impermeáveis aos desenvolvimentos legais e institucionais ocorridos fora das suas alegadas fronteiras naturais e permanentes, tanto contemporaneamente, quanto no passado. Os desenvolvimentos na disciplina são considerados separadamente das mudanças no Direito Internacional Público, mas também daquelas ocorridas no Direito de Família, ou no Direito Econômico, já que cada uma dessas disciplinas seria dotada de um

²⁵ Tradução do original: “The myth of neutrality is also still entrenched in legal consciousness. Despite the almost pathological diversity of opinions regarding virtually every dimension of the subject - which is exemplified by the eternal struggle between unilateralism and multilateralism - experts typically consider private international law an unbiased procedural mechanism and a value-neutral tool. Aims have changed across space and time. In the past, specialists referred to ‘uniformity of decisions’ and ‘legal certainty’. Today, they refer to ‘substantive neutrality’ and ‘decisional harmony’.¹⁸ Regardless of textual variation and methodological preferences, neutrality is still at the heart of the discipline. Within the context of debates on multiculturalism, the conflict of laws is thus said to constitute a culture-blind and impartial apparatus that enables courts to protect equality and justice”. NEIDHARDT, Alberto Horst. *The Transformation of European Private International Law: A Genealogy of the Family Anomaly*. Thesis (Doctor of Laws) – Department of Law, European University Institute, Florence, 2018, p. 28-29.

conjunto separado de ferramentas metodológicas, princípios subjacentes e objetivos sistêmicos. O isolamento se traduz em limites externos bem estabelecidos, bem como na estrutura interna²⁶.

A separação artificial e dogmática entre nacional e internacional, entre público e privado e entre Direto e política, ocasionada pela neutralidade e pela autonomia, vem sendo criticada como responsável por tornar o Direito Internacional Privado insuficiente a sua função de viabilizar uma governança global mais igualitária e eficiente, e de auxiliar na proteção e promoção de direitos humanos²⁷. Em suma, preconiza-se que o conflito de leis²⁸ renuncie sua postura estática frente a injustiças sociais e econômicas, passando a exercer seu potencial regulatório²⁹.

A reação a esses dogmas não ficou restrita às críticas teóricas, sendo manifestada também no Direito Positivo. O fenômeno denominado europeização do Direito Internacional Privado, que implica no crescente exercício de competência legislativa no âmbito da União Europeia, por meio de regulamentos, contrapõe-se à autonomia e à neutralidade³⁰.

²⁶ Tradução do original: “The resilience of the classical dogma of isolation means that private international law is typically understood, and examined, as a discipline and set of rules which are impermeable to legal and institutional developments taking place outside its alleged natural and permanent borders, in the contemporary age as well as in the past. Developments in the discipline are considered separately from changes in public international law, but also from those occurring in family law, or in the law of the economy, as each of these disciplines would be endowed with a separate set of methodological tools, underlying principles and systemic objectives. Isolation translates in well-established external limits as well as internal structure”. NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 27-28.

²⁷ Em 1988, Joel R. Paul já alertava que a isolamento do Direito Internacional Privado deveria ser desconstruído, pois em vários aspectos fomentava uma ossificação da disciplina, tornando-a inábil fazer frente a desafios econômicos, sociais, culturais e ambientais globais. Por tais razões, defendia a reunificação do público e privado no Direito Internacional. Vide PAUL, Joel R. *The Isolation of Private International Law. Wisconsin International Law Journal*, v. 7, n. 1, 1988, p. 149 et seq.

²⁸ Utilizou-se o termo conflito de leis como sinônimo de Direito Internacional Privado, embora esta conotação possa ser concebida de modo mais abrangente que aquela.

²⁹ Vide WAI, Robert. *Transnational Liftoff and Judicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. Columbia Journal of Transnational Law*, v. 40, 2002, p. 209 et seq.; WATT, Horatia Muir. *The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Eds.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University, 2014, p. 1 et seq.; HATZIMIHAİL, Nikitas E. *On Mapping the Conceptual Battlefield of Private International Law. Hague Yearbook of International Law*, v. 13, 2000, p. 63-64; VAN DEN EECKHOUT, Veerle. *Promoting Human Rights within the Union: The Role of European Private International Law. European Law Journal*, v. 14, n. 1, 2008, p. 105 et seq.; NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 30; LIAKOPOULOS, Dimitris. *Interactions Between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n. 1, 2018, p. 248 et seq.; e KIESTRA, Louwrens R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. The Hague: T. M. C. Asser, 2014.

³⁰ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 31.

A europeização do Direito Internacional Privado empreendeu uma harmonização de normas e uma instrumentalização da disciplina entre os Estados-Parte aderentes, bem como permitiu uma maior integração e inclusão de dispositivos que salvaguardam interesses de partes vulneráveis, efetiva responsabilização e reconhecimento de situações que se estabilizaram ao longo do tempo. Não se resume a uma mera coordenação supranacional, mas verdadeira regulação que, em certos aspectos, incorpora orientações políticas voltadas a resguardar interesses públicos³¹.

Em que pese o Direito Internacional Privado esteja atualmente envolto em presunções resilientes de neutralidade e da autonomia, existindo críticas e reações, um estudo histórico demonstra que a disciplina sempre apresentou alguma finalidade intrínseca, vinculada ao pensamento jurídico, social, político e filosófico preponderante em certa época.

O presente subcapítulo se destina a comprovar como o Direito Internacional Privado foi concebido a partir de uma tradição jurídica compartilhada, favorecida pela desagregação política, que possibilitou a aplicação de princípios comuns³². Trata-se de uma perscrutação sobre o modo de pensamento jurídico dominante, almejando-se verificar como foram construídos os mitos da neutralidade e autonomia. Ao contrário de análises ordinariamente efetuadas, não se aspira

³¹ Vide JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: Caráter Universal da Lei Aplicável e Outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Recentes Intercorrências no Caminho de um Regulamento Roma Zero*. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Estudos sobre uma Futura Codificação da Parte Geral do Direito Internacional Privado no Nível da União Europeia através de um chamado Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: RJR, 2016, p. 133 et seq.; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Perspectivas de uma Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Um Regulamento Roma Zero*. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIAÇÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Orgs.). *Direito Internacional em Expansão*. v. 3. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 26 et seq.; JOERGES, Christian. *The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a new Legal Discipline*. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 14, 2004, p. 149 et seq.; REIMANN, Mathias. *Comparative Law and Private International Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2019, p. 1363 et seq.; BASEDOW, Jürgen. *The Gradual Emergence of European Private Law*. *Ankara Law Review*, v. 1, n. 1, 2004, p. 1 et seq.; MEEUSEN, Johan. *Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?* *European Journal of Migration and Law*, n. 9, 2007, p. 287 et seq.

³² JUENGER, Friedrich K. *General Course on Private International Law*. *Recueil des Cours*, Tome 193, n. 4, 1986, p. 167.

simplesmente à exposição de um histórico dos principais autores ou métodos, mas à investigação de ideias hegemônicas, prevalentes em determinados períodos, que dirigiram a disciplina ao seu estado atual³³.

A emergência de consciências jurídicas dominantes, que se incorporaram à cultura jurídica e organizaram um arranjo jurídico-institucional, delimitou e acarretou transformações acerca das funções do Direito Internacional Privado, ao mesmo tempo em que este contribuiu para inovar ou preservar aquela. A despeito da neutralidade e da autonomia, constatar-se-á por um lado uma atuação na definição e distribuição do poder e, por outro, uma influência da ascensão de inovações do pensamento jurídico e dos paradigmas institucionais³⁴.

(...) o Direito Internacional Privado constitui um (...) instrumento de governo. O Direito Internacional Privado tem conferido, organizado e distribuído autoridade legislativa e jurisdicional. Tem consolidado as fronteiras jurisdicional e simbólica do poder soberano. Também o tem delimitado por meio da alocação de poder aos atores privados. Tem estabelecido, formalmente e operacionalmente, a jurisdição territorial, mas também seus limites na arena transnacional. O Direito Internacional Privado também tem forjado e afrouxado os laços entre os indivíduos e as comunidades políticas e civis. Tem forçado aos indivíduos imagens que compelem igualdade, valor, pertencimento, mas também tem permitido aos indivíduos formarem novas relações e afiliações de acordo com suas preferências e interesses. Tem consolidado vínculos territoriais e fronteiras jurisdicionais para certos tipos de relações “públicas” ou “sociais” e os removidos para relações “privadas” ou “econômicas”³⁵.

Nesse sentido, abordaremos dois lapsos temporais primordiais para a compreensão do paradigma westfaliano, que cristaliza os dogmas da neutralidade e da autonomia, representados pela ascensão e derrocada da Teoria Estatutária medieval e a transição à metodologia moderna, com sua colaboração à elaboração

³³ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 35.

³⁴ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 36.

³⁵ Tradução do original: “(...) private international law constitutes an (...) instrument of government. Private international law has conferred, organised and distributed legislative and jurisdictional authority. It has consolidated the jurisdictional and symbolic boundaries of sovereign power. It has also delimited it by allocating power to private actors. It has established, formally and operationally, territorial jurisdiction but also its limits in the transnational arena. Conflict of laws has also forged, and loosened, the bonds between individuals and civil and political communities. It has forced on individuals compelling pictures of sameness, of value, of belonging, but it has also enabled individuals to form new relations and affiliations in accordance with their preferences and interest. It has cemented territorial links and jurisdictional boundaries for certain types of ‘public’ or ‘social’ relations and it has removed them for ‘private’ or ‘economic’ relations”. NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 37.

contemporânea, por meio do que se aferirá que o Direito Internacional Privado espelha e delinea o Privado e o Público, o nacional e o internacional e os governantes e os governados, ao atribuir poder entre os agentes públicos e privados e ao traçar os contornos da soberania e autoridade estatais, compreendendo-os de modo diverso ao longo da história³⁶.

1.1.1 Teoria Estatuária e a Formação do Paradigma Westfaliano

O Direito Internacional Privado como Ciência Jurídica ostenta como requisito o reconhecimento da coexistência simultânea de ao menos duas ordens jurídicas com possível incidência no espaço em que se desenvolve uma relação jurídica específica, impondo a necessidade da fixação de normas para a resolução da colisão³⁷.

Uma vez que o Direito Romano tendia a desconhecer espécies normativas estrangeiras, considerando-as inferiores; que os povos bárbaros adotavam exclusivamente o critério pessoal de pertencimento ao clã; e que o feudalismo propiciou a migração para a restrição ao preceito territorial, entende-se que

³⁶ “O Direito Internacional reflete e modela os contornos do Direito Público e do Direito Privado de modo a demarcar as fronteiras da soberania estatal e alocar poder entre atores públicos e privados. Quando as cortes decidem sobre o alcance do Direito doméstico e estrangeiro, ou sobre a disponibilidade e a propriedade do foro, elas estão equilibrando a política pública do foro com os direitos das partes privadas. Ao fazê-lo, elas também estão circunscrevendo ambas as relações entre a corte e os ramos políticos e entre o Estado do foro e o mundo. O Direito Internacional Privado funciona muito como uma constituição para empoderar e delimitar autoridade e, parecido com a de uma constituição, a evolução do Direito Internacional Privado é uma história sobre o contexto histórico mutável no qual as cortes, o soberano e os atores privados desempenham suas relações no mercado e em transações pessoais” (Tradução do original: “Private international law reflects and shapes the contours of public and private law in ways that demarcate the boundaries of state sovereignty and allocate power among public and private actors. When courts decide on the reach of domestic and foreign law, or on the availability and appropriateness of the forum, they are balancing the forum's public policy against the rights of private parties. In doing so, they are also circumscribing both the relationship between the court and the political branches and between the forum state and the world. Private international law functions much like a constitution to empower and delimit authority, and, much like a constitution, the evolution of private international law is a story about the shifting historical context in which courts, the sovereign, and private actors play out their relations in market and personal transactions”). PAUL, Joel R. *The Transformation of International Comity. Law and Contemporary Problems*, v. 71, n. 3, 2008, p. 19.

³⁷ WOLFF, Martin. *Internationales Privatrecht*. Berlin: Julius Springer, 1933, p. 1.

somente na Baixa Idade Média, elaborou-se uma doutrina nos moldes da moderna³⁸.

A partir do final do século XI a paisagem europeia se modifica, já que o ambiente eminentemente rural obtivera maior produtividade, desencadeando um aumento demográfico. A crescente população aplacou o progresso das cidades e uma mudança de mentalidade, que se volta à relação com o estrangeiro.

(...) Se durante os séculos protomedievais os homens se encontravam fechados ao exterior, trancando-se na proteção murada do castelo, agora o local ideal para o encontro passa a ser a cidade, uma comunidade de homens e casas disponíveis ao exterior, vocacionada – por sua própria natureza – a estabelecer relações e se colocar ao centro de uma rede destas, sempre situada sobre grandes artérias de comunicação, que lhe trazem sangue e vida³⁹.

Nesse contexto, cidades do norte da Itália e da Lombardia, que já eram vocacionadas ao comércio ultramarino e com regiões ao norte e que se beneficiavam da mão de obra oriunda das áreas rurais, iniciaram um processo de emancipação. Engendrou-se uma consciência cívica de liberdade, que legitimou a resistência à submissão ao Sacro Império Romano-Germânico e um ideal de autogoverno republicano, pautado na oposição a controles externos da vida política. Como resultado, houve a transferência da autoridade administrativa e judicial e de certa competência legislativa às cidades, que se mantiveram somente formalmente submetidas ao Império⁴⁰.

³⁸ Vide KALENSKY, Pavel. *Trends of Private International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1971, p. 46 et seq.; PAUL, Joel R. *op. cit.*, 1988, p. 155-156; JOLOWICZ, Herbert Felix. *Roman Foundations of Modern Law*. Oxford: Clarendon, 1957, p. 38-40; HAMZA, Gábor. ¿Existió el Derecho Internacional Privado en el Imperio Romano? *Revista Boliviana de Derecho*, n. 08, 2009, p. 110 et seq.

³⁹ Tradução do original: “(...) se nei secoli protomedievali gli uomini si incontravano chiudendosi verso l'esterno paghi di rinserrarsi nella protezione murata del castello, ora la sede ideale per l'incontro comincia ad essere la città, una comunità di uomini e case disponibili verso l'esterno, vocata - per propria natura - ad allacciare relazioni e a porsi al centro di un reticolato di queste, sempre situata su grandi arterie di comunicazione che le portano sangue e vita”. GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 128.

⁴⁰ Esse processo de libertação foi evidenciado sobretudo por meio do Segundo Tratado de Constance (1183) entre o Imperador Frederico I e a Liga Lombarda. Vide KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 51; SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. v. 1. Cambridge: Cambridge University, 2002, p. 6-7; e BURCKHARDT, Jacob. *Die Cultur der Renaissance*. 2. Auflage. Leipzig: Seemann, 1869, p. 2 et seq.

As cidades passaram a editar as *statuta*, normas municipais que derogavam o Direito Romano naquilo que fosse contrário, mas que coexistiam com o Direito Romano e o Direito Consuetudinário, que continha elementos romanos e germânicos. Conseqüentemente, propagou-se uma convivência entre múltiplas normas de origens diversas⁴¹.

A pluralidade normativa e a complexidade social se tornaram mais acentuadas a partir do século XIV. Eclodem modificações gradativas de pensamento, acompanhadas de diferentes circunstâncias coletivas, econômicas e culturais, além de crise de valores, que demandaram novas soluções jurídicas e incentivam tanto a unificação do direito, como a particularidade local⁴².

Em um mesmo território havia a vigência e aplicação da *iura propria*, correspondente às normas consuetudinárias e as emanadas do monarca ou das cidades, e o *ius commune*, espécie de Direito universal engendrado por juristas a partir do Direito Romano e Canônico e que fornecia aparatos interpretativos, técnicas e remédios para conjunturas imprevistas⁴³.

A tendência de convergência entre os diversos ordenamentos jurídicos europeus sob uma base romano-canônica-germânica, que se dava mais no plano doutrinal do que legislativo, foi orientada pela confluência de três fatores distintos.

O primeiro fator foi a reconstituição do Império, inicialmente com o Império Carolíngio, no século IX, e posteriormente com o mesmo Sacro Império Romano-Germânico, no século X, que politicamente representava a sucessão ao Império Romano. O segundo foi o plano religioso, pois a Igreja reunia a coletividade cristã em contraposição aos pagãos e assumia o Direito Romano como cristão. O terceiro foi a homogeneidade da formação intelectual dos juristas, que detinham um mesmo horizonte de referências, empregavam a mesma metodologia, marcada pela lógica e retórica, e ensinavam um mesmo Direito, o Direito Romano⁴⁴.

⁴¹ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 51-52.

⁴² GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Bari: Laterza, 2007, p. 67 et seq.; GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 130.

⁴³ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2002, p. 54.

⁴⁴ KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Traducción de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 87; BIONDI, Biondo. *Il Diritto Romano*

No medievo, o papel dos juristas foi primordial para adaptar o Direito às transições sociais. Apesar de não operarem internamente a um poder político, o que lhes condicionaria, mas conferiria poder de mando, haja vista a disposição de mecanismos de coerção, a sua autoridade provinha exclusivamente de seu prestígio intelectual e espiritual⁴⁵.

Este prestígio foi suficiente em razão da sua preocupação com a efetividade, decorrente da atenção à realidade contemporânea, e porque o Direito Romano serviu de suporte de validade, como um modelo superior, geral e detentor de autoridade, sobre o qual era possível efetuar elucubrações conceituais e técnicas⁴⁶.

Na Alta Idade Média, do século VI ao século XI, o Direito Romano havia decaído, perdendo seu esplendor após as invasões bárbaras ao Império do Ocidente. As referências existentes não reportavam ao Direito Romano Clássico, mas ao Direito vulgar do século IV, que se mostrava incompreensível àquele ambiente, bastante modificado e agrícola⁴⁷.

Contudo, no final do século XI, surge um interesse pelo Direito Romano como consolidado pelo Imperador Justiniano, que passou a ser compreendido e utilizado na prática, por serem reconhecidos os seus atributos frente ao Direito bárbaro e sua maior precisão^{48 49}. Mas o Direito Romano Justiniano do *Corpus Iuris Civilis*, composto pelas *Institutiones*, pelo *Digesto*, pelo *Codes* e pelas *Novellae*, não era somente um texto que revelava um vocabulário apropriado,

Cristiano. Milano: Giuffrè, 1952, p. 12 et seq.; WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: Da Antiguidade Clássica à Moderna*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 44 et seq.

⁴⁵ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 48.

⁴⁶ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 48.

⁴⁷ STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University, 2004, p. 38.

⁴⁸ STEIN, Peter. *op. cit.*, p. 43 et seq.; KIPP, Theodor. *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*. 2. Auflage. Leipzig: A. Deichert, 1903, p. 137 et seq.; VINOGRADOFF, Paul. *Roman Law in Mediæval Europe*. London: Harper & Brothers, 1909, p. 32 et seq.; e BRUNDAGE, James A. *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians, and Courts*. Chicago: Chicago University, 2008, p. 75 et seq.

⁴⁹ Sobre o reavivar do Direito Romano nos moldes da compilação de Justiniano, pode-se dizer que “a riqueza cultura do final do século XI dá, sobre o plano da história jurídica, também este fruto específico: ressurgiu à superfície histórica na plenitude de sua mensagem científica um patrimônio que parecia perdido, mas que era somente sepulto” (Tradução do original: “La dovizia culturale della fine del secolo undecimo dà, sul piano della storia giuridica, anche questo frutto specifico: riaffiora alla superficie storica nella pienezza del suo messaggio scientifico un patrimonio che sembrava perduto per sempre ma che era soltanto sepolto”). GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 49.

conceitos rigorosos ou invenções técnicas, então perceptíveis pela nascente gramática jurídica, era uma fonte de autoridade⁵⁰.

O Direito sapiencial dos intérpretes do *Corpus Iuris Civilis*, identificados inicialmente nos glosadores (séculos XI e XII) e posteriormente nos comentadores (séculos XIII e XIV), originou o direito comum⁵¹. Em síntese, o *ius commune* possuía essencialmente a característica da unidade e ausência de fronteiras:

(i) quer enquanto *unifica* as várias fontes do direito (direito justiniano, direito canónico e direitos locais); (ii) quer enquanto constitui um objecto *único* (ou comum) de todo o discurso jurídico europeu; (iii) quer ainda enquanto «trata» este objecto segundo métodos e estilos de raciocinar *comuns*; (iv) forjados num ensino universitário do direito que era *idêntico* por toda a Europa; e (v) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então *universal* – o latim⁵².

Este Direito geral assumiu a condição de *ratio scripta*, pois conteria normas provenientes da *razão natural*, conforme já divisara o Digesto, reproduzindo texto de Gaio, diferenciando o Direito dos povos entre uma parte que lhes era própria e outra que era comum, sendo aquela particular à cidade e esta estabelecida pela razão natural a todas as *gentes*⁵³.

Desse modo, o *ius commune* era uma dimensão de uma tradição compartilhada e alicerçada no *ius gentium*, que garantia unidade em torno de um

⁵⁰ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 49.

⁵¹ BELLOMO, Manlio. *The Common Legal Past of Europe*. Translated by Lydia G. Cochrane. Washington: Catholic University of America, 1995, p. 58 et seq.; e GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 51-52.

⁵² HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. 3. ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, p. 89.

⁵³ D. 1, 1, 9. “Todos os povos, que se regem por leis e costumes, usam em parte do seu próprio, e em parte do Direito comum a todos os homens. Porque o Direito que cada povo constituiu para si mesmo é próprio da mesma cidade e se chama Direito Civil, como Direito peculiar daquela mesma cidade; mas o que a razão natural estabelece entre todos os homens é observado igualmente por todos, e se chama *ius gentium* (Direito das Gentes), como Direito de que se valem todos os povos” (Tradução do original: “Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo próprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quae ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes pariter custoditur, vocaturque ius gentium, quae quo iure omnes gentes utuntur”). Digesto publicado na versão de GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducido al castellano del latino publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Primeira Parte. Tomo I. Barcelona: Jaime Molinas, 1889, p. 199.

mesmo aparato legal, a despeito da crescente emancipação política, a comunhão de valores morais e o substrato de validade a todas as normas⁵⁴.

O *ius gentium*, não obstante inicialmente apresentasse uma conceituação pouco delineada frente ao *ius naturale*⁵⁵, seria um direito comum a toda a humanidade, derivado de conclusões decorrentes de premissas do Direito Natural, de acordo com Tomás de Aquino⁵⁶ e as *Siete Partidas*, compilação normativa do Reino de Castela, redigida entre os anos de 1256 e 1265, durante o reinado de Alfonso X (1252-1284)⁵⁷.

Embora fosse proveniente da *razão natural*, o *ius commune* não conservava uma vigência hierarquicamente superior, já que às cidades competia

⁵⁴ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 101-102; HATZIMIHAL, Nikitas E. Bartolus and the Conflict of Laws. *Revue Hellenique de Droit International*, v. 60, 2007, p. 66 et seq.; POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. v. 3. St. Paul: West Publishing, 1959, §51, p. 31 et seq.; e TRNAVCI, Genc. The Meaning and Scope of the Law of Nations in the Context of the Alien Tort Claims Act and International Law. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 26, n. 2, 2005, p. 199 et seq.

⁵⁵ O'CONNELL, D. P. The Rational Foundations of International Law: Francisco Suarez and the Concept of Jus Gentium. *Sydney Law Review*, v. 2, 1957, p. 256 et seq.

⁵⁶ “Primeiramente, é da razão da lei humana que seja derivada da lei da natureza, como se evidencia do que acima foi dito. E, de acordo com isso, divide-se o direito positivo em direito das gentes e direito civil, segundo os dois modos pelos quais algo deriva da lei da natureza, como foi dito acima. Com efeito, pertencem ao direito das gentes aquelas coisas que derivam da lei da natureza como as conclusões dos princípios, como as compras justas, as vendas, e outras coisas semelhantes, sem as quais os homens não podem conviver uns com os outros, o que é da lei da natureza, porque o homem é naturalmente social (...). Aquelas coisas, entretanto, que derivam da lei da natureza, a modo de determinação particular, pertencem ao direito civil, segundo o qual qualquer cidade determina alfo a ela acomodado” (Est enim primo de ratione legis humanae quod sit derivata a lege naturae, ut ex dictis patet. Et secundum hoc dividitur ius positivum in ius gentium et ius civile, secundum duos modos quibus aliquid derivatur a lege naturae, ut supra dictum est. Nam ad ius gentium pertinente ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis: ut iustae emptiones, venditiones, et alia huiusmodi, sine quibus homines, ad invicem convivere non possent; quod est de lege naturae, quia homo est naturaliter animal sociale [...]. Quae vero derivantur a lege naturae per modum particularis determinationis, pertinente ad ius civile, secundum quod quaelibet civitas aliquid sibi accommodum determinat). Questão 95, Artigo 4, da Primeira Seção da Segunda Parte da Suma Teológica publicada na edição AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Loyola, 2010, p. 581.

⁵⁷ “Ius naturale em latim significa em romance o direito natural que têm em si os homens naturalmente, e ainda os outros animais que têm sentidos (...). Outrossim, ius gentium em latim significa o direito comum de todas as gentes, o qual convém aos homens e não a outros animais, e isto foi falado com razão e por força, porque os homens não poderiam viver entre si em concórdia e paz, se todos não o usassem (...)” (Tradução do original: “Ius naturale en latin tanto quiere decir en romance como derecho natural que han en si los homes naturalmente, et aun las otras animalias que han sentidos [...]. Otrosi ius gentium en latin tanto quiere decir como derecho comunal de todas las gentes, el qual conviene á los homes et non á las otras animalias, et esto fue fallado con razon, et otrosi por fuerza, porque los homes non podrien vivir entre sí en concordia et en paz, si todos non usasen dél [...]). Partida Primera, Título I, Ley II publicado na versão CASTELA. Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo I. Madrid: Imprenta Real, 1807, p. 12.

corrigi-lo ou conformá-lo à realidade local. O Direito Particular contrário ao teor da razão era o *ius singulare*⁵⁸, justificado pela incapacidade da norma geral compreender todas circunstâncias, visto que os casos da vida eram mais plurais dos que as normas⁵⁹.

Assim, o *ius commune* era potencialmente geral, na medida em que o Direito Particular poderia afastá-lo, encerrando um caráter subsidiário. Era, ainda, aplicável a todos os casos não expressamente abarcados pelo Direito Particular, pois este deveria ser interpretado de modo estrito, não podendo ser estendido por analogia ou servir de fundamento a normas gerais⁶⁰. Além disso, apesar do Digesto prever o afastamento do Direito Comum na ocorrência de contradição⁶¹, a formação jurídica se baseava no Direito Comum e na crença da sua racionalidade, propendendo a analisar o Direito Particular de acordo com os cânones interpretativos e conceituais daquele⁶².

Cumprir também a existência de colisões internas ao *ius commune* e ao *ius singulare*, uma vez que o primeiro era representado por um Direito Comum geral e Direitos Comuns temáticos, como o Direito Canônico e a *lex mercatoria*, e o segundo provinha de emanações dos reinos, das cidades, dos costumes locais e dos privilégios territoriais ou corporativos⁶³.

⁵⁸ D. 1, 3, 16. “*Ius singulare* (Direito singular) é aquele que contra o teor da razão foi introduzido, por causa de uma utilidade particular, com a autoridade dos que o estabeleceram”. (Tradução do original: “*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*”). Digesto publicado na versão de GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *op. cit.*, Primeira Parte, Tomo I, p. 210.

⁵⁹ D. 1, 3, 10. “Nem as leis, nem os senados consultos podem escrever-se de modo a compreenderem todos os casos que de vez em quando ocorrem, sendo suficiente que contenham os que ordinariamente acontecem”. (Tradução do original: “*Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ae, quae plerumque accidunt, contineri*”). Digesto publicado na versão de GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *op. cit.*, Primeira Parte, Tomo I, p. 210.

⁶⁰ D. 1, 3, 14. “Aquilo que é recebido contra a razão do Direito não deve ser ampliado às suas consequências”. (Tradução do original: “*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*”). Digesto publicado na versão de GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *op. cit.*, Primeira Parte, Tomo I, p. 210.

⁶¹ D. 1, 3, 15. “Naquilo que está constituído contra a razão do Direito, não podemos seguir a regra do Direito”. (Tradução do original: “*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*”). Digesto publicado na versão de GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *op. cit.*, Primeira Parte, Tomo I, p. 210.

⁶² HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 123.

⁶³ HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 123-124.

O panorama apresentado, marcado pela existência de uma ordem jurídica plural, composta por normas provenientes de diversas fontes e eventualmente colidentes, combinado com o fomento de relações jurídicas com elementos estrangeiros e o ensino universitário, denota porque o período medieval foi bastante fértil a uma teoria do Direito Internacional Privado.

A preocupação inicial não era reduzir a diversidade normativa, mas a garantir sua harmonização⁶⁴. Sem embargo existissem princípios interpretativos do *ius commune* que visassem à fixação de vetores para a resolução da lide, a partir do afastamento de uma ou outra norma, prevalecia a contradição, não havendo um conjunto de normas de conflito.

Paulatinamente, com suporte no Deito Romano, os juristas passam a questionar as tradicionais respostas dadas aos conflitos de leis, resumidas a relacionar a pessoa à lei da comunidade a que pertence e as cortes à *lex for*⁶⁵.

Como se reconhecia a validade de múltiplas normas e se buscava sua compatibilização, entendeu-se que ao juiz cabia arbitrar qual Direito tinha uma ligação mais íntima com o caso concreto a ser julgado, nos moldes do defendido por Aldricus (±1200)⁶⁶. Por esse motivo, não havia um plexo de normas formais que estabelecessem uma hierarquia, mas a ponderação e os usos manifestados em julgamentos semelhantes⁶⁷.

Ao analisarem a *lex Cunctos populos*, presente no *Codex*⁶⁸, outros glosadores, que se inclinavam a uma interpretação literal, representados sobretudo

⁶⁴ Interpretatio in dubio facienda est ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam. "(...) a interpretação deve ser feita, em caso de dúvida, no sentido de evitar a correção [de umas pelas outras], a contradição, a repugnância" (HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 128).

⁶⁵ YNTEMA, Hessel E. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 3, 1953, p. 303; e GUTZWILLER, Max. Le Développement Historique du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, v. IV, 1929, p. 300 et seq.

⁶⁶ Arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est. "(...) fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito" (HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 128).

⁶⁷ NEUMEYER, Karl. *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*. Erstes Stück. München: J. Schweitzer, 1901, p. 1 et seq.; e GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 301.

⁶⁸ A denominada *lex Cunctos populos* inicia expressando o desejo de que "todos os povos, regidos pelo império de nossa clemência, professem aquela religião que ensinou ao romanos o divino apóstolo Pedro (...) " (Tradução do original: "Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradisse Romanis [...]"). *Codex* (C. 1, 1, 1) publicado na versão de GARCIA DEL CORRAL, D. Ildelfonso L. *Cuerpo del*

por Accursius (1182-1263), colocaram restrições ao primado da *lex fori*, assimilando que a intensão do legislador era vincular somente os súditos à lei local, e não os estrangeiros (*statuta non ligant nisi subditos*)⁶⁹.

Aprimorando estas ideias, no intuito de divisar em que circunstâncias deve ser aplicada a lei do foro, começou-se a classificar as *statuta*, originando-se a Teoria Estatutária do Direito Internacional Privado. A primeira distinção, elaborada por Jacobus Balduinus (1235) e seguida por Odofredus (1265), dizia respeito às normas procedimentais (*ad litis ordinationem*), que sempre respeitariam a *lex fori*, e às normas substanciais (*ad litis decisionem*), cujos critérios não eram definidos⁷⁰.

Neste período, na França, mormente em Orléans, Toulouse e Montpellier, estudos jurídicos influenciados pelos italianos também floresceram. Após a oposição à submissão imediata à autoridade legislativa do Papa, desafiava-se então a supremacia do Sacro Império Romano-Germânico sobre os reinos da França e de Nápoles. Em 1250 e diante, refuta-se a visão de que todos, sem exceção, são súditos do Imperador, a partir da construção de que o rei é o imperador em seu reino (*rex in suo regno est imperator*). Assim, as normas editadas pelo rei da França passam a coexistir com a legislação imperial e o *ius commune*, criando-se a necessidade de regras de conflitos⁷¹.

Os franceses, simbolizados primeiramente por Jacobus de Ravanis (±1230-1296) e por Pierre de Breschard de Villars (±1230-1308), introduziram uma subdivisão das normas substanciais, o que deu azo à classificação das *statuta* em pessoais e reais. O *statutum personale* acompanharia a pessoa e o *statutum reale* sujeitaria as coisas situadas na jurisdição. Seguia-se uma técnica unilateral para se

Derecho Civil Romano. Traducido al castellano del latino publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Segunda Parte. Tomo II. Barcelona: Jaime Molinas, 1892, p. 15.

⁶⁹ HIRSE, Thomas. *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 142; LAINÉ, Armand. *Introduction au Droit International Privé*. Tome I. Paris: F. Pichon, 1888, p. 104 et seq.; MEIJERS, Eduard M. L'Histoire des Principes Fondamentaux du Droit International Privé a partir Moyen Age. *Recueil des Cours*, Tome 49, n. III, 1934, p. 594-595.

⁷⁰ LIPSTEIN, K. *Principles of the Conflict of Laws National and International*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1981, p. 7; LAINÉ, Armand. *op. cit.*, p. 121; GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 304; e MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 597.

⁷¹ CHÉNON, Émile. *Histoire Générale du Droit Français Public et Privé*. Tome I. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1926, p. 524 et seq. e p. 817 et seq.; ULLMANN, Walter. *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*. Abingdon: Routledge, 2010, p. 138; ULLMANN, Walter. The Development of the Medieval Idea of Sovereignty. *The English Historical Review*, v. 64, n. 250, 1949, p. 1 et seq.; e LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 8-9.

determinar a não aplicação da *lex fori* a estrangeiros ou coisas situadas no exterior. Logo percebeu-se, contudo, a dificuldade de se identificar se o *statutum* era real ou pessoal, surgindo, inclusive, a figura do *statutum* misto⁷².

A verdadeira teoria estatutária do Direito Internacional Privado decorreu do aperfeiçoamento efetuado pelos comentadores italianos, que, diversamente dos glosadores, pautavam-se por uma metodologia interpretativa casuística e escolástica para atender às carências da prática jurídica, com menos formalismo e maior despreocupação com a literalidade dos textos justinianeus. Com Bartolus (1313-1357) e depois Baldus (1327-1400), deixa-se de buscar adaptar os fatos sociais aos ideias jurídicos, entendendo-se que estes é que devem ser colocados em conformidade com aqueles⁷³.

O conflito de leis encetou então um propósito bilateral, pois a qualidade de *statutum* pessoal ou real não servia mais somente para limitar o âmbito de incidência da *lex fori*, mas para determinar que o foro reconhecesse uma lei estrangeira. A bilateralização incentivou o aparecimento de novos contornos jurídicos, como a doutrina do direito adquirido e do afastamento das *statuta* estrangeiras proibitivas, quando se trata-se de um “costume odioso” (*consuetudo odiosa* ou *statuta odiosa*), espécie rudimentar de exceção da ordem pública. Instaurou-se gradativamente a percepção de que todas as normas, sejam referentes à pessoas ou coisas, estão no mesmo nível de igualdade e são mutuamente excludentes, de acordo com a sua natureza⁷⁴.

Em síntese, a teoria estatutária dos pós-glosadores, integrada no século XV também por Bartolomeus de Salyceto (1411), Paolo di Castro (±1360-1441),

⁷² LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 8; MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 597 et seq. e p. 629 et seq.; e LAINÉ, Armand. *op. cit.*, p. 121-122.

⁷³ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 53-54; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 1993, p. 81 et seq.; YNTEMA, Hessel E. *op. cit.*, p. 303-304; e SKINNER, Quentin. *op. cit.*, v. 1, p. 9 et seq. Vide também BARTOLUS. *On the Conflict of Laws*. Translated by Joseph Henry Beale. Cambridge: Cambridge University, 1914; WOOLF, Cecil N. S. *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought*. Cambridge: Cambridge University, 1913; MEILI, F. Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht. *Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht*, herausgegeben von Ferdinand Böhm, 4. Band, Leipzig: Duncker & Humblot, 1894, p. 258 et seq.; e CANNING, Joseph. *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

⁷⁴ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 10-11; GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 319; MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 602-603; e LAINÉ, Armand. *op. cit.*, p. 171.

Alexander Tartagnus (1423-1477) e Rochus Curtius (1495), manifestou elementos internacionais, universais, éticos e volitivos, imprescindíveis aos desdobramentos ulteriores⁷⁵.

Era internacional porque aspirava a explicar porque uma norma estrangeira é aplicada, discernindo a divisão de competências legislativas entre as unidades territoriais autônomas e o direito de exportar a lei local, embora não estabelecesse o dever de importar a lei estrangeira⁷⁶.

A universalidade provinha da tentativa de fixar princípios universais para distinguir quando uma norma estrangeira é aplicável. Conquanto houvesse uma dificuldade prática na classificação entre *statuta* pessoais e reais, conceberam-se regras uniformes⁷⁷.

O elemento ético derivava da justaposição do Direito Natural, representado na elucubração de prejuízo à incidência de normas estrangeiras consideradas repugnantes (*statuta odiosa*), justificado por parâmetros gerais de Direito decorrentes de raciocínios externos ao Direito local⁷⁸.

Por fim, o caráter volitivo procedeu do desenvolvimento da autonomia privada, que oportunizou às partes a indicação da lei aplicável, expressa ou implicitamente, ainda que a limitasse a circunstâncias específicas⁷⁹.

Nesse sentido, a teoria estatutária assumiu certa função de governança. A cisão entre *statutum* real e *statutum* pessoal, gerindo o primeiro os bens imóveis e o segundo as relações interpessoais transfronteiriças, possibilitou um controle público e político dos bens situados no território e um vínculo entre pessoa e território, fortalecendo a correspondência entre jurisdição territorial e o sentimento de pertencimento civil⁸⁰.

A ascensão da ordem territorial encabeçou uma mudança de enorme valor material e simbólico na história jurídica e política europeia, e proveu maior

⁷⁵ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 11-12; p. 59-61.

⁷⁶ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 11; e MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 629.

⁷⁷ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 11-12; e GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 612.

⁷⁸ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 12; e MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 630-631.

⁷⁹ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 12; e MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 633-635.

⁸⁰ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 102.

ímpeto à ascensão do princípio da territorialidade. A territorialidade das leis imobilizou pessoas a jurisdições e a *civitates*. A lei, em certo sentido, passou a ser possuída pelo território. A pessoa se tornou um apêndice para ordens territoriais dentro de entidades jurídicas e políticas autônomas. O sistema de direito pessoal, que tinha a pessoa e o grupo em seu centro, progressivamente perdeu importância e cedeu espaço para leis territoriais, que se aplicavam àqueles que trabalhavam ou residiam na jurisdição territorial, fossem estes pertencentes ou não à comunidade civil⁸¹.

Assim, por um lado, articulou-se a independência dos poderes territoriais, embora a territorialidade fosse fluída, em razão da coexistência simultânea de várias ordens, civis e espirituais, formais e informais, que não respeitavam limites geográficos. O critério territorial desordenava as divisões pessoais, a jurisdição era territorial e a *lex fori* imposta a todos pelos poderes locais, mas havia lacunas jurisdicionais que tornavam certas relações civis inacessíveis às autoridades estatais⁸².

Por outro lado, portanto, buscava-se um equilíbrio pragmático entre a incompletude da territorialidade e os interesses que permeavam as instituições medievais, o que contribuiu para delinear o espaço do governo e formular a relação entre governo e governado⁸³.

A Escola Francesa do século XVI se apropriou da doutrina estatutária e refinou certos aspectos técnicos, propiciando posteriores enfoques bastante diversos. A partir do século XIV foi cada vez mais forte o movimento de transição das características medievais à modernidade, o que foi muito emblemático no caso francês. Há a emergência de uma nova figura de governante e uma diferente relação entre poder político e Direito.

Trata-se do primórdio do individualismo moderno e do conceito de direito subjetivo, prenunciados por William of Ockham (1285-1347). Na Idade Média,

⁸¹ Tradução do original: "The rise of the territorial order spearheaded a change of enormous material and symbolic value in European legal and political history, and it provided further impetus to the ascendancy of the principle of territoriality. The territoriality of laws immobilised persons to jurisdictions and *civitates*. Law, in a sense, came to be possessed by territory. The person became an appendix to territorial orders within self-contained legal and political entities. The personal law system which had the person and the group at its centre progressively lost in importance and made room for territorial laws which applied to those who worked or resided on the territorial jurisdiction, whether they 'belonged' to the civil community or not". NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 102-103.

⁸² NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 103.

⁸³ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 103.

imperava o coletivo e o natural sobre o individual, encontrando-se a pessoa inserida no âmbito protetivo e condicionante da comunidade (*uti socius*), cujas finalidades eram plurais, religiosas, profissionais, assistenciais ou políticas, restando o indivíduo *uti singulus* como imperfeito e frágil. O progresso da modernidade, em contrapartida, esforçou-se por libertar o indivíduo, e posteriormente o Príncipe, das limitações medievais⁸⁴.

Pouco a pouco um novo paradigma jurídico-antropológico rompia o coletivismo medieval e arrogava o indivíduo como central. A partir de então, o Direito se dedicou a determinar o conteúdo dos direitos individuais, as qualidades e dimensões das faculdades jurídicas do indivíduo. A ordem natural cedia à vontade positiva dos indivíduos na fundamentação da norma jurídica. Assistia-se à passagem da noção de *lex* à noção de *loy*⁸⁵.

Sob a perspectiva medieval, a *lex* é preexistente ao poder político e sua autoridade não deriva deste, tanto que os juristas assumem protagonismo frente ao legislador. “(...) na cidade medieval, o direito repousa nos estratos profundos e dourados da sociedade como se fosse uma ossada secreta, estrutura escondida dessa”⁸⁶.

A *lex* fundamenta-se em uma ordem objetiva, na natureza das coisas, “(...) não é outra coisa que uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada

⁸⁴ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 17; SPADE, Paul Vincent. Ockham's Nominalist Metaphysics: Some Main Themes. In: SPADE, Paul Vincent (Ed.). *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge: Cambridge University, 2006, p. 100 et seq.; OBERMAN, Heiko A. Via Antiqua and Via Moderna: Late Medieval Prolegomena to Early Reformation Thought. *Journal of the History of Ideas*, v. 48, n. 1, 1987, p. 23 et seq.; BOTTIN, Francesco. La Scienza Secondo Guglielmo di Ockham. In: DE BONI, Luis Alberto (Org.). *A Ciência e a Organização dos Saberes na Idade Média*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 315 et seq.; e VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221 et seq. Vide também KAUFMANN, Matthias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*. Leiden: E. J. Brill, 1994 e BECKMANN, Jan P. *Wilhelm von Ockham*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2010.

⁸⁵ VILLEY, Michel. *op. cit.*, p. 233; e KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 81.

⁸⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 31.

por aquele que tem o cuidado da comunidade”⁸⁷. Prevalecia o caráter cognitivo do Direito sobre o seu aspecto volitivo⁸⁸.

Com o advento do individualismo, houve um novo rearranjo político, que desembocou em uma paulatina dilatação dos poderes do Príncipe. Este assume a posição de legislador, que externa e impõe sua vontade, encontrando em si mesmo sua justificação⁸⁹.

Jean Bodin (1529-1596), em sua obra prima *Six Livre de la République* (1576), admoestou que não somente o território e os habitantes constituiriam o Estado, mas sua subjugação a um poder soberano (*puissance souveraine*), absoluto e perpétuo, representado preferencialmente por um monarca⁹⁰.

Em consequência, houve uma derrocada do pluralismo social e jurídico, o que permitiu o surgimento do sentido moderno de *loy*, expressão da vontade do soberano, marcada pela generalidade e rigidez. Enquanto a *lex* detinha um conteúdo voltado ao bem comum, a legitimidade da *loy* não se encontrava em um objetivo intrínseco, mas na pessoa de quem a editou⁹¹. Na inteligência de Michel de Montaigne (1533-1592), “a autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder, não têm outra base, e essa lhes basta”⁹².

Na França, o século XVI presenciou tensões religiosas e políticas, com a unificação das províncias, subseqüentemente assinalada pela monarquia absolutista. Este processo é incentivado pela crescente burguesia comercial

⁸⁷ “(...) definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”. Questão 90, Artigo 4, da Primeira Seção da Segunda Parte da Suma Teológica publicada na edição AQUINO, Tomás de. *Op. cit.*, v. 4, p. 527-528.

⁸⁸ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2004, p. 33 et seq.

⁸⁹ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2004, p. 37 et seq.

⁹⁰ A teoria da soberania de Jean Bodin foi detalhada a partir do capítulo VIII do primeiro livro, disponível na edição BODIN, Jean. *On Sovereignty*. Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth. Edited and Translated by Julian H. Franklin. Cambridge: Cambridge University, 1992. Vide também SKINNER, Quentin. *op. cit.*, v. 2, p. 286 et seq.; LLOYD, Howell A. *Jean Bodin: The Pre-Eminent Man of France*. An Intellectual Biography. Oxford: Oxford University, 2017, p. 133 et seq.; KING, Preston. *The Ideology of Order: A Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2013, p. 126 et seq.; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 108.

⁹¹ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2004, p. 42.

⁹² MONTAIGNE, Michel de. *Ensaíes*. Livro Terceiro. 2. ed. Tradução de Sérgio Milliet. Brasília: Universidade de Brasília, 1987, p. 354.

urbana, sobretudo parisiense, interessada em consolidar um mercado nacional único⁹³.

No campo do Direito Internacional Privado, a antiga sobreposição de fontes, *statuta*, *ius commune*, doutrina e prática, sucumbe a um rígido monismo, cada vez mais evidente⁹⁴. Sob este ângulo, o Direito Romano não experimenta na França a importância que retinha na Itália, no máximo influenciando a criação de Direito Consuetudinário (*coutumes*) nas províncias ao sul⁹⁵.

Um dos principais expoentes deste período foi Charles Dumoulin (1500-1566), grande responsável pela disseminação da aplicação da autonomia privada ao conflito de normas. Passa-se a defender de modo mais veemente que a intenção das partes, implícita ou explícita, deve ser levada em consideração na resolução da lide⁹⁶.

Não obstante a possibilidade de escolha das partes pudesse à primeira vista indicar o reconhecimento e a promoção do Direito estrangeiro pelo foro francês, tal impressão, ante o contexto explanado, era totalmente falsa. Almejava-se, diversamente, a exportação do Direito francês, refletindo o interesse dos comerciantes franceses em ver observados os costumes parisienses para além das fronteiras⁹⁷.

A reação da nobreza provinciana frente a centralização da autoridade real francesa foi encampada por Bertrand d'Argentré (1519-1590), que se contrapôs aos argumentos de Dumoulin, perfilhando a territorialidade estrita e absoluta dos costumes (*finita potestas, finitae jurisdictio et cognitio*). Para d'Argentré, sempre que possível o *statutum* deveria ser considerado real, reduzindo o *statutum* pessoal a

⁹³ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 64

⁹⁴ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2004, p. 45.

⁹⁵ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 64.

⁹⁶ LAINÉ, Armand. *op. cit.*, p. 223 et seq.; MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 636 et seq.; YNTEMA, Hessel E. *op. cit.*, p. 304 et seq.; GAMILLSCHEG, Franz. *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1955; PAK, Milan. *Die Parteiautonomie in internationalen Kaufverträgen*. Dordrecht: Springer, 1967, p. 4 et seq.; e KOHLER, Christian. L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Universel entre Liberalisme et Étatisme. *Recueil des Cours*, tome 359, 2013, p. 221.

⁹⁷ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 67.

circunstâncias muito excepcionais. Isso fazia com que restasse por prevalente a *lex situs*, delimitando-se o espaço de operação da norma ao local de onde provinha⁹⁸.

No século XVIII, doutrinadores franceses tenderam a reverenciar os pós-glosadores italianos e Dumoulin, no que concerne ao conflito de leis no âmbito do Direito das Obrigações, refletindo os interesses da burguesia, às vésperas da Revolução Francesa (1789). Jean Bouhier (1673-1746) entendia que a solução ao conflito de leis deveria privilegiar a escolha das partes e que, em se tratando de estatutos mistos, a prioridade seria do elemento pessoal em detrimento do real. Louis Boullenois (1680-1762) sujeitou a validade do contrato à lei do local de celebração e seus efeitos à lei do local de performance, além de reconhecer a autonomia privada. Robert-Joseph Pothier (1699-1772), tido como um dos pais do *Code Napoléon* (1804), também se utilizou da teoria estatutária⁹⁹.

A Escola Francesa, na senda da Italiana, não foi capaz de divisar o porquê uma norma estrangeira poderia reivindicar aplicação fora do território em que foi emanada. Uma resposta a essa questão somente foi ensaiada pela Escola Holandesa do século XVII.

A teoria do poder soberano e perpétuo, anunciada por Bodin em 1576, progressivamente acarretou intensa modificação na estrutura política, patentemente fragmentada e que ainda orbitava entre o Papado e o Sacro Império Romano-Germânico. O reconhecimento científico desta teoria foi preparado pela territorialização e descentralização da estrutura feudal, e incrementado pelas consequências da Reforma Protestante, cujo marco inicial foi a publicação das 95 teses de Martinho Lutero (1483-1546) na porta da Igreja de Wittenberg, em 1517. Tais acontecimentos culminaram na asserção das soberanias nacionais¹⁰⁰.

Nas províncias holandesas e de Flandres, que batalhavam pela libertação do domínio da monarquia espanhola e do ducado da Borgonha, propagou-se com

⁹⁸ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 13; GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 323 et seq.; LAINÉ, Armand. *op. cit.*, p. 276 et seq.; MEIJERS, Eduard M. *op. cit.*, p. 638 et seq.; e RAMOS, André de Carvalho. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, a. 3, n. 5, 2015, p. 432.

⁹⁹ GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 184-201; LAINÉ, Armand. *op. cit.*, 413 et seq.; e KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰ YNTEMA, Hessel E. *op. cit.*, p. 305.

intensidade ideais de independência e soberania estatal, que se refletiram posteriormente em sua doutrina jurídica. D'Argentré foi a referência exordial a autores como Nicolas Burgundus (1586-1649), Christian Rodenburgh e Pierre Stockmans (1608-1671), pois pleiteava o caráter territorial da maioria dos estatutos¹⁰¹.

A autonomia política das províncias que constituíam os Países Baixos foi conferida pelos Tratados de Westfália (1648) e a Escola Estatutária Holandesa surgiu pelo arraigado desejo de independência e pela necessidade de garanti-la frente a ocupações estrangeiras¹⁰².

A Paz de Westfália, que colocou fim à Guerra dos 30 Anos (1618-1648), historicamente é apontada como o momento em que se consolida o reconhecimento mútuo entre Estados soberanos e de sua prerrogativa de impor sua lei sobre o território nacional¹⁰³.

A Guerra dos 30 Anos predispôs um florescimento da Teoria Jurídica e do Direito Internacional nos Países Baixos, com a proeminente atuação de Hugo Grotius (1583-1645). A obra *De Juri Belli ac Pacis* (1625) se voltou a disciplinar a interação entre os Estados em circunstâncias de paz e de guerra, pautando-se na existência de um arranjo universal que ordenaria a sociedade de povos e repercutiria, inclusive, no tratamento jurídico das relações interpessoais por cada território independente¹⁰⁴.

O tema da guerra já havia sido debatido por diversos autores anteriormente, mas a ausência de confluências ocasionada pela ruptura da unidade religiosa e dos aparatos políticos supranacionais do mundo medieval, bem como

¹⁰¹ LAINÉ, Armand. *op. cit.*, p. 401 et seq.; WEISS, André. *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*. Tome III. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898, p. 31 et seq.; e KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 70-71.

¹⁰² GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 325; e WEISS, André. *op. cit.*, p. 31.

¹⁰³ Como se depreende desta própria exposição, o reconhecimento da soberania foi um processo histórico iniciado anteriormente, cuja repercussão se evidenciou na Paz de Westfália e foi posteriormente aperfeiçoada. Vide abaixo página 51 et seq.

¹⁰⁴ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 114. Vide HESPANHA, António Manuel. Hugo Grotius. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 151 et seq. Para detalhes mais completos sobre a obra vide VAN DER VLUGT, W. L'Œuvre de Grotius. *Recueil des Cours*, Tome 7, n. 2, 1925, p. 399 et seq.

as disputas pelas terras além mar e pelo domínio dos mares, proporcionou enfoques diversos, na transição do jusnaturalismo teológico para o jusracionalismo¹⁰⁵.

(...) a lei natural deixou de ser *lex naturalis*, a imposição de um legislador sobrenatural, e se tornou mais uma vez *ius naturale*, os ditames da razão em vista das exigências da constituição humana e da sociedade humana. Houve dois resultados: (1) o Direito Positivo se tornou a aplicação da razão às relações civis dos homens, e (2) o *Corpus Iuris* permaneceu como seu expoente somente por causa de sua racionalidade inerente¹⁰⁶.

As considerações de Grotius sobre o Direito Internacional partiam da diferenciação entre o *ius naturae* e o *ius voluntarium*. O Direito Natural seria fundado nos ditames da razão, sendo eterno e imutável, apreensível por dedução. O Direito Voluntário, que poderia ser divino ou humano, deveria ser conformado ao Direito Natural. O *ius gentium*, que integraria o Direito Voluntário, seria uma lei universal, cujo caráter vinculatorio decorreria de um acordo tácito entre as nações, fixado ao longo do tempo por meio do costume¹⁰⁷.

Embora as questões relativas ao Direito Internacional Privado não fossem a temática central enfrentada por Grotius, ainda que houvesse um senso de unidade entre este e o Direito Internacional Público, as implicações teóricas se refletiram na disciplina. Enquanto os seguidores da linha estatutária defendiam que

¹⁰⁵ POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. v. 2. St. Paul: West Publishing, 1959, p. 43 et seq.; FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. 3. ed. v. 2. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982, p. 60 et seq.; KENNEDY, David W. Primitive Legal Scholarship. *Harvard International Law Journal*, v. 27, n. 1, 1986, p. 76 et seq.; e BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. A Importância de Hugo Grácio para o Direito. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 11, n. 2, 2016, p. 390 et seq.

¹⁰⁶ Tradução do original: "(...) natural law ceased to be *lex naturalis*, the enactments of a supernatural legislator, and became once more *ius naturale*, the dictates of reason in view of the exigencies of human constitution and of human society. There were two results: (1) Positive law became the application of reason to the civil relations of men, and (2) the *Corpus Iuris* stood as its exponent merely because of its inherent reasonableness". POUND, Roscoe. *op. cit.*, v. 2, p. 45.

¹⁰⁷ TRNAVCI, Genc. *op. cit.*, p. 209-210. Para mais detalhes sobre a obra de Grotius, vide CABRAL, Gustavo César Machado. *Direito Natural e Iluminismo no Direito Português do Final do Antigo Regime*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011, p. 70 et seq. Vide LE FUR, Louis. La Théorie du Droit Naturel Depuis le XVIII Siècle et la Doctrine Moderne. *Recueil des Cours*, Tome 18, n. 3, 1927, p. 297 et seq.

as normas de Direito Internacional Privado comporiam parte do Direito Natural, uma abordagem positivista as entendia como Direito Voluntário¹⁰⁸.

A concepção positivista do Direito Internacional enfatizava a soberania, a independência e igualdade formal de cada Estado, atribuindo relevância ao território e à diferenciação entre aspectos internos e externos ao Estado, o que desencadeou questionamentos quanto à natureza nacional ou internacional do Direito Internacional Privado¹⁰⁹.

Além disso, propiciou-se um direcionamento do Direito Internacional à limitação da interferência em interesses soberanos de cada Estado por outros Estados ou agentes estatais. Restringiu-se, assim, a competência das cortes nacionais para conhecer casos que envolvessem interesses soberanos e adotou-se a perspectiva de que as normas de Direito Internacional Privado deveriam ser encaradas como mecanismo de proteção desses interesses¹¹⁰.

A Escola Estatutária Holandesa, seguindo esta tendência, desenvolveu-se no contexto de defesa da soberania territorial e da refutação dos critérios universalistas anteriores, guiados em determinar a aplicação de uma norma de acordo com classificações concernentes a sua natureza¹¹¹. Este tema adquiriu relevo nos Países Baixos também devido as diferenças jurídicas e culturais das províncias, cuja heterogeneidade demandava ordenação¹¹².

Dentre os autores inaugurais desta escola, podem ser citados Paulus Voet (1619-1667) e Johannes Voet (1647-1713), que mesclavam as técnicas estatutárias com o conceito de soberania territorial. De acordo com sua compreensão, o Estado teria o controle territorial sobre suas cortes e somente pela voluntariedade poderia restringir sua jurisdição ou aplicação da lei nacional a casos com elementos de conexão. Não se tratava de um mandamento jurídico, mas de

¹⁰⁸ MILLS, Alex. The Private History of International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 1, 2006, p. 23.

¹⁰⁹ MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁰ MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 24.

¹¹¹ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 13-14.

¹¹² MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 24.

uma faculdade do Estado, expressa no *comitas gentium*, entendido como princípio de interpretação estatutária¹¹³.

Comitas apresentava uma definição ambígua, que não caracterizava uma obrigatoriedade absoluta e nem uma mera cortesia¹¹⁴. Essa ambiguidade era uma consequência da dificuldade de classificação do Direito Internacional Privado, ora assimilado por um viés mais preceptivo (Direito Internacional), ora por um viés mais discricionário (Direito Nacional)¹¹⁵.

Outro autor holandês deste Escola foi Ulrik Huber (1636-1694), que cristalizou as implicações da ideia de soberania territorial em seu sistema de conflito de normas¹¹⁶. No excerto *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, dividiu as implicações da teoria da soberania ao Direito Internacional Privado em três axiomas: (i) de que as leis emanadas de cada Estado (*imperii*) têm aplicação exclusivamente nos limites de seu território e vinculam todos sujeitos a este, mas não para além deste; (ii) de que todas as pessoas presentes em um território,

¹¹³ “Em primeiros princípios, nem os estatutos reais, nem os pessoais, nem os mistos têm, *per se*, força além do território do legislador, nem nos Estados estrangeiros sem o consentimento de seu Legislativo; lembrando, no entanto, que um sujeito pode, no que diz respeito a bens – ter bens em um território, embora seja domiciliado em outro; ou em relação às pessoas – ser domiciliado aqui, ainda que a maior parte de seus bens esteja situado em outro lugar, ou ser um sujeito temporário enquanto permanecer ou passar por outro país” (Tradução do original: “On first principles neither real, personal, nor mixed have per se force beyond the territory of the legislator, nor in foreign States without the consent of their legislatures; remembering, however, that a subject may be so either with respect to goods - having goods within a territory, though he is domiciled elsewhere; or in respect of persons - having a domicile here, although the greatest part of his goods is situated elsewhere, or being a temporary subject while remaining in, or passing through a country”). VOET, Johannes. *Commentary on the Pandects*. v. 1. Book 1. Translated by James Buchanan. Capetown: J. C. Juta, 1880, title IV, part 2, n. 5, p. 82.

¹¹⁴ A Suprema Corte Americana, ao decidir o caso *Hilton v. Guyot*, em 1895, expressou a doutrina clássica ao afirmar que “‘Comitas’, no sentido legal, não é nem uma questão de absoluta obrigação, por um lado, nem uma mera cortesia e boa vontade, por outro. Mas, é o reconhecimento por meio do qual uma nação permite em seu território atos legislativos, executivos ou judiciais de outra nação, tendo em devida conta tanto o dever internacional quanto a conveniência, e os direitos de seus cidadãos e de outras pessoas que estão sob a proteção de suas leis” (Tradução do original: “‘Comity’, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Hilton v. Guyot*. *U.S. Reports*, v. 159, 1895, p. 163-164. Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep159/usrep159113/usrep159113.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹¹⁵ MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 25; e PEREIRA, José Edgard Amorim. A Doutrina Holandesa “Comitas Gentium”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 3, 1963, p. 99 et seq.

¹¹⁶ MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 25.

temporária ou permanentemente, estão sujeitas a sua lei; e (iii) de que os soberanos atuarão com *comiter*, de modo que os direitos de cada Estado, exercidos nos seus respectivos territórios, serão reconhecidos e produzirão efeitos em toda parte, desde que não prejudiquem o poder ou os direitos de outro Estado ou de seus súditos¹¹⁷.

Huber argumentava que estes axiomas eram implicações lógicas da soberania e decorrências implícitas das necessidades do comércio internacional, refletidos na prática internacional e aceitos com base no consenso tácito das nações. Destarte, partindo de Grotius, compreendia o Direito Internacional Privado como *ius gentium*, atribuindo-lhe um caráter universal, enquanto concomitantemente defendia que a aplicação da lei estrangeira dependeria do consentimento, já que fundada na *comitas*¹¹⁸.

Gradativamente, no entanto, a rigidez de algumas premissas da Escola Estatutária Holandesa foram atenuadas por reivindicação da prática negocial e seu dinamismo. Na esfera do Direito das Obrigações, o nacionalismo isolacionista e a prevalência da aplicação do critério territorial foram suavizados, possibilitando-se a escolha livre das partes na definição da lei aplicável. Esta atenuação, todavia, era somente aparente, já que a preponderância econômica dos Países Baixos frequentemente implicava em uma liberalidade que recaía na escolha da lei holandesa¹¹⁹.

Por fim, a doutrina estatutária holandesa representou o início do declínio de um Direito Internacional Privado uniforme e universalmente vinculante nos moldes do desenvolvido pelos pós-glosadores. O expediente da soberania territorial e da *comitas* fizeram com que surgissem Direitos Internacionais Privados diversos e os conflitos de leis passassem a ser entendidos como internacionais e não simplesmente inter-regionais¹²⁰.

¹¹⁷ PEREIRA, José Edgard Amorim. *op. cit.*, p. 102; YNTEMA, Hessel E. *op. cit.*, p. 306; e LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁸ MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁹ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 74.

¹²⁰ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 73.

A região da atual Alemanha foi um dos últimos redutos do universalismo dos pós-glosadores, pois, após o processo de recepção do Direito Romano, passaram a aceitar sua validade geral e a adaptar seus preceitos a um uso original, condizente com a época, no que foi denominado de *usus modernus pandectarum*, e que perdurou em ramos do Direito Privado até o século XIX com a Pandectística (*Pandektenwissenschaft*)^{121 122}.

No que concerne ao Direito Internacional Privado, os conflitos inter-regionais eram tema fértil aos alemães, devido a sua estrutura política fragmentada. Em síntese, a doutrina se inspirava inicialmente nos pós-glosadores, como ocorreu com Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588), Andreas von Gail (1526-1587), David Mevius (1609-1670) e Johann Samuel Stryk (1668-1715), e posteriormente nos holandeses, a exemplo de Heirich von Cocceji (1644-1719) e Karl Christoph Hofacker (1749-1793)¹²³.

¹²¹ Vide WIEACKER, Franz. *op. cit.*, 1993, p. 97 et seq.; KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 193 et seq.; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21 et seq.; LUIG, Klaus. *Römisches Recht. Naturrecht. Nationales Recht*. Goldbach: Keip, 1998, p. 3 et seq.; COING, Helmut. German "Pandektistik" in its Relationship to the Former "Ius Commune". *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, 1989, p. 9 et seq.; HAFERKAMP, Hans-Peter. Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850. In: HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman (Hrsg.). *Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Köln: Böhlau, 2007, p. 25 et seq.; CABRAL, Gustavo César Machado. *op. cit.*, p. 95 et seq.; MASSAÚ, Guilherme Camargo. Usus Modernus Pandectarum. *Razão e Fé*, v. 13, n. 1, 2011, p. 77 et seq.; e, singelamente, SONTAG, Kenny. Tendências Teórico-Jurídicas Decorrentes da Escola Histórica do Direito: Pandectística, Germanística e Histórica do Direito na Ciência do Direito Positivo Alemão do Século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n. 66, jan./jun. 2015, p. 425 et seq.

¹²² Sobre a influência do *usus modernus pandectarum* na formação do Direito Privado Português Moderno, a partir de meados do século XVIII, bem como repercussões no Brasil, vide COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 353 et seq.; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 269 et seq.; HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 70 et seq.; CRUZ, Guilherme Braga da. A Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito USP*, v. 50, 1955, p. 36 et seq.; CABRAL, Gustavo César Machado. *op. cit.*, p. 99 et seq.; MARQUES, Claudia Lima. Cem Anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, v. 13, 1997, p. 71 et seq.; e COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, v. 13, 1997, p. 7 et seq.

¹²³ MEILI, F. *Geschichte und System des internationalen Privatrechts im Grundriss*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1892, p. 35 et seq.; VON WÄCHTER, Karl Georg. Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. *Archiv für die civilistische Praxis*. Band XXV, Heft 2. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1842, p. 1 et seq.; GUTZWILLER, Max. *op. cit.*, p. 328 et seq.; KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 74-75; e HERRMANN, Günter. *Johan Nikolaus Hert und die Deutsche Statutenlehre*. Berlin: Walter de Gruyter, 1962, p. 32 et seq.

De toda sorte, os movimentos do século XVII contribuíram para assentar os ideais de soberania e territorialidade. Não se tratou de um *portal de mágico* de um mundo antigo a um mundo novo¹²⁴, mas de um dos estágios para a construção da visão de ausência da submissão do Estado a uma autoridade externa, o que foi cunhado de paradigma westfaliano¹²⁵. Iniciou-se a abertura de um caminho para se conceber a divisão de competências entre Estados para legislar o conflito de leis e a decadência de reverências a estruturas supra estatais, o que foi implementado de forma mais completa somente no séc. XIX.

1.1.2 Paradigma Westfaliano na Contemporaneidade

A partir do século XVII, o paradigma westfaliano favoreceu a sedimentação de um ideal de soberania e territorialidade, além de, no campo da Ciência Jurídica, propiciar um apartamento progressivo entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público, o que, de certo modo, refletiu-se na Escola Estatutária Holandesa. Contudo, erroneamente, à Paz de Westfália é recorrente se atribuir uma concepção de soberania que somente posteriormente foi aperfeiçoada, mas que já vinha sendo gestada e é diversa da hodierna¹²⁶.

De fato, conforme explanado no capítulo anterior, processos de emancipação política vinham sendo empreendidos ao menos desde o final do século XI¹²⁷. Os próprios Tratados de Westfália (1648) reafirmaram realidades anteriormente reconhecidas¹²⁸. Disposições para a designação dos Eleitores

¹²⁴ Ao contrário do exposto em REDSLOB, Robert. *Histoire des Grands Principes du Droit des Gens*. Paris: Rosseau, 1923, p. 223; e GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *The American Journal of International Law*, v. 42, n. 1, 1948, p. 28.

¹²⁵ Adotou-se aqui o conceito de soberania Westfaliana-Vatteliana, que remonta ao jurista suíço Emer de Vattel (1714-1767). Vide KRASNER, Stephen D. The Durability of Organized Hypocrisy. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University, 2010, p. 96.

¹²⁶ KRASNER, Stephen D. *op. cit.*, p. 96 et seq.; e THORNHILL, Chris. The Future of the State. In: KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Eds.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*. Oxford: Hart, 2011, p. 357 et seq.

¹²⁷ Vide página 30 et seq.

¹²⁸ A Paz de Westfália é composta pelo Tratado de Münster e pelo Tratado de Osnabrück, assinados em 1648. Ambos podem ser consultados na tradução alemã disponível em BUSCHMANN, Arno (Hrsg.). *Kaiser und Reich*. Klassische Texte zur Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806. München: DTV,

(*princeps elector imperii* ou *Kurfürsten*), que compunham o colégio eleitoral do Sacro Império Romano-Germânico, eram norma de conteúdo notavelmente medieval, previstas ao menos desde o século XIII, registradas no compilado jurídico *Sachsenspiegel* (1220-1235)¹²⁹ e na *Bulla Aurea* de 1356¹³⁰. O direito dos Príncipes do Sacro Império Romano-Germânico participarem de tratados já havia sido conferido pela *Bulla Aurea* de 1356. Outrossim, a despeito de atribuir igualdade de tratamento a Estados católicos e protestantes, a prerrogativa do Príncipe em estabelecer uma religião oficial em seu território fora enunciada na Paz de Augsburg em 1555^{131 132}.

Por outro lado, ao mesmo tempo, os Tratados de Westfália comportavam normas que se contrapõem a preceitos essenciais à soberania, como condicionantes à fixação de religião oficial e à participação em tratados pelos Príncipes; determinação de compartilhamento de poder entre católicos e protestantes em certas localidades; regras para a resolução de questões religiosas por meio de votação no Sacro Império Romano-Germânico; favorecimento da tolerância religiosa nas regiões da Alemanha, dentre outras questões internas e de cunho constitucional do Império¹³³.

Nesse sentido, a Paz de Westfália exprimiu alguma ideia de soberania, todavia não apresentava todas as nuances do sentido que atualmente lhe atribui-se. De acordo com Stephen Krasner, a soberania é um conceito que apresenta três

1984, p. 289 et seq.; ou na tradução em espanhol disponível em ABREU Y BERTODANO, Joseph Antonio de. *Colección de los Tratados de Paz*. Parte V. Madrid: Antonio Marin, Juan de Zuñiga y la Viuda de Peralta, 1750, p. 407 et seq.

¹²⁹ Vide ECKHARDT, Karl August. *Sachsenspiegel Landrecht*. 2. Ausgabe. Göttingen: Musterschmidt, 1955, p. 67 et seq.

¹³⁰ Vide HENDERSON, Ernest F. (Ed.) *Selected Historical Documents of the Middle Ages*. London: George Bell and Sons, 1905, p. 220 et seq.

¹³¹ Vide REICH, Emil. *Selected Documents Illustrating Medieval and Modern History*. London: P. S. King & Son, 1905, p. 226 et seq.

¹³² KRASNER, Stephen D. *op. cit.*, p. 97-98; e STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 1. Band. München: C. H. Beck, 1988, p. 225. Vide também BRYCE, James. *The Holy Roman Empire*. 3. ed. London: Macmillan, 1871; STOLLBERG-RILINGER, Barbara. *Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation*. München: C. H. Beck, 2006; STOLLBERG-RILINGER, Barbara. *The Emperor's Old Clothes: Constitutional History and the Symbolic Language of the Holy Roman Empire*. Translated by Thomas Dunlap. New York: Berghahn, 2015; KOTULLA, Michael. *Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*. Berlin: Springer, 2008, p. 7 et seq.; e ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte: Vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart*. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2006, p. 25 et seq.

¹³³ KRASNER, Stephen D. *op. cit.*, p. 97-98.

espectros: (i) a soberania jurídica internacional; (ii) a soberania Westfaliana-Vatteliana; e (iii) a soberania doméstica¹³⁴.

A soberania jurídica internacional seria o reconhecimento internacional que incorpora a capacidade de efetuar pactos com outros Estados, a igualdade jurídica e a qualidade de membro em organizações internacionais. A soberania Westfaliana-Vatteliana assinalaria a ausência de submissão a uma estrutura de autoridade externa, ainda que esta estrutura tenha sido criada por meio da soberania jurídica internacional. Por sua vez, a soberania doméstica revelaria um controle razoavelmente efetivo do território e dos movimentos transfronteiriços¹³⁵.

Destaca-se que na Paz de Westfália nem mesmo o sentido de soberania Westfaliana-Vatteliana estava totalmente delineado, já que o princípio da não intervenção foi explicitamente estipulado somente em 1758, por Emer de Vattel (1714-1767), na obra *Le Droit des Gens*¹³⁶. Sequer pode ser identificada a existência de um Estado soberano neste período, pois, excetuando-se a Inglaterra e, discutivelmente, o próprio Sacro Império Romano-Germânico, nenhuma outra unidade política europeia possuía instituições de feição estatal com monopólio total do poder¹³⁷.

Em 1649, em muitas partes da Europa, o poder político era construído e aplicado por meio de jurisdições sobrepostas, nas quais a autoridade territorial suprema (na medida em que existia) era balanceada e se entrelaçava com poderes locais, senhoriais e outros poderes semiprivados. A muitos dos regentes faltava até mesmo as insígnias mais rudimentares da estatalidade, como o controle territorial, a supremacia fiscal e a autoridade estatutária independente. Na esfera da imposição do Direito, em particular, poucos Estados tinham capacidades que os equipassem a aplicar o poder judicial igualmente ao longo de todo o território que incorporavam, e os Estados ainda eram constitucionalmente impedidos, por sua disputa por primazia com os titulares da competência

¹³⁴ KRASNER, Stephen D. *op. cit.*, p. 96.

¹³⁵ KRASNER, Stephen D. *op. cit.*, p. 96.

¹³⁶ VATTEL, Emer de. *Le Droit des Gens*. Tome Premier. Paris: Rey et Gravier, 1820, p. 311 et seq; e MALASPINA, Elisabetta Fiocchi. *L'Eterno Ritorno del Doit des Gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX)*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2017, p. 75 et seq. Vide MANCUSO, Francesco. Emmerich de Vattel. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014, 201 et seq.

¹³⁷ THORNHILL, Chris. *op. cit.*, p. 357; KIMMEL, Michael S. *Absolutism and Its Discontents: State and Society in Seventeenth-Century France and England*. New Brunswick: Transaction Books, 1988, p. 105 et seq.; e KOSKENNIEMI, Martti. Sovereignty, Property and Empire: Early Modern English Contexts. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 18, issue 2, 2017, p. 355 et seq.

judicial patrimonial, de exercer o poder em formas jurídicas uniformemente concentradas¹³⁸.

A partir desta época, é inegável, entretanto, que sucessivamente o Estado passa a ser visto como um agregado de instituições que podem assumir o monopólio ou ao menos uma grande densidade de autoridade política em um delimitado espaço geográfico. A inovação estava na ideia de explicar o poder político por meio da soberania territorial e indicar sua expansão em sociedades cada vez mais unificadas e extensas¹³⁹.

A territorialização do poder político projetava um vínculo a um local e a um conjunto de atores institucionais geograficamente localizados, implicando em uma derrocada da relevância das transações privadas de poder político, típicas do feudalismo. Exibe-se a visão de que a articulação do poder deve ser apartada do status privado, mas ser construída abstratamente por toda a sociedade, incluir a sociedade e seus membros com uma relativa uniformidade. Tratava-se de um processo de inclusão sócio-política, cujo elemento principal era o território¹⁴⁰.

A associação do poder à soberania territorial possibilitou uma depuração parcial de suas fundações privatistas ou patrimonialistas, dando seguimento a uma paulatina redução de importância de organismos intermediários e corporações, detentoras de um poder quase-político. Gradualmente, os membros da sociedade

¹³⁸ Tradução do original: "In 1649, in most parts of Europe, political power was constructed and applied through overlaid jurisdictions, in which supreme territorial authority (as far as it existed) was balanced by, and interwoven with, local, seigneurial and other semi-private powers. Most regents lacked even the most rudimentary insignia of statehood such as territorial control, fiscal and jurisdictional supremacy, and independent statutory authority. In the sphere of legal enforcement, in particular, few states had capacities that equipped them to apply judicial power equally across all the territories that they incorporated, and states were still constitutionally prevented from using power in evenly concentrated legal forms". THORNHILL, Chris. *op. cit.*, p. 357.

¹³⁹ THORNHILL, Chris. *op. cit.*, p. 357-358.

¹⁴⁰ THORNHILL, Chris. *op. cit.*, p. 358; BELOW, Georg von. *Die landständische Verfassung in Jülich und Berg bis zum Jahre 1511: Eine verfassungsgeschichtliche Studie. Teil I.* Düsseldorf: Voß, 1885; BELOW, Georg von. *Territorium und Stadt. Aufsätze zur Deutschen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsgeschichte.* München: R. Oldenbourg, 1900, p. 163 et seq.; KUNISCH, Johannes. *Staatsbildung als Gesetzgebungsproblem. Zum Verfassungscharakter frühneuzeitlicher Sukzessionsordnungen.* In: WILLOWEIT, Dietmar (Red.). *Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung.* Berlin: Duncker & Humblot, 1984, p 63 et seq.; BRUNNER, Otto. *Per una Nuova Storia Costituzionale e Sociale.* 2. ed. Traduzione di Pierangelo Schiera. Milano: Vita e Pensiero, 2000, p. 21 et seq.; e BRUNNER, Otto. *Land and Lordship: Structures of Governance in Medieval Austria.* Translated by Howard Kaminsky and James Van Horn Melton. Philadelphia: University of Philadelphia, 1992.

passaram a ter uma relação mais independente e temporalmente consistente com o poder, inclusão social que não foi concluída até o séc. XIX¹⁴¹.

A ideia de soberania territorial estava em consonância com as elucubrações de Huber, expoente da Escola Estatutária Holandesa. O estudo das Escolas Estatutárias dá azo à constatação de uma consistente defesa de certo grau de independência do poder territorial e, especificamente na vertente holandesa, de promoção de equilíbrio entre as prerrogativas do soberano, o resguardo do Direito Natural e a satisfação das expectativas individuais¹⁴².

Ao longo dos séculos XVII e XVIII, os ensinamentos da Escola Estatutária Holandesa reverberaram para além do continente, tornando-se objeto de escrutínio na Inglaterra e base para a *doutrina quase-estatutária anglo-americana*. Esta disseminação de pensamento foi favorecida pela a Revolução Gloriosa (1688), que alçou ao poder Mary II (1662-1694) e William of Orange (1650-1702), aproximando politicamente Inglaterra e Holanda; pelo intercâmbio acadêmico, pois muitos juristas ingleses completavam sua educação na Holanda; e por certa confluência de ideias, já que ao Direito Inglês apetecia o territorialismo¹⁴³.

A *Common Law* inglesa havia resultado de um amalgama entre a tradição consuetudinária anglo-saxã, o Direito Romano, o Direito Canônico e inovações normandas¹⁴⁴, mas, ao menos até o século XVIII, o conflito de leis não consistia em um tema que desencadeava grandes debates, existindo a tendência de sempre se aplicar a *lex fori*, em uma territorialidade absoluta¹⁴⁵.

¹⁴¹ THORNHILL, Chris. *op. cit.*, p. 359.

¹⁴² NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 129.

¹⁴³ VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. Livro I. Coimbra: Coimbra, 1921, p. 321.

¹⁴⁴ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 130-131; WIEACKER, Franz. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 4, issue 2, 1981, p. 259 et seq.; PLUCKNETT, Theodore F. T. *Concise History of the Common Law*. 4. ed. London: Butterworth, 1948, p. 278 et seq.; RADBRUCH, Gustav. *Lo Spirito del Diritto Inglese*. A cura di Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè, 1962, p. 3 et seq.; e BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, Arnold D. *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*. 2. ed. Revised by F. H. Lawson. Cambridge: Cambridge University, 1952.

¹⁴⁵ VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *op. cit.*, p. 320; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 132. Vide COLOMBOS, C. John. La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la Pratique Britanniques. *Recueil des Cours*, Tome 36, n. 2, 1931, p. 5 et seq.

Embora cortes especiais tivessem sido instituídas, estas possuíam competência limitada a conflitos mercantis e não havia um sistema que garantisse soluções consistentes. Até o século XVII, os conflitos que incorporavam elementos de estraneidade ou eram reduzidos a disputas relativas à jurisdição, ou eram solucionados de modo pragmático, por meio de ficções jurídicas ou soluções *ad hoc* que justificavam a aplicação da lei inglesa e a decisão tida por mais apropriada¹⁴⁶.

Somente a partir da segunda metade do século XVIII, após os *Acts of Union* de 1707, que preservavam a coexistência da jurisdição inglesa com a escocesa, e após as cortes terem sido confrontadas por litígios pautados por relevantes elementos transfronteiriços, encontram-se vestígios de aplicação de leis estrangeiras pelas cortes inglesas e se verificam regras gerais esboçadas pelos juristas ingleses, que recorriam a autores estrangeiros¹⁴⁷.

Em 1775, no caso *Holman v. Johnson*, em consonância com os holandeses, Lord Mansfield (1705-1793) reconheceu a territorialidade das leis e que competiria a lei inglesa determinar as circunstâncias em que normas estrangeiras poderiam ser aplicadas:

Não há dúvidas de que toda a ação levada a julgamento aqui deve ser julgada pela lei inglesa; mas a lei inglesa diz que em uma variedade de circunstâncias, com respeito aos contratos legalmente feitos no exterior, as leis do país em que a causa da ação emergir devem prevalecer¹⁴⁸.

Ao recorrer à ideia de *causa da ação*, Lord Mansfield adotou um critério indefinido e estático, diferenciando-se da Escola Estatutária Holandesa, já fundada

¹⁴⁶ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 134; LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 17-18; NORTH, P. M.; FAWCETT, J. J. *Cheshire and North's Private International Law*. London: Butterworths, 1992, p. 23 et seq.; e NYGH, Peter. The Reception of Domicil into English Private International Law. *University of Tasmania Law Review*, v. 1, n. 4, 1961, p. 562 et seq.

¹⁴⁷ VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *op. cit.*, p. 320-321; LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 18; NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 135 et seq.; ANTON, A. E. The Introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflict of Laws. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 5, issue 4, 1956, p. 534 et seq.; e GRAVESON, R. The Special Character of English Private International Law. *Nederlands Tijdschrift Voor Internationaal Recht*, v. 19, issue 1, 1972, p. 31 et seq.

¹⁴⁸ Tradução do original: "There can be no doubt, but that every action tried here must be tried by the law of England; but the law of England says, that in a variety of circumstances, with regard to contracts legally made abroad, the laws of the country where the cause of action arose shall govern". LORD MANSFIELD. *Holman v. Johnson* (1775). *98 Eng. Rep.*, 1378-1865, 1. COWP. 341, p. 1121. Disponível em: < <http://uniset.ca/other/cs6/98ER1120.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2019.

em elementos de conexão definidos. Por este motivo, tratava-se ainda de soluções incipientes, incapazes de abarcar a diversidade de casos, limitadas a litígios em que todos os fatos tivessem ocorrido somente em um país e remontando à definição de *causa da ação*¹⁴⁹.

No final do século XVIII, as cortes inglesas já haviam recepcionado grande parte da doutrina holandesa, o que também se deu por intermédio de estudiosos da Escócia, cujo sistema jurídico era mais próximo do continental. Além disso, William Blackstone (1723-1780), sem embargo não tenha se dedicado ao conflito de leis, foi um dos principais responsáveis por disseminar ideias da Europa Continental na Common Law¹⁵⁰.

Sobretudo por meio da obra *Commentaries on the Laws of England* (1765-1770), houve uma assimilação da teoria de Direito Natural de Grotius e dos pensamentos de Samuel Pufendorf (1632-1694) e Emer de Vattel (1714-1767). Defendia-se a existência de um aparato jurídico dedutível por meio da razão natural, que regeria as relações entre soberanos e entre os indivíduos. Porém, passou-se a adotar a concepção de Direito das Nações, Direito das Gentes ou Direito dos Povos (*Law of Nations*) para se referir a este Direito universal, nomenclatura também propagada na Europa Continental^{151 152}.

¹⁴⁹ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁰ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 142; WATSON, Alan. *Roman Law & Comparative Law*. Athens: University of Georgia, 1991, p. 166 et seq.; WATSON, Alan. The Structure of Blackstone's Commentaries. *Yale Law Journal*, v. 97, issue 5, 1988, p. 795 et seq.; e CAIRNS, John W. Blackstone, and English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, issue 3, 1984, p. 318 et seq. Vide PREST, Wilfrid. *William Blackstone: Law and Letters in the Eighteenth Century*. Oxford: Oxford University, 2008.

¹⁵¹ De acordo com Blackstone, “a Lei das Nações é um sistema de regras, dedutível pela razão natural e estabelecido por consenso universal entre os habitantes civilizados do mundo; a fim de decidir todas as disputas, regular todas as cerimônias e civilidades, e garantir a observância da justiça e da boa-fé, nas relações que frequentemente devem ocorrer entre dois ou mais Estados independentes e indivíduos pertencentes a cada um” (Tradução do original: “The Law of Nations is a system of rules, deductible by natural reason, and established by universal consent among the civilized inhabitants of the world; in order to decide all disputes, to regulate all ceremonies and civilities, and to insure the observance of justice and good faith, in that intercourse which must frequently occur between two or more independent states, and the individuals belonging to each”). BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. A Facsimile of the First Edition of 1765-1769. v. 4. Chicago: Chicago University, 1979, p. 66.

¹⁵² NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 142-143; POUND, Roscoe. *op. cit.*, v. 2, p. 47 et seq.; e CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago, 2003, p. 118 et seq.

A inovação se encontrava no entendimento de que a Lei das Nações seria um conjunto de normas originado do consenso e participação das nações; não seria decorrente de um valor moral superior; seria voluntário, não obrigatório; e não conformaria um Direito acima dos Estados, mas entre os Estados, apresentando um conteúdo menos vago e passível de codificação¹⁵³.

Em linhas gerais, as reflexões anglo-americanas também foram caracterizada pelo emprego da *comitas gentium* para justificar a aceitação da extraterritorialidade das leis. O uso da expressão *comity of nations* foi frequente tanto em decisões judiciais quanto em obras doutrinárias, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América¹⁵⁴.

Especificamente nos Estados Unidos da América, a diversidade de legislações estatais fomentou um interesse no conflito de leis¹⁵⁵. A dependência da *comitas* em matéria de Direito Internacional Privado, como corolário da soberania territorial, nos moldes do propalado por Huber, foi difundida e reconhecida como judicialmente aplicável nos *Commentaries on the Conflict of Laws* de 1834, da autoria de Joseph Story (1779-1845)¹⁵⁶.

Apesar de seguir um cariz pragmático, típico dos estudos jurídicos anglo-saxões, não almejando elucubrar uma teoria geral ou fixar regras universais ao conflito de leis¹⁵⁷, nem mesmo aderindo às Escolas Estatutárias europeias por si

¹⁵³ CAIRNS, John W. *op. cit.*, p. 318 et seq.; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 144.

¹⁵⁴ LAURENT, François. *Droit Civil International*. Tome I. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1880, p. 573; e VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *op. cit.*, p. 322. Sobre a importância do *comity* nos Estados Unidos, vide KUHN, Arthur K. La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la Pratique aux États-Unis. *Recueil des Cours*, Tome 21, n. 1, 1928, p. 207 et seq.

¹⁵⁵ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁶ "A doutrina de Huber parece, portanto, assentar-se em princípios justos; e, embora, por sua generalidade, deixe para trás muitas questões graves quanto a sua aplicação, há muito a ser elogiada, tanto na verdade quanto na simplicidade. Adequadamente ela tem sido sancionada na Inglaterra e na América por uma aprovação judicial, tão direta e universal como se pode razoavelmente desejar com o propósito de dá-la sanção como autoridade ou dotada de razão" (Tradução do original: The doctrine of Huber would seem, therefore, to stand upon just principles; and though, from its generality, it leaves behind many grave questions as to its application, it has much to commend it, in point of truth, as well as of simplicity. It has accordingly been sanctioned both in England and America by a judicial approbation, as direct and universal, as can fairly be desired for the purpose of giving sanction to it, as authority, or as reasoning"). STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 37.

¹⁵⁷ STORY, Joseph. *op. cit.*, p. 17-18; HOEFLICH, M. H. *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*. Athens: University of Georgia, 1997, p. 35.

só¹⁵⁸, os *Commentaries* contêm elaborações teóricas, nas quais Story empresta as máximas de Huber, premissas que utiliza para afirmar a inexistência de um dever de aplicação de uma lei estrangeira¹⁵⁹.

Embora recorresse seguidamente a autores de linha estatutária, Story sustentou um sistema multilateral de determinação da lei aplicável, não deixando de admitir, contudo, métodos alternativos ao multilateralismo¹⁶⁰. Destaca-se ainda, que desenvolveu as máximas de um modo mais completo e preciso, expressando a territorialidade no que diz respeito a pessoas, objetos e atos; rechaçando a extraterritorialidade da *statuta personalia*; e convertendo a *comitas* de dever internacional à motivação doméstica^{161 162}.

Além disso, em sua doutrina e em decisões que proferiu como juiz da Suprema Corte americana, Story compreendia o conflito de leis como parte integrante do Direito Internacional, não doméstico, e cujo objetivo seria resguardar a justiça internacional, conforme um Direito Natural universal. Nesse sentido, foi responsável por transmitir ideias jusracionalistas de Grotius e Pufendorf nos Estados Unidos da América¹⁶³.

¹⁵⁸ STORY, Joseph. *op. cit.*, p. 11-18; KEGEL, Gerhard. Story and Savigny. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, 1989, p. 51; BANU, Roxana. *Nineteenth-Century Perspectives on Private International Law*. Oxford: Oxford University, 2018, p. 29; e LORENZEN, Ernest G. Story's *Commentaries on the Conflict of Laws – One Hundred Years After*. *Harvard Law Review*, v. 48, 1934, p. 19-20. Anteriormente, as Escolas Estatutárias europeias haviam servido de base para o que é tido como o primeiro livro americano sobre Direito Internacional Privado, *Dissertations on the Questions which arise from The Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations*, escrito por Samuel Livermore (1786-1833) e publicado em 1828. Vide DE NOVA, Rodolfo. The First American Book on Conflict of Laws. *The American Journal of Legal History*, v. 8, issue 2, 1964, p. 136 et seq.

¹⁵⁹ STORY, Joseph. *op. cit.*, p. 30 et seq. Vide MICHAELS, Ralf. Joseph Story. In: BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Gisela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Eds.). *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3701/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

¹⁶⁰ JUENGER, Friedrich K. *op. cit.*, p. 157.

¹⁶¹ LIPSTEIN, K. *op. cit.*, p. 20.

¹⁶² Cumpre salientar que “o territorialismo do DIPr norte-americano não gera um total afastamento da aplicação do direito estrangeiro, pois foi complementado pela doutrina dos *direitos adquiridos* (*vested rights*), no qual o Estado do foro é obrigado a respeitar as regras do ordenamento de outro Estado, regentes do fato no momento em que tal fato ocorreu”. RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, p. 436. Vide também DANE, Perry. *Vested Rights, “Vestedness”, and Choice of Law*. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 6, 1987, p. 1194-1195

¹⁶³ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 216; POUND, Roscoe. *op. cit.*, v. 2, p. 46-47; PAUL, Joel R. *op. cit.*, 1988, p. 159 et seq.; NEWMYER, R. Kent. *Supreme Court Justice Joseph Story: Statesman of the Old Republic*. Chapel Hill: University of North Carolina, 1986; e OSGOOD, Russell K. *Supreme Court Justice Joseph Story*. *Cornell Law Review*, v. 71, issue 3, 1986, p. 729 et seq. Em sentido diverso, vide MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 26 et seq.

Ao cunhar a locução Direito Internacional Privado (*Private International Law*)¹⁶⁴, inicialmente bastante controversa¹⁶⁵, Story manifestou expressamente a partição entre este (*ius intra gentes*) e o Direito Internacional Público (*ius inter gentes*), anteriormente unificados sob o escopo amplo do *ius gentium*, como disciplinas diversas¹⁶⁶.

Na Common Law, a separação entre um Direito voltado a regular a interação entre Estados e um Direito interessado exclusivamente em relações entre privados com elementos estrangeiros já havia sido aventada por Jeremy Bentham (1748-1832).

Prosseguindo Blackstone, na *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), Bentham rechaçou o conceito vago de *ius gentium*, considerando-o insuficiente para abarcar a complexidade do crescente Direito Positivo concernente ao convívio entre poderes soberanos, substituindo-o por meio da introdução da expressão *Direito Internacional*¹⁶⁷.

Direito Internacional, de acordo com Bentham, seria decorrente da manifestação de vontade dos Estados. Por ser caracterizado pela voluntariedade, afastava-se das teorias de Direito Natural, sob as quais se alicerçara o *ius gentium*. Ao mesmo tempo, por apresentar um sentido mais reduzido, não abrangeria as relações transfronteiriças entre privados¹⁶⁸.

Portanto, a partir das observações de Bentham, proliferou-se, na Inglaterra, o entendimento de que o Direito Internacional Privado comporia o Direito interno. Este fato, somado aos cada vez mais profícuos precedentes e estudos de autores

¹⁶⁴ STORY, Joseph. *op. cit.*, 9.

¹⁶⁵ Vide HOLLAND, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*. 12. ed. Oxford: Clarendon, 1916, p. 422 et seq.

¹⁶⁶ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 216-217.

¹⁶⁷ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, 217; TRNAVCI, Genc. *op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁸ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon, 1876, p. 326-327; NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, 217; MILLS, Alex. *op. cit.*, p. 17; SCHOFIELD, Philip. *Utility & Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 51 et seq.; e HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University, 2001, p. 79 et seq. Vide CHIASSONI, Pierluigi. *L'Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: Da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 19 et seq.; e POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2019, p. 143 et seq.

nacionais, como William Burge (1786-1849)¹⁶⁹, Robert Phillimore (1810-1885)¹⁷⁰, John Westlake (1828-1913)¹⁷¹ e Albert Venn Dicey (1835-1922)¹⁷², teria favorecido uma domesticação do debate e suavizado a influência continental¹⁷³.

Westlake, com *A Treatise on Private International Law* (1858), teria assistido para este maior isolamento inglês, ao criticar a abordagem da tradição medieval, tida por confusa, incoerente e marcada por inúmeras subdivisões¹⁷⁴, e buscar sistematizar a matéria a partir dos precedentes. Nesse senda, considerava que, em que pese houvera contribuição de estrangeiros, o Direito Internacional Privado era Direito interno, fundado em decisões de cortes inglesas e não em um Direito universal¹⁷⁵.

Em certa medida, este “isolamento” inglês contém um fascínio mítico, pois, na metade do século XIX, a necessidade de reorganização do tratamento jurídico conferido às relações de Direito Internacional Privado e o declínio das soluções de tradição medieval eram bastante patentes, juntamente com a consolidação do Direito nacional, também na Europa continental¹⁷⁶.

A decadência das ideias medievais e da noção de ordem universal foi observada tanto na *Common Law* quanto na *Civil Law*, em razão de seu desencontro com as mudanças culturais e políticas ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX. Particularmente na França e Itália, houve um processo de reforma administrativa e centralização jurídica que subjugou as relações sociais e econômicas ao controle estatal, buscando-se a imposição de normas e valores uniformes ao existente pluralismo e desagregação¹⁷⁷.

¹⁶⁹ Vide BURGE, William. *Commentaries on Colonial and Foreign Laws*. New Edition under the general editorship of Alexander Wood Renton and George Grenville Phillimore. v. 1. London: Seet & Maxwell, 1907.

¹⁷⁰ Vide PHILLIMORE, Robert. *The Law of Domicil*. London: William Benning, 1847.

¹⁷¹ Vide WESTLAKE, John. *A Treatise on Private International Law*. London: W. Maxwell, 1858.

¹⁷² Vide DICEY, A. V. *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*. 2. ed. London: Stevens and Sons, 1908.

¹⁷³ DE NOVA, Rodolfo. Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws. *Recueil des Cours*, Tome 118, n. II, 1966, p. 470-471; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 217-218.

¹⁷⁴ WESTLAKE, John. *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁵ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 219.

¹⁷⁶ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 219-220.

¹⁷⁷ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 157.

A ordem política estatal começou a ser institucionalizada nos moldes liberais, caracterizando-se pelo legalismo e a tendência codificadora. Os códigos procediam a um novo arranjo das instituições, em conformidade com os ideais burgueses, e inauguravam uma técnica normativa pautada na generalidade e sistematicidade, mais controlável pelo Estado. Almejava-se maior certeza e previsibilidade do Direito para se garantir a estabilidade social, política e jurídica¹⁷⁸.

No plano do Direito, implementou-se legislativamente a organização política do liberalismo representativo e a organização social do liberalismo proprietário, instituindo-se as diretrizes básicas da liberdade, propriedade e igualdade perante a lei¹⁷⁹.

Além disso, no âmbito específico da Teoria do Direito, o positivismo asseverou um ideal de cientifização, na senda da alçada das ciências naturais como modelo gnosiológico, a partir do final do século XVIII. Expurgavam-se os argumentos de autoridade, notadamente os teológicos e acadêmicos, típicos do *ius commune*, e as especulações abstratas, marcantes no jusracionalismo. Cindiam-se o Direito e a moral. Propugnava-se a Ciência do Direito, cujo objeto era controverso, inicialmente confundido com a própria lei (positivismo legalista), conforme retratava a Escola da Exegese¹⁸⁰.

O novo paradigma epistêmico e o contexto social e político refletiram em uma crescente frustração dos juristas com o modo como o Direito Internacional Privado vinha sendo abordado, ainda ligado à tradição estatutária¹⁸¹. Este sentimento foi repercutido na Itália por Giacomo Giovanetti (1787-1849), que reverberou a visão geral de ausência de sistematização necessária.

Na obra *Degli Statuti Novaresi* (1830), Giovanetti exprimiu a dificuldade de classificação dos estatutos em pessoais, reais ou mistos com a certeza que seria exigível e defendeu que esta abordagem havia falhado em alcançar seus objetivos primordiais¹⁸².

¹⁷⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 241.

¹⁷⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 241-242.

¹⁸⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 64 et seq.

¹⁸¹ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 173-172.

¹⁸² GIOVANETTI, Giacomo. *Degli Statuti Novaresi*. Torino: Chirio e Mina, 1830, p. 65 et seq.

Desse modo, sustentava-se que o processo de reorganização da ordem jurídica nacional incluísse também o Direito Internacional Privado. Os ideais dominantes de tal reestruturação seriam a nítida distinção entre Direito Público e Direito Privado, a ênfase no individualismo e na autonomia da vontade, e o comprometimento com o formalismo jurídico¹⁸³.

Uma das principais figuras deste período foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), fundador da Escola História do Direito e considerado o pai do Direito Internacional Privado Moderno. O oitavo volume de seu *System des heutigen Römischen Rechts* (1849), que logo obteve ampla repercussão¹⁸⁴, dedicou-se a moldar, redefinir e elaborar o conteúdo da disciplina, seus princípios, funções e postulados.

Assim como nos Estados Unidos da América, na primeira metade do século XIX havia grande interesse pelo estudo do conflito de leis no atual território da Alemanha, em razão da possibilidade de colisões que a multiplicidade de entidades e legislações poderia ocasionar, já que ainda inexistia a unificação política e administrativa.

Após as Guerras Napoleônicas (1803-1815), as fontes jurídicas passaram a ser um tema recorrente nos territórios da Alemanha, arguindo-se a necessidade de modificações legislativas e inovações que atendessem às carências da sociedade. Então coexistiam o jusracionalismo, o *usus modernus pandectarum*, a Escola Histórica do Direito e o modelo de codificação francês, que havia se expandido para a Áustria, com o *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB), em vigor a partir de 1812, e para territórios alemães anexados pela França¹⁸⁵.

¹⁸³ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University, 2006, p. 19 et seq.

¹⁸⁴ Uma tradução para o inglês foi publicada em 1869 (VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *A Treatise of the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time*. Translated with notes by William Guthrie. Edimburgh: T. & T. Clark, 1869). Também há tradução para o português (VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004).

¹⁸⁵ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 161; SONTAG, Kenny. Nótulas sobre o Arquétipo Jurídico Alemão da Escola Histórica do Direito: Codificação, Cultura e Ciência do Direito. In: MONTIEL ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (Orgs.). *Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, Hermenêutica e Cultura*. Porto Alegre: DM, 2015, p. 321 et seq.

Juristas como Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) e Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) se empenhavam em propor reformas legislativas e formular um sistema jurídico como aprimoramento iluminista e racional, decorrente de dados empíricos¹⁸⁶.

No livro *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), Thibaut advogou pela reunião por meio do Direito, sugerindo a formulação de um Código Civil aplicável a todos os territórios de língua alemã. Tal diploma legal, embora perseguisse os ideais franceses de construção de um sistema de regras determinadas, claras, estáveis e unificadas, não seria uma cópia do francês, pois deveria redigido por juristas célebres que refletissem a tradição comum alemã¹⁸⁷.

No mesmo ano, Savigny reagiu à proposta de Thibaut e escreveu o *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Concebendo o Código como sistema orgânico, pautado pelos princípios fundamentais de Direito e em como estes se modificam ao longo do tempo, não compreendia adequada sua edição para a Alemanha naquele período¹⁸⁸.

Em consonância com Thibaut, Savigny vislumbrava uma comunidade nacional cuja diligência científica se engajasse em uma mesma direção, todavia

¹⁸⁶ VON FEUERBACH, Paul J. A. *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*. Landshut: Joseph Attenkofer, 1804, p. 50 et seq.; THIBAUT, Anton F. J. *System des Pandekten-Rechts*. 3. Ausgabe. 1. Band. Jena: Johann Michael Mauke, 1809, p. 3 et seq.; THIBAUT, Anton F. J. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. 2. Ausgabe. 1. Band. Jena: J. M. Mauke und Sohn, 1817, p. 124 et seq.; REIMANN, Mathias. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*, v. 31, issue 4, 1990, p. 848-849; KNUDSON, James. The Influence of the German Concepts of Volkgeist and Zeitgeist on the Thought and Jurisprudence of Oliver Wendell Holmes. *Journal of Transnational Law & Policy*, v. 11, n. 2, 2002, p. 409; e SONTAG, Kenny. *op. cit.*, 2015a, p. 321 et seq.

¹⁸⁷ THIBAUT, Anton F. J. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerliches Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814; CARONI, Pio. Savigny und die Kodifikation. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. 86. Band. Weimar: Hermann Böhlau, 1969, p. 191 et seq.; GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 162; DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 6. ed. Revisada por Luis Legaz y Lacamba. Barcelona: Bosch, 1953, p. 163.

¹⁸⁸ VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *Vom Beruf unsrer Zeir für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814; VON JHERING, Rudolph. Friedrich Karl von Savigny. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 5. Band. Jena: Friedrich Mauke, 1861, p. 354 et seq.; e RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. 1. ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930, p. 40 et seq.

discordava que este objetivo fosse alcançado por meio da legislação e sim por um progresso orgânico da Ciência Jurídica comum à nação¹⁸⁹.

De acordo com Savigny e a Escola Histórica do Direito (*historische Rechtsschule*)¹⁹⁰, o Direito de uma nação se assemelharia ao seu idioma, tendo origem na comum convicção do povo e habitando sua consciência¹⁹¹. Portanto, considerava o Código como tentativa de imobilização do Direito em comandos legislativos gerais e uniformes, em um texto desconexo com os elementos de historicidade, podendo desencadear absolutismo, arbitrariedade e injustiças. A fonte primeira do Direito seria o costume, expressão da comunidade e onde se manteria a historicidade¹⁹².

O pressuposto político do legalismo era o Estado nacional, detentor dos valores jurídicos da coletividade. Entretanto, na Alemanha, havia uma privação de identidade política e inexistia um Estado-Nação centralizado. Por esse motivo, o nacionalismo vertente contrariava a percepção do Estado e do Direito Legislado como única manifestação dessa identidade, valorando formas tradicionais e espontâneas da organização política nacional. Havia um apreço por modos rudimentares de comunidade, pelas comunas, conselhos medievais e pelo Direito Consuetudinário¹⁹³.

O Estado concebido pelo iluminismo era um ente abstrato e artificial, resultante de um contrato social, fundado na razão. Não havia uma fundamentação histórica e que levasse em conta a individualidade nacional. A organização política e jurídica seria universal e os órgãos de soberania eram considerados depositários

¹⁸⁹ KNUDSON, James. *op. cit.*, p. 410-411; e ZIMMERMANN, Reinhard. Characteristic Aspects of German Legal Culture. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (Orgs.). *Introduction to German Law*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 4 et seq.

¹⁹⁰ A *historische Rechtsschule* teve como marco fundacional a publicação do primeiro volume da *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Revista de Ciência Histórica do Direito), em 1815. O grande líder do movimento foi Savigny, que, conjuntamente com Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837) e Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), inaugurou esta revista. Vide VON SAVIGNY, Friedrich Carl. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815, p. 1 et seq.; e THIBAUT, Anton F. J. *Ueber die sogennante historische und nicht-historische Rechtsschule*. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1838.

¹⁹¹ KANTOROWICZ, Hermann U. Volkgeist und historische Rechtsschule. *Historische Zeitschrift*. 2. Band. 3. Folge. München: R. Oldenbourg, 1912, p. 309 et seq.

¹⁹² GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 163 et seq.; DEL VECCHIO, Giorgio. *op. cit.*, p. 163 et seq.; e BERKOWITZ, Roger. *The Gift of Science: Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 112 et seq.

¹⁹³ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 270-271.

exclusivos do destino nacional. Em contraposição, os juristas históricos buscavam fontes não legislativas do Direito e percebiam a sociedade como um todo orgânico, cuja unidade, sentido histórico-cultural e desenvolvimento seriam conduzidos pelo espírito do povo (*Volksgeist*)¹⁹⁴.

Por outro lado, a Escola Histórica também confrontava como redução do Direito a persistência de um *usus modernus pandectarum*¹⁹⁵ que, em nome do primado da prática, mesclava desordenadamente o Direito Romano com fontes normativas locais. As respostas empreendidas frente a estes conflitos tinham por marco as propostas inovadoras do Romantismo alemão, cético em relação à ideia iluminista de progresso e à constrição da sociedade em esquemas unicamente racionais, e que engrandecia o passado, a tradição e a complexidade histórica, mesmo em sua dimensão irracional¹⁹⁶.

Por consequência, houve um *antilegalismo* e ojeriza à codificação, introdutores de elementos conjunturais, decisionistas e impeditivos da evolução

¹⁹⁴ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 272.

¹⁹⁵ O *usus modernus pandectarum*, terminologia que remonta aos escritos de Samuel Stryk (1640-1710), designava uma metodologia jurídica estabelecida nos séculos XVII e XVIII, que visava a uma interpretação contemporânea do Direito Romano, a uma revisão moderna, sobretudo do *Corpus Iuris Civilis*, e a um *mores hodierni* voltado à prática cotidiana. Tratou-se de uma corrente grandemente vinculada ao processo de recepção e aplicação do Direito Romano na Alemanha, a qual havia iniciado desde o século XIII, com a apropriação de estudos sobre Direito Romano e Canônico dos glosadores e comentadores. Vide ARNDTS, Ludwig. *Juristische Encyclopädie und Methodologie*. 3. Auflage. München: J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1860, p. 47-55; BRUNNER, Heinrich. *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. 3. Auflage. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908, p. 51-53; FRANKLIN, Otto. *Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland*. Hannover: Carl Rümpler, 1863; GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 155-159; GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2002, p. 154 et seq.; HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 146-162; HUEBNER, Rudolf. *A History of Germanic Private Law*. Translated by Francis S. Philbrick. Boston: Little, Brown, and Company, 1918, p. 16-22; KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 320-347; KRAMPE, Christoph. *Privatrecht. Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. 7. Auflage. 4. Band. Freiburg: Herder, 1988, p. 574; KUNKEL, Wolfgang. *Das römische Recht am Vorabend der Rezeption. L'Europa e il Diritto Romano, Studi in Memoria di Paolo Koschaker*. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954, p. 1-20; LABAND, Paul. *Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht*. Strassburg: J. H. Ed. Heitz, 1880; MODDERMAN, Wiardus. *Die Reception des römischen Rechts*. Übersetzung von Karl Schulz. Jena: Hermann Dufft, 1875; MÜLLER, Theodor. *Römisches und kanonisches Recht im deutschen Mittelalter*. Rostock: Ernst Kuhn, 1871; STINTZING, Roderich von. *Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*. Basel: Schweighauser, 1857; STOLLEIS, Michel. *op. cit.*, p. 58-79; VINOGRADOFF, Paul. *op. cit.*, p. 106-131; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, 1993, p. 97-278.

¹⁹⁶ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 160; e HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 53. De certo modo, houve uma influência do Romantismo alemão na Escola Histórica do Direito. Contudo, alguns autores questionam se esse influxo teria sido decisivo para seu surgimento. Vide KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 371-372.

natural do direito. Apreciou-se o Direito Consuetudinário, como manifestação espontânea do Direito, e o Direito Doutrinal. O último seria identificado como o Direito dos letrados (*Professorenrecht*), que revelariam e aperfeiçoariam de forma organizada e sistemática o Direito, proveniente do espírito do povo. Reascendeu-se a História do Direito e seu papel dogmático e organizou-se a jurisprudência de forma sistemática e orgânica, em torno de uma ciência¹⁹⁷.

Diante disso, quem deteria o mandato científico e moral para formular os preceitos jurídicos e organizá-los coerentemente e possuiria os recursos para proteger e elevar o espírito do povo não seria o legislador, mas os juristas. A importância atribuída à figura do jurista explica a relevância alcançada pela doutrina de Savigny, inclusive no campo do Direito Internacional Privado.

Anos antes de seus estudos sobre Direito Internacional Privado, a grande referência da área na Alemanha era Karl Georg von Wächter (1797-1880), que em 1841 publicara *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, no qual constatara que as normas explícitas de Direito Internacional Privado definidas pela lei local deveriam ser sempre aplicadas, recorrendo-se às normas substantivas do Direito local somente quando aquelas inexistissem. Esta abordagem abandonara uma visão universalista por uma particularista, vinculada ao Direito Positivo, e contribuíra para o desenvolvimento da noção de Direito Internacional Privado como Direito nacional diverso do Direito substantivo¹⁹⁸.

Ao contrário do que o caráter nacionalista da Escola Histórica poderia sugerir, Savigny não aderiu ao territorialismo e assim como os medievais propôs um plano universalista ao Direito Internacional Privado, embora não embasado no Direito Natural. As premissas de sua teoria se pautavam na igualdade entre nacionais e estrangeiros e na uniformidade de resultados, devendo as mesmas

¹⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003, p. 273-274.

¹⁹⁸ VON WÄCHTER, Karl Georg. *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. Archiv für die Civilistische Praxis*. Band XXIV. Heft 1. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1841, p. 230 et seq. Vide MICHAELS, Ralf. Wächter, Carl Georg von. In: BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Gisela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Eds.). *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/311409999_Wachter_Carl_Georg_von>. Acesso em: 05 nov. 2019; e DELIC, Ana. The Role of Comparative Law in the Development of Modern Private International Law (1750-1914). In: HULLE, Inge Van; LASAFFER, Randall (Eds.). *International Law in the Long Nineteenth Century (1776-1914)*. Leiden: Brill Nijhoff, 2019, p. 201 et seq.

disputas apresentarem as mesmas soluções, independentemente do órgão jurisdicional competente ser de um Estado ou outro ou da origem ou do domicílio das partes¹⁹⁹.

Também nos moldes de antecessores medievais, Savigny identificava a existência de uma comunidade jurídica dos povos (*völkerrechtliche Gemeinschaft*), originária do Direito Romano e da experiência do *ius commune*, onde as mesmas relações jurídicas deveriam ser disciplinadas por um Direito comum²⁰⁰.

Este Direito comum seria um instrumento científico, que poderia ser utilizado para a popularização de um espírito e uma identidade comuns aos povos, sujeitos cada qual ao seu ordenamento jurídico. Portanto, não seria composto por normas editadas pelo legislador, pois a prática universal que garantiria a igualdade de tratamento e a uniformidade de resultados não poderia depender da generosidade ou vontade arbitrária do governante. Ademais, a prerrogativa da soberania não poderia justificar a aplicação sistemática da *lex fori*, havendo a necessidade de se reconhecer a legislação e os direitos estrangeiros²⁰¹.

O Direito comum seria uma teoria geral de aplicação universal, a ser implementada pelas cortes nacionais e pelos juristas, cuja atuação sintetizaria as normas incidentes em relações transfronteiriças e harmonizariam os princípios jurídicos a serem obrigatoriamente implementados por cada jurisdição dentro da comunidade jurídica dos povos²⁰².

Ainda, para Savigny, ao invés de se resumir ao exame de qualidades embutidas às normas estatutárias, a solução dos conflitos de Direito Internacional Privado perpassaria pela investigação da natureza da relação jurídica em disputa. Toda relação jurídica possuiria uma sede inerente a sua natureza, que designaria o Direito regente conectado à lide. Como a natureza jurídica não seria variável no

¹⁹⁹ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Band VIII. Berlin: Veit, 1849, p. 23 et seq. Vide NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 182 et seq.; e BUCHER, Andreas. *La Dimension Sociale du Droit International Privé: Cours Général*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 42 et seq.

²⁰⁰ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Band VIII. Berlin: Veit, 1849, p. 27 et seq.

²⁰¹ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *op. cit.*, 1849, p. 28. Vide NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 182 et seq.

²⁰² VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *op. cit.*, 1849, p. 28 et seq.

espaço e no tempo e como para cada sede haveria somente um Direito correspondente, bastaria às cortes determinar a natureza da relação jurídica e identificar e aplicar o Direito do local da sede²⁰³.

Desse modo, sustentar-se-ia um método objetivo, que evitaria a arbitrariedade jurídica e permitiria ao Direito Internacional Privado cumprir seus objetivos universalistas, fundado em uma ordem jurídica sistematicamente organizada, na qual pessoas e relações estariam naturalmente conectadas de acordo com suas características essenciais. Tal sistematização da ordem jurídica havia sido o esforço empreendido por Savigny ao longo dos volumes anteriores do *System des heutigen Römischen Rechts*²⁰⁴.

A formulação de teorias gerais que prospectavam uma comunidade de convicções jurídicas hábil a consolidar uma prática universal também foi vivenciada na *Common Law*, mesmo existindo hostilidade à ideia do *ius commune*. John Westlake (1828-1913), em *A Treatise on Private International Law* (1858), reconheceu a existência de um Direito das nações civilizadas, compartilhado entre todas as que possuíssem ideias jurídicas comuns. Este Direito das nações civilizadas serviria de parâmetro, somente podendo ser reconhecidos e aplicados pelas cortes inglesas o Direito estrangeiro e os direitos adquiridos no exterior que fossem compatíveis com aquele²⁰⁵.

Não obstante houvesse a aspiração de se conceber uma teoria geral com métodos objetivos e que ensejasse uma prática universal, seu fundamento pressupunha ideais e valores comuns, o que por si só a obstruiria. Nestes moldes, a prática universal teria fronteiras geográficas e culturais bastante definidas. Explicitava-se uma divisão entre o centro e a periferia da civilização, que fortalecia uma identidade comum entre as nações cristãs e sujeitava a certo casuísmo questões que envolvessem nações fora desse contexto. Tratava-se de uma

²⁰³ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *op. cit.*, 1849, p. 107 et seq.

²⁰⁴ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 186 et seq.

²⁰⁵ Vide WESTLAKE, John. *op. cit.*, p. 143-144 e 181.

tentativa de por meio do Direito Internacional, tanto privado quanto público, enquadrar o mundo em uma imagem idealizada da Europa²⁰⁶.

De certo modo seguindo uma direção oposta à alemã, na Itália, que também era politicamente fragmentada e vivenciou um movimento de unificação ao longo do século XIX (1815-1870), os governos optaram pela implementação de reformas de modernização e centralização por meio da codificação, como um plano racional e promotor da uniformidade jurídica. O *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1865 era visto como instrumento de agregação no cenário de fragmentação política, jurídica e cultural²⁰⁷.

Em suas disposições, o Código estabelecia divisões conceituais e princípios similares aos que eram adotados no exterior, expressando uma contraposição entre normas que regem o mercado e normas que regem a família. Esta dicotomia foi relevante para a disciplina tanto das relações jurídicas desempenhadas internamente quanto para as que apresentavam algum elemento de estraneidade, no que diz respeito a sua caracterização e função²⁰⁸.

O grande expoente do Direito Internacional Privado italiano neste período foi Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), autor de *Diritto Internazionale* (1873). Seu trabalho demonstra que, apesar de os juristas proporem diferentes métodos e regras para o conflito de leis, havia uma consciência jurídica comum. Assim como em Savigny e em Westlake, existia uma visão cosmopolita e de igualdade entre nacionais e estrangeiros²⁰⁹.

Mancini compreendia o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público como ramos de um Direito Internacional mais amplo, que comporia um Direito universal da humanidade. De acordo com sua exposição em *Della Nazionalità come Fondamento del Diritto delle Genti*, o fundamento deste Direito seria a nacionalidade e o elemento pessoal, simbolizado na nacionalidade,

²⁰⁶ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 254 et seq. Vide a decisão de Lord Penzance em REINO UNIDO. Courts of Probate and Divorce. Hyde v. Hyde and Woodmansee. Decided in March 20, 1866. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/th/LR1PD130.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

²⁰⁷ Vide CAZZETTA, Giovanni. Código Civil e Nação: do “Risorgimento” ao Ocaso do Estado Liberal. Tradução de Alfredo de J. Flores. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, v. 10, n. 1, 2015, p. 34 et seq.

²⁰⁸ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 259-260.

²⁰⁹ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 260.

seria o princípio reitor do Direito Internacional Privado, o que preservaria o vínculo jurídico entre os diversos italianos emigrados e seu país de origem²¹⁰.

Especificamente no campo do Direito Internacional Privado, Mancini divisava a categoria do Direito Privado necessário (*diritto privato necessario*), ditado pela tradição nacional, não suscetível à vontade das partes e cujo critério elementar seria a nacionalidade, e o Direito Privado voluntário (*diritto privato volontario*), sujeito à autonomia privada, limitada somente pela exceção da ordem pública. Tais categorias eram também uma manifestação da contraposição entre normas que regem à família e normas que regem o mercado²¹¹.

A ênfase na nacionalidade foi um dos diferenciais da doutrina de Mancini, pois espelhava uma divergência à preferência do domicílio como elemento de conexão, que vinha sendo aplicado e fora recomendado por Savigny. Além de sua repercussão na codificação italiana, utilizada para delimitar culturalmente e jurisdicionalmente a nação e evitar obstáculos às transações econômicas, obteve adeptos no exterior, especialmente na França, podendo ser citado Charles André Weiss (1858-1928)²¹².

Na transição para o século XX, contudo, com a ascensão da sociologia jurídica, as teorias clássicas passaram a ser criticadas por priorizarem preocupações abstratas e divisões teóricas frente a problemas concretos. O Direito deixa de ser concebido como um sistema conceitualmente coerente, logicamente organizado e deduzido de princípios elementares para ser entendido como um Direito positivo enraizado e influenciado por propósitos da vida social²¹³.

Nesse sentido, na obra *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Eugen Ehrlich (1862-1922) defendeu a compreensão da ordem jurídica e da sociedade positivamente e funcionalmente, afastando abstrações. A sociedade

²¹⁰ MANCINI, Pasquale Stanislao. *Della Nazionalità come Fondamento del Diritto delle Genti*. Torino: Eredi Botta, 1851, p. 7 et seq.; e KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 88.

²¹¹ KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 88-89.

²¹² KALENSKY, Pavel. *op. cit.*, p. 89-90; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 260.

²¹³ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 260 e 291; KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (Eds.). *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. v. 13. Amsterdam: Elsevier, 2001, p. 8634 et seq.

seria composta por grupos e relações concretas e não por comunidades abstratas e relações entre indivíduos desagregados²¹⁴.

Métodos sociológicos se disseminaram pela Europa, podendo-se citar a atuação de François Gény (1861-1959) na França. Porém, mesmo autores que não os seguiram propriamente passaram a rechaçar ideias abstratas como ponto de partida e a se pautarem na realidade social e em normas concretas²¹⁵.

No início do século XX, estudos analíticos que pregavam a aplicação de métodos indutivos já eram comuns na *Common Law* e se popularizaram na *Civil Law* por meio da obra de Rudolph von Jhering (1818-1892), no segundo momento de seu pensamento, com os dois volumes de *Der Zweck im Recht* (1877-1883), e Georg Jellinek (1851-1911), com *Allgemeine Staatslehre* (1900). A crítica se referia ao modo como eram entendidas tanto as relações internas quanto as relações que ultrapassavam os limites jurisdicionais, bem como as relações entre os indivíduos e entre os Estados, o que acarretou em um declínio da concepção de uma ordem supranacional fundada na comunidade de nações civilizadas²¹⁶.

As premissas do positivismo e da sociologia jurídica de então não se coadunavam com as suposições universalistas e abstratas também no campo do Direito Internacional Privado; desconforto que foi ponderado na *Common Law* por Albert Venn Dicey (1835-1922), com *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws* (1896), e na *Civil Law* por Dionisio Anzilotti (1867-1950), em *Studi Critici di Diritto Internazionale Privato* (1898).

Franz Kahn (1861-1904), um dos grandes responsáveis por formular a teoria da qualificação, cujo pensamento publicizado em artigos entre os anos de

²¹⁴ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Duncker & Humblot, 1913, p. 381 et seq.; NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 291-292; e SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2012, p. 283 et seq.

²¹⁵ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 292; e BELLEAU, Marie-Claire. *Les Juristes Inquiets: Classicisme Juridique et Critique du Droit au Début du XX^e Siècle en France. Les Cahiers de Droit*, v. 40, n. 3, 1999, p. 507 et seq.

²¹⁶ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 292; VON JHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*. 1. Band. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877; JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. Auflage. Berlin: O. Häring, 1914; GARCÍA-SALMONES ROVIRA, Mónica. *The Project of Positivism in International Law*. Oxford: Oxford University, 2013, p. 179 et seq.; KERSTEN, Jens. *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000; e FISCHER, Werner. *Georg Jellinks Anorganische Lehre in ihren Grundzügen als Rechtssystem Dargestellt*. Berlin: Springer, 1931.

1891 e 1904 foi compilado em *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* (1928), tornou-se um dos primeiros juristas a questionar o universalismo e as abstrações de Mancini e Savigny. De acordo com a sua visão positivista, não se poderia enfatizar a teoria em detrimento da realidade jurídica, tendo o pensamento clássico do século XIX falhado em distinguir o ser e o dever ser do Direito²¹⁷.

Em vista da diversidade de princípios jurisdicionais, de elementos de conexão e de qualificações, deixou-se de acreditar que o Direito Internacional Privado faça parte de uma teoria geral tendente à convergência de normas comuns, passando-se a compreendê-lo enquanto manifestação positiva do poder soberano²¹⁸.

Nesse sentido, normas comuns de Direito Internacional Privado e até mesmo um ordenamento jurídico supranacional que impusesse limites ao exercício da soberania poderiam existir somente se houvesse um acordo entre os Estados. Por esse motivo, o foco deixa de ser a formulação de uma teoria geral e passa a se centrar na análise de tratados internacionais e normas costumeiras.

Um dos efeitos da mudança de paradigma é que o fundamento comum entre *jus inter gentes* e *jus intra gentes* foi construído sob novas pressupostos. Questões de competência, lei aplicável e cumprimento de decisões não eram mais entendidas como problemas universais a serem resolvidos de acordo com uma teoria geral, mas como questões locais a serem tratadas com autonomia pelos Estados soberanos, de acordo com prerrogativas e necessidades locais. Os juristas sociais rejeitavam a ideia de que existiria somente uma sede para cada relação e observavam que as cortes locais seguiam procedimentos diferentes para identificar a sede. Os juristas clássicos haviam assumido, ao contrário, que existiria somente uma lei para cada relação e que ordenamentos entenderiam e classificariam as relações jurídicas do mesmo modo. Mesmo que todos os países adotassem o mesmo elemento de conexão, domicílio por exemplo, cada corte terminaria com uma diferente resposta quanto a sua localização. O declínio das suposições clássicas abriu uma caixa de

²¹⁷ KAHN, Franz. *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 30. Band. Jena: Gustav Fischer, 1891, p. 1 et seq.; LAMBERG, Gisbert. *Die kollisionsrechtliche Lehre von Franz Kahn (1861-1904)*. Göttingen: Georg-August-Universität zu Göttingen, 1975; WEBER, Helmut. *Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts (1890-1945)*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, p. 7 et seq.; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 295.

²¹⁸ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 292-293; e DE NOVA, Rodolfo. *op. cit.*, 1966, p. 478.

Pandora de questões concretas que haviam sido ignoradas no século XIX²¹⁹.

O conflito ocasionado pela rejeição das concepções e métodos desenvolvidos ao longo do século XIX desencadeou uma crise existencial e de legitimidade científica do Direito Internacional Privado. A adoção de pontos de vista incompatíveis em um cenário marcado pelo nacionalismo jurídico e pelo territorialismo tendia a fazer com que os sistemas jurídicos nacionais se afastassem²²⁰.

Contudo, a ascensão de um novo modo de pensar o Direito Internacional Privado, voltado a uma consciência social, também ofereceu instrumentos para que ideais comuns fossem sendo divisadas ao menos entre as jurisdições europeias. Havia um projeto de reconstrução que incluía todos os âmbitos do Direito, não voltado a elaborar um conjunto coerente e sistemático de princípios, mas com uma perspectiva teleológica.

O Direito passou a ser compreendido como uma ordem concreta voltada a propósitos específicos, um instrumento para efetivar políticas públicas e finalidades sociais. Os juristas dedicados ao Direito Internacional Privado abandonam o desejo de conceber soluções universalmente válidas, passam a orientar o conflito de leis na direção da proteção da ordem pública e do interesse social, e, juntamente com cada legislador e corte jurisdicional, voltam-se às necessidades locais²²¹.

²¹⁹ Tradução do original: "One of the effects of the paradigm shift is that the common ground between *jus inter gentes* and *jus intra gentes* was buried under new assumptions. Questions of competence, applicable law and enforcement were no longer understood as universal problems to be solved in accordance with a general theory, but as local issues to be dealt with autonomously by sovereign states, in accordance with local prerogatives and needs. Social jurists rejected the idea that there existed only one seat for every relation and pointed out that local courts followed different procedures for identifying the seat. Classical jurists had instead assumed that there existed only one law for each relation and that different orders would understand and classify like legal relationships in like manner. Even if all countries adopted the same connecting factor, domicile for instance, each court would end up with a different answer regarding its location. The decline of classical assumptions opened a Pandora's Box of concrete issues that had been ignored in the 19th century". NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 294.

²²⁰ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 294-295.

²²¹ KENNEDY, Duncan. *op. cit.*, 2006, p. 37; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 295. Vide VON JHERING, Rudolph. *op. cit.*, 1877, p. 48 et seq.; e ROMANO, Santi. *Lo Stato Moderno e la sua Crisi*. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa, letto il 4 novembre 1909. Pisa: Vannucchi, 1909.

Nesse cenário, que Santi Romano (1875-1947) no discurso *Lo Stato Moderno e la sua Crisi* (1909) descrevia como crítico ao Estado moderno, cujas ameaças ao poder estatal teriam sido negligências pelas premissas teóricas e abstratas do pensamento clássico provindo do século XIX, instigando uma renovação do interesse pela soberania e suas prerrogativas, surgem confrontos relativos à dificuldade de se justificar a aplicação de normas e direitos estrangeiros²²².

Ao contrário da visão anterior, vinculada a um pertencimento civilizacional de cariz cristão, optou-se inicialmente pelo argumento do interesse mútuo na aplicação da lei ou reconhecimento de direitos estrangeiros. Entretanto, durante o período do neocolonialismo, sobretudo da partilha da África (1880-1914), no qual se consolidou o paradigma westfaliano, o interesse das potências europeias era impor seu poderio sobre os territórios conquistados. Por esta razão, alocou-se a jurisdição entre os Estados soberanos, aos quais se conferiu de modo exclusivo a regulação dos territórios, comunidades e bens públicos²²³.

A despeito da consciência jurídica propor o resguardo de finalidades sociais, o que implicaria na admissão de elementos axiológicos ao Direito Internacional Privado, a manutenção de certas técnicas dogmáticas e legislativas fez com que permanecesse em geral a neutralidade, havendo somente restritivamente a inclusão de valores. Internacionalmente, a esfera privada permaneceu apartada da política, pois inexistia um horizonte comum de valores públicos entre os Estados e a atuação transnacional dos agentes privados acabou não submetida a grandes controles, devido as inerentes limitações territoriais do Estado westfaliano e a inexistência um regime transnacional²²⁴.

A preocupação com uma orientação social desencadeou a proliferação de normas politicamente orientadas, de natureza absoluta, imperativas, semelhantes ao atual conceito de normas de aplicação imediata, e uma expansão da exceção

²²² NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 296.

²²³ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 361. Vide ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2007, p. 100 et seq.

²²⁴ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 361-362.

ordem pública, contudo estes instrumentos eram circunscritos. Permaneceu o método multilateral, mesclado ao novo espírito social.

A manutenção do multilateralismo foi criticada pelo italiano Rolando Quadri (1907-1976), cujo pensamento antiformalista almejava expor a natureza política do Direito Internacional Privado. Para Quadri, cada norma teria uma qualidade inerente que determinaria sua aplicação territorial ou extraterritorial e seu caráter imperativo ou dispositivo. O alcance espacial de uma norma seria fixado pela identificação do propósito e dos interesses perseguidos pelo Direito substantivo²²⁵.

A doutrina unilateralista de Quadri buscou revelar que normas multilaterais mascaram escolhas políticas e a consideração de interesses sociais definidos internamente pelo Estado, quando este determina o elemento de conexão, define a ordem pública, estabelece uma norma de aplicação imediata ou adere ao reenvio, por exemplo.

Contemporaneamente, o unilateralismo é defendido na Europa por Pierre Gothot e Didier Boden, podendo-se citar respectivamente as obras *Le Renouveau de la Tendence Unilatéraliste em Droit International Privé* (1971) e *L'Ordre Public: Limite et Condition de la Tolérance* (2002), e apresenta, ainda, paralelos com o funcionalismo americano. Enquanto na Europa prevaleceu o multilateralismo, a despeito da rápida internacionalização mundial a partir da virada para o século XX ter exposto conflitos que poderiam advir do descompasso das categorias formatadas segundo a cultura jurídica europeia frente culturas diversas, ou seja uma falta de equivalência entre as categorias do foro e as da lei aplicável, nos Estados Unidos este descompasso provocou a adoção de uma abordagem unilateralista, com metodologias mais flexíveis e politicamente orientadas, o que foi marcado na revolução americana da década de 1960²²⁶.

²²⁵ CANNIZZARO, Enzo. La Doctrine Italienne et le Développement du Droit International dans l'Après-Guerre: Entre Continuité et Discontinuité. *Annuaire Français de Droit International*, n. 50, 2004, p. 1 et seq.; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. La Tradition Territorialiste en Droit International Privé dans les Pays d'Amérique Latine. *Recueil des Cours*, Tome 190, n. I, 1985, p. 314 et seq.; e NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 370-371. Vide QUADRI, Rolando. *Studi Critici di Diritto Internazionale: Diritto Internazionale Privato*. Milano: Giuffrè, 1958.

²²⁶ SYMEONIDES, Symeon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, 2008, p. 1 et seq.; WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 413-414; WATT, Horatia Muir. Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form:

Na Europa, o descompasso ocasionado pelo confronto de culturas jurídicas, decorrente do multilateralismo, foi negado, ocasionou deformidades na aplicação de categorias jurídicas estranhas, formuladas por ordenamentos jurídicos estrangeiros, ou foi enfrentado por meio de escapes unilateralistas. Esta última opção foi a preferida na segunda metade do século XX, em que se vivenciava uma atmosfera mais cosmopolita, e explica o surgimento de normas para conflitos de qualificação, a adoção do reenvio, a emergência de questões prévias, a vigência de normas de aplicação imediata e outras técnicas teóricas²²⁷.

Além disso, após a Segunda Guerra Mundial, inicia-se um processo de desconstrução do nacionalismo jurídico, o que faz com que após 1945 houvesse uma renovação gradual do intento dos juristas em conceber certa uniformidade no Direito Internacional Privado, em esfera conceitual ou filosófica, embora reconhecessem que as normas e técnicas jurídicas variassem geograficamente²²⁸.

Em 1947, no estudo *The General Principles of Private International Law from the English Standpoint*, Ben Atkinson Wortley defendeu que, apesar da existência de várias técnicas jurídicas, haveria uma considerável uniformidade de resultados no contexto da tradição jurídica ocidental cristã²²⁹. A uniformidade, contudo, logo deixou de ser concebida somente por meio de vínculos religiosos e culturais pelos Estados. Em 1955, Norman Bentwich propôs uma ampliação da *comitas* para abarcar todos os povos, na pesquisa *Recent Developments of the Principle of Domicile in English Law*²³⁰.

A tendência de internacionalização foi bastante marcada nas décadas de 1950 e 1960, quando surgem diversas organizações voltadas a harmonizar o Direito Privado. Dentre estas podem ser citadas as Comunidades Europeias, cujos membros se esforçavam para harmonizar normas conflitantes relativas à jurisdição

Private International Law and the Politics of Difference. *Current Legal Problems*, v. 70, n. 1, 2017, p. 128 et seq.

²²⁷ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 414.

²²⁸ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 434-435.

²²⁹ WORTLEY, Ben Atkinson. The General Principles of Private International Law from the English Standpoint. *Recueil des Cours*, Tome 71, n. 2, 1947, p. 21.

²³⁰ BENTWICH, Norman. Recent Developments of the Principle of Domicile in English Law. *Recueil des Cours*, Tome 87, n. 1, 1955, p. 188.

e à homologação de decisões estrangeiras, ainda que de modo bastante incipiente, sobretudo se comparado à atualidade.

Todavia, assim como hodiernamente, a mentalidade jurídica diferia muito, não havia homogeneidade de pensamento, não havia uma concepção absoluta do Direito, mas uma coexistência não sistemática de elementos do período clássico do século XIX e elementos sociais²³¹. Isso fazia com que houvesse incoerências metodológicas.

Nas décadas de 1970 e 1980, as derrogações do método multilateral, por meio das técnicas unilateralistas ou pela substituição pelo neo-estatutismo americano, acima referidos, eram entendidas como ameaça por defensores de perspectivas mais tradicionais, já que consistiriam em empecilhos aos ideais universalistas e colocariam em risco entendimentos consolidados quanto à natureza e às funções do Direito Internacional Privado, enfranquecendo seus fundamentos²³².

Neste cenário de incerteza metodológica e hibridização de metodologias conflitantes, os juristas passaram a debater o sentido de justiça no Direito Internacional Privado e como atingir seus objetivos fundamentais. Gerhard Kegel (1912-2006), que identificou uma crise do Direito Internacional Privado, na tese *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im international Privatrecht* (1953), contrapunha uma justiça de Direito Internacional Privado (*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*) a uma justiça de Direito material (*materiellrechtliche Gerechtigkeit*), entendendo que aquela deveria ser perseguida²³³.

Contemporaneamente, tanto a justiça de Direito Internacional Privado quanto a justiça de Direito material são valorizadas, exigindo diferentes técnicas e

²³¹ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 442.

²³² NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, p. 443; e DE BOER, Th.M. Living Apart Together: The Relationship Between Public and Private International Law. *Netherlands International Law Review*, v. 57, issue 2, 2010, p. 202.

²³³ KEGEL, Gerhard. The Crisis of Conflict of Laws. *Recueil des Cours*, Tome 112, n. 2, 1964, p. 255 et seq.; NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, 444; BUCHER, Andreas. *op. cit.*, 2010, p. 60 et seq.; BANU, Roxana. *op. cit.*, p. 104 et seq.; LÜDERITZ, Alexander. Gerhard Kegel und das Deutsche internationale Privatrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 46. Jahrgang, Heft 3, 1982, p. 475 et seq.

princípios para que haja um equilíbrio na administração dos diferentes interesses, frequentemente conflitantes, o que faz com que a incerteza metodológica seja debatida. Henri Batiffol (1905-1989), em *Le Pluralisme des Méthodes em Droit International Privé* (1973), constatou que há um pluralidade de métodos, fadados a entrarem em conflito²³⁴. A coexistência de métodos diversos é uma característica marcante do Direito Internacional contemporâneo²³⁵.

1.2 ELEMENTOS DISRUPTIVOS DA NEUTRALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Conforme exposto no capítulo precedente, O Direito Internacional Privado atual não experimenta a unanimidade de um pensamento homogêneo, mas uma pluralidade de métodos e variantes concepções jurídicas, muitas vezes conflitantes. Neste cenário, em que há a prevalência do multilateralismo, as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública foram instrumentos utilizados com cada vez maior frequência.

Enquanto constituintes da Parte Geral do Direito Internacional Privado, estes instrumentos implicam em restrição à metodologia conflitual, pois obstruem a incidência e aplicação da norma estrangeira ou ao menos aspiram a ampliar as hipóteses da aplicação da lei do foro.

Ao assim procederem, as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública não acarretam um total rompimento com o método conflitual, mas consistem em “desvios” para que a aplicação deste método propicie a incidência da *lex fori* ou ocasione o aniquilamento de sua eficácia, ao considerar, albergando-

²³⁴ BATIFFOL, Henri. *Le Pluralisme des Méthodes em Droit International Privé. Recueil des Cours*, Tome 139, n. 2, 1973, p. 79 et seq. Vide KEGEL, Gerhard. Henri Batiffol zum 80. Geburtstag am 16. Februar 1985. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 49. Jahrgang, Heft 1, 1985, p. 168 et seq.

²³⁵ NEIDHARDT, Alberto Horst. *op. cit.*, 444-445; PICONE, Paolo. *Les Méthodes de Cooodination entre Ordres Juridiques en Droit International Privé: Cours Général de Droit International Privé. Recueil des Cours*, Tome 276, 1999, p. 25 et seq.; VITTA, Edoardo. *Cours Général de Droit International Privé. Recueil des Cours*, Tome 162, n. 1, 1979, p. 21 et seq.

se no exercício da soberania, que o resultado deste método não condiz com padrões exigidos pelo ordenamento jurídico do foro competente.

Inicialmente voltadas a resolver conflitos significativos de incompatibilidade entre culturas jurídicas, até mesmo mascarando certo preconceito ou indisposição por se compreender o diferente, as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública foram conceituadas a partir de um ideal teleológico, voltando-se ao propósito de implementação de um interesse social.

Nesse sentido, as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública podem ser qualificadas como disruptivas ao método conflitual, neutro de acordo com o paradigma westfaliano, pois englobariam elementos axiológicos, valores a serem politicamente efetivados.

Esta seção é destinada a demonstrar a existência de fatores valorativos implícitos às normas de aplicação imediata e à exceção da ordem pública por meio da análise do modo como foram doutrinariamente construídas.

1.2.1 Normas de Aplicação Imediata

As normas de aplicação imediata designam, em Direito Internacional Privado, normas materiais imperativas ou peremptórias excepcionais que incidem em relação jurídica desenvolvida em um determinado espaço, a despeito das normas gerais do ordenamento jurídico indicado como aplicável pelo sistema de Direito de Internacional Privado do foro competente²³⁶.

²³⁶ O termo *normas de aplicação imediata* apresenta acepções diversas elaboradas pela Ciência do Direito. No âmbito do Direito Internacional Privado, vinculam-se a uma compreensão espacial. Contudo, sob outros enfoques jurídicos, podem ser entendidas conforme o elemento temporal ou o elemento de auto executividade, quando sua aplicação prescinde de regulamentação. No Direito Internacional Público, as normas imperativas compõem o denominado *jus cogens*, representando normas não derogáveis, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, de acordo com a definição presente no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), promulgada no Direito brasileiro por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Vide SANTOS, António Marques dos. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1991, p. 2-3; e LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University, 2010, p. 37 et seq.

Tratam-se de normas materiais internas, cujo conteúdo é considerado essencial ao país que as editou, ensejando automática aplicação em uma dada relação jurídica de dimensão transfronteiriça, obstando a resolução do conflito de leis no espaço por meio do método conflitual tradicional²³⁷.

De fato, enquanto a técnica conflitual requer que se perquiria o elemento de conexão que, indiretamente, designa uma ordem jurídica abstrata, as normas de aplicação imediata recorrem a uma construção jurídica que determina especial e diretamente o domínio de aplicação no espaço de suas disposições materiais²³⁸.

A excepcionalidade das normas de aplicação imediata decorre justamente da sua faculdade de *destruir, deformar* ou *mutilar* o efeito da *lex causae*, a lei apontada como aplicável a uma relação jurídica particular²³⁹. Essa drástica consequência se explica pela necessidade de efetivação de objetivos normativos que não poderiam ser frustrados por qualquer direito estrangeiro²⁴⁰.

No Direito Legislado da União Europeia, uma definição uniforme e autônoma de norma de aplicação imediata foi prescrita no artigo 9, I do Regulamento n. 593/2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I),

²³⁷ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Norma Imperativa: A Conexão dos Direito Humanos com o Direito Internacional Privado*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005, p. 5.

²³⁸ Sobre os ambos os métodos e sua coexistência vide GUEDJ, Thomas G. The Theory of Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories. *The American Journal of Comparative Law*. v. 39, n. 4, 1991, p. 676-677.

²³⁹ “The function of peremptory norms in a legal case involving a conflict of laws can hardly be explained until these norms have been identified and classified – a piece of work which has not been done. I have already suggested, however, that these norms may either take over altogether and ‘destroy’ the effect of a foreign *lex causae* or only revise, deform or ‘mutilate’ its effect by adding rules from the *lex fori* as additional data for the decision (...)” (Tradução do original: “A função das normas de aplicação imediata em um caso jurídico envolvendo um conflito de leis dificilmente pode ser explicada até que estas normas sejam identificadas e classificadas – um trabalho que ainda não foi realizado. Eu já sugeri, no entanto, que estas normas ou podem assumir completamente o controle e ‘destruir’ o efeito de uma *lex causae* estrangeira ou somente revisar, deformar ou ‘mutilar’ seu efeito por meio da adição de regras da *lex fori* como dado adicional para a decisão”). EEK, Hilding. Peremptory Norms and Private International Law. *Recueil des Cours*, Tome 139, n. II, 1973, p. 55.

²⁴⁰ TALPIS, Jeffrey A. Legal Rules which Determine their Own Sphere of Application: A Proposal for their Recognition in Quebec. *Revue Juridique Thémis*, v. 17, 1982, p. 201 et seq.

consolidando o assentado pela doutrina e servindo de referência ao Direito da União e dos Estados-Membros²⁴¹:

As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento²⁴².

Em que pese as normas de aplicação imediata constituam atualmente uma noção elementar da Parte Geral do Direito Internacional Privado, sua concepção é relativamente recente, o que deu azo a uma inicial inexistência de uniformização terminológica por parte da Ciência Jurídica.

A expressão *norma de aplicação imediata* é utilizada nas versões portuguesas dos Regulamentos da União Europeia de Direito Internacional Privado, contudo são frequentes as nomenclaturas *lois de police*, leis de aplicação necessária (*lois d'application necessaire*), normas de ordem pública ou normas expressas de ordem pública, normas autolimitadas (*norme autolimitate*), normas com esfera de eficácia delimitada (*norme com apposita delimitazione dalla loro sfera d'efficacia*), normas peremptórias (*peremptory rules*), normas rígidas expressas, normas exclusivas (*Exclusivnormen*), normas de intervenção

²⁴¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *op. cit.*, p. 148-150; MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016, p. 96; BONOMI, Andrea. Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts. *Yearbook of Private International Law*. v. X. Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, p. 289; POSCH, Willibald. *Bürgerliches Recht*. 5. Auflage. Band VII. Internationales Privatrecht. Wien: Springer, 2010, p. 58-59.

²⁴² UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento de Roma I). Artigo 9, 1.

(*Eingriffsnormen*), normas internacionais compulsórias (*international zwingende Normen*)²⁴³, e normas espacialmente condicionadas (*spatial conditioned rules*)²⁴⁴.

No plano legislativo, as normas de aplicação imediata rudimentarmente se vinculavam à formulação da soberania, prescrevendo a aplicação da lei local, em matérias específicas, a todos que estivessem submetidos àquela jurisdição. Nesse sentido, podem ser citadas *Las Siete Partidas* de Castilha, redigidas entre 1256 e 1265²⁴⁵; as Cartas Reais de Flandres de 1657, que determinavam a aplicação da lei e costumes do foro a todos os habitantes, no que se referia à religião e *police*; e o artigo 3, §1, do *Code Napoléon*, de 1804, cuja redação exprimia que as *lois de police et de sûreté* obrigam todos os habitantes do território^{246 247}.

Prenúncios da doutrina das normas de aplicação imediata se originaram, de modo incipiente, nos pensamentos jurídicos de Karl Georg von Wächter (1797-

²⁴³ Embora as normas de aplicação imediata sejam normas internas, no Direito alemão é comum a inclusão do adjetivo *internacional* na expressão normas internacionais compulsórias (*international zwingende Normen*), utilizada como sinônimo de normas de intervenção (*Eingriffsnormen*). O adjetivo internacional foi incluído para diferenciar as normas compulsórias domésticas, que implicam em restrições à autonomia privada do âmbito interno, das normas compulsórias que, em relações jurídicas transfronteiriças, obstam a aplicação do ordenamento jurídico indicado pelo Sistema de Direito Internacional Privado. A título exemplificativo, no Direito brasileiro, normas contidas no Código de Defesa do Consumidor são classificadas como normas compulsórias domésticas ou normas cogentes. Vide KROPHOLLER, Jan. *op. cit.*, 2006, p. 19; KEGEL, Gerhard; SCHURIG, Klaus. *Internationales Privatrecht*. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2004, p. 152 et seq.; e MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 268.

²⁴⁴ Essas denominações foram extraídas de obras jurídicas de autores consagrados, como Phocion Francescakis, José Antonio Carrillo Salcedo, Werner Goldschmidt, Rodolfo Nova, Paul Heinrich Neuhaus, Gerhard Kegel e Arthur Nussbaum. Vide PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *General Course of Private International Law: selected problems*. *Recueil des Cours*, Tome 210, n. III, 1988, p. 129-130; e GUEDJ, Thomas G. *op. cit.*, p. 664.

²⁴⁵ “Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes sobre quien las él pone son tenudos de las obedecer et guardar, et judgarse por ellas, et non por otro escripto ninguno de otra manera fecho. Et el que la ley face es tenudo de la facer complir: et eso mesmo decimos de los que fuesen de otro señorío que feciesen hi pleyto, ó postura ó yerro em la tierra onde se judgase por estas dichas leyes” (Tradução do original: “Todos aqueles que são do senhorio do legislador, sobre quem as leis são impostas, são sujeitos as obedecer e guardar, de serem julgados por elas e não por outro escrito de outra maneira elaborado. E o que a lei prescreve deve ser cumprido: o mesmo dizemos dos que fossem sujeitos a outro senhorio, que pleiteiassem, atuassem ou errassem na terra onde se julgasse por estas referidas leis”). Partida Primera, Título I, Ley XV publicado na versão CASTELA. *op. cit.*, p. 22.

²⁴⁶ “Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire” (Tradução do original: “As normas de aplicação imediata obrigam todos aqueles que habitam o território”). Artigo 3, §1 do *Code Napoleon*, disponível em FRANÇA. *Code Napoléon*, Código Civil Francês, de 21 de março de 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 01 maio 2019.

²⁴⁷ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *op. cit.*, p. 122, nota 260; e FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 15.

1880) e Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Em 1842, von Wächter lecionou que, no Direito Obrigacional e, especificamente, nos contratos internacionais, não obstante a autonomia privada fosse reconhecida, esta poderia ser subtraída por leis cogentes (*leges cogentes*)²⁴⁸.

Em 1849, no clássico volume de Direito Internacional Privado do *System des heutigen Römischen Rechts*, Savigny identificou a existência de leis de natureza positivamente obrigatórias (*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*)²⁴⁹. Estas normas, na verdade, estariam enquadradas como aplicação *a priori* da ordem pública, detendo uma função positiva, enquanto a aplicação *a posteriori* da ordem pública, cuja função seria negativa, representaria os institutos jurídicos inexistentes do Estado do foro competente²⁵⁰.

No final do século XIX e início do século XX, a doutrina de Direito Internacional Privado se dedicou com maior afinco à elaboração do conceito de ordem pública, eventualmente associando esta à noção de norma de aplicação imediata. As *leis de ordem pública* designariam normas políticas, morais, referentes à segurança de pessoas e bens, de direito penal internacional, relativas à propriedade, ao crédito público e aos serviços públicos, dentre outros temas²⁵¹.

Apenas na segunda metade do século XX, houve uma lapidação mais profunda da concepção de norma de aplicação imediata, sobretudo por meio de pesquisas empreendidas pela doutrina francesa, nomeadamente por Phonicion Francescakis (1910-1992), jurista que cunhou o termo atualmente utilizado.

Francescakis constatou que existiriam mecanismos de Direito Internacional Privado distintos para além do método conflitual. A ordem pública seria espécie de

²⁴⁸ VON WÄCHTER, Karl Georg. Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. *Archiv für die civilistische Praxis*. Band XXV, Heft 2. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1842, p. 197 et seq.

²⁴⁹ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Band VIII. Berlin: Veit, 1849, p. 33.

²⁵⁰ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *op. cit.*, p. 33 et seq; SANTOS, António Marques dos. *op. cit.*, v. 1, p. 171-172, nota 598; STURM, Fritz. Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit. *Ius Commune*. v. VIII. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1979, p. 101 et seq; GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Europa-América, 1952, p. 471-477. Para um histórico mais completo dos antecedentes das normas de aplicação imediata vide SANTOS, António Marques dos. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. v. II. Coimbra: Almedina, 1991, p. 697 et seq.

²⁵¹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 17-18.

intervenção posterior à aplicação do método conflitual, levando em conta um paradigma consequencialista, ou seja, o resultado da lei aplicável e seu contraste com os valores da ordem jurídica interna não fixados por texto legislativo. As normas de aplicação imediata, contrariamente, teriam aplicação sem intermédios, anterior a qualquer indagação do método conflitual²⁵².

No plano jurisprudencial, o entendimento elucubrado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Boll* (Holanda v. Suécia), de 28 de novembro de 1958, é tido como precursor do emprego do expediente de normas de aplicação imediata, embora ainda não existisse uma doutrina consolidada e a Corte se valesse, substitutivamente, do conceito de ordem pública.

Neste caso, a lei holandesa era indicada como *lex causae* pelo sistema de Direito Internacional Privado sueco, contudo o Poder Judiciário sueco havia determinado que normas suecas de proteção ao menor deveriam ser observadas, pois se tratavam de normas de ordem pública. A Holanda recorreu à Corte Internacional de Justiça por compreender que a incidência de leis suecas havia violado a Convenção de Haia para regulamentar a tutela de menores, de 1902, que pautava o elemento de conexão da nacionalidade do menor. Na ocasião, a Corte Internacional de Justiça decidiu que a lei sueca em questão estava fora do âmbito jurídico da Convenção de Haia de 1902, porquanto teria por escopo finalidades sociais que a transcenderiam e deveriam ser implementadas a todos os menores dentro do país²⁵³.

Por se tratar de um instituto jurídico de formulação abstrata bastante abrangente, há certa dificuldade em se divisar quais são os conteúdos normativos que albergam normas de aplicação imediata. Tais normas designam exceções que

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de Aplicação Imediata como um Método para o Direito Internacional Privado de Proteção do Consumidor no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 1, 2004, p. 75 et seq.; e FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 20.

²⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Court of Justice. Netherlands v. Sweden. Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants. Judgment of 28 November 1958. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/33>>. Acesso em: 01 maio 2019; EEK, Hilding. *op. cit.*, p. 55; VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. *Recueil des Cours*, Tome 232, n. I, 1992, p. 160-162; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 178 et seq.

devem ser identificadas e justificadas no caso concreto, pois, em geral, não manifestamente expressas no texto legislativo.

A inexistência de previsão explícita, associada à multiplicidade de políticas públicas e valores de cada ordenamento jurídico, bem como à indissociação na estrutura legislativa, são entraves à identificação generalizada do conteúdo normativo das normas de aplicação imediata²⁵⁴.

Conforme explanação anterior, as normas de aplicação imediata são excepcionais e, portanto, não disciplinam institutos jurídicos de modo integral, destinando-se a reger aspectos especiais. Desse modo, em casos transfronteiriços, um determinado texto legislativo pode concomitantemente comportar normas de aplicação imediata e normas de aplicação condicionada às regras do método conflitual²⁵⁵.

Embora não existam critérios ou requisitos objetivos para se preconizar quais são as normas de aplicação imediata, a compreensão das suas características elementares, dos seus potenciais efeitos, das suas circunstâncias de exercício e dos âmbitos do direito material a que estão geralmente vinculadas pode favorecer sua identificação.

As características centrais das normas de aplicação imediata são a *territorialidade*, o *unilateralismo* e a *uniformização*. A imperatividade normativa demanda a existência de norma material válida e eficaz, integrante de um ordenamento jurídico que a confere destaque ou alcance especial em relação às demais normas. Nesse sentido, a *territorialidade* denota o anseio estatal de

²⁵⁴ VISCHER, Frank. *op. cit.*, p. 169.

²⁵⁵ “To better clarify the extent of the obstacle to the operation of the ordinary conflict rules caused by the existence of the forum’s peremptory rules, it should be stressed that the latter do not usually fully regulate an institution, but merely certain aspects thereof, beyond which the conflict rule of the forum can be applied and, hence, the foreign law referred to by it (except, of course in the case of the intervention of the ordre public exception)” (Tradução do original: “Para melhor esclarecer a extensão do obstáculo à operação de regras de conflito ordinárias causado pela existência de normas de aplicação imediata do foro, deve-se enfatizar que estas geralmente não regulam totalmente um instituto, mas meramente alguns de seus aspectos, além dos quais as regras de conflito do foro podem ser aplicadas e, portanto, a lei estrangeira a que se refere (exacto, é claro, no caso da intervenção da exceção da ordem pública”). MOSCONI, Franco. *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules. Recueil des Cours*, Tome 217, n. V, 1989, p. 144.

aplicação da norma destacada em uma relação jurídica específica, independentemente da sua compatibilidade com a *lex causae*²⁵⁶.

A desconsideração da confluência com a lei apontada como apropriada ao caso por meio do método conflitual resulta no *unilateralismo*. Há uma distorção do arranjo bilateral, ainda que parcialmente, pois as normas de aplicação imediata de um Estado incidem sem levar em conta os ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁵⁷.

“As normas são consideradas imperativas porque seu conteúdo material é compreendido no momento em questão como extremamente relevante, de modo a não se admitir outra forma ou fonte de regulamentação, sobretudo estrangeira”²⁵⁸. Destarte, relevantes são a estrutura do comando e seu conteúdo, não importando a hierarquia ou designação normativa, podendo existir normas de aplicação imediata constitucionais, ordinárias e complementares, decorrentes ou não de acordos de Direito Internacional Público.

Por serem normas materiais que sempre incidem nas relações jurídicas a que se destinam, as normas de aplicação imediata proporcionam uma *uniformização* das decisões judiciais. Independentemente de serem transfronteiriços ou não, casos semelhantes tendem a ser solucionados de modo similar²⁵⁹, em razão do afastamento de normas de ordenamentos jurídicos diversos²⁶⁰.

²⁵⁶ SAUVEPLANNE, J. G. New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice. *Recueil des Cours*, Tome 175, n. II, 1982, p. 34.

²⁵⁷ MOSCONI, Franco. *op. cit.*, p. 140-141; e NYGH, Peter. The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort. *Recueil des Cours*, Tome 251, 1995, p. 278.

²⁵⁸ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 6-7.

²⁵⁹ GUEDJ, Thomas G. *op. cit.*, p. 666.

²⁶⁰ “It can be said, therefore, that in essence the peremptory rules express the need for all relations and situations which are somehow connected with a State to be subjected to the uniform substantive regulation provided for by the peremptory rules themselves. And that such rules aim programmatically to achieve harmony within their own legal system. Thus, in themselves, peremptory rules contrast with the aim generally recognized as the typical character of the conflict rules, which is that of ensuring that a relationship is regulated in the same way under all the legal systems under which it may be examined, an aim which is instead thwarted only as an exception, by the *ordre public clause*” (Tradução do original: “Pode-se dizer, portanto, que, em essência, as normas de aplicação imediata expressam a necessidade de que todas as relações e situações que de algum modo são conectadas a um Estado sejam sujeitas à regulação substantiva uniforme prevista pelas próprias normas de aplicação imediata. E que estas normas visem programaticamente a alcançar harmonia dentro de seu próprio sistema jurídico. Assim, em si mesmas, as normas de aplicação imediata contrastam com o objetivo geralmente reconhecido como o caráter típico das regras de conflito, que

Em função dessas características, as normas de aplicação imediata apresentam os seguintes *efeitos possíveis de carga negativa*: “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 (...)”²⁶¹.

Ao mesmo tempo, podem desencadear *efeitos possíveis de carga positiva*, vantajosos às partes, como garantir a eficácias das decisões jurídicas do foro, favorecer as condições de contratação internacional e a segurança das transações, e evitar a elisão de normas de intervenção de um determinado Estado mediante a autonomia das partes na eleição da lei aplicável²⁶².

Quanto às *circunstâncias de exercício* das normas de aplicação imediata, podem ser distinguidas três hipóteses, decorrentes da existência de normas peremptórias do foro, normas peremptórias integrantes da *lex causae* e normas peremptórias externas.

A presença de normas peremptórias do foro representa a circunstância mais tradicional de exercício de normas de aplicação imediata. Nessa conjuntura, o juiz competente afasta, pontualmente, a lei resultante do conflito de normas para aplicar uma norma nacional compreendida como inafastável ao caso concreto.

A existência de normas peremptórias integrantes da *lex causae*, voltadas ou não a relações jurídicas transfronteiriças²⁶³, não simboliza própria circunstância de exercício de norma de aplicação imediata. Embora peremptórias, tais normas

é o de garantir que uma relação seja regulada do mesmo modo em todos os sistemas jurídicos sob os quais possa ser examinada, um objetivo que é frustrado somente como uma exceção, pela cláusula da ordem pública”). MOSCONI, Franco. *op. cit.*, p. 144.

²⁶¹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 9.

²⁶² FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 26-27.

²⁶³ “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. (...) 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”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 22-24.

seriam componentes do ordenamento jurídico indicado pela regra de conflito, não refletindo uma distorção ao método conflitual e, portanto, não consistindo em exceção de norma de aplicação imediata²⁶⁴.

Em uma terceira hipótese, normas peremptórias externas podem implicar em circunstância de exercício de norma de aplicação imediata. Tratam-se de normas de Estados terceiros que, não coincidindo com a *lex fori* ou com a *lex causae*, a estas se sobreporiam por incumbência de sua proximidade com fatores fáticos e jurídicos do caso concreto²⁶⁵.

No que tange aos *âmbitos do direito material* a que estão geralmente vinculadas, as normas de aplicação imediata se diferem pelo seu propósito de proteção institucional e garantia de pressupostos políticos, econômicas e sociais²⁶⁶. Seu conteúdo normativo é substantivo, já que a normas de aplicação imediata são

²⁶⁴ “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*” (Tradução do original: “Uma questão muito mais complicada é decidir se o juiz deve aplicar uma norma de aplicação imediata estrangeira que incida para governar o caso, independentemente de suas conexões com vários sistemas jurídicos. A resposta deveria ser afirmativa quando elas pertencem ao Direito estrangeiro aplicável, de acordo com as regras de conflito do foro, mas sempre dentro do escopo territorial e pessoal que o legislador estrangeiro lhes designou, e entendendo-se que não violarão princípios fundamentais da *lex fori*”). PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *op. cit.*, p. 135-136.

²⁶⁵ “The controversy appears when the rule emanates from a third state being neither the State of the forum nor the State which is the *lex causae*. Recognition of its application would clearly depart from the Savigny paradigm. Still, the close social, economical and political interdependence among modern States commands a minimum of co-operation which in turn gives some credit to a claim that the judge, at least in some instances, should apply the mandatory rules of third states, too. These two observations, that is, the absence of any binding rule and the need for co-operation are not contradictory and may be reconciled if one vests the judge with discretion as to the application of third states’ mandatory rules. Under this analysis, nothing compels the judge to apply them but nothing prevents him from doing so, either. What is at stake is no longer their *applicability*, but merely their *application* to the case at bar” (Tradução do original: “A controvérsia aparece quando a norma emana de um Estado terceiro que não é nem o Estado do foro nem o Estado da *lex causae*. O reconhecimento de sua aplicação se afastaria claramente do paradigma de Savigny. Ainda assim, a estreita interdependência social, econômica e política entre os Estados modernos exige um mínimo de cooperação, que, por sua vez, dá algum crédito a uma alegação de que o juiz, pelo menos em alguns casos, deveria aplicar também normas de aplicação imediata de Estados terceiros. Essas duas observações, quais sejam, a ausência de qualquer regra vinculante e a necessidade de cooperação, não são contraditórias e podem ser reconciliadas se for conferido ao juiz a discricionariedade para aplicar normas de aplicação imediata de Estados terceiros. Sob essa análise, nada compele o juiz a aplicá-las, mas também nada o impede de fazê-lo. O que está em jogo não é mais a sua *aplicabilidade*, mas meramente sua *aplicação* ao caso sub judice”). GUEDJ, Thomas G. *op. cit.*, p. 671. Vide também SANTOS, António Marques dos. *op. cit.*, v. 2, p. 978 et seq.

²⁶⁶ Vide a distinção entre normas de proteção individual e normas de proteção social lecionada pelo jurista francês Antoine Pillet em EEK, Hilding. *op. cit.*, p. 60.

materiais e a *materialidade de sua função social* é um dos motivos para lhes conferir efetividade privilegiada frente a outras normas.

Nesse contexto, as normas de aplicação imediata podem ser diferenciadas entre normas imperativas que interpõem um interesse público e normas imperativas que ensejam um interesse privado, emergindo, recorrentemente, em diplomas de Direito Público e de Direito das Obrigações, em normas protetivas em geral, em normas referentes a bens culturais, na arbitragem e no Direito da Integração²⁶⁷.

Por assumirem por escopo precípua a garantia da *ordem e estabilidade social*, as normas de aplicação imediata foram tradicionalmente vinculadas a interesses públicos. Nesta categoria, normas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário e Direito Penal tendem a ser imperativas. Salienta-se, contudo, que nem todas as normas integrantes destas áreas jurídicas são dotadas de peremptoriedade, devendo atentar-se a sua função social²⁶⁸.

As *lois de police* que têm por objetivo proteger um interesse econômico, social ou político do país, portanto, nacional, apresentam um aspecto territorial tanto no plano judiciário (aplicação reservada 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 autolimitação pois há a recusa de sua aplicação fora do campo espacial imperativo²⁶⁹.

Sob outra perspectiva, as normas de aplicação imediata voltadas a proteger interesses privados normalmente visam a assegurar equilíbrio nas relações jurídicas em que uma das partes está em condição de vulnerabilidade ou debilidade, nomeadamente os consumidores, empregados, menores e interditados.

²⁶⁷ Estes âmbitos jurídicos foram elencados em FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 30-31. Contudo, optou-se pelas expressões *Direito das Obrigações* em substituição a *Contratos e Direito da Integração* ao invés de *Direito Comunitário*. Essa modificação foi efetuada porque normas de aplicação imediata podem obstar a autonomia privada não só em obrigações decorrentes de negócios jurídicos, mas também em obrigações extracontratuais. Preferiu-se a terminologia *Direito da Integração* por se tratar de conceito mais amplo. Vide JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002; e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo: LTR, 1998, p. 100.

²⁶⁸ EEK, Hilding. *op. cit.*, p. 60.

²⁶⁹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 33-34.

Também podem ser citadas normas dirigidas a responsabilizar civilmente perpetradores de danos ambientais e de danos concorrenciais.

Especificamente no Direito Obrigacional, contratual ou extracontratual, as normas de aplicação imediata têm o condão de suplantar a autonomia privada na escolha da lei aplicável, ainda que esta seja perspicazmente exercida e autorizada pelo ordenamento jurídico da *lex fori* ou da *lex causae*.

As normas imperativas que ensejam interesses privados retêm um mecanismo de aplicação diferenciado, não necessariamente imediato, pois, em razão de seu escopo protetivo, impõem cotejar qual é a norma mais benéfica dentre as relacionadas ao caso concreto²⁷⁰.

No Direito da Integração, a exceção das normas de aplicação imediata tende a ser mais complexa, já que normas imperativas derivadas da integração podem coexistir com normas imperativas domésticas dos Estados-Membros. A relação entre essas normas dependerá do grau de integração acordado por meio do Direito Internacional Público.

1.2.2 Exceção da Ordem Pública

A ordem pública é um elemento da Parte Geral que obsta a aplicação do ordenamento jurídico apontado pelo método conflitual, sob a consideração de que seus efeitos são perniciosos. Consiste em conceito clássico do Direito Internacional Privado, renunciado por Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), Ulrik Huber (1636-1694), Joseph Story (1779-1845) e Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)²⁷¹.

A função primária da ordem pública, no Direito Conflitual, é “salvaguardar valores essenciais de justiça”, que formam a base da ordem jurídica da *lex fori*²⁷², ensejando um afastamento da repercussão da lei estrangeira aplicável, por reputá-

²⁷⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 34.

²⁷¹ JUENGER, Friedrich K. *op. cit.*, p. 199-200.

²⁷² BUCHER, Andreas. L'Order Public et le But Social des Lois em Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Tome 239, n. 2, 1993, p. 9-116.

la “repugnante” ao senso moral do foro, prevenindo injustiças em circunstâncias particulares e restringindo a autonomia privada²⁷³.

Em vista disto, a ordem pública sempre apresenta um duplo impacto, de feição negativa e positiva. Por um lado, “elimina o Direito estrangeiro nocivo” e, por outro, “o substitui por Direito inofensivo”²⁷⁴.

Conquanto a ordem pública encerre um significado bastante amplo, sujeito a interpretações múltiplas, avaliadas em casos concretos, podem ser divisadas suas qualidades de excepcionalidade; aplicação restrita; relatividade e instabilidade, decorrentes de sua variação no tempo e espaço; contemporaneidade; e seu fator exógeno, já que é externa à norma jurídica²⁷⁵.

Em contraste com as normas de aplicação imediata, que incidem de modo direto, sem grandes intermédios, a ordem pública se traduz em intervenção posterior à aplicação do método conflitual, ponderando, segundo um paradigma consequencialista, o cotejo entre o resultado da lei aplicável e os valores da ordem jurídica interna, não fixados por texto legislativo²⁷⁶.

No Direito Interno, a ordem pública normalmente se associa a um princípio limitador da vontade das partes. Já no Direito Romano se previa a regra de que *privatorum conventio júri publico non derogat* ou de que *jus publicum privatorum pacis mutari non potest*, refletindo a impossibilidade do conteúdo pactuado entre as partes derogar determinadas normas, então chamadas de Direito Público, mas que abrangiam uma ordem pública imanente²⁷⁷.

No Direito Internacional Privado, a ordem pública tem o condão de impedir a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos praticados no exterior

²⁷³ MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Order Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 11, n. 3, 1981, p. 607.

²⁷⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. *op. cit.*, p. 477.

²⁷⁵ FRAGOSO JUNIOR, Sílvio Brambila. Ordem Pública no Processo de Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através de um regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016, p. 559-560.

²⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. *op. cit.*, p. 75 et seq.; e FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 349 et seq.

ou a homologação de decisões estrangeiras. Para tanto, seria necessário dividir o seu conteúdo, que, contudo, engloba aspectos filosóficos, morais, relativos e alteráveis, sendo sua principal característica a indefinição e aplicação tópica.

A ordem pública exprime a filosofia sócio-política da legislação como um todo, representando a moral básica da nação. Desse modo, engloba os planos político, jurídico, moral e econômico do Estado. Entretanto, ao aplicador do Direito não é claro o que é essencial à filosofia, à política, à moral ou à economia da nação. Esta aferição seria efetuada pela sensibilidade média da sociedade em determinada época²⁷⁸.

Historicamente, a ordem pública no contexto do Direito Internacional Privado foi primitivamente elaborada pela Escola Estatutária italiana. Bártolo divisiva os estatutos odiosos, que não poderiam ser aplicados para além da localidade onde foram emanados, e os estatutos favoráveis.

Modernamente, embora muito se aluda que Savigny tenha sido o responsável por consolidar a noção de ordem pública, na obra de *Commentaries on Conflict of Laws* (1849), de Joseph Story, esta já era conceituada de modo bastante contundente:

Nação alguma pode ser justamente requerida a ceder suas conveniências políticas e instituições fundamentais em favor das de outra nação. Muito menos pode nação alguma ser requerida a sacrificar seus interesses a favor de outra ou a praticar doutrinas que, em conceito moral ou político, sejam incompatíveis com sua segurança ou felicidade, ou com sua consciência de justiça e dever.

Nas intermináveis diversidades da jurisprudência humana, muitas leis têm que existir em um país, sendo resultado de circunstâncias locais ou acidentais, e que são completamente ineptas para serem incorporadas nas instituições e hábitos de outro.

Não poucas leis, bastante adaptadas às nações gentis, seriam totalmente repugnantes aos sentimentos, assim como à justiça, das que abraçam o cristianismo. Uma nação gentil bem pode justificar a poligamia, o incesto, os contratos moralmente torpes ou os exercícios de crueldade despótica às pessoas, que seriam repugnantes aos primeiros princípios do dever cristão. As leis de uma nação podem se fundar em um estreito egoísmo, exclusivamente destinado a promover sua política, ou o interesse pessoal ou proprietário de seus súditos, com prejuízo e ainda com ruína dos súditos de todos os outros países.

Nestes, como em muitos outros que se pode facilmente propor sem se serem feitas suposições extravagantes, há extrema dificuldade em se

²⁷⁸ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 349 et seq.

dizer que outras nações estão obrigadas a dar efetividade às leis, às instituições ou aos costumes dessa nação, que são subversivas a sua moral, sua justiça, seu interesse ou sua política²⁷⁹.

Os principais fatores que distinguem a ordem pública, acima anunciados, são sua relatividade ou instabilidade, a contemporaneidade, a excepcionalidade ou restritividade e a exogenia, ao que agregou-se a obrigatoriedade.

A relatividade ou instabilidade indica que a ordem pública é mutável, instável temporalmente e espacialmente. O que é tido por norma de ordem pública em uma localidade pode não ser em outra, assim como o que fora anteriormente pode não ser atualmente²⁸⁰.

A instabilidade da ordem pública no tempo e no espaço implica em uma configuração territorialista, ou seja, a rejeição ao Direito estrangeiro se justifica exclusivamente por uma norma interna do foro²⁸¹.

A contemporaneidade determina que a ordem pública deve ser analisada pelo órgão jurisdicional conforme o momento em que se está julgando, não se reportando ou considerando as configurações que poderia assumir quando da ocorrência do fato ou ato jurídico²⁸².

Em razão da mutabilidade dos institutos jurídicos, o que se compreende por atentado à ordem pública em um foro não necessariamente será assim entendido em outro. Com relação ao tempo, o prejuízo à ordem pública deve ser verificado na atualidade, já que o que poderia ser considerado atentatório em relação ao passado pode não ser no presente²⁸³.

Desse modo, ainda que os atos tenham sido praticados ou os fatos tenham ocorrido com base em lei estrangeira anteriormente contrária à ordem pública do foro, estes terão sua eficácia reconhecida se nesse ínterim sobrevier uma modificação da percepção da ordem pública no sentido de tolerá-los.

²⁷⁹ STORY, Joseph. *op. cit.*, p. 32-33.

²⁸⁰ DICKINSON, John. *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*. Cambridge: Harvard University, 1927, p. 131.

²⁸¹ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *El Orden Público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012, p. 30.

²⁸² DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 349 et seq.

²⁸³ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *op. cit.*, p. 30.

Neste ponto, há uma diferença significativa entre os efeitos que a ordem pública desencadeia no âmbito interno e no âmbito internacional. Internamente, se a autonomia privada não observar as normas de ordem pública, o ato jurídico praticado será considerado inválido e raramente poderá ser convalidado com o tempo²⁸⁴.

Em outro sentido, a contemporaneidade também implica na impossibilidade de se homologar decisão estrangeira ou de se reconhecer um ato ou fato jurídico praticado ou ocorrido no exterior de acordo com a ordem pública se posteriormente tornam-se ofensivos²⁸⁵.

Destaca-se, quanto ao Direito intertemporal, que a exceção da ordem pública sempre se justifica com base na incompatibilidade da norma estrangeira vigente com o foro. Se houve alterações legislativas na norma estrangeira, cumprirá se reportar ao ordenamento jurídico estrangeiro para se verificar qual a norma incidente no caso e então cotejá-la com a ordem pública do foro²⁸⁶.

Destarte, não cabe ao órgão jurisdicional competente chamado a aplicar uma norma estrangeira analisar se as regras de Direito intertemporal do ordenamento jurídico estrangeiro são adequadas ou não. A retroatividade de certa norma nem sempre impedirá sua aplicação, mas poderá ser excetuada se desrespeitar direitos constitucionalmente estabelecidos, como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido²⁸⁷.

A excepcionalidade da ordem pública é característica que a revela como última *ratio*. Por implicar em uma ruptura com a solução que foi designada pelo método conflituoso ou por dar azo a não homologação e reconhecimento de efeitos a uma decisão estrangeira, sua aplicação somente pode ocorrer quando há insuperável e manifesta incompatibilidade²⁸⁸.

²⁸⁴ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 353.

²⁸⁵ NIBOYET, J. P. *Cours de Droit International Privé Français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1949, p. 503 et seq.

²⁸⁶ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *op. cit.*, p. 32.

²⁸⁷ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 285.

²⁸⁸ BUCHER, Andreas. *op. cit.*, 2010, p. 171 et seq.; RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016, p. 104; BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *op. cit.*, p. 29.

Reforça-se que à aplicação do instituto da exceção da ordem não basta qualquer disparidade entre a lei estrangeira e a *lex fori*. Exige-se uma incongruência substancial da norma material, seja da sua regra ou dos seus princípios subjacentes, conduzindo a um resultado intolerável ao foro²⁸⁹.

Por tal razão, exige-se uma motivação bastante justificada. Cabe ao órgão jurisdicional competente aplicar a exceção da ordem pública restritivamente, pois além de romper com o método conflitual, configura uma intervenção efetiva do Estado na relação jurídica em causa²⁹⁰.

A exogenia, por sua vez, aponta que, ao contrário do que ocorre com as normas de aplicação imediata, a exceção da ordem pública sempre decorre de um cotejo do ordenamento jurídico interno com normas ou decisões estrangeiras.

Por muito tempo se tentou classificar quais normas teriam um conteúdo que comporia a ordem pública do foro²⁹¹, contudo esta não é um fator imanente a uma norma do plano interno, seja proibitiva ou imperativa²⁹². Isto explicaria porque certa norma interna poderia desencadear a exceção da ordem pública frente a uma estrangeira em um caso e não em outros²⁹³.

Determinada norma jurídica do foro será aplicada em substituição à norma do país A, indicada como competente por uma regra de conexão, por ser a lei deste país A chocante à ordem pública do foro, mas não será aplicada a mesma lei do foro quando invocada norma correspondente do país B, também diversa da lei local, mas que não lhe seja chocante. Assim, a norma do foro, na primeira hipótese foi aplicada em substituição à norma estrangeira competente, por ser esta atentatória à ordem pública, enquanto que na segunda hipótese não foi aplicada a norma do foro, permitindo-se a aplicação da lei do país B, por nada ter de atentatório apesar de conter norma diferente²⁹⁴.

²⁸⁹ BATTELLO Calderón, Silvio Javier. *op. cit.*, p. 34.

²⁹⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: FCU, 2009, p. 259 et seq.

²⁹¹ Vide PILLET, Antoine. *De L'Orde Public en Droit International Privé*. Grenoble: F. Allier père et fils, 1890; ASSER, Tobias Michael Carel. *Éléments de Droit International Privé ou du Conflit des Lois*. Paris: A. Rousseau, 1884, p. 59; FIORE, Pasquale. *Diritto Internazionale Privato: O Principii per Risolvere i Conflitti tra le Leggi Civili, Commerciali, Giudiziarie, Penali di Stati Diversi*. 4. ed. Torino: Unione Tipografico, 1902; e VALERY, Jules. *Manuel de Droit International Privé*. Paris: Fontemoing, 1914, p. 310.

²⁹² DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979, p. 40.

²⁹³ BARTIN, Étienne Adolphe. *Études de Droit International Privé*. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1899, p. 259.

²⁹⁴ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1979, p. 15-16.

Por este motivo, a exceção da ordem pública sempre deverá ser averiguada no caso concreto, conforme as nuances e as consequências que a lei designada aplicável provoca nas peculiaridades da relação *sub judice*. É impossível concebê-la de modo abstrato ou por meio de generalizações.

Um dos parâmetros elaborados para facilitar a identificação de circunstâncias que ensejam a exceção da ordem pública foi expresso na teoria da intensidade da conexão interna (*intensität der Binnenbeziehung*), também denominada de ordem pública de proximidade (*ordre public de proximité*)²⁹⁵.

Segundo esta teoria, a exceção da ordem pública é restrição que somente deve ocorrer quando a relação jurídica *sub judice* apresentar um forte e suficiente vínculo com o foro. Deve existir um interesse considerável do foro no litígio para que aquele assuma autoridade normativa sobre este, ainda que parcialmente²⁹⁶.

Contudo, tal teoria tem sido alvo de relevante crítica por potencialmente ensejar desníveis quanto à efetividade dos direitos fundamentais, já que propiciaria que estes fossem experimentados por alguns e não por outros, em razão de seu domicílio ou nacionalidade, por exemplo²⁹⁷.

A obrigatoriedade da exceção da ordem pública é outro fator a ser considerado. Sempre que análise do caso concreto demonstrar que há incompatibilidade grave entre a norma jurídica estrangeira aplicável e a ordem pública, a exceção deve ser reconhecida de ofício pelo órgão jurisdicional competente. Disso resulta que a exceção da ordem pública não depende da alegação das partes, pois não se permite que a implementação de valores básicos do foro seja relegada a sua disposição²⁹⁸.

²⁹⁵ WENGLER, Wilhelm. *Internationales Privatrecht*. 1. Teilband. Berlin: Walter de Gruyter, 1981; p. 79; KAHN, Franz Michael; LENEL, Otto; LEWALD, Hans. *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*. München: Duncker & Humblot, 1928; e COURBE, Patrick. L'Ordre Public de Proximité. In: JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle; MAYER, Pierre (Eds.). *Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes*. Mélanfes em l'Honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005, p. 227 et seq.

²⁹⁶ KUIPERS, Jan-Jaap. *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, p. 326.

²⁹⁷ BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *op. cit.*, p. 36;

²⁹⁸ WURMNEST, Wolfgang. *Ordre Public (Public Policy)*. In: LEIBLÉ, Stefan (Ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Por se tratar de um instituto com conceituação bastante ampla, a ser definida caso a caso, em grande medida pertence ao domínio da interpretação judicial, incumbindo-se aos tribunais superiores sua fixação. As cortes superiores devem explicitar quais circunstâncias elementares da ordem econômica e social do foro serviram de sustentação à exceção da ordem pública, para que esta seja útil, operativa e sirva de base para casos semelhantes²⁹⁹.

Ao Poder Judiciário foi atribuída, pelo legislador, a tarefa de dar concretude e especificar o conteúdo do que seria a ordem pública e quando esta deve obstar a aplicação da lei designada pelo método conflitual³⁰⁰.

Em sua concepção clássica, a ordem pública tem por objetivo “defender a forma de ser de uma determinada sociedade e, por tanto, sua organização política, suas instituições públicas, o sistema econômico, a família, etc.”³⁰¹. Assume, portanto, uma carga defensiva, impondo limites à autonomia da vontade.

Deste modo, reconhece-se um aspecto social da exceção da ordem pública, pois a autonomia da vontade pode ser restringida para que se prevaleça o interesse geral sobre os interesses particulares. Manifesta-se, assim, o conceito negativo da exceção da ordem pública, cuja utilidade se volta a evitar a validade de atos que lhe são contrários³⁰².

A presença dos princípios de ordem pública no âmbito do Direito privado tem como consequência uma exclusão da autonomia da vontade, supondo sua transgressão pelos particulares, a nulidade do ato que a afete em prol da primazia do interesse público.

(...) Esta formulação negativa protetora dos princípios básicos da comunidade supunha a aplicação do conceito de ordem pública com caráter de exceção, (...) é dizer, tratava-se de uma limitação legal da vontade, excepcional e de interpretação geralmente restritiva³⁰³.

²⁹⁹ SIMON, Alain. *L'Ordre Public em Droit Privé*. Rennes: Impr. Réunies, 1941, p. 336; e ACEDO PENCO, Ángel. El Orden Público Actual como Límite a la Autonomía de la Voluntad em la Doctrina y la Jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 14-14, años 1996-1997, p. 347.

³⁰⁰ BATIFFOL, Henri. *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, 1949, p. 380.

³⁰¹ ACEDO PENCO, Ángel. *op. cit.*, 349.

³⁰² RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Manual de Derecho Civil*. Derecho de Obligaciones y Contratos. Cáceres: Librería Técnica Universitaria, 1997, p. 125; e ACEDO PENCO, Ángel. *op. cit.*, 350.

³⁰³ Tradução do original: “La presencia de los principios de orden público en el ámbito del Derecho privado tiene como consecuencia una exclusión de la autonomía de la voluntad suponiendo su transgresión por los particulares la nulidad del acto al que afecte en aras de la primacía del interés público. (...) Esta formulación negativa protectora de los principios básicos de la comunidad suponía

Por outro lado, a exceção da ordem pública comporta paralelamente uma conotação positiva. Para além da função defensiva, serve de ferramenta por meio da qual o exercício de liberdades sociais é assegurado e promovido³⁰⁴. Em contraste, paradoxalmente, uma manifestação desta função positiva pode ser a própria defesa do exercício da autonomia da vontade, enquanto princípio fundamental do foro³⁰⁵.

Nas palavras de Jacob Dolinger, “o efeito negativo se dá quando a lei local proíbe aquilo que a lei estrangeira permite (...), não se admitindo aplicar a lei estrangeira permissiva. O efeito positivo se dá nas hipóteses em que a lei estrangeira proíbe aquilo que a lei local permite”³⁰⁶. Nesta última acepção, o direito ou a faculdade proibidos ou desconhecidos pela *lex causae* seriam concedidos pelo foro.

Ante a análise das características do instituto da exceção da ordem pública e suas funções, ainda podem ser diferenciados três níveis em que atua: a ordem pública interna, a ordem pública internacional e a ordem pública cotejada para reconhecimento de direitos adquiridos no exterior.

A distinção entre uma ordem pública interna e uma ordem pública internacional é tema objeto de grande controvérsia. A primeira encarnaria, no plano nacional, a neutralização da autonomia da vontade exercida em negócios jurídicos contra leis cogentes. A segunda seria própria do Direito Internacional Privado, representada na exceção da aplicação de lei ou da homologação de sentença estrangeiras, quando irreconciliavelmente contrárias à ordem jurídica, moral ou econômica do foro³⁰⁷.

Enquanto alguns juristas entendem que coexistem a ordem pública interna e a ordem pública internacional, chegando a qualificar aquela como absoluta e esta

la aplicación del concepto de orden público con carácter de excepción, (...) es decir, se trataba de una limitación legal de la voluntad, excepcional y de interpretación generalmente restrictiva”. ACEDO PENCO, Ángel. *op. cit.*, 350.

³⁰⁴ DORAL, Jose Antonio. *La Noción de Orden Público en el Derecho Civil Español*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, p. 20 et seq.

³⁰⁵ ACEDO PENCO, Ángel. *op. cit.*, 351-352.

³⁰⁶ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 365.

³⁰⁷ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 358.

como relativa³⁰⁸, outros asseveram que há somente uma ordem pública, que pode incidir no âmbito do Direito Interno ou do Direito Internacional Privado³⁰⁹.

De qualquer modo, importa observar que, enquanto no plano interno o desrespeito a uma norma ou a uma instituição cujo conteúdo exprime a ordem pública afetará sua validade, desembocando em anulabilidade ou em nulidade, no plano internacional não se questiona a validade, mas a possibilidade de atribuição ou não de eficácia.

Nosso legislador civil provavelmente considerou que não há necessidade de explicitar a ordem pública. Esta, no plano do direito interno, pode permanecer oculta, irrevelada, no anonimato. Sua vigilância é uma questão tão manifesta, tão integrante do sistema jurídico, que o legislador não precisa preocupar-se em manifestá-la expressamente.

Qualquer ofensa a uma lei, a uma instituição protegida pela ordem pública, será afetada na sua validade, ora anulável, ora nula.

Já no plano internacional a situação é diferente. Não temos como questionar a validade de um ato, uma lei, uma sentença estrangeira por ferirem nossa ordem pública. Esta não tem o condão de interferir na ordem jurídica estrangeira. Daí dispor o artigo 17 da Lei de Introdução que os atos, as leis, as sentenças e as declarações de vontade oriundas do exterior, que ferirem nossa ordem pública, não terão *eficácia* no Brasil. Tão-somente falta de eficácia local³¹⁰.

No que concerne ao nível em que a ordem pública é cotejada para reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, enuncia-se que, embora determinada relação, ato ou fato jurídicos, ou a lei ou sentença que os deu sustento sejam sensivelmente afrontosos ao foro, poderão ser admitidas as consequências destes decorrentes³¹¹.

³⁰⁸ WEISS, André. *op. cit.*, p. 97; MACHADO VILELA, Álvaro da Costa. *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*. Livro II. Coimbra: Coimbra, 1922, p. 397 et seq.; BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 107 et seq.; STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 515; VALLADÃO, Haroldo. *op. cit.*, p. 491; e ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, p. 339 et seq.

³⁰⁹ BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 6. ed. Tome I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 424; e RIBEIRO, Elmo Pilla. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: [s. ed.], 1966, p. 72 et seq.

³¹⁰ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 363-364.

³¹¹ DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, 1997, p. 362.

2 PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICA DOS ELEMENTOS DISRUPTIVOS

Anteriormente, expuseram-se as premissas desta pesquisa, estudando-se a construção histórica do paradigma de neutralidade do Direito Internacional Privado e como as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública podem representar uma ruptura a esta neutralidade, já que teleologicamente estariam voltadas a implementação de fatores axiológicos, politicamente definidos.

Nesta seção é proposta a ênfase a determinados valores expressos nas normas de aplicação imediata e na exceção da ordem pública cuja eficácia hodiernamente é colocada em risco, bem como a ampliação de seu escopo e a proposta de que outros valores sejam agregados, no sentido de se promover o interesse público e os direitos humanos.

Por fim, é divisado o conteúdo de uma função social do Direito Internacional Privado, elaborado a partir dos vetores axiológicos indicados como existentes e os que se propõem agregar às normas de aplicação imediata e à exceção ordem pública.

2.1 ELEMENTOS DISRUPTIVOS SOB O PRISMA DO ESTADO E DA PESSOA

Neste capítulo, demonstra-se que, ante ao atual panorama do Direito Internacional Privado, certos fatores axiológicos devem ser enfatizados ao se conceber um conceito de normas de aplicação imediata e de exceção da ordem pública. Esses fatores axiológicos serão analisados sob o prisma do Estado e sob o prisma da Pessoa.

Sob o prisma do Estado, evidencia-se que, para além do resguardo dos valores da defesa da soberania e da ordem jurídica, as normas de aplicação imediata e a exceção da ordem pública devem promover a proteção do Estado enquanto agente capaz de fomentar a justiça social e o atendimento das

necessidades sociais, de salvaguardar o interesse público e de prover serviços públicos de qualidade, voltando-se ao bem da coletividade.

Sob o prisma da Pessoa, o enfoque axiológico das normas de aplicação imediata e da ordem pública inclui o realce da promoção dos direitos humanos, sobretudo em sua eficácia horizontal, no sentido de impor deveres públicos aos agentes privados cuja atuação tem repercussão transfronteiriça, o que abarcaria um feixe de valores, como incumbências de transparência em suas atividades, reparação de danos e respeito à dignidade humana e à vida, em um ambiente ecologicamente preservado e saudável.

2.1.1 Resguardo da Soberania e do Ordenamento Jurídico

Adotando-se por enfoque o prisma do Estado, a exceção que as normas de aplicação imediata e a ordem pública carregam implica na impossibilidade de se atribuir eficácia à lei estrangeira designada pelo método conflitual ou de se reconhecer uma decisão estrangeira em razão da aspiração ao resguardo da soberania estatal e das normas que compõem o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o caráter axiológico a ser manifestado é o da tutela da capacidade do Estado impor sua legislação e seu Direito a determinadas relações jurídicas que têm repercussão em seu território. Em última análise, deve tratar-se da guarda do interesse público ou utilidade pública, na qualidade de princípio orientador da atuação estatal, expressão do bem da coletividade, do conjunto de interesse de grupos e de interesses particulares na sociedade, e da satisfação das necessidades sociais³¹².

O contexto do cisma entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, característico do denominado paradigma westfaliano, em que há uma delimitação bastante marcada dos princípios jurídicos aplicáveis a

³¹² Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66; LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 15-16; e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 127-128.

atores soberanos e atores privados, estruturou-se com o intuito de subordinar os interesses individuais aos interesse da coletividade.

Verifica-se, contudo, um desvirtuamento deste ideal, circunstância que demanda uma reestruturação dos institutos das normas de aplicação imediata e da ordem pública, orientando-os a uma responsabilização mais efetiva de agentes privados detentores de poder econômico e a salvaguarda do interesse público e do Estado, enquanto reféns destes agentes.

Ao passo em que no Direito Internacional Público há avanços tímidos no sentido de se reconhecer certo status de sujeito a privados, à instituições da sociedade civil e a outros interesses coletivos³¹³, o Direito Internacional Privado espelha estas restrições, recusando-se a disciplinar atores governamentais³¹⁴. Tal circunstância faz com haja dificuldade de enquadramento das relações jurídicas entre privados e um Estado estrangeiro, resultando em um tratamento jurídico bastante aquém do desejável³¹⁵.

Uma instância que ilustra de modo bastante particular a deturpação da divisão rígida entre público e privado é o investimento estrangeiro direcionado aos mais variados setores econômicos em países emergentes, sobretudo à exploração de recursos naturais. As políticas de comércio internacional e o Direito interno local não raras vezes permitem uma produção e exportação sem marcos regulatórios suficientes, existindo recorrentes alegações de danos ambientais, agressões a direitos humanos, conflitos agrários e migração³¹⁶.

³¹³ Vide MILANO, Enrico. Recognition (and Non-Recognition) of Non-State Actors. In: CZAPLIŃSKI, Władysław; KLECZKOWSKA, Agata (Eds.). *Unrecognized Subjects of International Law*. Warsaw: Scholar Publishing House, 2019, p. 11 et seq.

³¹⁴ Vide DODGE, William S. Breaking the Public Law Taboo. *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, 2002, p. 161 et seq.

³¹⁵ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 362-363.

³¹⁶ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 368; SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University, 2017; ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. The Hague: Hague Academy of International Law, 2011, p. 13 et seq.; ESPLUGUES MOTA, Carlos. A More Targeted Approach to Foreign Direct Investment: The Establishment of Screening Systems on National Security Grounds. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, 2018, p. 440 et seq.; BIRCH, Nicholas J.; SABAHI, Borzu; LAIRD, Ian. International Investment Law Regime and the Rule of Law as a Pre-Condition for International Development. In: WEILER, Todd; BAETENS, Freva (Eds.) *New Directions in International Economic Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p. 309 et seq.; e SAUVANT, Karl P. Foreign Direct Investment for Development: The United Nations Code of Conduct and the Search for Balance in International

Após a descolonização, nos primeiros acordos de concessão e investimento, houve uma tentativa dos países em desenvolvimento em regular ou retomar os bens naturais em prol do interesse público. No entanto, este esforço foi atenuado por mecanismos jurídicos, como as *cláusulas de estabilização*, a segurança jurídica e princípios contratuais liberais³¹⁷. Desse modo, uma regulação mais restritiva em favor do interesse público poderia ser enquadrada como rescisão do contrato firmado com o investidor privado ou em acordos bilaterais³¹⁸.

Ademais, tais conflitos frequentemente acabam sendo objeto da arbitragem comercial internacional, já que os investidores consideram inapropriado se submeterem ao poder judiciário do país destinatário dos recursos e este entende inaceitável eleger a localidade de outro Estado como foro competente³¹⁹.

Quanto às fontes normativas adotadas, a doutrina do *Grundlegung* permite a internacionalização dos contratos, ou seja, que adquiram uma elevação de status, sendo regidos pelo Direito Internacional Público, mesmo que uma das partes não seja por este considerada sujeito. Em decorrência disso, prevalece a tendência de aplicação do *pacta sunt servanda*. O mesmo efeito benéfico aos privados é garantido por tratados bilaterais e cláusulas guarda-chuva³²⁰.

Investment Rules. In: WEILER, Todd; BAETENS, Freva (Eds.) *New Directions in International Economic Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p. 179 et seq.

³¹⁷ GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. In: TIETJE, Christian; KRAFT, Gerhard; KUMPAN, Christoph (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Heft 143. Halle: Martin Luther Universität Halle-Wittenberg, 2017, p. 6 et seq.; TITI, Catharine. Les Clauses de Stabilisation dans les Contrats d'Investissement: Une Entrave au Pouvoir Normatif de l'État d'Accueil? *Journal du Droit International*, n. 2, 2014, p. 541 et seq.; e MAYER, Pierre. La Neutralisation du Pouvoir Normatif de l'Etat en Matière de Contrats d'Etat. *Journal du Droit International*, n. 1, 1986, p. 5 et seq.

³¹⁸ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 368-369; SORNARAJAH, M. *op. cit.*, p. 23 et seq.

³¹⁹ Vide MORTIMORE, Michael. *International Arbitration Based on Investor-State Dispute Settlement Clauses in International Investment Agreements: Challenges for Latin America and the Caribbean*. Santiago: United Nations, 2010.

³²⁰ ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*. Oxford: Hart, 2011, p. 177 et seq.; WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 369; LEMAIRE, Sophie. La Mystérieuse 'Umbrella Clause' (Interrogations sur l'Impact de la Clause de Respect des Engagements sur l'Arbitrage en Matière d'Investissements. *Revue de l'Arbitrage*, n. 3, 2009, p. 479 et seq. Vide BANCO INTERNACIONAL PARA A RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. 1965. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-resolucao-de-diferendos-relativos-investimentos-entre-estados-e-naciona-0>>. Acesso em: 01 maio 2019.

À título exemplificativo, pode-se citar o conflito entre *Chevron e Texaco* contra o Equador. As empresas faziam parte de consórcio que, sob concessão estatal, explorava a produção de petróleo no país sul-americano e foram acusadas de causarem danos ambientais entre 1964 e 1992, com consecutivos danos à saúde da população local.

Inicialmente, em 1993, o governo equatoriano e seus nacionais processaram as empresas no Estados Unidos da América, onde se encontravam as sedes. Contudo, como o poder judiciário americano entendeu que o Equador seria o foro mais adequado ao litígio³²¹, ações foram propostas neste país em 2003.

Enquanto estava sendo efetuada a instrução no Equador, as empresas demandaram este país perante o Tribunal Permanente de Arbitragem, em Haia, em 2009, afirmando que descumprira o acordo bilateral de investimento pactuado com os Estados Unidos da América e que violava o Direito Internacional, ao comprometer a imparcialidade do juízo da causa local³²².

Em 2011, a primeira instância do poder judiciário equatoriano condenou as empresas ao pagamento de mais de 8 bilhões de dólares em ressarcimento aos danos e custos de recuperação ambiental. Em fevereiro do mesmo ano, o Tribunal Permanente de Arbitragem determinou que o Equador suspendesse a execução desta decisão³²³.

Ainda em 2011, a Chevron processou o escritório de advocacia dos demandantes e outros perante a justiça americana, aduzindo que, no Equador, teriam atuado processualmente por meio de extorsões, corrupção e diversos meios ilegais. Em março desse mesmo ano, a corte distrital americana expediu ordem

³²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Aguinda v. Texaco, Inc.* 303 F.3d 470. N. 01-7556L. N. 01-7758C. Decided in August 16, 2002. Disponível em: <<https://casetext.com/case/aguinda-v-texaco-inc-4>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³²² Vide a peça inicial em PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*. N. 2009-23. Claimants' Notice of Arbitration. September 23, 2009. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0155_0.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

³²³ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*. N. 2009-23. Order for Interim Measures. February 9, 2011. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0167.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

proibindo que os acusados buscassem executar a decisão equatoriana fora do Equador³²⁴.

A justiça equatoriana, em março de 2012, entendeu que as empresas não poderiam utilizar a ordem internacional do Tribunal Permanente de Arbitragem para impedir a execução das decisões nacionais e, após muitos recursos, a Corte Constitucional equatoriana, em 2018, confirmou sua condenação.

Nesse ínterim, os litigantes equatorianos buscaram homologar e executar as sentenças equatorianas no Canadá³²⁵, na Argentina³²⁶ e no Brasil³²⁷. Entretanto, considerando que as subsidiárias desses países têm personalidade jurídica distinta da central e que não foram requeridas na lide originária, as ações não obtiveram sucesso.

Por fim, também em 2018, o Tribunal Permanente de Arbitragem reconheceu que às empresas foram negados diversos direitos processuais elementares nas ações movidas no Equador, condenando o governo equatoriano a reparar os danos sofridos e determinando que este tomasse medidas para anular as sentenças proferidas³²⁸.

³²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of New York. Chevron Corp. v. Donziger. N. 11 Civ. 0691(LAK). Decided in March 7, 2011. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infdco20110308b28>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³²⁵ CANADA. Court of Appel for Ontario. Yaiguaje et al. v. Chevron. Decided in May 23, 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1486.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³²⁶ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aguinda Salazar, Maria c/ Chevron Corporation. A. 253. XLIX. A. 238. XLIX. Decidido en quatro de junio de 2013. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1486.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³²⁷ “Na hipótese em julgamento, é certa a ausência de jurisdição brasileira – questão que é pressuposto necessário de todo e qualquer processo -, haja vista que: a) a Chevron Corporation, empresa norte-americana contra a qual foi proferida a sentença estrangeira, não se encontra situada em território nacional; b) a Chevron do Brasil, pessoa jurídica distinta da requerida e com patrimônio próprio, não integrou o polo passivo da lide originária; e c) não há nenhuma conexão entre o processo equatoriano e o Estado brasileiro”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1077065. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801647288&dt_publicacao=16/09/2009>. Acesso em: 01 maio 2019.

³²⁸ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador. N. 2009-23. Second Partial Award on Track II. August 30, 2018. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0155_0.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

Embora aos investidores devam ser assegurados direitos básicos, como o devido processo legal, o ressarcimento por desapropriações, a segurança jurídica e inclusive proteções de expectativa contra mudanças políticas ocasionais, o socorro do Direito Internacional Público nestas hipóteses parece não ter sido acompanhado dos correlatos deveres e da legítima salvaguarda do interesse público local³²⁹.

Em grande medida, a cisão entre público e privado no campo do Direito Internacional, que delimita o tratamento e as prerrogativas atribuídas a entes soberanos e a atores privados, sugere um favorecimento destes. Como exposto acima, os atores privados se beneficiam ora com a elevação de suas relações a um status de Direito Público e ora com a própria condição de privados, conforme a conveniência.

Verifica-se esse fenômeno também na disciplina do débito soberano, oportunidade em que privados podem obter maior retorno financeiro com a aplicação do Direito Privado. Por essa razão, em inúmeras oportunidades, busca-se invocar a restrição da teoria da imunidade de jurisdição, que determina uma relativização da soberania aos atos estatais praticados *de iure gestionis*, “relações de natureza meramente trabalhista, comercial ou civil”^{330 331}.

³²⁹ Vide soluções atuais em MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez (Eds.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Oxford: Oxford University, 2019.

³³⁰ “A imunidade de jurisdição só abarca os atos praticados de *jure imperii*, daí excluídos, portanto, aqueles praticados de *jure gestionis*, vez que equiparados estes aos atos corriqueiros das vidas civil e comercial comuns. (Precedentes: RO 72/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe de 08/09/2009; e RO 6/RJ, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/05/1999). Hodiernamente não se há de falar mais em imunidade absoluta de jurisdição, vez que se admite seja a mesma excepcionada nas hipóteses em que o objeto litigioso tenha como fundo relações de natureza meramente trabalhista, comercial ou civil, como ocorre na hipótese dos autos, onde o que pretende o autor da demanda é obter reparação civil pelo suposto descumprimento de contrato verbal celebrado com o demandado para a elaboração de projeto para realização de exposição que se realizaria no Rio de Janeiro, sob a denominação de ‘EXPO MÉXICO - SÉCULO XXI’”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RO 26 (2003/0049144-3). Relator Min. Vasco della Giustina. Julgado em 20 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300491443&dt_publicacao=07/06/2010>. Acesso em: 01 maio 2019.

³³¹ FINKE, Jasper. Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, 2011, p. 853 et seq.; e FERNANDES, Camila Vicenci. *Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro: Novos Desafios em Relação às Violações de Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

A depender do ordenamento jurídico de cada país, a emissão de títulos da dívida soberana pode ser qualificada como um ato *de iure gestionis*, da maneira que ocorre nos Estados Unidos da América e ocorria no Reino Unido. Pois que o Estado não estaria regulando o mercado, mas agiria neste como um privado, sujeitando-se às regras do Direito Privado³³².

Este cenário é propício aos denominados *fundos abutres*, investidores que adquirem os títulos da dívida soberana no mercado secundário, geralmente sob anonimato, por um valor inferior ao expresso e com alta probabilidade de *default*, já que podem constituir sua sede em paraísos fiscais e demandar em países cujas normas relativizem a soberania³³³.

A expressão *fundos abutres* se refere a entidades comerciais privadas (como fundos de hedge ou firmas de private equity) que adquirem, seja por compra, cessão ou alguma outra forma de transação, dívidas em default ou em que se especula um default, e às vezes efetivas decisões judiciais, com o objetivo de se alcançar um alto retorno. No contexto do débito soberano, os fundos abutres (ou ‘fundos de dívidas em dificuldade, como costumam se descrever) geralmente adquirem a dívida não cumprida de países em crise financeira no mercado secundário por um preço significativamente inferior ao seu valor de face; recusam-se a participar da reestruturação da dívida do país em questão; e então, por meio de litígios, penhora de ativos ou pressão política, buscam o pagamento do valor total de face do instrumento da dívida, juntamente com juros, penalidades e honorários advocatícios. O Banco Africano de Desenvolvimento (BAD) estima que os fundos abutres tenham taxas de recuperação média de aproximadamente 3 a 20 vezes a quantia que originalmente pagaram para comprar o débito, equivalente a retornos de 300 a 2.000 por cento³³⁴.

³³² “Quando um governo estrangeiro atua não como um regulador do mercado, mas à maneira de um ator privado, suas ações são ‘comerciais’ na acepção do Foreign Sovereign Immunities Act, conforme *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U. S. 682, 695–706” (Tradução do original: “When a foreign government acts, not as a regulator of a market, but in the manner of a private player within that market, its actions are ‘commercial’ within the meaning of the FSIA, Cf. *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U. S. 682, 695–706”). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* N. 91-763. Decided in June 12, 1992. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/607/case.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³³³ Vide FISHER-MUSE, John. Starving the Vultures: *NML Capital v. Republic of Argentina* and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds. *California Law Review*, v. 102, n. 6, 2014, p. 1671 et seq.; e SILVA, Alexandre Pereira da; Pereira, Mariana Yante Barrêto. “Fundos Abutres” vs. Estados Nacionais: Soberania e Atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do Caso da Fragata *Libertad*. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 21, 2013, p. 138 et seq.

³³⁴ Tradução do original: “The expression vulture funds refers to private commercial entities (such as hedge funds or private equity firms) that acquire, either by purchase, assignment, or some other form of transaction, defaulted or distressed debts, and sometimes actual court judgments, with the aim of achieving a high return. In the sovereign debt context, vulture funds (or ‘distressed debt funds’, as they often describe themselves) usually acquire the non-performing debt of countries in financial crisis on the secondary market at a price significantly less than its face value; refuse to participate in

O expediente dos fundos abutres consiste em processar diretamente o Estado emissor dos títulos e, posteriormente, empregando o *forum shopping*, executar a dívida na sua integralidade em localidade benevolente, onde existam ativos a serem penhorados, colocando em risco até mesmo auxílios públicos estrangeiros. Além disso, negam-se a cooperar com a reestruturação da dívida e, em certas circunstâncias, associam-se a empresas estrangeiras com negócios no país, em setores como petróleo e gás, para que descontem *royalties* ou impostos devidos³³⁵.

Estudos efetuados por Julian Schumacher, Christoph Trebesch e Henrik Enderlein apontam para um aumento desse tipo de litígio. Entre 1976 e 2010, existiram 158 demandas por credores contra 34 países em *default*, das quais 79 eram compostas por fundos abutres, sendo 130 propostas nos Estados Unidos da América e 23 no Reino Unido. De acordo com o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, entre 1998 e 2008, aproximadamente 72% das ações propostas pelos fundos abutres tiveram sentenças favoráveis prolatadas e, em sua maioria, o valor estimado era de em torno de 1 bilhão e meio de dólares³³⁶.

Nos Estados Unidos da América, a aplicação da letra “d” do parágrafo 1603 do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 é o instrumento invocado para

debt restructuring for the country concerned; and then attempt, through litigation, seizure of assets, or political pressure, to seek repayment of the full face value of the debt instrument together with interest, penalties, and legal fees. The African Development Bank (AfDB) estimates that vulture funds have average recovery rates of approximately 3–20 times the amount they originally paid to purchase the debt, equivalent to returns of 300–2,000 per cent”. LUMINA, Cephias. Curbing ‘Vulture Fund’ Litigation. In: BENTEKAS, Ilias; LUMINA, Cephias (Eds.). *Sovereign Debt and Human Rights*. Oxford: Oxford University, 2019, p. 498-499.

³³⁵ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 371-372.

³³⁶ SCHUMACHER, Julian; TREBESCH, Christoph; ENDERLEIN, Henrik. Sovereign Defaults in Court. *European Central Bank Working Paper Series*, n. 2135, February 2018, p. 17 et seq. Disponível em:

<<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2135.en.pdf?afa9da3641f789eb6395b49f3e1850b9>>. Acesso em: 01 maio 2019; LUMINA, Cephias. *op. cit.*, p. 500; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. Draft Progress Report on the Activities of Vulture Funds and the Impact on Human Rights. A/HRC/AC/16/CRP.1. February 15, 2016. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/VultureFunds.aspx>>.

Acesso em: 01 maio 2019; e ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. Report of Human Rights Council Advisory Committee in the Activities of Vulture Funds and the Impact on Human Rights. A/HRC/33/54. July 20, 2016. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/VultureFunds.aspx>>. Acesso em: 01 maio 2019.

relativizar a exceção de jurisdição, pois exprime que “o caráter comercial de uma atividade deve ser determinado tomando-se por referência a natureza do curso da conduta ou da transação ou ato específico, e não por referência ao seu objetivo”³³⁷. Desse modo, não se perquire a função da emissão dos títulos da dívida soberana ou sua importância para a economia local³³⁸.

Em 1992, em *Republic of Argentina v. Weltover*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que a emissão de títulos (*Bonods*) pela Argentina se tratava de atividade comercial nos termos do *Foreign Sovereign Immunities Act*. Tais títulos não se difeririam dos análogos praticados entre privados, sendo irrelevante o fato de terem sido expedidos com o intuito de estabilizar o peso argentino³³⁹.

³³⁷ Tradução do original: “The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Disponível em:

<<https://web.archive.org/web/20150627110441/http://usun.state.gov/documents/organization/218088.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³³⁸ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 371.

³³⁹ “A emissão dos Bonods foi uma atividade comercial’ nos termos do Foreign Sovereign Immunities Act e o parcelamento das datas de vencimento desses instrumentos foram considerados ‘em conexão com’ a atividade na acepção do §1605(a)(2). (...) Porque o §1603(d) estabelece que o caráter comercial de um ato deve ser determinado tomando-se por referência a sua ‘natureza’ e não o seu ‘propósito’, a questão não é se o governo estrangeiro está agindo com fins lucrativos ou com a intenção de cumprir unicamente objetivos soberanos. Pelo contrário, a questão é se as ações particulares de um governo (qualquer que seja o motivo por trás delas) são o tipo de ação pela qual um privado se engaja no comércio. Os Bonods são, em quase todos os aspectos, corriqueiros instrumentos de débito e, mesmo quando considerados em contexto amplo, não há nada em sua emissão que não seja análogo a uma transação comercial privada. O fato de eles terem sido criados para ajudar a estabilizar a moeda argentina não é uma base válida para distingui-los de instrumentos de débito ordinário, uma vez que, nos termos do § 1603(d) é irrelevante o porquê a Argentina participou do mercado de títulos à maneira de um ator privado. Importa apenas que o fez”. (Tradução do original: “The issuance of the Bonods was a ‘commercial activity’ under the FSIA, and the rescheduling of the maturity dates on those instruments was taken ‘in connection with’ that activity within the meaning of § 1605(a)(2). [...] because § 1603(d) provides that the commercial character of an act is to be determined by reference to its “nature” rather than its “purpose,” the question is not whether the foreign government is acting with a profit motive or instead with the aim of fulfilling uniquely sovereign objectives. Rather, the issue is whether the government’s particular actions [whatever the motive behind them] are the type of actions by which a private party engages in commerce. The Bonods are in almost all respects garden-variety debt instruments, and, even when they are considered in full context, there is nothing about their issuance that is not analogous to a private commercial transaction. The fact that they were created to help stabilize Argentina’s currency is not a valid basis for distinguishing them from ordinary debt instruments, since, under § 1603(d), it is irrelevant why Argentina participated in the bond market in the manner of a private actor. It matters only that it did so”). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Republic of Argentina v. Weltover, Inc. op. cit.*, 1992.

No caso *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, decorrente do *default* argentino de 2001, a justiça americana entendeu que aos credores que não aceitaram o programa de reestruturação da dívida, negociado entre 2005 e 2010, permanecia a obrigação referente ao valor integral expresso no título. Por este motivo, ordenou-se o pagamento de cerca de 1.33 bilhão de dólares a fundos abutres, com lucro de mais ou menos 1.600%³⁴⁰.

Além disso, a corte distrital americana determinou que não fossem feitos pagamentos aos débitos reestruturados sem o proporcional pagamento (*pari passu*) aos fundos abutres, o que desestimula repactuações e soluções de crise fiscal, e avilta credores que transacionaram de boa-fé.

Em sede de apelação, a Argentina argumentou que a sentença do juízo *a quo* causaria lesão ao interesse público, pois importaria em repercussão cataclísmica aos mercados de capital e à economia global. Contudo, ao recurso não se deu provimento³⁴¹.

Em junho de 2014, a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou as soluções anteriores e permitiu que fossem expedidos ofícios a instituições financeiras americanas para que informassem a existência de ativos da Argentina ao redor do mundo, incluindo contas do governo e de seus representantes³⁴².

Munidos destas informações, os fundos abutres tentaram homologar e cumprir as decisões na França, Luxemburgo, Reino Unido, Bélgica e Suíça, inclusive requerendo o arresto de valores em contas bancárias e a penhora de bens de embaixadas, da *Aerolíneas Argentinas*, de reservas do Banco Central da

³⁴⁰ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 505. Vide MANZO, Alejandro Gabriel. Enforceability of Judgments Against Sovereign States: Critical Analysis of the NML vs. Argentina Injunction. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, 2018, p. 682 et seq.

³⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*. N. 12-105(L) et al. Decided in August 23, 2013. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/12-105/12-105-2013-08-23.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁴² “Nenhuma disposição do *Foreign Sovereign Immunities Act* imuniza um ente soberano estrangeiro reconhecido judicialmente como devedor da descoberta de informações concernentes a seus ativos extraterritoriais após o julgamento”. (Tradução do original: “No provision in the FSIA immunizes a foreign-sovereign judgment debtor from postjudgment discovery of information concerning its extraterritorial assets”). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* N. 12-842. Decided in June 16, 2014. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-842_5hdk.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

Argentina no Banco de Compensações Internacionais e de impostos devidos por corporações francesas à Argentina ou suas províncias³⁴³.

No mesmo ano, a Argentina ingressou com procedimento contra os Estados Unidos da América na Corte Internacional de Justiça, acusando-os de terem agredido sua soberania e imunidades. Como os Estados Unidos da América não consentiram em se submeter à jurisdição da Corte, não houve tramitação³⁴⁴.

Outra ação que teve repercussão foi *Hamsah Investments, Ltd. and Wall Capital, Ltd. v. Liberia*. Em 1978, a Libéria emprestou 6.5 milhões de dólares do *Chemical Bank*, cujo crédito foi cedido ao longo do tempo a diversos agentes privados. Movida a execução do título na justiça americana, a corte distrital, em 2002, reconheceu que a Libéria havia inadimplido e ordenou o pagamento de aproximadamente 18.4 milhões de dólares³⁴⁵.

Os então titulares, *Hamsah Investments* e *Wall Capital*, empresas sediadas em paraísos fiscais, iniciaram em 2008 procedimento de homologação e execução da sentença americana na justiça inglesa. A Libéria contestou informando que sequer havia atuado no caso perante a justiça americana, pois não possuía recursos, principalmente durante a Segunda Guerra Civil (1999-2003), e, conseqüentemente, quanto menos detinha condições de arcar com a dívida³⁴⁶.

Em 2009, a *High Court* em Londres, apesar de constatar a pauperização financeira do país, determinou que a Libéria fizesse o possível para adimplir a obrigação. O valor atualizado de 20 milhões de dólares era equivalente à 5% do orçamento da Libéria em 2010, equiparado ao orçamento total destinado à educação e 150% do orçamento revertido à saúde em 2008³⁴⁷.

De acordo com dados de 2017 do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), divulgado pelas Nações Unidas, dentre os 189 países ranqueados, a Libéria

³⁴³ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 505, nota 35.

³⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Court of Justice. The Argentine Republic seeks to institute proceedings against the United States of America before the International Court of Justice. It requests US to accept the Court's jurisdiction. Press release from August 7, 2014. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/press-releases/4/18354.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁴⁵ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 501.

³⁴⁶ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 501.

³⁴⁷ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 502.

se encontra na posição 181. Somente 2,8% do Produto Interno Bruto era gasto em educação e 15,2% em saúde. A porcentagem de alfabetizados entre os maiores de 15 anos era de apenas 42,9%. A taxa de mortalidade atribuída a serviços precários de saneamento e higiene era de 41,5 para cada 100 mil habitantes. A desnutrição infantil acometia 32,1% dos menores de 5 anos. 68,7% dos empregados com mais de 15 anos viviam com menos 3,10 dólares por dia e 38,6% do total da população viva com menos de 1,90 dólares por dia. Dentre estes e outros dados alarmantes, o país ainda enfrentou, em 2014 e 2015, juntamente com Serra Leoa e Guiné, a epidemia de Ebola, que causou a morte de mais de 11 mil pessoas³⁴⁸.

Segundo o Banco Mundial, que auxiliou a Libéria a negociar com seus credores, inclusive com *Hamsah Investments* e *Wall Capital*, conseguindo uma redução de mais de 1 bilhão e 200 milhões de dólares (desconto de 97%), a dívida externa do país havia alcançado 700% do orçamento nacional em 2007³⁴⁹.

No Reino Unido, os fundos abutres também conseguiram amparo aos seus interesses em algumas oportunidades. No caso *Kensington International, Ltd. v. Republic of Congo*, a financeira, situada em paraíso fiscal, que havia adquirido o crédito decorrente de empréstimo pactuado em 1984, no montante de 13,5 milhões de dólares, executou a República do Congo perante a *High Court of Justice* de Londres. No mesmo ano, em 2002, a corte ordenou o país a pagar quase 57 milhões de dólares e, em 2005, permitiu que ativos de empresas públicas congolenses fossem penhorados. Posteriormente, a credora tentou homologar a decisão e executá-la em face da República do Congo e de suas empresas públicas nos Estados Unidos da América³⁵⁰.

Outras ações foram propostas contra a República Democrática do Congo, decorrentes de inadimplemento de empréstimo, no que ficou conhecido como *FG*

³⁴⁸ Vide o perfil da Libéria em ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Development Reports. Human Development Index. 2018. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/LBR>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁴⁹ BANCO MUNDIAL. World Bank Helps Liberia Slash Debt. Press Release from April 16, 2009. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2009/04/16/world-bank-helps-liberia-slash-debt>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of New York. *Kensington International, Ltd. v. Republic of Congo*. N. 03 Civ. 4578(LAP). Decided in March 29, 2007. Disponível em: <<https://casetext.com/case/kensington-international-limited-v-republic-of-congo>>. Acesso em: 01 maio 2019.

Hemisphere Associates, LLC. v. The Democratic Republic of Congo. Em 1980 e 1986, o então Zaire e sua companhia elétrica estatal financiaram a construção de uma hidrelétrica e de linhas de transmissão junto à *Energoinvest DD*, situada na atual Bósnia, firmando contrato com cláusula de arbitragem. Em vista do inadimplemento, a credora, em 2001, demandou a República Democrática do Congo perante a Câmara Internacional do Comércio, cujo juízo certificou que esta tinha dois débitos, no valor de 18.43 milhões de dólares e de 11.725 milhões de dólares³⁵¹.

Posteriormente, a *Engoinvest* cedeu o crédito à *FG Hemisphere*, sediada nos Estados Unidos da América, pelo valor de 2.6 milhões de dólares. Por sua vez, a empresa norte-americana demandou a República Democrática do Congo na justiça dos Estados Unidos da América, com base no *Foreign Sovereign Immunities Act*. O país africano não se manifestou no processo e, em 2004 e 2005, a corte distrital deu eficácia às sentenças arbitrais. Em seguida, ordenou-se que o devedor informasse todos os ativos que possuía fora do distrito jurisdicional, sob pena de multa semanal³⁵². Tal decisão foi posteriormente referendada em grau de apelação³⁵³.

Desde então a *FG Hemisphere* almejou homologar e executar os débitos contra a República Democrática do Congo e suas empresas públicas em diversas outras localidades. No Reino Unido, a empresa requereu a penhora de ações que a companhia mineradora estatal congoleza tinha em uma *joint venture* em Jersey, chamada *Groupement pour le traitement du Terril de Lumumbashi*, e os valores que está deveria pagar àquela. O valor de 43.6 milhões de dólares chegou a ser objeto

³⁵¹ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 503.

³⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the District of Columbia. *FG Hemisphere Associates, LLC. v. Democratic Republic of Congo*. N. 03-1314 (RJL). N. 03-1315 (RJL). Decided in March 19, 2009. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/2009604603afsupp2d11604>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *FG Hemisphere Associates, LLC. v. Democratic Republic of Congo*. N. 10-7040. N. 10-7046. Decided in March 15, 2011. Disponível em: <<https://casetext.com/case/fg-hemi-v-democratic-rep-of-congo>>. Acesso em: 01 maio 2019.

de arresto, contudo reverteu-se o entendimento de que a mineradora estatal poderia ser responsabilizada pelo débito³⁵⁴.

Na África do Sul, em 2008, determinou-se o arresto de 105 milhões de dólares que seriam pagos pela sul-africana Eskom à companhia elétrica estatal congoleza³⁵⁵. Em Hong Kong, em 2010, 104 milhões de dólares foram arrestados de valores que seriam revertidos à República Democrática do Congo por empresas chinesas em um projeto de mineração na África³⁵⁶. Na Austrália, no mesmo ano, a Suprema Corte de *New South Wales* estipulou o pagamento de 11,725,844.96 dólares, dos quais ainda seriam acrescidos taxas de juros³⁵⁷. Para cumprir a decisão australiana, a República Democrática do Congo foi forçada a liquidar mais de 30 milhões de dólares de ações de uma mineradora australiana de que era titular³⁵⁸.

Similarmente, a mesma *FG Hemisphere* foi cessionária de crédito que o Banco do Brasil S.A. possuía em face da República do Congo, consecutivo de empréstimo efetuado em 1982. A justiça norte-americana também decretou o *default* neste caso³⁵⁹.

Conforme dados de 2017 do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), divulgado pelas Nações Unidas, a República Democrática do Congo e a República do Congo foram classificadas respectivamente nas posições 176 e 137, dentre os 189 países analisados. Na República Democrática do Congo, a expectativa de vida

³⁵⁴ REINO UNIDO. Privy Council Appeal. *La Générale des Carrières et des Mines v. F. G. Hemisphere Associates, LLC*. UKPC 27. N. 0061 of 2011. Decided in July 17, 2012. Disponível em: <<https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2011-0061-judgment.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁵⁵ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 503.

³⁵⁶ HONG KONG. Court of Final Appeal of the Jong Kong Special Administrative Region. Final Appeal Ns. 5, 6, & 7 of 2010 (Civil). Decided in June 8, 2011. Disponível em: <http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/congo_et_al_v_fg_hemisphere_associates_llc_facv_no_5-7_of_2010.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019. Vide WEI, Shen. *FG Hemisphere Associates v. Democratic Republic of the Congo*. *American Journal of International Law*, v. 108, issue 4, 2014, p. 776 et seq.

³⁵⁷ AUSTRÁLIA. New South Wales Supreme Court. *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of Congo*. N. 2009/298610. Decided in November 1, 2010. Disponível em: <https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/fg_hemisphere_associates_llc_v_democratic_republic_of_congo_2010_nswsc_1394.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁵⁸ LUMINA, Cephas. *op. cit.*, p. 503.

³⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. *FG Hemisphere Associates LLC v. République du Congo*. N. 04-20965. N. 05-20042. Decided in July 10, 2006. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1339262.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

ao nascer é de 60 anos, 90,5% dos empregados vive com menos de 3.10 dólares por dia, 77,1% da população vive com menos 1,90 dólares³⁶⁰. Na República do Congo, 52,5% dos empregados vive com menos de 3.10 dólares por dia, 37% da população vive com menos 1,90 dólares, a taxa de mortalidade de crianças abaixo de 5 anos é de 54.1 a cada 1 mil nascidos vivos³⁶¹.

A Zâmbia igualmente já foi vítima dos fundos abutres, no caso *Donegal International Ltd. v. Zambia*, julgado perante a justiça inglesa. Em 1979, a Zâmbia havia contraído empréstimo de quase 30 milhões de dólares da Romênia para aquisição de maquinário agrícola. Após a ocorrência da inadimplência, a Romênia cedeu o crédito à *Donegal* por 3.2 milhões de dólares, em 1999.

Em 2003, quando a dívida chegou a aproximadamente 45 milhões de dólares, houve um acordo entre as partes que reduziu o débito para em torno de 15 milhões de dólares. Apesar do desconto de 67% da dívida, a *Donegal* ainda teriam um lucro de 370% com a negociação.

Após a ausência da quitação de parcelas do acordo, a credora o executou, então pelo montante de 55 milhões de dólares. Em 2006, foi requerida a penhora de bens da Zâmbia e da empresa inglesa *Mofed Ltd.*, que seria zambiana. Ordens de arresto chegaram a ser efetuadas.

Em sua manifestação perante a *England and Wales High Court*, a Zâmbia afirmou que era vulnerável a fundos abutres e que a *Donegal* explorava esta condição. Contudo, depois de expor as argumentações e repercussões do caso, a corte asseverou que não levaria em conta “questões de humanidade”³⁶².

³⁶⁰ Vide o perfil da República Democrática do Congo em ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Development Reports. Human Development Index. 2018. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/COD>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁶¹ Vide o perfil da República do Congo em ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Development Reports. Human Development Index. 2018. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/COG>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁶² “Eu estou preocupado, é claro, com as questões jurídicas que são levantadas pelas petições diante de mim e não com questões de moralidade ou humanidade”. (Tradução do original: “I am concerned, of course, with the legal questions that are raised by the applications before me and not with questions of morality or humanity”). REINO UNIDO. England and Wales High Court (Commercial Court). *Donegal International Ltd. v. Zambia & Anor.* EWHC 197 (Comm) [2007]. Decided in February 15, 2007. Disponível em: <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7d760d03e7f57eb26a9>>. Acesso em: 01 maio 2019.

Embora nos casos referidos não se tenha perquirido as normas de aplicação imediata ou a exceção da ordem pública, já que não apontaram para sua incidência, demonstram que, no plano internacional, pode ser identificada certa chancela a uma debilidade dos valores que estes institutos buscam aprimorar sob o prisma do Estado, pois este tipo de litigância reduz recursos financeiros de países já individados para investimentos em serviços públicos essenciais, como saúde, educação e saneamento, afetando sua capacidade de induzir a efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais.

2.1.2 Fomento dos Direitos Humanos

Sob o prisma da pessoa, o enfoque que se almeja extrair do conceito de normas de aplicação imediata e de exceção da ordem pública é a eficácia dos direitos humanos em sua dimensão horizontal, ou seja, nas relações interprivadas³⁶³. Nesse sentido, acompanha-se a senda de pesquisas que aspiram promover uma aproximação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público por meio dos direitos humanos, iniciadas por Erik Jayme (1934-), para quem estes eram os fundamentos e limites do primeiro³⁶⁴.

Ante o panorama de isolamento e neutralidade do Direito Internacional Privado, descrito ao longo de toda a exposição, uma das consequências que se pode observar é a existência de poderes privados sem deveres públicos, o que

³⁶³ Vide ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 475 et seq.; LENGAUER, Alina-Maria. *Drittwirkung von Grundfreiheiten*. Wien: Springer, 2011, p. 1 et seq.; DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da Chamada Drittwirkung dos Direitos Fundamentais. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Orgs.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91 et seq.; e FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: Uma Análise Crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87 et seq.

³⁶⁴ JAYME, Erik. *Internationales Privatrecht und Völkerrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 95 et seq.; e JAYME Erik. *Völkerrecht und Internationales Privatrecht: Eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung*. In: LEIBLÉ, Stefan; RUFFERT, Matthias (Hrsg.). *Völkerrecht und IPR*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006, p. 23 et seq. Vide MICHAELS, Ralf. Public and Private International Law: German Views on Global Issues. *Journal of Private International Law*, v. 4, n. 1, 2008, p. 121 et seq.; VAN DEN EECKHOUT, Veerle. *op. cit.*, p. 105 et seq.; LIAKOPOULOS, Dimitris. *op. cit.*, p. 248 et seq.; e KIESTRA, Louwrens R. *op. cit.*, p. 1 et seq.

implica em uma constrição horizontal de direitos humanos e, muitas vezes, no não reconhecimento de padrões de dignidade ao estrangeiro. Conquanto os grandes *players* econômicos exerçam um papel relevante na formatação do mercado global, o estudo de casos jurídicos demonstra que as exigências de transparência e a efetiva responsabilização destes agentes tende a ser bastante débil.

Além da ordem jurídica internacional muitas vezes servir aos interesses de corporações, deixando de regular suas atividades³⁶⁵, o Direito Internacional Público, ao não reconhecê-las como sujeitos, impede que estas venham a ser processadas e julgadas em importantes instâncias judiciais. Nesta perspectiva, tradicionalmente, sua responsabilização depende de preliminar condenação de seu Estado, em processo movido pelo Estado do alegado ofendido em sub-rogação a este³⁶⁶. Do mesmo modo, nas cortes regionais de direitos humanos, a vítima deve representar contra o Estado³⁶⁷.

A inefetividade da responsabilização jurídica de atores privados em âmbito internacional é bastante marcante sobretudo quando se analisam processos concernentes a supostas violações perpetradas por influentes multinacionais.

Nos Estados Unidos da América, as principais discussões jurídicas se baseiam no *Alien Tort Statute* (ATS), norma que atribui jurisdição às cortes distritais para julgar ações de reparação civil promovidas por estrangeiros em decorrência

³⁶⁵ Vide DANIELSEN, Dan. How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005, p. 411 et seq.; MILKER, John. *The Political Power of Global Corporations*. Cambridge: Polity, 2018; CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge University, 2003; e MAY, Christopher. Who's in Charge? Corporations as Institutions of Global Governance. *Palgrave Communications*, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/palcomms201542>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁶⁶ Vide casos em que a Corte Internacional de Justiça deliberou sobre direitos de atores não estatais: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum (Haya de la Torre). Colombia v. Peru. Judgment of November 20, 1950. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/7/judgments>>. Acesso em: 01 maio 2019; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Nottebohm Case. (Lichtenstein v. Guatemala. Second Phase. Judgment of April 6, 1955. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/18/judgments>>. Acesso em: 01 maio 2019; e INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Belgium v. Spain. Second Phase. Judgment of February 5, 1970. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁶⁷ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 364-365. Vide ORREGO VICUÑA, Francisco. Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 5, 2001, p. 53 et seq.

de descumprimento do Direito Costumeiro Internacional ou de um tratado pactuado pelos norte-americanos.

No caso *Doe v. Unocal*, iniciado em 1996, mianmarenses processaram a *Union Oil Company of California* sob o argumento de que teria havido violação a Direitos Humanos na construção do complexo de dutos Yadana, em Myanmar, como trabalho forçado, confinamento, violência física e psicológica e homicídio culposo. Em 2000, a corte distrital entendeu que não estava suficientemente comprovado o nexo causal. Apesar de a decisão ter sido revista em sede recursal, as partes firmaram acordo em 2005³⁶⁸.

Em 2007, cidadãos chineses ingressaram com ação contra o Yahoo! na justiça norte-americana (*Wang Xiaoning v. Yahoo!*), relatando que a subsidiária teria auxiliado o governo chinês a identifica-los, após terem divulgado materiais críticos de cunho político na internet, possibilitando que fossem presos arbitrariamente e sujeitos à tortura, tratamento cruel e degradante, detenção prolongada e trabalho forçado. Depois de tentativas fracassadas para impedir que a ação fosse a julgamento, a empresa aceitou um acordo³⁶⁹.

Em *Bowoto v. Chevron Corp.*, um grupo de cidadãos nigerianos demandou a Chevron americana em razão de supostas violações a direitos humanos praticados pela subsidiária na Nigéria. Aduziu-se que a empresa teria dado suporte a agentes de segurança governamentais para reprimir de modo violento protestos ocorridos em 1998, que alertavam para impactos ambientais e sociais nocivos. A ação teria resultado em mortes, tortura e destruição de moradias, aparatos de sobrevivência e refúgios espirituais. Em decisão unânime do júri em 2008,

³⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Doe v. Unocal*. 395 F.3d 932. N. 00-56603. N. 00-57197. N. 00-56628. N. 00-57195. Decided in September 18, 2002. Disponível em: <<https://openjurist.org/395/f3d/932>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Northern District of California, Oakland Division. *Wang Xiaoning v. Yahoo!* N. C07-02151 CW. Second Amended Complaint, submitted July 30, 2007. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110408061713/http://www.humanrightsusa.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=68&Itemid=80>. Acesso em: 01 maio 2019.

confirmada em apelação em 2010, a matriz não foi considerada responsável nos termos do *Alien Tort Statute* e da legislação nigeriana e californiana³⁷⁰.

No caso *Sinaltrainal v. Coca-Cola*, iniciado em 2001, sindicatos e nacionais colombianos processaram a Coca-Cola e a Panamco, acusando-as de terem colaborado com forças paramilitares que sistematicamente intimidaram, sequestraram, detiveram, torturaram e assassinaram trabalhadores sindicalizados da unidade Carepa, na Colômbia. Em 2009, decidiu-se pelo não envio do caso a julgamento em razão da insuficiente comprovação donexo causal³⁷¹.

Também em 2001, a Igreja Presbiteriana do Sudão e sudaneses moveram ação contra a canadense Talisman (*Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*), arguindo que, no contexto da então presente Segunda Guerra Civil Sudanesa (1983-2005), esta teria assistido o governo sudanês a cometer genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, bombardear igrejas, assassinar líderes religiosos, atacar vilarejos e remover forçadamente pessoas, para facilitar a exploração de petróleo. Reconheceu-se a jurisdição americana, porém, a decisão final, entendeu que não bastaria aos autores demonstrar que a empresa tinha conhecimento da situação, tendo falhado em provar que esta *agiu com o propósito de dar suporte às ofensas governamentais*³⁷².

Em *Kpadeh v. Emmanuel*, as vítimas de Charles McArthur Emmanuel demandaram reparação por danos sofridos em decorrência de sua atuação como comandante da Unidade Antiterrorista Liberiana, entre os anos de 1997 e 2003, responsável por empreender tortura, punições cruéis, prisões arbitrárias, detenção prolongada e perseguição política. Trata-se de um processo interessante para se comparar o tratamento das cortes quando o agressor é pessoa física. Em 2010, a

³⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Bowoto v. Chevron Corporation*. N. 09-15641. Decided in September 10, 2010. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1537748.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit. *Sinaltrainal v. Coca Cola*. 578 F.3d 1252. N. 06-15851. Decided in August 11, 2009. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20110613100552/http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200615851.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.* N. 07-0016-cv. Decided in October 2, 2009. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1499003.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

corde responsabilizou o acusado, condenando-o ao pagamento de 22 milhões de dólares³⁷³.

No caso *Sarei v. Rio Tinto*, principiado em 2000, habitantes da ilha Bougainville, na Papua Nova Guiné, processaram a mineradora Rio Tinto, com central em Londres, afirmando que esta teria apoiado a repressão violenta do governo papuásio a uma rebelião iniciada em 1988.

O levante teria sido motivado pela tentativa de fechamento da mina na ilha, pois suas atividades estariam produzindo lixo industrial, com poluição da atmosfera e da água, afetando a saúde humana. Ademais, aduzia-se que os trabalhadores viviam em situação similar a de escravidão e sujeitos à discriminação racial.

Em razão disso, houve uma guerra civil que durou 10 anos, na qual o governo da Papua Nova Guiné teria cometido ataques contra civis, inclusive utilizando veículos e helicópteros da empresa, resultando na morte de milhares de pessoas, destruição de vilarejos, deslocamento forçado, saques e estupros.

Na sua manifestação processual, na condição de interessado, o Departamento de Estado norte-americano declarou que a ação poderia ter um impacto prejudicial em suas relações internacionais e nos trâmites de paz na Papua Nova Guiné.

Em um primeiro momento, a corte distrital ponderou que o caso não deveria ir a julgamento, por existirem questões políticas não sujeitas à decisão judicial e pela impossibilidade de se syndicar práticas de ente soberano em seu território, recorrendo à doutrina do ato de Estado (*Act of State Doctrine*) e do *Comity*.

Esta sentença foi revista em sede recursal, quando, em 2006, a corte de apelação competente, de modo não unânime, determinou o prosseguimento do feito e asseverou que o *Alien Tort Statute* não exige a comprovação da exaustão

³⁷³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division. *Kpadeh v. Emmanuel*. 291 F.R.D. 687. N. 09-20050-CIV. Decided in August 25, 2009. Disponível em: <<https://cite.case.law/frd/261/687/>>. Acesso em: 01 maio 2019.

da reparação por meio de outros mecanismos, como a propositura da ação na Papua Nova Guiné³⁷⁴.

Em 2011, a corte de apelação novamente analisou a demanda, ocasião em que o voto dissidente do juiz Kleinfeld criticou a interpretação ampla da competência conferida no *Alien Tort Statute*, por poder abarcar ato praticado por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo e contra quaisquer pessoas:

o Congresso não estipulou a aplicação do Alien Tort Statute (...) sobre danos cometidos por estrangeiros em países estrangeiros contra estrangeiros. Este caso exige humildade judicial. Em vez disso, arrogamos para nós a autoridade imperial sobre todo o mundo³⁷⁵.

Após a Rio Tinto formular uma *certiorari* à Suprema Corte do Estados Unidos da América, aspirando à reformulação da decisão, esta despachou, em 2013, o retorno dos autos à corte de apelação, para que considerasse o processo à luz do que fora decidido em *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*.

O caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* é um dos mais emblemáticos dentre os citados, pois provocou a Suprema Corte a fixar parte da jurisprudência norte-americana quanto à abrangência do *Alien Tort Statute*. Cidadãos nigerianos residentes nos Estados Unidos da América processaram petroleiras holandesa, britânica e nigeriana por terem assistido e instigado o governo da Nigéria, na década de 90, a cometer violações contra o Direito Costumeiro Internacional.

Os autores habitavam a localidade de Ogoni, no delta do Rio Níger, na Nigéria, cujos povoados teriam sido atacados por forças militares e policiais nigerianas, sujeitando-os a espancamentos, tortura, estupros, homicídios, prisões arbitrárias, exílio forçado, atentado ao direito de associação, e destruição e saque de propriedade, após protestos contra os efeitos ambientais nocivos decorrentes

³⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Sarei v. Rio Tinto, PLC. 456 F3d 1069. N. 02-56256. N. 02-56390. Decided in August 7, 2006. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sarei-v-rio-tinto-plc-3>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁷⁵ Tradução do original: "Congress has not provided for application of the Alien Tort Statute (...) on torts committed by foreign nationals in foreign countries against foreign nationals. This case calls for judicial humility. Instead, we arrogate to ourselves imperial authority over the whole world". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Sarei v. Rio Tinto, PLC. 671 F.3d 736. N. 02-56256. N. 02-56390. N. 09-56381. Decided in October 25, 2006. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infco20111025150>>. Acesso em: 01 maio 2019.

da atividade da subsidiária *Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD*. Alegou-se que as empresas teriam dado suporte e estímulo aos ofensores, fornecendo comida, transporte e remuneração, além de permitir que sua estrutura fosse utilizada como base.

Em 2006, a corte distrital decidiu que algumas das reclamações dos autores não deveriam ir a julgamento, já que o Direito Costumeiro Internacional não definia e especificava suficientemente as violações que estariam a ele subordinadas.

A corte de apelação, em 2010, julgou que as demais reclamações também não deveriam ser submetidas a julgamento, pois a responsabilidade de empresas não estaria fixada em normas internacionais de modo *específico, universal e obrigatório*, não sendo reconhecida pelo Direito Costumeiro Internacional e, portanto, não podendo ser objeto de ação movida com base no *Alien Tort Statute*³⁷⁶.

Posteriormente, garantida a *certiorari*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América concluiu, em 2013, que se aplica uma presunção contrária à extraterritorialidade nas demandas propostas com parâmetro no *Alien Tort Statute*, reafirmando a decisão da corte de apelação, porém com fundamentação diversa.

Desse modo, tendo sido a conduta relevante praticada fora dos Estados Unidos da América, ainda que ela tenha repercussão e concirna a este, deve representar um vínculo suficientemente forte para afastar a presunção negativa, o que não se caracteriza pela simples presença da empresa³⁷⁷.

³⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. N. 06-4800-cv. N. 06-4876-cv. Decided in September 17, 2010. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/06-4800/06-4800-20rhrg-20complete-2011-03-27.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁷⁷ Na opinião da corte, em voto elaborado pelo juiz Roberts: “Sobre esses fatos, toda a conduta relevante ocorreu fora dos Estados Unidos da América. E mesmo quando as demandas atingem e dizem respeito ao território dos Estados Unidos da América, elas devem fazê-lo com suficiente força para deslocar a presunção contra a aplicação extraterritorial. (...) Empresas estão com frequência presente em muitos países e se iria muito longe ao dizer que a mera presença da empresa é suficiente. Se o Congresso fosse determinar o contrário, seria necessário um estatuto mais específico que o ATS” (Tradução do original: “On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. [...] Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the ATS would be required”). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the

A presunção contra a extraterritorialidade se aplica a demandas sob o ATS e nada no estatuto refuta essa presunção.

(...) Ele permite que as cortes federais “reconheçam demandas privadas [em um número modesto de violações de Direito Internacional] nos termos da common law federal” *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 732. Ao sustentar que uma demanda sob o ATS não atinge conduta ocorrida em território de soberania estrangeira, os réus se pautam na presunção contrária a aplicação extraterritorial, que estipula que “[quando] um estatuto não dá indicação clara da sua aplicação extraterritorial, ele não a possui”, *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. A presunção “serve para proteger contra conflitos não intencionais entre nossas leis e aquelas de outras nações, o que poderia resultar em discórdia internacional.” *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244, 248.

(...) A presunção não é refutada pelo texto, pela história ou pelo propósito do ATS. Nada no texto do ATS evidencia uma clara indicação de alcance extraterritorial. Violações do Direito Costumeiro Internacional que afetam estrangeiros podem ocorrer tanto dentro como fora dos Estados Unidos da América. E termos genéricos, como “qualquer” na frase “qualquer ação civil”, não refutam a presunção contra a extraterritorialidade.

(...) Finalmente, não há indicação de que o ATS tenha sido aprovado para tornar os Estados Unidos da América um foro particularmente acolhedor para o cumprimento de normas internacionais³⁷⁸.

Como a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, teve um conteúdo diverso dos termos da expedida pela corte de apelação, que explicitamente impossibilitava a responsabilização de empresas nos termos do *Alien Tort Statute*, esta questão permaneceu sob discussão.

No recente *Jesner v. Arab Bank, PLC*, a matéria teve oportunidade de ser novamente discutida. Vítimas estrangeiras ingressaram com múltiplas ações

United States. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. N. 10-1491. Decided in April 17, 2013. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁷⁸ “The presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and nothing in the statute rebuts that presumption. (...) It permits federal courts to ‘recognize private claims [for a modest number of international law violations] under federal common law.’ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 732. In contending that a claim under the ATS does not reach conduct occurring in a foreign sovereign’s territory, respondents rely on the presumption against extraterritorial application, which provides that ‘[w]hen a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none,’ *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. The presumption ‘serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord.’ *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244, 248. (...) The presumption is not rebutted by the text, history, or purposes of the ATS. Nothing in the ATS’s text evinces a clear indication of extraterritorial reach. Violations of the law of nations affecting aliens can occur either within or outside the United States. And generic terms, like ‘any’ in the phrase ‘any civil action,’ do not rebut the presumption against extraterritoriality. (...) Finally, there is no indication that the ATS was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. op. cit., 2013.

judiciais nos Estados Unidos da América, entre os anos de 2004 e 2010, requerendo a reparação por danos sofridos em atentados terroristas praticados em Israel, na Cisjordânia e na Faixa de Gaza, no ínterim de janeiro de 1995 e julho de 2005.

Acusava-se o *Arab Bank*, com central na Jordânia e atividade em diversos países, de ter permitido e facilitado a transferência de recursos a grupos terroristas do Oriente Médio (Hamas, Jihad Islâmica Palestina, Brigadas dos Mártires de Al-Aqsa e Frente Popular para a Libertação da Palestina), viabilizando a prática reiterada de terrorismo, cujos ilícitos causaram óbitos e lesões.

Os demandantes almejavam provar que funcionários do banco teriam auxiliado os terroristas a efetuarem transações bancárias eletrônicas, a lavarem dinheiro e a manterem contas correntes, inclusive para recolhimento de doações, com chancela do escritório em New York e apoio de uma instituição de caridade com sede no Texas, para financiamento dos atentados e pagamentos a famílias de homens bomba.

Levando em conta o que fora decidido em *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, tanto a corte distrital quanto a corte de apelação determinaram que o litígio não deveria ir a julgamento. Além disso, em 2015, a corte de apelação, mesma que havia se manifestado em *Kiobel*, manteve seu entendimento de não admitir demandas com base no *Alien Tort Statute* contra empresas³⁷⁹.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América confirmou o pronunciamento do juízo a quo, contudo expressou-se de modo mais específico sobre empresas estrangeiras e destacou a importância de se levar em conta os efeitos adversos que tais processos podem causar nas relações internacionais, nos seguintes termos do voto do juiz Kennedy:

O ATS é “estritamente jurisdicional” e, por seus próprios termos, não fornece ou delinea a definição de uma causa de ação para violações do Direito Internacional. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 713-714.

³⁷⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Jesner v. Arab Bank*. N. 13-3605. N. 13-3620. N. 13-3635. N. 13-4650. N. 13-4652. Decided in December 8, 2015. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-3605/13-3605-2015-12-08.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

(...). Em *Sosa*, a Corte afirmou que, em certas circunstâncias restritas, as cortes podem reconhecer uma causa de ação da common law para demandas baseadas no contemporâneo Direito Costumeiro Internacional, (...) mas expressamente sustentou que os litígios pautados no ATS implicam em sérias preocupações quanto à separação de poderes e relações externas (...). A Corte, subseqüentemente, decidiu em *Kiobel* que “a presunção contra a extraterritorialidade se aplica às demandas sob o [ATS], (...) e que mesmo os litígios que “atingem e dizem respeito ao território dos Estados Unidos da América ... devem fazê-lo com suficiente força para deslocar” esta presunção.

(...) O ATS foi projetado para promover harmonia nas relações internacionais por meio da garantia a demandantes estrangeiros de um remédio para violações de Direito Internacional, quando a ausência de tal remédio pudesse provocar nações estrangeiras a considerar os Estados Unidos da América responsáveis. Entretanto, aqui e em casos similares, o oposto está ocorrendo. Os demandantes são estrangeiros e requerem milhões de dólares em reparação de danos a uma grande instituição financeira jordaniana por lesões sofridas em ataques provocados por terroristas estrangeiros no Oriente Médio. As únicas alegadas conexões aos Estados Unidos da América são as transações CHIPS efetuadas na filial nova-iorquina do Arab Bank e uma tênue alegação sobre uma instituição de caridade no Texas. No mínimo, a conexão relativamente menor entre os ataques terroristas e a alegada conduta nos Estados Unidos da América ilustra o risco de se estender o escopo da responsabilidade prevista no ATS a corporações multinacionais estrangeiras como o Arab Bank.

Por 13 anos, este litígio causou considerável tensão diplomática com a Jordânia, um aliado crucial que considera o litígio uma afronta a sua soberania. E esta não é a primeira vez que um ente soberano estrangeiro levantou objeções aos litígios sob o ATS nesta Corte. Estas são as próprias tensões em relações externas que o Primeiro Congresso procurou evitar.

As cortes também não são adequadas para fazer os requeridos julgamentos políticos relacionados à responsabilidade de empresas estrangeiras. Como a presunção contra a extraterritorialidade, a cautela judicial sob *Sosa* “guarda contra nossas cortes desencadearem ... sérias consequências em política externa e, em vez disso, muito apropriadamente, defere tais decisões aos ramos políticos”. Conseqüentemente, a Corte considera que as empresas estrangeiras não podem ser demandadas em ações movidas com base no ATS.³⁸⁰

³⁸⁰ Tradução do original: “The ATS is ‘strictly jurisdictional’ and does not by its own terms provide or delineate the definition of a cause of action for international-law violations. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 713–714. (...) In *Sosa*, the Court held that in certain narrow circumstances courts may recognize a common-law cause of action for claims based on the present-day law of nations, (...) but it explicitly held that ATS litigation implicates serious separation-of-powers and foreign-relations concerns (...). The Court subsequently held in *Kiobel* that ‘the presumption against extraterritoriality applies to [ATS] claims,’ (...) and that even claims that “touch and concern the territory of the United States . . . must do so with sufficient force to displace” that presumption. The ATS was intended to promote harmony in international relations by ensuring foreign plaintiffs a remedy for international-law violations when the absence of such a remedy might provoke foreign nations to hold the United States accountable. But here, and in similar cases, the opposite is occurring. Petitioners are foreign nationals seeking millions of dollars in damages from a major Jordanian financial institution for injuries suffered in attacks by foreign terrorists in the Middle East. The only alleged connections to the United States are the CHIPS transactions in Arab Bank’s New York branch and a brief allegation about a charity in Texas. At a minimum, the relatively minor connection between the terrorist attacks and the alleged conduct in the United States illustrates the perils of extending the scope of ATS liability to foreign multinational corporations like Arab Bank. For 13 years, this litigation has caused considerable diplomatic tensions with Jordan, a critical ally that

O julgamento na Suprema Corte ensejou um debate importante, observável nos votos vencidos. A juíza Sotomayor questionou o tratamento diferenciado que se conferiria a pessoas físicas e a empresas. Ademais, arguiu que a decisão poderia blindar estas de qualquer responsabilização, mesmo quando se tratassem de fatos chocantes, permitindo-se que a elas sejam garantidos todos os benefícios da personalidade jurídica e de seus direitos fundamentais, sem que delas se exijam responsabilidades mínimas e respeito aos direitos humanos:

A Corte hoje declara que o *Alien Tort Statute* (ATS) (...) categoricamente impede a responsabilidade de empresas estrangeiras. Ao fazê-lo, ela absolve corporações de responsabilidade sob o ATS por comportamentos chocantes à consciência. Eu discordo tanto da conclusão da Corte quanto da sua abordagem analítica. O texto, a história e propósito do ATS, assim como a longa e consistente história da responsabilidade de empresas por danos, confirmam que as demandas por reparação em razão de violações ao Direito Costumeiro Internacional podem ser movidas contra empresas sob o ATS. Nada sobre a forma corporativa em si mesma suscita preocupações em política externa que requerem à Corte, por uma questão de discricção da common-law, imunizar todas as empresas estrangeiras da responsabilidade sob o ATS, independentemente das específicas violações ao Direito Costumeiro Internacional alegadas.

(...) Em vez de se perguntar se existe uma norma específica, universal e obrigatória de responsabilidade corporativa nos termos do Direito Internacional, a investigação relevante em resposta à questão aqui apresentada é se há uma razão – nos termos do Direito Internacional ou de nosso Direito interno – para se distinguir entre uma corporação e uma pessoa natural que supostamente tenham violado o Direito Costumeiro Internacional sob o ATS. Como explicado acima, o Direito Internacional não fornece tal razão.

(...) Ao proibir categoricamente todos os processos contra empresas estrangeiras sob o ATS, a Corte garante que corporações estrangeiras – entidades capazes de cometerem infrações de acordo com nossa lei doméstica – permaneçam imunes de responsabilidade por abusos a direitos humanos, por mais flagrantes que possam ser.

Corporações podem ser e frequentemente são uma força de inovação e crescimento. Muitas delas contribuem à sociedade e devem ser celebradas, mas o poder único que as corporações detêm pode ser usado tanto para bem quanto para o mal.

considers the litigation an affront to its sovereignty. And this is not the first time that a foreign sovereign has raised objections to ATS litigation in this Court. These are the very foreign-relations tensions the First Congress sought to avoid. Nor are the courts well suited to make the required policy judgments implicated by foreign corporate liability. Like the presumption against extraterritoriality, judicial caution under *Sosa* 'guards against our courts triggering . . . serious foreign policy consequences, and instead defers such decisions, quite appropriately, to the political branches.' Accordingly, the Court holds that foreign corporations may not be defendants in suits brought under the ATS". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Jesner v. Arab Bank, PLC*. N. 16-499. Decided in April 24, 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

(...) Pode haver, e às vezes há, um motivo de lucro para esses tipos de abusos. Embora o mercado não precifique todas as externalidades, o Direito o faz. Nós reconhecemos isso quando permitimos que uma ação civil seja tramitada contra uma empresa de tintas que por longo tempo sabia que seu produto continha chumbo e mesmo assim continuou a vendê-lo a famílias, ou contra uma companhia de petróleo que não se encarregou de checar os requisitos de segurança em um oleoduto que subsequentemente se rompeu. Não há razão para que uma abordagem diferente deva ser obtida no contexto dos Direitos Humanos.

Imunizar empresas que violam os direitos humanos da responsabilidade sob o ATS prejudica o sistema de responsabilização por violações ao Direito Costumeiro Internacional que o Primeiro Congresso buscou impor. Isso permite que essas entidades tirem proveito dos significantes benefícios que da forma corporativa e desfrutem direitos fundamentais, veja, por exemplo, *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310 (2010); *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U. S. (2014), se que tenham que assumir responsabilidades fundamentais.³⁸¹

Como a decisão da maioria da Suprema Corte em *Jesner v. Arab Bank, PLC* teve um escopo restrito a empresas estrangeiras, permanece ainda a questão relativa à possibilidade de uma empresa americana ser demandada por estrangeiros em decorrência de descumprimento do Direito Costumeiro

³⁸¹ Tradução do original: “The Court today holds that the Alien Tort Statute (ATS) (...) categorically forecloses foreign corporate liability. In so doing, it absolves corporations from responsibility under the ATS for conscience-shocking behavior. I disagree both with the Court’s conclusion and its analytic approach. The text, history, and purpose of the ATS, as well as the long and consistent history of corporate liability in tort, confirm that tort claims for law-of-nations violations may be brought against corporations under the ATS. Nothing about the corporate form in itself raises foreign-policy concerns that require the Court, as a matter of common-law discretion, to immunize all foreign corporations from liability under the ATS, regardless of the specific law-of-nations violations alleged. (...) Instead of asking whether there exists a specific, universal, and obligatory norm of corporate liability under international law, the relevant inquiry in response to the question presented here is whether there is any reason— under either international law or our domestic law—to distinguish between a corporation and a natural person who is alleged to have violated the law of nations under the ATS. As explained above, international law provides no such reason. (...) In categorically barring all suits against foreign corporations under the ATS, the Court ensures that foreign corporations— entities capable of wrongdoing under our domestic law—remain immune from liability for human rights abuses, however egregious they may be. Corporations can be and often are a force for innovation and growth. Many of their contributions to society should be celebrated. But the unique power that corporations wield can be used both for good and for bad. (...) There can be, and sometimes is, a profit motive for these types of abuses. Although the market does not price all externalities, the law does. We recognize as much when we permit a civil suit to proceed against a paint company that long knew its product contained lead yet continued to sell it to families, or against an oil company that failed to undertake the requisite safety checks on a pipeline that subsequently burst. There is no reason why a different approach should obtain in the human rights context. Immunizing corporations that violate human rights from liability under the ATS undermines the system of accountability for law-of-nations violations that the First Congress endeavored to impose. It allows these entities to take advantage of the significant benefits of the corporate form and enjoy fundamental rights, see, e.g., *Citizens United v. Federal Election Comm’n*, 558 U. S. 310 (2010); *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U. S. (2014), without having to shoulder attendant fundamental responsibilities”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Jesner v. Arab Bank, PLC. op. cit.*, 2018.

Internacional ou de um tratado pactuado pelos norte-americanos nos termos do *Alien Tort Statute*.

De fato, ante os casos apresentados, enquadrar o litígio no plano do conteúdo do Direito Internacional, formulando-se se este englobaria ou não a responsabilização de empresas, não parece o mais adequado. Dever-se-ia distinguir o âmbito de fixação de condutas, como os padrões exigidos de direitos humanos, dos modos de implementação, ou seja, das normas de Direito Penal ou de Direito Civil, já que o Direito Internacional se volta exclusivamente àquele, cabendo a cada Estado individualmente se ocupar destes³⁸².

No contexto internacional, a cisão entre público e privado, marca do denominado paradigma westfaliano, que ao distinguir tratamentos conferidos a entes soberanos, empresas e pessoas naturais causa uma dissimetria entre direitos e deveres, não parece ser enfrentada com grande destaque³⁸³.

O Direito Internacional Público se ausentou como fonte de responsabilização por violações de direitos humanos cometidas por empresas, ao passo que o Direito Internacional Privado não emergiu para disciplinar o vazio normativo e fixar regras de conduta, frequentemente recorrendo ao *forum non conveniens* ou princípios territoriais³⁸⁴.

Nesse sentido, os casos judiciais também são elucidativos³⁸⁵. Em *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, centenas de cidadãos indianos e o governo da Índia processaram a *Union Carbide* em razão de milhares de mortes e

³⁸² WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 366-367. Vide o voto do discidente do juiz Laval em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. N. 06-4800-cv. N. 06-4876-cv. Decided in September 17, 2010. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/06-4800/06-4800-20rhrg-20complete-2011-03-27.html>>. Acesso em: 01 maio 2019; e os argumentos da maioria em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Boimah Flomo et al. v. Firestone Natural Rubber Co.* N. 10-3675. Decided in July 11, 2011. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1573873.html>>. Acesso em: 01 maio 2019; e em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *John Doe VIII et al. v. Exxon Mobil Corporation et al.* N. 09-7125. Decided in July 8, 2011. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/09-7125/09-7125-1317431-2011-07-08.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁸³ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 367.

³⁸⁴ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 367.

³⁸⁵ Vide JOSEPH, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*. Oxford: Hart, 2004.

lesões decorrentes de um dos maiores desastres industriais da história, provocado pelo vazamento do gás tóxico isocianato de metila, ocorrido em 1984 por negligência da subsidiária indiana em Bhopal, Índia. Em 1987, a justiça americana, tanto em sede de corte distrital quanto de corte de apelação, entendeu que as demandas deveriam ser julgadas na Índia, com base no *forum non conveniens*³⁸⁶.

O mesmo argumento, somado ao do *comity*, foi utilizado pelas cortes americanas em sentenças de 1994, 1996, 2002 e 2003, referentes a ações movidas contra a *Texaco* (*Sequihua v. Texaco, Inc.*³⁸⁷ e *Aguinda v. Texaco, Inc.*³⁸⁸) e contra o *Southern Peru Cooper* (*Torres v. Southern Peru Copper Corp.*³⁸⁹ e *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*³⁹⁰), em que estrangeiros requeriam reparação por problemas de saúde decorrentes de contaminação ambiental gerados por subsidiárias no Equador e no Peru.

Concomitantemente, por outro lado, às empresas são preservados os benefícios da personalidade jurídica e, em muitas ocasiões, as garantias das liberdades econômicas ao capital e aos serviços em mercados transnacionais. Assim, acaba-se permitindo que consigam alocar suas atividades em locais com legislação mais favorável a si, com menos regulamentação e custos³⁹¹.

Obviamente, os casos expostos são bastante complexos e envolvem diversas questões que impactam nas relações entre países e em aspectos políticos, econômicos e concorrenciais. Embora não se tenha cogitado a incidência de

³⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. In re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster. 809 F.2d 195. N. 86-7517. N. 86-7589. N. 86-7637. Decided in January 14, 1987. Disponível em: <<https://casetext.com/case/in-re-union-carbide-corp-gas-plant-disaster-2>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Sequihua v. Texaco. 847 F.Supp 61. N. 93-3432. Decided in January 27, 1994. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/847/61/1403195/>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Aguinda v. Texaco, Inc. 303 F.3d 470. N. 01-7556L. N. 01-7758C. Decided in August 16, 2002. Disponível em: <<https://casetext.com/case/aguinda-v-texaco-inc-4>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Southern District of Texas, Corpus Christi Division. Flores v. Southern Peru Copper Corp. 965 F.Supp 899. N. C-95-495. Decided in January 18, 1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/torres-v-southern-peru-copper-corp>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Flores v. Southern Peru Copper Corp. N. 02-9008. Decided in August 29, 2003. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1036814.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

³⁹¹ WATT, Horatia Muir. *op. cit.*, 2011, p. 367-368.

normas de aplicação imediata ou a exceção da ordem pública, demonstram a imprescindibilidade desses institutos e do Direito Internacional Privado como um todo atentarem para a eficácia dos direitos humanos em âmbito transnacional. Nesse sentido, retratam a tese da necessidade de imposição de deveres públicos a agentes privados.

2.2 ELEMENTOS DISRUPTIVOS E SUAS FUNÇÕES SOCIAIS

Após a análise das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública enquanto conceitos jurídicos indeterminados³⁹², capazes de albergarem valores, expressos tanto sob o prisma do Estado quanto sob o prisma da pessoa, caracterizando-se como elementos disruptivos de uma pretensa neutralidade científica, neste capítulo é proposta a conformação de uma função social do Direito Internacional Privado, elaborada a partir dos vetores axiológicos indicados como existentes e os que se propõem agregar a estes institutos.

A referida função social implica na atribuição de utilidade, de um *telos*, ou seja, em uma finalidade que comporte a consideração de interesses que vão além dos expressados pelas partes envolvidas na relação jurídica transfronteiriça, mas que dizem respeito a toda a coletividade. Desse modo, à perspectiva axiológica das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública se junte uma perspectiva teleológica.

De modo mais específico, o conteúdo desta função social implicaria em deveres de impulso à igualdade entre os cidadãos; de racionalização da interação social, por meio da prestação eficaz de serviços e criação de mecanismos

³⁹² “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. (...) Com Philipp Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um “núcleo” conceitual e um “halo” conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”. ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 208 et seq.

democráticos de entendimento social; de segurança, em incentivo à previsibilidade e à confiança na vida social; e, por fim, de eficiência do mercado.

Tais vetores podem ser encarados como feixes que englobam e diversos princípios jurídicos, muitos dos quais representariam e se desmembrariam em direitos individuais classificados como direitos humanos, razão pela qual, em caso de colisão no caso concreto, deveriam ser ponderados mantendo-se sempre a eficácia de seu núcleo essencial, nos moldes da técnica proposta por Robert Alexy (1945-)³⁹³.

2.2.1 Atributos de Igualdade e de Racionalização da Interação Social

O primeiro atributo de uma função social a ser elaborada por meio dos elementos disruptivos do Direito Internacional Privado é orientado pela igualdade. Trata-se de um fator essencial ao sentimento de justiça e à legitimidade do governo³⁹⁴, usualmente associado à expressão da vontade e da liberdade humanas.

No campo jurídico, imputa o objetivo do Direito em se constituir como fórmula promotora da igualdade, abarcando ainda, por um lado, a ideia de que as decisões serão tomadas de modo isento, não considerando fatores financeiros, político-partidários, de poder, prestígio social, ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, dentre outros. Sob outro ângulo, vincula-se ao vetor da segurança jurídica, pois designa que se deve dar o mesmo tratamento jurídico a casos semelhantes.

Desde há muito que se estabeleceu existir uma íntima ligação entre vontade e liberdade, pela simples razão de que só quem é livre – interna

³⁹³ ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 78 et seq.

³⁹⁴ “Podemos dar costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania (...)”. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Revisão de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

e externamente – pode querer. Por outro lado, pelo menos desde o séc. XVIII – embora com conhecidas raízes anteriores -, que se relaciona a liberdade com a igualdade, insistindo-se em que a dependência (política, econômica ou social ou cultural), a falta de igualdade, impede a expressão de uma vontade livre. Daí que uma das funções do direito mais geralmente aceite é a de instaurar a igualdade, constituindo uma das componentes mais importantes do “imaginário” espontâneo dos juristas. Pode dizer-se, com efeito, que a instauração da igualdade entre os cidadãos tem sido – juntamente com a garantia da sua liberdade e da segurança (ou da paz) – a definição clássica das funções do direito no Estado contemporâneo³⁹⁵.

Tradicionalmente, a garantia da igualdade incorpora um aspecto formal e um aspecto material. O primeiro designa a igualdade jurídica, que detém uma carga negativa, de proibição de fixação de diferenças pela lei. O segundo, por sua vez, demanda uma “igualdade de recursos”, de oportunidades, uma efetiva isonomia nas relações sociais³⁹⁶.

Segundo Ronald Dworkin (1931-2013), o aspecto material da igualdade manifesta as diretrizes da igual importância, segundo a qual a vida de cada pessoa deve ser objetivamente relevante e não desperdiçada, e da responsabilidade especial, de acordo com a qual cada indivíduo é encarregado, especial e finalmente, pelo seu sucesso³⁹⁷.

Tal visão, contudo, nem sempre parece estar em consonância com a realidade. Mesmo a aceção da igualdade perante a lei, dirigida a uma aplicação uniforme do Direito pelo Estado, em diversas circunstâncias, não atingiu seus propósitos, servindo para perpetuar o *status quo* existente e evitar a harmonização social³⁹⁸.

Em muitas ocasiões o Direito sequer promoveu a igualdade formal, justificando, por exemplo, a escravidão, quanto menos foram as liberdades

³⁹⁵ HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 168.

³⁹⁶ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 170; DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. XV; e SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como Critério Legítimo de Desquitação no Processo Civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 22 et seq.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. XV; e SILVA, Fernanda Tartuce. *op. cit.*, p. 22.

³⁹⁸ Vide ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 37 et seq.

juridicamente reconhecidas exercidas por todos igualmente, sendo notória a diversidade de condições econômicas e sociais que permeiam a sociedade³⁹⁹.

De fato, em certo sentido, o discurso jurídico parece ter cooptado o Direito a reproduzir uma ilusão de igualdade, afirmando que, dada a igualdade formal, a desigualdade material se explicaria pelo desempenho e dedicação díspares das capacidades e dos méritos próprios. Assim, o Direito acabaria por legitimar a desigualdade e por retirar a carga de responsabilidade da sociedade como um todo em seu enfrentamento.

(...) quando as coisas perdem o seu valor concreto (que é o valor *de uso*) e ganham um valor meramente artificial (que é o valor *de troca*), uma ficção torna-se na realidade. O mesmo se teria passado no direito, a propósito tanto da igualdade como da liberdade. Convertidas em valores formais, perderam toda a adesão ao mundo efectivo; mas, nas representações jurídicas (no imaginário jurídico), passaram a constituir a própria realidade, que se substituiu, assim, à “realidade real”. “Todos os cidadãos são iguais perante a lei” passa, assim, de uma proposição a uma situação real; e, com isto, a lei torna-se num fetiche, ou seja, numa fantasia que confere poder sobre a realidade⁴⁰⁰.

Desse modo, ensejar-se-ia uma valorização exacerbada da igualdade concebida de modo genérico e impessoal, o que explicaria a neutralidade e a inércia do Estado em promovê-la efetivamente⁴⁰¹. A persistência de práticas de tratamento desigual na sociedade enseja a percepção de:

(i) que o direito existente, orientado pela ideia de “igualdade”, não é eficaz; (ii) que, porventura, terá que ser complementado com normas dirigidas pela ideia de “desigualdade”, como as que estabeleçam medidas de discriminação positiva; (iii) que certas especificidades relevantes para os “diferentes” continuam a ser anuladas pela ideia de igualdade⁴⁰².

Por este motivo, passou-se a divisar uma concepção positiva de igualdade, que visa à implementação de tentativas de se balancear o desequilíbrio existente na sociedade, para que se alcance uma realidade em que há maior simetria de

³⁹⁹ Vide crítica mais detalhada em HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 170 et seq.

⁴⁰⁰ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 173-174.

⁴⁰¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27 et seq.

⁴⁰² HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 175.

oportunidades. É a expressão da justiça distributiva aristotélica, que determina ser a injustiça desigual, do que decorre ser justa a concessão de bens diversos a pessoas em desigualdade, na medida de sua correção⁴⁰³.

Esta busca por um ajuste da desigualdade reverbera tanto em se promoverem políticas públicas concessivas para a equalização de oportunidades, quanto no combate ao tratamento desigual, do que decorrem as normas que implicam em proibições e punições à discriminação, à inobservância da igualdade no trabalho, da proteção à saúde, de acesso a serviços públicos ou à justiça⁴⁰⁴.

Destaca-se que a igualdade não consiste em um ideal de identidade total, em que inexista diversidade na sociedade, mas a garantia de um mínimo básico que assegure a justiça, não devendo ser compreendida isoladamente, mas de acordo com outras regras e princípios vigentes na Constituição material⁴⁰⁵.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguaes, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada á desigualdade natural, é que se acha a verdade lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguaes, ou a desiguaes com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os appetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalesssem. Esta blasphemia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a philosophia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria, senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguaes, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdade nativas, pela educação, atividade e perseverança⁴⁰⁶.

Ademais, a igualdade exprime direito fundamental se que volta a todos os poderes do Estado e aos particulares, apresentando uma eficácia cogente vertical e horizontal. Sua aplicação e incidência normativa devem ser as mesmas se tratando de circunstâncias similares e também a legislação deve ser uniforme, no

⁴⁰³ ARISTÓTELES. *The Rhetoric, Poetic and Nicomachean Ethics of Aristotle*. v. 2. Translated from the Greek by Thomas Taylor. London: James Black and Son, 1818, p. 160 et seq.;

⁴⁰⁴ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 175.

⁴⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 237 et seq.

⁴⁰⁶ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 17.

que se denominou de “igualdade perante a lei feita” e “igualdade na lei para fazer-se”⁴⁰⁷.

Assim, a igualdade não se resume a um princípio abstrato cujo alcance representa um ideal, pois dela dimanam um plexo de deveres que irradiam por todo o ordenamento jurídico, seja no âmbito público ou privado, combinando-se com a exigência por efetivação de outros direitos fundamentais⁴⁰⁸.

Na igualdade se funda a tutela das minorias, decorrente do compromisso do Estado em erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e coibir a discriminação.

Concomitantemente, também dela deriva a tutela dos vulneráveis, que impõe a uma das partes maiores deveres na relação jurídica ou prerrogativas à pessoa considerada mais suscetível em relação a outra, para que haja uma composição em torno de maior equilíbrio entre as partes.

No Direito Privado, a igualdade está representada, por exemplo, no sinalagma, ou seja no liame de reciprocidade entre a prestação e a contraprestação obrigacional, que deve ser observado em negócios jurídicos comutativos. Também se apresenta nos deveres decorrentes da transparência, da lealdade e demais desdobramentos da boa-fé, já que importam em não submeter o outro a uma posição de rebaixamento.

No Direito Processual, a igualdade consagra grande parte dos direitos fundamentais integrantes do devido processo legal, como a paridade de armas, o

⁴⁰⁷ “A enumeração dos direitos fundamentais começa pelo princípio da isonomia ou princípio da igualdade perante a lei, dito, também, princípio da igualdade formal, porque não igualiza ‘materialmente’. ‘Todos são iguais perante a lei’. O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É cogente para a legislatura, para a administração, e para a Justiça. Aliás, podem ser explicitados dois princípios: um, de igualdade perante a lei feita, e outro, de igualdade na lei para fazer-se. O princípio igualitário abre para o lado dos órgãos aplicadores (Poderes Executivo e Judiciário) e para o lado do órgão legislativo”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. Tomo 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 698.

⁴⁰⁸ “(...) a esfera de obrigações do Poder Público, porquanto se pretende que o Direito seja pensado, elaborado e aplicado como instrumento realizador do princípio, que deixa de ser estático ou passivo para constituir uma diretriz dinamizadora de um Direito que somente será legítimo à medida em que atenda e concretiza a igualdade justa na sociedade”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*, p. 39.

contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, o juiz natural, a imparcialidade, etc.

Na Jurisprudência, a igualdade impõe que sejam dadas soluções iguais a casos semelhantes e que sejam tratados de modo desigual casos que apresentam desigualdade, como, no contexto do Direito Intertemporal, o reconhecimento da irretroatividade de certa lei para se assegurar o ato jurídico perfeito.

No Direito Internacional Privado, a incidência de norma de aplicação imediata ou da exceção da ordem pública, seja frente à lei designada pelo método conflitual, seja em sede de homologação e cumprimento de decisão estrangeira, para que se perfectibilize uma função social, impõe certo cotejo que garanta a maior efetivação da igualdade, tanto em relação aos nacionais ou domiciliados no foro, quanto aos estrangeiros e entre estes e aqueles.

Garantida a igualdade, outro vetor que informa uma função social do Direito Internacional Privado e que serve de parâmetro para se analisar a incidência de normas de aplicação imediata ou a exceção da ordem pública, é a capacidade popular de exercer seu direito fundamental a participar da elaboração do ordenamento jurídico a que está sujeita.

Sendo o Direito uma forma de aperfeiçoamento das relações humanas, promotora de soluções e interações pacíficas e harmoniosas, pautada na justiça e na liberdade de cada membro da sociedade, sua legitimidade se funda na correspondência aos anseios da população⁴⁰⁹. Nessa linha, é impossível a aceitação de um ordenamento jurídico que apresenta o Direito como institucionalização da força, inexistindo Estado de Direito sem democracia.

Em seus primórdios, a democracia já era pautada por noções de igualdade, ainda que restritas a determinado grupo e bastante insuficientes se comparadas às exigências da atualidade. A democracia ateniense se fundava na *isonomia*,

⁴⁰⁹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 180; e DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 255.

assemelhada à igualdade formal; na *isocratia*, que legitimava o exercício do poder; e a *isagoria*, que resguardava a liberdade de opinião⁴¹⁰.

A democracia é um vetor de fomento social porque, sendo o homem um ser político, deve ser-lhe atribuída a faculdade de autodeterminação, de debater e influenciar o destino a ser seguido pela sociedade em que vive. Para tanto, a fim de que tal decisão seja consciente e efetivamente exprima a vontade geral, a opinião pública deve ser formada a partir de informações embasadas e transparentes:

O ideal de uma livre formação da opinião pública tem várias raízes. Devem ser salientados o relativismo político-ideológico, que não admite a monopolização da pretensão da verdade; depois, a confiança na racionalidade da discussão pública; a ideia liberal de uma livre concorrência e de um equilíbrio recíproco das opiniões concorrentes; e, por fim e sobretudo, também a ideia democrática de que cada indivíduo deve participar ele próprio na formação da vontade comum à qual está subordinado. O essencial neste ideal democrático de liberdade é a participação própria na decisão, que não pode ser falsificada por um dirigismo da opinião convertendo-se em mera aclamação⁴¹¹.

Assim como ocorre com a igualdade, a implementação da democracia exige certas condições mínimas de liberdade e efetivação de direitos humanos. Não há democracia sem liberdade de expressão, manifestação, de impressão e acesso à informação⁴¹².

Além disso, embora recorrentemente seja pautada pela vontade da maioria, a democracia deve garantir a participação de todos, que haja ampla possibilidade de se influir na tomada de decisão, e que a todos se assegure a dignidade e o atendimento a necessidades essenciais⁴¹³.

⁴¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito: A Expansão Política do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

⁴¹¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado: Ciência Política*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 399.

⁴¹² FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 154 et seq.

⁴¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado Democrático e Social de Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

O contexto social contemporâneo é marcado por grandes embates relativos à moralidade e deliberação democrática. Essa existência de diversos conflitos demanda mecanismos instrumentais que permitam a comunicação e uma resolução razoável e compartilhada.

Jürgen Habermas (1929-), constatando esta plêiade de conflitos existentes no substrato social, teorizou que uma conjugação seria possível por meio de uma democracia deliberativa que levasse à aceitabilidade geral da norma jurídica. Esta seria válida no sentido moral quando pudesse ser aceita por todos, a partir da perspectiva de cada um. Portanto, deveria ser generalizável segundo o ponto de vista de todos os participantes⁴¹⁴.

A ética discursiva *habermasiana* busca justificar os mandamentos morais por meio do entendimento pelo convencimento recíproco, levando em conta a justiça e a solidariedade, em superação a uma perspectiva egocêntrica⁴¹⁵.

Trata-se de uma teoria que visa à concepção de um discurso racional que tem por finalidade o entendimento mútuo e como pressuposto a participação de todos os envolvidos. Por mais que a deliberação possa ser eivada de interesses e autoconsciências individuais, estes serviriam para aprimorar o debate e agregar perspectivas variadas⁴¹⁶.

O convencimento recíproco por meio da ética discursiva exigiria dos participantes a deliberação conjunta de três espécies de compreensões: a compreensão de fundamentação, a compreensão da verdade e a compreensão do mundo.

A compreensão de fundamentação indica que a fundamentação precisa partir de um contexto. Por isso, seria preciso a existência de uma compreensão

⁴¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 44 et seq.; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Multiculturalismo e Meio Ambiente: Uma Proposta de Inclusão do Outro a partir da Teoria do Discurso de Habermas. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (Orgs.). *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*. Madrid: Punto Rojo Libros, 2015, p. 59.

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 48; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 61.

⁴¹⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 60

prévia de determinadas circunstâncias, certos pressupostos. Essas circunstâncias não seriam apresentadas como imutáveis, pois estariam sujeita às regras do discurso e seriam publicamente justificadas⁴¹⁷.

Para haver a compreensão da fundamentação deve ocorrer a prática da justificação pública, por meio da externalização de razões que validem a informação trazida. Isso exige um processo argumentativo qualificado, que tem o ônus de elucidar os motivos pelos quais as razões iniciais devem ser consideradas válidas. Esperam-se, assim, discursos racionais que “garanta[m] espaço a todas as contribuições relevantes” e que viabilizem a tomada de decisões apenas pela “compulsão não coercitiva do melhor argumento”⁴¹⁸.

A compreensão da verdade oportunizaria aos participantes proporem fundamentar suas opiniões oferecendo uma correspondência entre estas e a realidade, almejando-se a justificativa da sua validade⁴¹⁹.

Contudo, embora a assertiva possa ser regularmente fundamentada, isso não implicaria na sua veracidade. “Enquanto a verdade diz respeito à ‘justificação em qualquer contexto’, a aceitabilidade racional está relacionada à justificação em determinado contexto”⁴²⁰.

Por sua vez, a compreensão de mundo pressuporia que o mundo social seria constituído pelas intenções, opiniões, práticas e linguagem de seus integrantes. Exclusivamente os integrantes desse mundo social particular teriam acesso a esses elementos, que o diferenciariam do mundo objetivo, acessível a um observador externo⁴²¹.

Assim, a deliberação exige um processo argumentativo qualificado (compreensão de fundamentação), que leve à aceitabilidade racional do proferimentos (compreensão de verdade) e que valorize a realidade de cada participante (compreensão de mundo)⁴²².

⁴¹⁷ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 62.

⁴¹⁸ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 62.

⁴¹⁹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 62.

⁴²⁰ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 62. Vide HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 50 et seq.

⁴²¹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 62.

⁴²² OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 62.

No contexto da implementação desta ética discursiva, Habermas argumentava que o discurso ideal exaltaria as qualidades do acordo mútuo e da não exclusão⁴²³.

O acordo mútuo preleciona que os envolvidos pretendam solucionar seus conflitos sem violência ou acertos ocasionais, mas por meio da concordância de todos. Tal acordo pressuporia uma auto compreensão ética comum, não sendo desconsiderada a possibilidade da existência de concepções divergentes sobre o que seja o bem⁴²⁴.

Cada um dos envolvidos “partilha uma forma de vida qualquer... estruturada por meio de um acordo mútuo lingüístico”, já que as condutas comunicativas e as formas de vida estão de tal forma entrelaçadas que levam as pessoas a formarem “relações recíprocas de reconhecimento”⁴²⁵.

A não exclusão previria que “nenhum sujeito capaz de se expressar e de agir pode ser excluído da deliberação, o que pressupõe que o participante esteja em condições de dar contribuições relevantes”⁴²⁶.

Assumidos os designios do discurso ideal expostos, a fundamentação moral demandaria ainda a concordância dos envolvidos, a concordância dos atingidos e os processos argumentativos⁴²⁷.

A concordância dos envolvidos no discurso se apresentaria como requisito de validade das normas deliberadas por meio da ética comunicativa. A concordância dos atingidos pela norma implicaria na possibilidade das repercussões da aplicação das normas serem aceitas livremente pelos atingidos⁴²⁸.

Os processos argumentativos seriam pressupostos que facilitariam a concordância cooperativa pelos melhores argumentos. Nesse sentido, implicariam

⁴²³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁴ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 53. Vide OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁷ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁸ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 56 et seq.; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 63.

em condições argumentativas, como a institucionalização da argumentação, a não exclusão de participantes capazes de contribuir à argumentação de modo relevante, a igualdade na possibilidade dos participantes exporem suas argumentações, a orientação segundo o acordo mútuo, a aceitação não coativa e a necessidade de que a comunicação ocorra sem coações internas e externas, mas por meio do convencimento das melhores razões⁴²⁹.

Embora a teoria de Habermas esteja sujeita a diversas críticas⁴³⁰, seu referencial teórico é aqui apresentado com o intuito de ressaltar que a função social do Direito Internacional Privado, construída a partir dos valores informados pelas normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública, exige a convivência entre diferenças no âmbito social, a liberdade de manifestação de pensamento e a possibilidade de participação da população na formulação do ordenamento jurídico, havendo uma complementaridade entre os vetores da igualdade e da racionalização da interação social.

2.2.2 Incumbências de Segurança e de Eficiência Econômica

Como uma outra face do vetor da racionalização da interação social, que importa em preceitos mínimos de legitimação democrática, encontra-se a segurança. No campo do Direito, enquanto aquela se volta a um ideal de produção normativa por meio de acordos na sociedade, esta se concatena com a possibilidade das soluções jurídicas produzirem consenso social de forma ampla e perene⁴³¹.

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 56 et seq.; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *op. cit.*, p. 64.

⁴³⁰ Vide HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 180 et seq.; STEINHOFF, Uwe. *The Philosophy of Jürgen Habermas: a critical introduction*. Translated by Karsten Schöllner. Oxford: Oxford University, 2009; HAHN, Lewis Edwin (Ed.). *Perspectives on Habermas*. Chicago: Open Court, 2000; e ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California, 1998.

⁴³¹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 202-203.

O acordo para a edição de uma norma requer, para além da percepção de que seus preceitos estão em consonância com o sentimento de justiça enraizado na sociedade, o conhecimento quanto aos efeitos que dela serão emanados, isto é, sua previsibilidade e harmonização de expectativas⁴³².

Ou seja, uma democracia que depende, certamente, de uma vontade originária do povo ou dos seus representantes quanto ao direito; mas que depende não menos de um consenso estável e comunitariamente partilhado acerca dos resultados proporcionados pelo direito. Assim, à legitimidade *ex ante*, relativa ao pacto instituidor celebrado pelo povo, junta-se uma legitimidade *ex post*, que decorre da consensualidade dos resultados do direito⁴³³.

A coexistência dessas legitimidades alivia a pressão que seria dirigida às instituições democráticas, quanto ao seu imperfeito modo de funcionamento, e adiciona maiores razões à validade do Direito, ao sustentar a sua habitualidade e aceitação na prática coletiva.

Conforme já expressavam as máximas latinas: “*consensus facit legem* [o consenso cria o direito], *tacitus consensus populus longa consuetudine inveteratus* [o consenso tácito do povo, habituado por um costume antigo], *iuris est id quod plerumque accidit* [é jurídico aquilo que acontece no mais das vezes]”⁴³⁴.

A busca por segurança se choca com o imponderável natural do futuro, refletido nos acontecimentos imprevisíveis e na existência de inúmeras opções de escolha e reação por parte dos indivíduos, o que se convencionou chamar de sociedade do risco.

A insegurança, conceito amplo que abrange a desconfiança e a incerteza, seria uma característica intensificada na pós-modernidade, produto do arranjo promovido pela globalização, com os avanços tecnológicos, a informatização e a facilitação da comunicação.

Assim, a sociedade atual viveria *tempos líquidos*, na formulação de Zygmunt Bauman (1925-2017), ou seja, uma existência marcada pelo instantâneo,

⁴³² HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 202-203.

⁴³³ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 203.

⁴³⁴ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 204.

pelo efêmero, pelo passageiro e pela contingência resultante da dependência por mudanças constantes e da suscetibilidade a turbulências globais, que cada vez mais determinariam os eventos locais, o que impediria a consolidação de padrões de comportamento que possibilitariam certa estabilidade⁴³⁵.

Em razão da inviabilidade de uma rotina ou de controle do que ocorre, não haveria modelos ou princípios de conduta comumente aceitos, estando cada pessoa mecanicamente voltada à satisfação de seus desejos imediatos e falsas necessidades, submetida às repercussões negativas dessas condições em sua saúde mental e na qualidade de sua relação com os demais⁴³⁶.

Este estado de anomalia social, que corrói a identidade individual sem oferecer uma nova base de complemento no presente ou para o futuro, exteriorizaria um desequilíbrio entre a liberdade e a segurança. A ampliação sem precedentes da liberdade individual teria custado um prejuízo à confiança nas decisões e na autoridade⁴³⁷.

Tais circunstâncias teriam acarretado em uma crise das instâncias que tradicionalmente garantiam a segurança, principalmente do Estado e dos instrumentos de que este lança mão, como a manutenção da ordem, o Direito e as políticas sociais⁴³⁸.

O sociólogo alemão Ulrich Beck (194,4-2015) foi um dos primeiros a testemunhar a sociedade de risco, ao diagnosticar que a modernização na transição para o século XXI importou na emergência de instituições globais com novas feições e na exaustão de componentes tradicionais e imanentes da antiga sociedade industrial⁴³⁹.

⁴³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge: Polity, 2007; e BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity, 2000.

⁴³⁶ SLIJEPCEVIC, Dusanka. Zygmunt Bauman's Contribution to the Discourse on a Risk Society. *Sociological Discourse*, year 7, n. 13-14, 2017, p. 92 et seq.

⁴³⁷ MAY, Tim. The Discontented Epoch: Freedom and Security in Bauman's Postmodernity. *Theory, Culture and Society*, v. 15, n. 1, 1998, p. 117 et seq.

⁴³⁸ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 204.

⁴³⁹ BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage, 1992; e ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joostvan (Eds.). *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. London: Sage, 2005.

Os modelos de família, classe, democracia e outros concebidos na sociedade industrial e que a explicavam e serviam a sua auto compreensão passaram a se desintegrar, dando lugar a uma maior liberdade, porém também a um risco acentuado⁴⁴⁰.

O processo de individualização é conceituado como o produto da reflexividade, no qual o processo de modernização como era protegido pelo estado de bem-estar social *destradiciona* os modos de vida construídos na sociedade industrial. A 'tradição' da própria sociedade industrial substitui a pré-modernidade. Assim como as formas de vida e trabalho na sociedade feudal agrária foram dissolvidas na virada do século XIX, a mesma coisa está acontecendo hoje com as desenvolvidas na sociedade industrial: classes sociais e estratificação, a família nuclear com a incorporadas 'biografias standard' de homens e mulheres, a padronização do trabalho e assim por diante⁴⁴¹.

A sociedade de risco, nessa acepção, seria uma sociedade em um alto grau de modernidade, sem controle e dominada pela ambivalência. A presença do risco seria o modo de existência e governança na modernidade. A exposição ao risco seria uma condição humana no início do século XXI⁴⁴².

Em contraste com as épocas experimentadas anteriormente, a sociedade de risco seria global e teria a desvantagem de não poder transferir o perigo a um âmbito externo, não restando, portanto, opção senão enfrentar o risco para sua segurança. Lidar com o risco seria confrontar a si mesma, pois ela própria seria responsável pela geração de grande parte destes e não poderia se desvincular dos efeitos que deles decorreriam⁴⁴³.

Anthony Giddens (1938-), outro importante teórico da sociedade de risco, destacou que hodiernamente as consequências da modernidade são cada vez mais

⁴⁴⁰ SLIJEPCEVIC, Dusanka. *op. cit.*, p. 95.

⁴⁴¹ Tradução do original: "The process of individualization is conceptualized theoretically as the product of reflexivity, in which the process of modernization as protected by the welfare state *destraditionalizes* the ways of living built into industrial society. The 'tradition' of industrial society itself replaces pre-modernity. Just as the forms of living and working in feudal agrarian society were dissolved at the turn of the nineteenth century, the same thing is happening today to those of developed industrial society: social classes and stratification, the nuclear family with the embedded 'standard biographies' of men and women, the standardizations of labor, and so on". BECK, Ulrich. *op. cit.*, 1992, p. 153.

⁴⁴² BECK, Ulrich. Living in the World Risk Society: A Hobhouse Memorial Public Lecture. *Economy and Society*, v. 35, n. 3, 2006, p. 330.

⁴⁴³ BECK, Ulrich. *op. cit.*, 1992, p. 183; e SLIJEPCEVIC, Dusanka. *op. cit.*, p. 86.

radicais e universais, acarretando em modificações até mesmo de esferas íntimas da existência. As relações sociais não seriam mais determinadas somente pelo contexto local em que ocorrem, mas inclinar-se-iam a se conectar globalmente, o que oportunizaria experiências mais ricas, mas também maiores riscos⁴⁴⁴.

Embora o mundo social não pudesse ser controlado ou submetido à previsibilidade, em decorrência de falhas de design, de insucesso operacional, de consequências não planejadas e da circularidade do conhecimento social, à humanidade cumpriria buscar meios de minimizar os perigos e ampliar as oportunidades disponíveis⁴⁴⁵.

Segundo Giddens, idealmente, a sociedade deveria associar paralelamente a adoção de políticas emancipatórias (*emancipatory policies*) e de políticas da vida (*life policies*). Enquanto aquelas incorporariam noções de justiça e equidade, dirigindo-se a liberação da subordinação, estas seriam uma autoatualização, pautadas na ética pessoal e no objetivo de autor realização⁴⁴⁶.

Por isso, a atividade social dos indivíduos poderia ser melhor realizada por meio da união de seus esforços, em torno de movimentos sociais voltados à oposição prática às fontes de perigo social, em vista de um mundo mais seguro e humano⁴⁴⁷.

De modo geral, as teorias que retratam a sociedade de risco o entendem como consequência necessária da contemporânea modernização da organização econômica, pautada na indústria de massa, exploração abusiva de recursos naturais, manipulações genéticas, dissimulação visual do patrimônio, etc⁴⁴⁸.

Além disso, há uma difusão da consciência do risco na sociedade, seja ela mais emocional ou mais científica, e certa reflexão quanto aos meios de produção e seu custo-benefício, ainda que esta seja muitas vezes imprudente, desconsidere

⁴⁴⁴ GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity, 1996; GIDDENS, Anthony. *Runaway World: How Globalization is Reshaping our Lives*. New York: Routledge, 2003; GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. *The Modern Law Review*, v. 62, n. 1, 1999, p. 1 et seq.; e SLIJEPCEVIC, Dusanka. *op. cit.*, p. 86.

⁴⁴⁵ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, 1996, p. 151 et seq.

⁴⁴⁶ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, 1996, p. 154 et seq.; e SLIJEPCEVIC, Dusanka. *op. cit.*, p. 87.

⁴⁴⁷ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, 1996, p. 158 et seq.; e SLIJEPCEVIC, Dusanka. *op. cit.*, p. 87.

⁴⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 206.

os efeitos de longo prazo e acarrete uma distribuição desigual de encargos e responsabilização⁴⁴⁹.

Esta ligação do risco à produção faz com que a responsabilidade pela causa do risco esteja desigualmente distribuída: países ou grupos que produzem mais ou que consomem mais são os maiores causadores da predação ou manipulação dos recursos naturais e, por isso, os responsáveis pelos maiores factores de risco. Forças dominantes nos mercados financeiros sujeitam ao risco da bancarrota indivíduos, grupos ou países financeiramente mais débeis. Em contrapartida, são também estes grupos que – por disporem de um nível mais elevado de conhecimento – estão mais conscientes do risco e, ao mesmo tempo, mais capacitados para o evitarem, nomeadamente para si próprios⁴⁵⁰.

De toda sorte, contemporaneamente, há também diversos agentes públicos e privados que se empenham em elaborar políticas aspirando a mitigar os riscos, seja pela regulação, pela sustentabilidade, pela prevenção ou pela precaução⁴⁵¹.

Em meio a tantas incertezas, no quotidiano os integrantes da sociedade atuam conforme um saber prudencial, um senso comum de confiança (*Vertrauen*), fundado na probabilidade ou na crença do acontecimento de um fato ou comportamento futuro. Contudo, devido a sua precariedade, há a demanda para que se fixem as condutas esperadas e se preservem as expectativas, o que é proporcionado pelo Direito, em conjunto com outros sistemas⁴⁵².

Outro vetor da função social é a promoção da eficiência do mercado, ou seja, que haja um ambiente em que as relações jurídicas com conteúdo econômico transcorram de modo produtivo, com a maximização dos ganhos e minimização dos custos delas decorrentes. Subjaz a ideia de que os negócios jurídicos devem ser incentivados pelo Estado e não demasiadamente onerados, contanto que as

⁴⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 206-207; SUNSTEIN, Cass R. *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

⁴⁵⁰ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 207.

⁴⁵¹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 208.

⁴⁵² HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2009, p. 209; LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993; LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 5. Auflage. Konstanz: UVK, 2014; LUHMANN, Niklas. *Vertrauenheit, Zuversicht, Vertrauen. Probleme und Alternativen*. In: HARTMANN, Martin; OFFE, Claus (Hrsg.). *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*. Frankfurt: Campus, 2001, p. 143 et seq.;

partes estejam conscientes e instruídas, existindo certo grau de igualdade entre elas e não ocorrendo repercussão negativa a terceiros.

Respeitadas estas condições, as transações econômicas gerariam benefícios aos participantes, atendendo a seus interesses e expectativas. Cumpriria ao órgão jurisdicional, ao se deparar com uma causa que apresenta elementos de estraneidade ou na homologação de decisão estrangeira, avaliar a incidência de normas de aplicação imediata ou discernir a exceção da ordem pública tomando em consideração a potencialização da utilidade do mercado.

A utilidade do mercado engloba o fomento da participação no mercado, isto é, que às partes seja mais vantajosa a prática de transações do que sua abstenção. Para além da perspectiva das partes, há o ideal social implícito de que o desenvolvimento do mercado contribui ao bem estar geral, pois disponibiliza a todos a oferta de múltiplos bens e serviços, capazes de satisfazer desejos individuais, e oportuniza a circulação de riqueza e a expressão do empreendedorismo, gerando renda e emprego.

Além disso, a utilidade do mercado implica na observação de normas fulcrais a seu funcionamento, dentre as quais a transparência, o estímulo à concorrência, as compensações a possíveis efeitos adversos a terceiros, como o incremento da estabilidade financeira, a igualdade, que abarca aparatos de equilíbrio quando há desigualdade entre os contratantes, e a ética negocial, que demanda boa-fé e responsabilização.

A transparência se destina a reduzir a assimetria de informações, não somente entre os integrantes de um negócio ou relação jurídica em particular, mas também aos demais participantes do mercado. Resulta na possibilidade de conhecimento das qualidades, das características, da disponibilidade, da localização e do preço do bem ou serviço que está sendo ofertado. Também permite aos investidores monitorar a gestão empresarial, o que propicia que esta

seja mais eficiente e dificulta conjunturas em que o gestor poderia atuar somente em benefício próprio ou de outrem⁴⁵³.

O estímulo à concorrência significa que seja assegurado certo dinamismo e abertura ao mercado, a fim de que os consumidores e usuários tenham suficiente possibilidade de escolher de quem adquirir o bem ou quem prestará o serviço. Trata-se de evitar que, na disputa dos agentes econômicos pelos clientes, tanto aqueles quanto estes desloquem os encargos a outros sujeitos econômicos, ao buscarem otimizar um determinado ganho, normalmente financeiro, por meio de parâmetros como o preço, o serviço ou a qualidade⁴⁵⁴.

Já direito da concorrência é o direito que protege o exercício da liberdade de concorrência. (...) Ele consiste num conjunto de leis que têm por escopo a proteção do mercado contra restrições à concorrência, imputáveis a comportamentos isolados dos sujeitos econômicos ou coligados de grupos de empresas, independentemente de sua forma jurídica. Visa, ainda, à proteção do mercado quanto ao exercício abusivo do controle das operações de concentração⁴⁵⁵.

O objetivo social almejado seria o obtido ao se impedir a criação de barreiras econômicas artificiais, como a criação de cartéis, ao se desestimular o abuso do poder econômico de um participante do mercado frente aos demais do mesmo setor, e ao se incrementar a disputa entre os fornecedores, oportunizando melhorias técnicas e profissionais⁴⁵⁶.

Ademais, o estímulo à concorrência também se aproxima do vetor da igualdade, já que exprime o direito das agentes econômicos em serem submetidos as mesmas normas e exigências, com o intuito de que possam competir nas

⁴⁵³ FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars. The Multifaceted Concept of Transparency. In: FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars (Eds.). *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*. Oxford: Oxford University, 2015, p. 3 et seq.; BERGLUND, Tom. Corporate Governance and Optimal Transparency. In: FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars (Eds.). *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*. Oxford: Oxford University, 2015, p. 359 et seq.; LANG, Mark; MAFFETT, Mark. *Economic Effects of Transparency in International Equity Markets*. Boston: Now, 2011, p. 25 et seq.

⁴⁵⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006, p. 41-42; BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 26; e ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 65.

⁴⁵⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *op. cit.*, 2006, p. 43.

⁴⁵⁶ FORTE, Umberto. *União Européia: Comunidade Econômica Européia. Direito das Comunidades Européias e Harmonização Fiscal*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 134.

mesmas condições. Por consequência, implica na visão de que o Estado deve intervir na economia para salvaguardar esta igualdade, punindo condutas abusivas e que a falseiem⁴⁵⁷.

A demanda por equilíbrio quando há desigualdade entre os participantes do mercado também é um fator que aproxima a eficiência do mercado ao vetor da igualdade, pois importa em medidas para contrabalancear as diferenças e compensar a suscetibilidade de um integrante da relação frente aos demais. Em última análise, implica no dever do órgão jurisdicional verificar se a lei aplicável ou se o Direito que deu substrato à decisão estrangeira a ser homologada atendeu a condições mínimas de proteção aos vulneráveis, representados em geral pelos consumidores, trabalhadores, analfabetos, idosos, crianças e pessoas com deficiência.

Vulnerabilidade, etimologicamente derivada do latim *vulnerare* e *vulnus*, que traduzem o verbo *ferir* ou o substantivo *ferida*, indica, dentre os diversos sentidos possíveis, a posição de maior propensão a uma potencial exposição a prejuízo ou perigo em que um indivíduo se encontra⁴⁵⁸. Cumpre a uma função social do Direito Internacional Privado mitigar esta fragilidade, em corroboração a implementação de direitos humanos⁴⁵⁹.

O fundamento ético-jurídico que orienta o tratamento jurídico destinado aos vulneráveis é ancorado em um arquétipo de proteção. Por um lado, designa o combate à discriminação dos diferentes, por meio de uma abordagem desigual dos

⁴⁵⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *op. cit.*, 2006, 42-43; FARIA, Werter R. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 7; COELHO, Inocêncio Mártires. A Defesa da Concorrência na Constituição de 1988. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 70, 1994, p. 110; e SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre Cooperação Jurisdicional no Âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 87.

⁴⁵⁸ NIFOSI-SUTTON, Ingrid. *Vulnerable Groups under International Human Rights Law*. London: Routledge, 2017, p. 4 et seq.

⁴⁵⁹ "Aqui o novo ideal: do 'outro como igual'. Esta visão do outro como igual significa os atuais esforços do Direito de superar a desigualdade criada pela diferença ou, em nossa análise, pela vulnerabilidade pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais. Isto é, ao espelhar a si próprio, ou ao ser comparado com as suas próprias chances e talentos, é possível passar a ver o 'outro' como necessariamente um 'igual', mesmo se identificadas e localizadas as diferenças". MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 190.

desiguais. Sob outro aspecto, exige o respeito às diferenças e a criação de condições de acesso e convivência⁴⁶⁰.

Outra dimensão da função de eficiência do mercado é o alcance de um parâmetro mínimo de estabilidade financeira. A crise que se propagou após 2008, acarretada pelos baixos standards hipotecários norte-americanos e o alto endividamento de países integrantes da União Europeia, expôs claramente como a instabilidade financeira em um mercado aberto e interconectado pode se propagar globalmente, provocando empobrecimento, desemprego e tensão política mesmo em locais distantes⁴⁶¹.

Em razão disso, a estabilidade financeira é encarada como um bem internacional que deve ser garantido em benefício de todos⁴⁶². Todavia, como não pode ser provida apenas por entidades privadas ou somente por um Estado, há necessidade de se discutir instrumentos transnacionais de governança, dentre os quais o Direito Internacional Privado poderia cumprir relevante papel⁴⁶³.

Atualmente, existe uma dissimetria entre a dimensão dos mercados, essencialmente globais, e os aparatos de governança, mormente fragmentarizados e formatados em âmbito nacional ou regional, o que causa uma pressão competitiva de regulação e perda de controle estatal. Além disso, há o fenômeno das

⁴⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *op. cit.*, 2012, p. 109 et seq.; e MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Autonomia dos Vulneráveis no Direito Privado Brasileiro. In: GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; DIAS, Rui; KIRSTE, Stephan; MARQUES, Claudia Lima; MENDES, Laura; VICENTE, Dario Moura (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 17 et seq.

⁴⁶¹ Vide FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; LYBECK, Johan A. *A Global History of the Financial Crash of 2007-2010*. Cambridge: Cambridge University, 2011; e TATHYER, Mevlüt. The 2008-2009 Financial Crisis in Historical Context. In: HACIOĞLU, Ümit; DINÇER, Hasan (Eds.). *Global Financial Crisis and Its Ramifications on Capital Markets: Opportunities and Threats in Volatile Economic Conditions*. Cham: Springer, 2017, p. 3 et seq.

⁴⁶² LO SCHIAVO, Gianni. *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*. European Monographs. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017; GRIFFITH-JONES, Stephany. International Financial Stability and Market Efficiency as a Global Public Good. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. (Eds.). New York: United Nations Development Programme, 2003, p. 435 et seq.; e WYPLOSZ, Charles. International Financial Stability. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 152 et seq.

⁴⁶³ VAN DER EEM, Bram. Financial Stability as a Global Public Good and Private International Law as an Instrument for its Transnational Governance – Some Basic Thoughts. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Eds.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University, 2014, p. 293.

externalidades legislativas, qual seja, uma amplificação do impacto da regulação de um Estado para fora de suas fronteiras⁴⁶⁴.

Em um mercado tão transnacional, regido por diversas instituições e submetido a múltiplos ordenamentos jurídicos, é natural o questionamento quanto às normas de conduta que devem ser observadas e quais atores estariam a elas sujeitos e em que circunstâncias. Surpreendentemente, entretanto, o potencial de governança do Direito Internacional Privado nesta seara parece não ter sido explorado⁴⁶⁵.

Recorrentemente, quando encarado sob o ponto de vista da estabilidade financeira, o Direito Internacional Privado é associado à elucubração de critérios de previsibilidade e confiabilidade do ordenamento jurídico aplicável, concatenando-se com o vetor da segurança jurídica. Obviamente, normas mais claras quanto aos deveres impostos aos participantes do mercado, sejam elas quais forem, podem reduzir o risco jurídico e o custo das operações, aumentando a eficiência⁴⁶⁶.

A estabilidade financeira pode ser promovida pelo Direito Internacional Privado por meio da vinculação do mercado global ao local de ocorrência das externalidades e por intermédio da atenuação da pressão competitiva entre as legislações⁴⁶⁷.

A configuração do Direito Internacional Privado no sentido de atribuir a competência normativa aos Estados afetados mitigaria a tomada de risco excessivo e práticas injustas pelos participantes do mercado em detrimento de possíveis impactados ao redor do mundo. Ademais, também abrandaria as externalidades legislativas, quando os riscos e custos são desproporcionalmente alocados no exterior, pois as políticas regulatórias tenderiam a deixar de almejar benefícios locais para focar em uma perspectiva global⁴⁶⁸.

Se uma nação permite que uma atividade ocorra independentemente de onde os efeitos são sentidos, pode-se argumentar que a preocupação da

⁴⁶⁴ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 294.

⁴⁶⁵ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 294.

⁴⁶⁶ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 295.

⁴⁶⁷ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 294.

⁴⁶⁸ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 294

nação com o seu próprio povo atuará como uma restrição para prevenir a sub-regulação. Diferenças no nível de regulação podem ser atribuídas simplesmente a diferenças na filosofia regulatória. Entretanto, há boas razões para suspeitar que países não escolhem suas regulações “neutralmente” (...). Muito raramente em negócios internacionais a combinação entre encargos e benefícios da regulação será exatamente a mesma para consumidores e produtores estrangeiros e para consumidores e produtores domésticos. (...) Assim, cada nação é uma rede exportadora de alguns bens e serviços e uma rede importadora de outros. Sob essas circunstâncias, uma legislatura interessada escolherá regular mais levemente aquelas atividades que compõem a rede exportadora e mais pesadamente aquelas atividades que são da rede importadora⁴⁶⁹.

Destarte, nesta questão específica, o vetor da eficiência do mercado se conecta com a racionalização da interação social. A externalidade legislativa significa que interesses estrangeiros foram afetados sem que houvesse uma participação destes no processo de tomada de decisão ou a certeza de que foram devidamente considerados quando da formulação da política adotada⁴⁷⁰.

Assim como uma regulação supranacional, porém mais factível na atualidade, o Direito Internacional Privado tem o condão de diminuir as oportunidades de produção e aumentar o potencial de neutralização das externalidade, porque estas se relacionam à competência normativa estatal e seu modo de exercício em âmbito global⁴⁷¹.

A vinculação do mercado global ao local de ocorrência das externalidades por meio do Direito Internacional Privado asseguraria a representação democrática,

⁴⁶⁹ Tradução do original: “If a nation permits an activity to occur regardless of where the effects are felt, one might argue that the nation's concern for its own people will act as a check to prevent underregulation. Differences in the level of regulation might be attributed simply to differences in regulatory philosophy. However there is good reason to suspect that countries do not choose their regulations 'neutrally' (...). Very rarely in international business will the mix of regulation's burdens and benefits be exactly the same on foreign consumers and producers as it is on domestic consumers and producers. (...) Thus, every nation will be a net exporter of some goods and services and a net importer of others. Under these circumstances, a self-interested legislature will choose to regulate more lightly those industries that are net exporters and more heavily those industries that are net importers”. DODGE, William S. Extraterritoriality and Conflicts-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism. *Harvard International Law Journal*, v. 39, n. 1, 1998, p. 156-157.

⁴⁷⁰ Vide WATT, Horatia Muir. Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool. In: CAFAGGI, Fabrizio (Ed.). *The Institutional Framework of European Private Law*. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford: Oxford University, 2006, p. 134 et seq.; e WHATLEY, Steven. A Democratic Rule of International Law. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, 2011, p. 525 et seq.

⁴⁷¹ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 297; e TRACHTMAN, Joel P. Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 28, n. 5, 1994, p. 975 et seq.

pois os afetados estariam incumbidos de definir quais condutas são consideradas aceitáveis e quais são os deveres prescritos aos agentes econômicos, propendendo a uma maior responsabilização e transparência. Assim, ensejar-se-ia um instrumento regulatório transnacional de origem local, que contrabalancearia o grande poder das instituições financeiras⁴⁷².

O outro ângulo de atuação proposto ao Direito Internacional Privado para salvaguarda a estabilidade financeira é a atenuação da pressão competitiva entre as legislações. Neste aspecto, as normas de aplicação imediata e a ordem pública poderiam exercer uma maior preeminência.

Hodiernamente, a competição legislativa é fomentada pela facilidade dos importantes atores privados, sejam pessoas naturais ou jurídicas, em alocar seu domicílio, sede ou atividades em localidades cujo tratamento jurídico lhes seja mais favorável, escolhendo, portanto, as normas as quais estão sujeitos.

Tal fenômeno desencadeia uma pressão entre os Estados, que disputam para formular ordenamentos jurídicos que atraiam investimentos, prevendo vantagens competitivas no mercado, a fim de incentivar o desenvolvimento econômico e a criação de empregos⁴⁷³.

Desse modo, o espaço para a formulação de políticas públicas e a autoridade e imperatividade das normas estatais são restringidos, pois os agentes econômicos detêm meios de fuga das consequências adversas e não há como um Estado singularmente fazer frente a este problema⁴⁷⁴.

“Competição regulatória” é a competição entre legisladores ou entre reguladores. Comumente requerer três elementos. Primeiro, para que a concorrência regulatória ocorra efetivamente, os sujeitos à regulação – geralmente empresas, mas também indivíduos ou executivos – devem ser capazes de explorar as diferenças legais entre jurisdições. Este é um

⁴⁷² VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 297-298.

⁴⁷³ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 298; RINGE, Wolf-Georg. Regulatory Competition in Global Financial Markets – the Case for a Special Resolution Regime. *University of Oxford Legal Research Paper Series*, n. 49/2015, January 2016, p. 9 et seq. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2659617>. Acesso em: 01 maio 2019; e BRATTON, William W.; MCCAHERY, Joseph A. The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World. *The Georgetown Law Journal*, v. 86, 1997, p. 201 et seq.

⁴⁷⁴ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 299.

critério legal: é permitido às empresas selecionar um regime jurídico diferente daquele que seria aplicável? (...) Em segundo lugar, sendo legalmente viável, a questão mais factual é – as empresas fazer uso dessas disparidades? Em outras palavras: as empresas realmente se engajam em arbitragem? Essa é uma questão empírica e investiga o “lado da demanda” das regras jurídicas. É óbvio que a resposta dependerá dos incentivos que estão em jogo. Se a diferença jurídica entre o sistema A e o sistema B é considerável e a seleção pelo sistema B prometer benefícios substanciais a uma empresa sujeita à jurisdição A, ela considerará se engajar em arbitragem entre os dois – desde que, crucialmente, os custos da troca não sejam muito altos. Por terceiro, as empresas engajadas em arbitragem regulatória podem então desencadear o “lado da oferta” da competição regulatória. Ou seja, os Estados podem responder à arbitragem por meio da edição de reformas legais e, assim, competir para atrair empresas ou buscar reconquistá-las. Reformas legais que respondem à ocorrência de arbitragem entre sistemas jurídicos são então projetadas para aprimorar o próprio sistema jurídico em detrimento do outro. Assim, os entes competente para editar as normas podem copiá-las de outros que foram bem-sucedidos ou introduzir novas. Às vezes, eles podem responder aos esforços de lobby das empresas que chamam sua atenção à superioridade de normas alternativas. Porém, mais frequentemente, a simples pressão do mercado provocada pela arbitragem será suficiente para forçar os legisladores a agir, desde que – novamente – os incentivos os induzam a agir⁴⁷⁵.

Sob estas circunstâncias, a implementação de determinadas normas de Direito Internacional Privado poderia ser um recurso contra esta competição, ao tornar mais custoso aos agentes econômicos o desvio das normas que seriam aplicáveis, aliviando a pressão dirigida aos reguladores e impelindo sua liberdade. Dentre as medidas possíveis estão a imposição de restrições à autonomia privada

⁴⁷⁵ Tradução do original: “‘Regulatory competition’ is the competition between lawmakers, or between regulators. It is commonly accepted to require three elements. First, for regulatory competition to work effectively, the regulatees – usually firms, but also individuals or executives – must be able to exploit legal differences between jurisdictions. This is a legal criterion: are firms allowed to select a different legal regime than the one that would otherwise apply? Is it legally possible to choose a different legal regime? For example, lawmakers may impose obstacles to such moves—in particular, they may obstruct their firms to relocate abroad or shift operations into other jurisdictions. In such cases, the possibility to engage in arbitration does not even arise in the first place. Secondly, once it is legally feasible, the more factual question is – do firms make use of these disparities? In other words: do firms actually engage in arbitration? This is an empirical question, and investigates the “demand side” of legal rules. It is obvious that the answer will depend on the incentives that are at stake. If the legal differences between legal systems A and B are considerable, and the selection of system B promises substantial benefits to a firm that is subject to jurisdiction A, it will consider to engage in arbitration between the two—provided, crucially, that the costs of switching are not too high. Thirdly, firms engaging in regulatory arbitration may then trigger the “supply side” of regulatory competition. That is, states may respond to arbitration by enacting legal reforms and thus compete to attract firms or seek to win them back. Legal reforms that respond to the occurrence of arbitration between legal systems are then designed to improve the own legal system at the expense of the other. Jurisdictions may thus copy rules that other jurisdictions have been successful with, or they may introduce new ones. Sometimes, they may respond to lobbying efforts by those firms that draw their attention to the superiority of alternative rules. But more frequently, the sheer market pressure that arbitration brings about will be sufficient to force lawmakers into action, provided – again – the incentives induce them to act”. RINGE, Wolf-Georg. *op. cit.*, p. 9-10.

e o reconhecimento de normas de aplicação imediata ou, eventualmente, da exceção da ordem pública⁴⁷⁶.

A limitação da autonomia privada em determinar a lei aplicável, por meio da criação de requisitos ou da contenção das possibilidades de escolha, justifica-se porque quanto mais fácil o seu exercício menos custoso será aos privados evitarem a incidência de norma que não lhes é agradável⁴⁷⁷.

Em contraste, a identificação de normas de aplicação imediata ou da exceção da ordem pública, juntamente com a fixação de elementos de conexão que vinculem a conduta ao local em que se sofrem seus efeitos, obstaculizam que aos agentes seja permitida a total evasão para ordenamentos jurídicos que atendam seus interesses, em detrimento dos demais e do interesse público⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 299.

⁴⁷⁷ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 299.

⁴⁷⁸ VAN DER EEM, Bram. *op. cit.*, p. 299.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se denota já no título desta tese, procura-se defender a ideia da existência de uma função social do Direito Internacional Privado, que seria elucubrada por meio de valores intrínsecos e a serem agregados às normas de aplicação imediata e à exceção da ordem pública, voltados à promoção do interesse público e dos direitos humanos.

O pensamento que perpassa este estudo é o da argumentação de que a análise jurídica em Direito Internacional Privado deve ser situada no mundo, jamais cegando-se, deliberadamente ou não, do seu dever de resguardar o interesse público e promover a eficácia dos direitos humanos, dirigindo-se a enfrentar os problemas globais de modo eficiente, para além da resolução do conflito entre as partes integrantes da relação jurídica transfronteiriça do caso concreto.

A postura do estudioso do Direito Internacional Privado, do órgão jurisdicional e de todos os atores envolvidos nos litígios e políticas públicas deve ser combativa, criativa e corajosa para que alcancem respostas justas aos problemas contemporâneos, na senda do depoimento de Paul Joel:

Diplomatas debatem as regras da corrida armamentista sem mencionar o *comity* (cortesia internacional); nós gastamos a riqueza de um império construindo armas de destruição que não deixariam de afetar nenhuma soberania; nós envenenamos a atmosfera, extinguímos espécies e derrubamos florestas tropicais, tudo sem levar em conta a frágil rede de interesses públicos e privados de Estados e pessoas na continuação da existência humana; nós elevamos a lei do contrato às custas da grande maioria das pessoas do mundo, que sobrevive sob um pesado fardo de dívidas, enquanto sua segurança doméstica é ameaçada pela fome, autoritarismo e revolução; nós celebramos a liberdade de escolha, enquanto negamos a liberdade de comer. A interdependência econômica, que se destina a aprofundar nosso senso de pertença a uma família humana, ainda não transformou as categorias jurídicas. A doutrina do *comity* do Direito Internacional Privado é um substituto pobre para assumir a responsabilidade pelo desenvolvimento, paz e liberdade globais. Eu escrevo isto enquanto o ar condicionado luta em vão contra a onda de calor recorde do verão de 1988. Os cientistas nos dizem que este é apenas o começo de uma dramática mudança climática, contribuída pela nossa produção mundial de clorofluorcarbonetos e outros compostos que destroem a camada de ozônio. É muito tarde para se reverter o efeito sobre o ozônio? Nosso estilo de vida ou nossa espécie estão

condenados? Alguns dirão que estas não são questões legítimas a um professor de Direito Internacional perguntar. Mas eu digo, por que não?⁴⁷⁹

Tal perspectiva implica em se delinear uma instrumentalização de governança global por meio do Direito Internacional Privado. Entende-se que o apartamento entre este e o Direito Internacional Público impede a efetiva resolução de diversos problemas globais, como o abuso da posição econômica privilegiada de alguns particulares e também questões que demandam uma ação conjunta em diversas frentes para serem atenuadas, a exemplo do aquecimento global.

Por este motivo, associou-se uma dimensão axiológica a uma dimensão teleológica na presente proposta. A dimensão axiológica decorre da compreensão das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública enquanto elementos disruptivos do método conflitual do Direito Internacional Privado, ou seja, enquanto conceitos jurídicos indeterminados capazes romper a propalada neutralidade metodológica, por meio da inserção de valores.

Destaca-se que os valores expressos pelas normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública foram realçados sob o prisma do Estado, em que se aspira à preservação da atividade estatal como garantidora do interesse público, e sob o prisma da pessoa, que orienta a eficácia dos direitos humanos nas relações jurídicas interprivados.

⁴⁷⁹ (Tradução do original: Diplomats debate the rules of the arms race without mention of comity; we spend the wealth of an empire on constructing weapons of destruction that would leave no sovereign untouched; we poison the atmosphere, extinguish species and level rain forests all without regard for the fragile web of public and private interests of states and persons in the continuation of human existence; we elevate the rule of contract at the expense of the vast majority of the world's people, who survive under a mounting burden of debt, while their domestic security is threatened by hunger, authoritarianism and revolution; we celebrate the freedom to choose, while denying the freedom to eat. Economic interdependence, which is meant to deepen our sense of belonging to one human family, has not yet transformed the legal categories. The private international law doctrine of comity is a poor substitute for taking responsibility for global development, peace and freedom. I write this as the air conditioner struggles vainly against the record-breaking heatwave of the summer of 1988. Scientist tell us that this is only the beginning of a dramatic climatic change contributed to by our worldwide production of chlorofluorocarbons and other compounds which deplete the ozone layer. Is it too late to reverse the effect on the ozone? Can we collectively adapt to the new climate? Is our lifestyle or our species doomed? Some people will say that these are not legitimate questions for a teacher of private international law to ask. But I say, why not?). PAUL, Joel R. *op. cit.*, 1988, p. 178.

A dimensão teleológica partiu da observação de que à incidência de normas de aplicação imediata e à exceção da ordem pública, assim como ao Direito Internacional Privado em geral, deve ser atribuída a consecução de uma finalidade, que leve em conta os interesses das partes envolvidas na relação jurídica que apresenta elemento de estraneidade, mas, para além destes, também os interesses da coletividade.

Deste modo, a dimensão teleológica possibilitou a formulação de uma função social do Direito Internacional Privado, constituída por vetores imbuídos da dimensão axiológica das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública, quais sejam, a promoção da igualdade, a racionalização da interação social e incumbências de segurança e eficiência econômica.

Além disso, resta destacar que os diversos vetores integrantes da função social do Direito Internacional Privado apresentada são compostos e podem ser cada qual desmembrados em um feixe de princípios, impregnados dos valores informados por meio da perquirição das normas de aplicação imediata e da exceção da ordem pública, muitos dos quais representam direitos humanos. A coexistência destes princípios e a exigência de sua implementação resulta na necessidade de ponderação no caso concreto, quando conflitantes, o que implicaria em mais um ônus argumentativo aos administradores da jurisdição, quando da decisão pela incidência de normas de aplicação imediata ou da exceção da ordem pública.

REFERÊNCIAS

ABREU Y BERTODANO, Joseph Antonio de. *Coleccion de los Tratados de Paz*. Parte V. Madrid: Antonio Marin, Juan de Zuñiga y la Viuda de Peralta, 1750.

ACEDO PENCO, Ángel. El Orden Público Actual como Límite a la Autonomía de la Voluntad em la Doctrina y la Jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 14-14, años 1996-1997.

ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joostvan (Eds.). *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. London: Sage, 2005.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. The Hague: Hague Academy of International Law, 2011.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*. Oxford: Hart, 2011.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2007.

ANTON, A. E. The Introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflict of Laws. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 5, issue 4, 1956.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Loyola, 2010.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Aguinda Salazar, Maria c/ Chevron Corporation*. A. 253. XLIX. A. 238. XLIX. Decidido en quatro de junio de 2013. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1486.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

ARISTÓTELES. *The Rhetoric, Poetic and Nicomachean Ethics of Aristotle*. v. 2. Translated from the Greek by Thomas Taylor. London: James Black and Son, 1818.

ARNDTS, Ludwig. *Juristische Encyklopädie und Methodologie*. 3. Auflage. München: J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1860.

ASSER, Tobias Michael Carel. *Éléments de Droit International Privé ou du Conflit des Lois*. Paris: A. Rousseau, 1884.

AUSTRÁLIA. New South Wales Supreme Court. *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of Congo*. N. 2009/298610. Decided in November 1, 2010. Disponível em: <https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/fg_hemisphere_associates_llc_v_democratic_republic_of_congo_2010_nswsc_1394.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Ed.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart, 2013.

BANCO INTERNACIONAL PARA A RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO. *Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*. 1965. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-resolucao-de-diferendos-relativos-investimentos-entre-estados-e-naciona-0>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BANCO MUNDIAL. World Bank Helps Liberia Slash Debt. Press Release from April 16, 2009. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2009/04/16/world-bank-helps-liberia-slash-debt>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BANU, Roxana. *Nineteenth-Century Perspectives on Private International Law*. Oxford: Oxford University, 2018.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARTIN, Étienne Adolphe. *Études de Droit International Privé*. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1899.

BARTOLUS. *On the Conflict of Laws*. Translated by Joseph Henry Beale. Cambridge: Cambridge University, 1914.

BASEDOW, Jürgen. The Gradual Emergence of European Private Law. *Ankara Law Review*, v. 1, n. 1, 2004.

BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Gisela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Eds.). *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2017.

BATIFFOL, Henri. Le Pluralisme des Méthodes em Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Tome 139, n. 2, 1973.

_____. *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, 1949.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 6. ed. Tome I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

BATTELLO CALDERÓN, Silvio Javier. *El Orden Público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity, 2000.

_____. *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge: Polity, 2007.

BECK, Ulrich. Living in the World Risk Society: A Hobhouse Memorial Public Lecture. *Economy and Society*, v. 35, n. 3, 2006.

_____. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage, 1992.

BECKMANN, Jan P. Wilhelm von Ockham. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2010,

BELLEAU, Marie-Claire. Les *Juristes Inquiets*: Classicisme Juridique et Critique du Droit au Début du XX^e Siècle en France. *Les Cahiers de Droit*, v. 40, n. 3, 1999.

BELLOMO, Manlio. *The Common Legal Past of Europe*. Translated by Lydia G. Cochrane. Washington: Catholic University of America, 1995.

BELOW, Georg von. *Die landständische Verfassung in Jülich und Berg bis zum Jahre 1511*: Eine verfassungsgeschichtliche Studie. Teil I. Düsseldorf: Voß, 1885.

_____. *Territorium und Stadt*: Aufsätze zur Deutschen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsgeschichte. München: R. Oldenbourg, 1900.

BENTEKAS, Ilias; LUMINA, Cephas (Eds.). *Sovereign Debt and Human Rights*. Oxford: Oxford University, 2019.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon, 1876.

BENTWICH, Norman. Recent Developments of the Principle of Domicile in English Law. *Recueil des Cours*, Tome 87, n. 1, 1955.

BERGLUND, Tom. Corporate Governance and Optimal Transparency. In: FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars (Eds.). *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*. Oxford: Oxford University, 2015.

BERKOWITZ, Roger. *The Gift of Science: Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University, 2005.

BERNSTORFF, Jochen von. Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008.

BESSION, Samantha. Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. A Importância de Hugo Grácio para o Direito. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 11, n. 2, 2016.

BIONDI, Biondo. *Il Diritto Romano Cristiano*. Milano: Giuffrè, 1952.

BIRCH, Nicholas J.; SABAHI, Borzu; LAIRD, Ian. International Investment Law Regime and the Rule of Law as a Pre-Condition for International Development. In: WEILER, Todd; BAETENS, Freva (Eds.) *New Directions in International Economic Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.

BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

BLACK, Julia. Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes. *Regulation & Governance*, n. 2, 2008.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England. A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*. v. 4. Chicago: Chicago University, 1979.

BODIN, Jean. *On Sovereignty*. Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth. Edited and Translated by Julian H. Franklin. Cambridge: Cambridge University, 1992.

BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008.

BONOMI, Andrea. Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts. *Yearbook of Private International Law*. v. X. Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008.

BOTTIN, Francesco. La Scienza Secondo Guglielmo di Ockham. In: DE BONI, Luis Alberto (Org.). *A Ciência e a Organização dos Saberes na Idade Média*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BRASIL. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1077065. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801647288&dt_publicacao=16/09/2009>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RO 26 (2003/0049144-3). Relator Min. Vasco della Giustina. Julgado em 20 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300491443&dt_publicacao=07/06/2010>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRATTON, William W.; MCCAHERY, Joseph A. The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World. *The Georgetown Law Journal*, v. 86, 1997.

BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (Orgs.). *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*. Madrid: Punto Rojo Libros, 2015.

BRUNDAGE, James A. *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians, and Courts*. Chicago: Chicago University, 2008.

BRUNNER, Heinrich. *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. 3. Auflage. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908.

BRUNNER, Otto. *Land and Lordship: Structures of Governance in Medieval Austria*. Translated by Howard Kaminsky and James Van Horn Melton. Philadelphia: University of Philadelphia, 1992.

_____. *Per una Nuova Storia Costituzionale e Sociale*. 2. ed. Traduzione di Pierangelo Schiera. Milano: Vita e Pensiero, 2000.

BRYCE, James. *The Holy Roman Empire*. 3. ed. London: Macmillan, 1871.

BUCHER, Andreas. *La Dimension Sociale du Droit International Privé: Cours Général*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

_____. L'Order Public et le But Social des Lois em Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Tome 239, n. 2, 1993.

BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, Arnold D. *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*. 2. ed. Revised by F. H. Lawson. Cambridge: Cambridge University, 1952.

BURCKHARDT, Jacob. *Die Cultur der Renaissance*. 2. Auflage. Leipzig: Seemann, 1869.

BURGE, William. *Commentaries on Colonial and Foreign Laws*. New Edition under the general editorship of Alexander Wood Renton and George Grenville Phillimore. v. 1. London: Seet & Maxwell, 1907.

BUSCHMANN, Arno (Hrsg.). *Kaiser und Reich*. Klassische Texte zur Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806. München: DTV, 1984.

CABRAL, Gustavo César Machado. *Direito Natural e Iluminismo no Direito Português do Final do Antigo Regime*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

CAFAGGI, Fabrizio (Ed.). *The Institutional Framework of European Private Law*. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford: Oxford University, 2006.

CAIRNS, John W. Blackstone, and English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, issue 3, 1984.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CANADA. Court of Appel for Ontario. Yaiguaje et al. v. Chevron. Decided in May 23, 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1486.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

CANNING, Joseph. *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

CANNIZZARO, Enzo. La Doctrine Italienne et le Développement du Droit International dans l'Après-Guerre: Entre Continuité et Discontinuité. *Annuaire Français de Droit International*, n. 50, 2004.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura; KRAMER, Xandra. The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge. *Erasmus Law Review*, v. 7, n. 3, 2014.

CARONI, Pio. Savigny und die Kodifikation. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. 86. Band. Weimar: Hermann Böhlau, 1969.

CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago, 2003.

CASTELA. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*. Tomo I. Madrid: Imprenta Real, 1807.

CAZZETTA, Giovanni. Código Civil e Nação: do “Risorgimento” ao Ocaso do Estado Liberal. Tradução de Alfredo de J. Flores. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, v. 10, n. 1, 2015.

CHÉNON, Émile. *Histoire Générale du Droit Français Public et Privé*. Tome I. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1926.

CHIASSONI, Pierluigi. *L’Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: Da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. A Defesa da Concorrência na Constituição de 1988. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 70, 1994.

COING, Helmut. German “Pandektistik” in its Relationship to the Former “Ius Commune”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, 1989.

COLOMBOS, C. John. La Conception du Droit International Privé d’après la Doctrine et la Pratique Britanniques. *Recueil des Cours*, Tome 36, n. 2, 1931.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

COURBE, Patrick. L'Ordre Public de Proximité. In: JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle; MAYER, Pierre (Eds.). *Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes*. Mélanfes em l'Honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, v. 13, 1997.

CRUZ, Guilherme Braga da. A Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito USP*, v. 50, 1955.

CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

CZAPLIŃSKI, Władysław; KLECZKOWSKA, Agata (Eds.). *Unrecognized Subjects of International Law*. Warsaw: Scholar Publishing House, 2019.

DAL RI JÚNIOR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado Democrático e Social de Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

DANE, Perry. Vested Rights, "Vestedness", and Choice of Law. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 6, 1987.

DANIELSEN, Dan. How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance. *Harvard International Law Journal*, v. 46, n. 2, 2005.

DE BOER, Th.M. Living Apart Together: The Relationship Between Public and Private International Law. *Netherlands International Law Review*, v. 57, issue 2, 2010.

DE BONI, Luis Alberto (Org.). *A Ciência e a Organização dos Saberes na Idade Média*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

DE NOVA, Rodolfo. Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws. *Recueil des Cours*, Tome 118, n. II, 1966.

_____. The First American Book on Conflict of Laws. *The American Journal of Legal History*, v. 8, issue 2, 1964.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. 6. ed. Revisada por Luis Legaz y Lacamba. Barcelona: Bosch, 1953.

DELIC, Ana. The Role of Comparative Law in the Development of Modern Private International Law (1750-1914). In: HULLE, Inge Van; LASAFFER, Randall (Eds.). *International Law in the Long Nineteenth Century (1776-1914)*. Leiden: Brill Nijhoff, 2019.

DICEY, A. V. *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*. 2. ed. London: Stevens and Sons, 1908.

DICKINSON, John. *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*. Cambridge: Harvard University, 1927.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DODGE, William S. Breaking the Public Law Taboo. *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, 2002.

_____. Extraterritoriality and Conflicts-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism. *Harvard International Law Journal*, v. 39, n. 1, 1998.

DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979.

_____. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DORAL, Jose Antonio. *La Noción de Orden Público en el Derecho Civil Español*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da Chamada Drittwirkung dos Direitos Fundamentais. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Orgs.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Revisão de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECKHARDT, Karl August. *Sachsenspiegel Landrecht*. 2. Ausgabe. Gottingen: Musterschmidt, 1955.

EEK, Hilding. Peremptory Norms and Private International Law. *Recueil des Cours*, Tome 139, n. II, 1973.

EHRlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Duncker & Humblot, 1913.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

ESPLUGUES MOTA, Carlos. A More Targeted Approach to Foreign Direct Investment: The Establishment of Screening Systems on National Security Grounds. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150627110441/http://usun.state.gov/documents/organization/218088.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Hilton v. Guyot*. *U.S. Reports*, v. 159, 1895, p. 163-164. Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep159/usrep159113/usrep159113.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Jesner v. Arab Bank*. N. 16-499. Decided in April 24, 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. N. 10-1491. Decided in April 17, 2013. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* N. 12-842. Decided in June 16, 2014. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-842_5hdk.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* N. 91-763. Decided in June 12, 1992. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/607/case.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *FG Hemisphere Associates, LLC. v. Democratic Republic of Congo*. N. 10-7040. N. 10-7046. Decided in March 15, 2011. Disponível em: <<https://casetext.com/case/fg-hemi-v-democratic-rep-of-congo>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *John Doe VIII et al. v. Exxon Mobil Corporation et al.* N. 09-7125. Decided in July 8, 2011. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/09-7125/09-7125-1317431-2011-07-08.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit. *Sinaltrainal v. Coca Cola*. 578 F.3d 1252. N. 06-15851. Decided in August 11, 2009. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20110613100552/http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200615851.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. FG Hemisphere Associates LLC v. République du Congo. N. 04-20965. N. 05-20042. Decided in July 10, 2006. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1339262.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Bowoto v. Chevron Corporation. N. 09-15641. Decided in September 10, 2010. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1537748.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Doe v. Unocal. 395 F.3d 932. N. 00-56603. N. 00-57197. N. 00-56628. N. 00-57195. Decided in September 18, 2002. Disponível em: <<https://openjurist.org/395/f3d/932>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Sarei v. Rio Tinto, PLC. 456 F.3d 1069. N. 02-56256. N. 02-56390. Decided in August 7, 2006. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sarei-v-rio-tinto-plc-3>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Sarei v. Rio Tinto, PLC. 671 F.3d 736. N. 02-56256. N. 02-56390. N. 09-56381. Decided in October 25, 2006. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infco20111025150>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Aguinda v. Texaco, Inc. 303 F.3d 470. N. 01-7556L. N. 01-7758C. Decided in August 16, 2002. Disponível em: <<https://casetext.com/case/aguinda-v-texaco-inc-4>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Boimah Flomo et al. v. Firestone Natural Rubber Co. N. 10-3675. Decided in July 11, 2011. Disponível

em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1573873.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Flores v. Southern Peru Copper Corp. N. 02-9008. Decided in August 29, 2003. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1036814.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. In re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster. 809 F.2d 195. N. 86-7517. N. 86-7589. N. 86-7637. Decided in January 14, 1987. Disponível em: <<https://casetext.com/case/in-re-union-carbide-corp-gas-plant-disaster-2>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Jesner v. Arab Bank. N. 13-3605. N. 13-3620. N. 13-3635. N. 13-4650. N. 13-4652. Decided in December 8, 2015. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-3605/13-3605-2015-12-08.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Kiobel v. Royal Dutch Petroleum. N. 06-4800-cv. N. 06-4876-cv. Decided in September 17, 2010. Disponível em: <<https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/2012-05-25-26/201009USCourtofAppeal2ndCircuitKiobelvRoyalDutchPetroleum.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina. N. 12-105(L) et al. Decided in August 23, 2013. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/12-105/12-105-2013-08-23.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. N. 07-0016-cv. Decided in October 2, 2009. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1499003.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Sequihua v. Texaco*. 847 F.Supp 61. N. 93-3432. Decided in January 27, 1994. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/847/61/1403195/>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States District Court for the District of Columbia. *FG Hemisphere Associates, LLC. v. Democratic Republic of Congo*. N. 03-1314 (RJL). N. 03-1315 (RJL). Decided in March 19, 2009. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/2009604603afsupp2d11604>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States District Court for the Northern District of California, Oakland Division. *Wang Xiaoning v. Yahoo!* N. C07-02151 CW. Second Amended Complaint, submitted July 30, 2007. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110408061713/http://www.humanrightsusa.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=68&Itemid=80>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division. *Kpadeh v. Emmanuel*. 291 F.R.D. 687. N. 09-20050-CIV. Decided in August 25, 2009. Disponível em: <<https://cite.case.law/frd/261/687/>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States District Court for the Southern District of New York. *Chevron Corp. v. Donziger*. N. 11 Civ. 0691(LAK). Decided in March 7, 2011. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infdco20110308b28>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States District Court for the Southern District of New York. *Kensington International, Ltd. v. Republic of Congo*. N. 03 Civ. 4578(LAP). Decided in March 29, 2007. Disponível em: <<https://casetext.com/case/kensington-international-limited-v-republic-of-congo>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United States District Court for the Southern District of Texas, Corpus Christi Division. Flores v. Southern Peru Copper Corp. 965 F.Supp 899. N. C-95-495. Decided in January 18, 1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/torres-v-southern-peru-copper-corp>>. Acesso em: 01 maio 2019.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: Uma Análise Crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, Werter R. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. 3. ed. v. 2. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982.

FERNANDES, Camila Vicenci. *Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro: Novos Desafios em Relação às Violações de Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

FINKE, Jasper. Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, 2011.

FIORE, Pasquale. *Diritto Internazionale Privato: O Principii per Risolvere i Conflitti tra le Leggi Civili, Commerciali, Giudiziare, Penali di Stati Diversi*. 4. ed. Torino: Unione Tipografico, 1902.

FISCHER, Werner. *Georg Jellinks Anorganische Lehre in ihren Grundzügen als Rechtssystem Dargestellt*. Berlin: Springer, 1931.

FISHER-MUSE, John. Starving the Vultures: *NML Capital v. Republic of Argentina* and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds. *California Law Review*, v. 102, n. 6, 2014.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars. The Multifaceted Concept of Transparency. In: FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars (Eds.). *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*. Oxford: Oxford University, 2015.

FORSSBÆCK, Jens; OXELHEIM, Lars (Eds.). *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*. Oxford: Oxford University, 2015.

FORTE, Umberto. *União Européia: Comunidade Econômica Européia. Direito das Comunidades Européias e Harmonização Fiscal*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FRAGOSO JUNIOR, Silvio Brambila. Ordem Pública no Processo de Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através de um regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016.

FRANÇA. Code Napoléon, Código Civil Francês, de 21 de março de 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 01 maio 2019.

FRANKLIN, Otto. *Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland*. Hannover: Carl Rümpler, 1863.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: FCU, 2009.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Norma Imperativa: A Conexão dos Direito Humanos com o Direito Internacional Privado*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

GAMILLSCHEG, Franz. *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1955.

GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducido al castellano del latino publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Primeira Parte. Tomo I. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.

_____. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducido al castellano del latino publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Segunda Parte. Tomo II. Barcelona: Jaime Molinas, 1892.

GARCÍA-SALMONES ROVIRA, Mónica. *The Project of Positivism in International Law*. Oxford: Oxford University, 2013.

GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. In: TIETJE, Christian; KRAFT, Gerhard; KUMPAN, Christoph (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Heft 143. Halle: Martin Luther Universität Halle-Wittenberg, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito: A Expansão Política do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. *The Modern Law Review*, v. 62, n. 1, 1999.

_____. *Runaway World: How Globalization is Reshaping our Lives*. New York: Routledge, 2003.

_____. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity, 1996.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GIOVANETTI, Giacomo. *Degli Statuti Novaresi*. Torino: Chirio e Mina, 1830.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Europa-América, 1952.

GRAVESON, R. The Special Character of English Private International Law. *Nederlands Tijdschrift Voor Internationaal Recht*, v. 19, issue 1, 1972.

GRIFFITH-JONES, Stephany. International Financial Stability and Market Efficiency as a Global Public Good. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. (Eds.). *Providing Public Goods: Managing Globalization*. New York: United Nations Development Programme, 2003.

GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *The American Journal of International Law*, v. 42, n. 1, 1948.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Bari: Laterza, 2007.

_____. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004

_____. *O Direito Entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; DIAS, Rui; KIRSTE, Stephan; MARQUES, Claudia Lima; MENDES, Laura; VICENTE, Dario Moura (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Orgs.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUEDJ, Thomas G. The Theory of Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories. *The American Journal of Comparative Law*. v. 39, n. 4, 1991.

GUTZWILLER, Max. Le Développement Historique du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Tome 29, n. IV, 1929.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HACIOĞLU, Ümit; DINÇER, Hasan (Eds.). *Global Financial Crisis and Its Ramifications on Capital Markets: Opportunities and Threats in Volatile Economic Conditions*. Cham: Springer, 2017.

HAFERKAMP, Hans-Peter. Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850. In: HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman (Hrsg.). *Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Köln: Böhlau, 2007.

HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman (Hrsg.). *Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Köln: Böhlau, 2007.

HAHN, Lewis Edwin (Ed.). *Perspectives on Habermas*. Chicago: Open Court, 2000.

HAMZA, Gábor. ¿Existió el Derecho Internacional Privado en el Imperio Romano? *Revista Boliviana de Derecho*, n. 08, 2009.

HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University, 2001.

HARTMANN, Martin; OFFE, Claus (Hrsg.). *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*. Frankfurt: Campus, 2001.

HATZIMIHAL, Nikitas. Bartolus and the Conflict of Laws. *Revue Hellenique de Droit International*, v. 60, 2007.

_____. On Mapping the Conceptual Battlefield of Private International Law. *Hague Yearbook of International Law*, v. 13, 2000.

HENDERSON, Ernest F. (Ed.) *Selected Historical Documents of the Middle Ages*. London: George Bell and Sons, 1905.

HERRMANN, Günter. *Johan Nikolaus Hert und die Deutsche Statutenlehre*. Berlin: Walter de Gruyter, 1962.

HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

_____. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. 3. ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

_____. Hugo Grotius. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014.

_____. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

HIRSE, Thomas. *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 142.

HOEFLICH, M. H. *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*. Athens: University of Georgia, 1997.

HOFFMANN, Bernd von; THORN, Karsten. *Internationales Privatrecht*. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2007.

HOLLAND, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*. 12. ed. Oxford: Clarendon, 1916.

HONG KONG. Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region. Final Appeal Nos. 5, 6, & 7 of 2010 (Civil). Decided in June 8, 2011. Disponível em: <http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/congo_et_al_v_fg_hemisphere_associates_llc_facv_no_5-7_of_2010.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

HOPKINS, A. G. The History of Globalization – and the Globalization of History? In: HOPKINS, A. G. (Ed.). *Globalization in World History*. London: Pimlico, 2002.

HOPKINS, A. G. (Ed.). *Globalization in World History*. London: Pimlico, 2002.

HUEBNER, Rudolf. *A History of Germanic Private Law*. Translated by Francis S. Philbrick. Boston: Little, Brown, and Company, 1918.

HULLE, Inge Van; LASAFFER, Randall (Eds.). *International Law in the Long Nineteenth Century (1776-1914)*. Leiden: Brill Nijhoff, 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum (Haya de la Torre). Colombia v. Peru. Judgment of November 20, 1950. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/7/judgments>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Belgium v. Spain. Second Phase. Judgment of February 5, 1970. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Nottebohm Case. (Lichtenstein v. Guatemala. Second Phase. Judgment of April 6, 1955. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/18/judgments>>. Acesso em: 01 maio 2019.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Recentes Intercorrências no Caminho de um Regulamento Roma Zero. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Estudos sobre uma Futura Codificação da Parte Geral do Direito Internacional Privado no Nível da União Europeia através de um chamado Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: RJR, 2016.

_____. *Europeização do Direito Internacional Privado: Caráter Universal da Lei Aplicável e Outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Perspectivas de uma Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Um Regulamento Roma Zero. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Orgs.). *Direito Internacional em Expansão*. v. 3. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

_____. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.

JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Estudos sobre uma Futura Codificação da Parte Geral do Direito Internacional Privado no Nível da União Europeia através de um chamado Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: RJR, 2016.

JAYME, Erik. *Internationales Privatrecht und Völkerrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.

_____. JAYME Erik. Völkerrecht und Internationales Privatrecht: Eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung. In: LEIBLE, Stefan; RUFFERT, Matthias (Hrsg.). *Völkerrecht und IPR*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. Auflage. Berlin: O. Häring, 1914.

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle; MAYER, Pierre (Eds.). *Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes*. Mélanfes em l'Honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

JOERGES, Christian. The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a new Legal Discipline. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 14, 2004.

JOLOWICZ, Herbert Felix. *Roman Foundations of Modern Law*. Oxford: Clarendon, 1957.

JOSEPH, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*. Oxford: Hart, 2004.

JUENGER, Friedrich K. General Course on Private International Law. *Recueil des Cours*, Tome 193, n. 4, 1986.

KAHN, Franz. Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 30. Band. Jena: Gustav Fischer, 1891.

KAHN, Franz Michael; LENEL, Otto; LEWALD, Hans. *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*. München: Duncker & Humblot, 1928.

KALENSKY, Pavel. *Trends of Private International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1971.

KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University, 2010.

KANTOROWICZ, Hermann U. Volksgeist und historische Rechtschule. *Historische Zeitschrift*. 2. Band. 3. Folge. München: R. Oldenbourg, 1912.

KAREN, Alter. Tipping the Balance: International Courts and the Construction of International and Domestic Politics. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 13, 2011.

KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Matthias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*. Leiden: E. J. Brill, 1994.

KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald U. (Eds.). *Providing Global Goods: Managing Globalization*. New York: United Nations Development Programme, 2003.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Oxford: Oxford University, 1999.

KEGEL, Gerhard. Henri Batiffol zum 80. Geburtstag am 16. Februar 1985. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 49. Jahrgang, Heft 1, 1985.

_____. Story and Savigny. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, 1989.

_____. The Crisis of Conflict of Laws. *Recueil des Cours*, Tome 112, n. 2, 1964.

KEGEL, Gerhard; SCHURIG, Klaus. *Internationales Privatrecht*. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2004.

KENNEDY, David W. Primitive Legal Scholarship. *Harvard International Law Journal*, v. 27, n. 1, 1986.

KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (Eds.). *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. v. 13. Amsterdam: Elsevier, 2001.

_____. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

KERSTEN, Jens. *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

KIESTRA, Louwrens R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. The Hague: T. M. C. Asser, 2014.

KIMMEL, Michael S. *Absolutism and Its Discontents: State and Society in Seventeenth-Century France and England*. New Brunswick: Transaction Books, 1988.

KING, Preston. *The Ideology of Order: A Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2013.

KIPP, Theodor. *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*. 2. Auflage. Leipzig: A. Deichert, 1903.

KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Eds.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*. Oxford: Hart, 2011.

KNUDSON, James. The Influence of the German Concepts of *Volkgeist* and *Zeitgeist* on the Thought and Jurisprudence of Oliver Wendell Holmes. *Journal of Transnational Law & Policy*, v. 11, n. 2, 2002.

KOHEN, Marcelo; BENTOLILA, Dolores (Eds.). *Melanges en l'Honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*. Paris: Lexis Nexis, 2013.

KOHLER, Christian. L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Universel entre Liberalisme et Étatisme. *Recueil des Cours*, Tome 359, 2013.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Traducción de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

KOSKENNIEMI, Martti. Sovereignty, Property and Empire: Early Modern English Contexts. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 18, issue 2, 2017.

_____. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart, 2011.

KOTULLA, Michael. *Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*. Berlin: Springer, 2008.

KRAMPE, Christoph. Privatrecht. *Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. 7. Auflage. 4. Band. Freiburg: Herder, 1988.

KRASNER, Stephen D. The Durability of Organized Hypocrisy. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University, 2010.

KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KUIPERS, Jan-Jaap. *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*. Leiden: Matinus Nijhoff, 2012.

KUHN, Arthur K. La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la Pratique aux États-Unis. *Recueil des Cours*, Tome 21, n. 1, 1928.

KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009.

KUNISCH, Johannes. Staatsbildung als Gesetzgebungsproblem. Zum Verfassungscharakter frühneuzeitlicher Sukzessionsordnungen. In: WILLOWEIT, Dietmar (Red.). *Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

KUNKEL, Wolfgang. Das römische Recht am Vorabend der Rezeption. *L'Europa e il Diritto Romano, Studi in Memoria di Paolo Koschaker*. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954.

LABAND, Paul. *Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht*. Strassburg: J. H. Ed. Heitz, 1880.

LAINÉ, Armand. *Introduction au Droit International Privé*. Tome I. Paris: F. Pichon, 1888.

LAMBERG, Gisbert. *Die kollisionsrechtliche Lehre von Franz Kahn (1861-1904)*. Göttingen: Georg-August-Universität zu Göttingen, 1975.

LANG, Mark; MAFFETT, Mark. *Economic Effects of Transparency in International Equity Markets*. Boston: Now, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURENT, François. *Droit Civil International*. Tome I. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1880.

LE FUR, Louis. La Théorie du Droit Naturel Depuis le XVIII Siècle et la Doctrine Moderne. *Recueil des Cours*, Tome 18, n. 3, 1927.

LEIBLE, Stefan (Ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

LEIBLE, Stefan; RUFFERT, Matthias (Hrsg.). *Völkerrecht und IPR*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006.

LEMAIRE, Sophie. La Mystérieuse 'Umbrella Clause' (Interrogations sur l'Impact de la Clause de Respect des Engagements sur l'Arbitrage en Matière d'Investissements. *Revue de l'Arbitrage*, n. 3, 2009.

LENGAUER, Alina-Maria. *Drittwirkung von Grundfreiheiten*. Wien: Springer, 2011.

LEPARD, Brian D. *Customary International Law: a new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University, 2010.

LIAKOPOULOS, Dimitris. Interactions Between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n. 1, 2018.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo: LTR, 1998.

LIPPING, Jüri. Sovereignty beyond the State. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University, 2010.

LIPSTEIN, K. *Principles of the Conflict of Laws National and International*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1981.

LLOYD, Howelll A. *Jean Bodin: 'This Pre-Eminent Man of France. An Intellectual Biography*. Oxford: Oxford University, 2017.

LO SCHIAVO, Gianni. *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*. European Monographs. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017.

LORD MANSFIELD. Holman v. Johnson (1775). *98 Eng. Rep.*, 1378-1865, 1. COWP. 341, p. 1121. Disponível em: < <http://uniset.ca/other/cs6/98ER1120.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2019.

LORENZEN, Ernest G. Story's Commentaries on the Conflict of Laws – One Hundred Years After. *Harvard Law Review*, v. 48, 1934.

LÜDERITZ, Alexander. Gerhard Kegel und das Deutsche internationale Privatrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 46. Jahrgang, Heft 3, 1982.

LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

_____. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 5. Auflage. Konstanz: UVK, 2014.

_____. Vertrautheit, Zuversicht, Vertrauen. Probleme und Alternativen. In: HARTMANN, Martin; OFFE, Claus (Hrsg.). *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*. Frankfurt: Campus, 2001.

LUIG, Klaus. *Römisches Recht. Naturrecht. Nationales Recht*. Goldbach: Keip, 1998.

LUMINA, Cephias. Curbing 'Vulture Fund' Litigation. In: BENTEKAS, Ilias; LUMINA, Cephias (Eds.). *Sovereign Debt and Human Rights*. Oxford: Oxford University, 2019.

LYBECK, Johan A. *A Global History of the Financial Crash of 2007-2010*. Cambridge: Cambridge University, 2011.

MACHADO VILELA, Álvaro da Costa. *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*. Livro II. Coimbra: Coimbra, 1922.

MALASPINA, Elisabetta Fiocchi. *L'Eterno Ritorno del Doit des Gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX)*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2017.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Della Nazionalità come Fondamento del Diritto dele Genti*. Torino: Eredi Botta, 1851.

MANCUSO, Francesco. Emmerich de Vattel. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014.

MANZO, Alejandro Gabriel. Enforceability of Judgments Against Sovereign States: Critical Analysis of the NML vs. Argentina Injunction. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. Cem Anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, v. 13, 1997.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de Aplicação Imediata como um Método para o Direito Internacional Privado de Proteção do Consumidor no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 1, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Autonomia dos Vulneráveis no Direito Privado Brasileiro. In: GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; DIAS, Rui; KIRSTE, Stephan; MARQUES, Claudia Lima; MENDES, Laura; VICENTE, Dario Moura (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSAU, Guilherme Camargo. Usus Modernus Pandectarum. *Razão e Fé*, v. 13, n. 1, 2011.

MAY, Christopher. Who's in Charge? Corporations as Institutions of Global Governance. *Palgrave Communications*, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/palcomms201542>>. Acesso em: 01 maio 2019.

MAY, Tim. The Discontented Epoch: Freedom and Security in Bauman's Postmodernity. *Theory, Culture and Society*, v. 15, n. 1, 1998.

MAYER, Pierre. La Neutralisation du Pouvoir Normatif de l'Etat en Matière de Contrats d'Etat. *Journal du Droit International*, n. 1, 1986.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEEUSEN, Johan. Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution? *European Journal of Migration and Law*, n. 9, 2007.

MEIJERS, Eduard M. L'Histoire des Principes Fondamentaux du Droit International Privé a partir Moyen Age. *Recueil des Cours*, Tome 49, n. III, 1934.

MEILI, F. Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht. *Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht*, herausgegeben von Ferdinand Böhm, 4. Band, Leipzig: Duncker & Humblot, 1894.

_____. *Geschichte und System des internationales Privatrechts im Grundriss*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1892.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Orgs.). *Direito Internacional em Expansão*. v. 3. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

MICHAELS, Ralf. Globalisation and Law: Law beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Ed.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart, 2013.

_____. Joseph Story. In: BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Gisela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Eds.). *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3701/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. Public and Private International Law: German Views on Global Issues. *Journal of Private International Law*, v. 4, n. 1, 2008.

_____. Wächter, Carl Georg von. In: BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Gisela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Eds.). *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/311409999_Wachter_Carl_Georg_von>. Acesso em: 05 nov. 2019.

MILANO, Enrico. Recognition (and Non-Recognition) of Non-State Actors. In: CZAPLIŃSKI, Władysław; KLECZKOWSKA, Agata (Eds.). *Unrecognized Subjects of International Law*. Warsaw: Scholar Publishing House, 2019.

MILKER, John. *The Political Power of Global Corporations*. Cambridge: Polity, 2018.

MILLS, Alex. The Private History of International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 1, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

MODDERMAN, Wiardus. *Die Reception des römischen Rechts*. Übersetzung von Karl Schulz. Jena: Hermann Dufft, 1875.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Livro Terceiro. 2. ed. Tradução de Sérgio Milliet. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

MONTIEL ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (Orgs.). *Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, Hermenêutica e Cultura*. Porto Alegre: DM, 2015.

MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez (Eds.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Oxford: Oxford University, 2019.

MORTIMORE, Michael. *International Arbitration Based on Investor-State Dispute Settlement Clauses in International Investment Agreements: Challenges for Latin America and the Caribbean*. Santiago: United Nations, 2010.

MOSCONI, Franco. Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules. *Recueil des Cours*, Tome 217, n. V, 1989.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016.

MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Order Public in Private International Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 11, n. 3, 1981.

MUTHER, Theodor. *Römisches und kanonisches Recht im deutschen Mittelalter*. Rostock: Ernst Kuhn, 1871.

NEIDHARDT, Alberto Horst. *The Transformation of European Private International Law: A Genealogy of the Family Anomaly*. Thesis (Doctor of Laws) – Department of Law, European University Institute, Florence, 2018.

NEUMEYER, Karl. *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*. Erstes Stück. München: J. Schweitzer, 1901.

NEWMYER, R. Kent. *Supreme Court Justice Joseph Story: Statesman of the Old Republic*. Chapel Hill: University of North Carolina, 1986.

NIBOYET, J. P. *Cours de Droit International Privé Français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1949.

NIFOSI-SUTTON, Ingrid. *Vulnerable Groups under International Human Rights Law*. London: Routledge, 2017.

NORTH, P. M.; FAWCETT, J. J. *Cheshire and North's Private International Law*. London: Butterworths, 1992.

NYGH, Peter. The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort. *Recueil des Cours*, Tome 251, 1995.

_____. The Reception of Domicil into English Private International Law. *University of Tasmania Law Review*, v. 1, n. 4, 1961.

O'CONNELL, D. P. The Rational Foundations of International Law: Francisco Suarez and the Concept of Jus Gentium. *Sydney Law Review*, v. 2, 1957.

OBERMAN, Heiko A. Via Antiqua and Via Moderna: Late Medieval Prolegomena to Early Reformation Thought. *Journal of the History of Ideas*, v. 48, n. 1, 1987.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Multiculturalismo e Meio Ambiente: Uma Proposta de Inclusão do Outro a partir da Teoria do Discurso de Habermas. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto. *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*. Madrid: Punto Rojo Libros, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Court of Justice. Netherlands v. Sweden. Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants. Judgment of 28 November 1958. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/33>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. International Court of Justice. The Argentine Republic seeks to institute proceedings against the United States of America before the International Court of Justice. It requests US to accept the Court's jurisdiction. Press release from August 7, 2014. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/press-releases/4/18354.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Human Rights Council. Draft Progress Report on the Activities of Vulture Funds and the Impact on Human Rights. A/HRC/AC/16/CRP.1. February 15, 2016. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/VultureFunds.aspx>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Human Rights Council. Report of Human Rights Council Advisory Committee in the Activities of Vulture Funds and the Impact on Human Rights. A/HRC/33/54. July 20, 2016. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/VultureFunds.aspx>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. United Nations Development Reports. Human Development Index. 2018. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/COD>>. Acesso em: 01 maio 2019.

ORREGO VICUÑA, Francisco. Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 5, 2001.

OSGOOD, Russell K. Supreme Court Justice Joseph Story. *Cornell Law Review*, v. 71, issue 3, 1986.

PAK, Milan. *Die Parteiautonomie in internationalen Kaufverträgen*. Dordrecht: Springer, 1967.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. *Recueil des Cours*, Tome 210, n. III, 1988.

PAUL, Joel R. The Isolation of Private International Law. *Wisconsin International Law Journal*, v. 7, n. 1, 1988.

_____. The Transformation of International Comity. *Law and Contemporary Problems*, v. 71, n. 3, 2008.

PEREIRA, José Edgard Amorim. A Doutrina Holandesa “Comitas Gentium”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 3, 1963.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. La Tradition Territorialiste en Droit International Privé dans les Pays d’Amérique Latine. *Recueil des Cours*, Tome 190, n. I, 1985.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador. N. 2009-23. Claimants’ Notice of Arbitration. September 23, 2009. Disponível em:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0155_0.pdf>.
Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador. N. 2009-23. Order for Interim Measures. February 9, 2011. Disponível em:
<<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0167.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador. N. 2009-23. Second Partial Award on Track II. August 30, 2018. Disponível em:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0155_0.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

PHILLIMORE, Robert. *The Law of Domicil*. London: William Benning, 1847.

PILLET, Antoine. *De L'Orde Public en Droit International Privé*. Grenoble: F. Allier père et fils, 1890.

PICONE, Paolo. Les Méthodes de Cooodination entre Ordres Juridiques en Droit International Privé: Cours Général de Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Tome 276, 1999.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *Concise History of the Common Law*. 4. ed. London: Butterworth, 1948.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. Tomo 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

POSCH, Willibald. *Bürgerliches Recht*. 5. Auflage. Band VII. Internationales Privatrecht. Wien: Springer, 2010.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2019.

POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. v. 2. St. Paul: West Publishing, 1959.

_____. *Jurisprudence*. v. 3. St. Paul: West Publishing, 1959.

PREST, Wilfrid. *William Blackstone: Law and Letters in the Eighteenth Century*. Oxford: Oxford University, 2008.

QUADRI, Rolando. *Studi Critici di Diritto Internazionale: Diritto Internazionale Privato*. Milano: Giuffrè, 1958.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. 1. ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

_____. *Lo Spirito del Diritto Inglese*. A cura di Alessandro Baratta. Milano: Giuffrè, 1962.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Manual de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones y Contratos*. Cáceres: Librería Técnica Universitaria, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, a. 3, n. 5, 2015.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016.

REDSLOB, Robert. *Histoire des Grands Principes du Droit des Gens*. Paris: Rosseau, 1923.

REICH, Emil. *Selected Documents Illustrating Medæval and Modern History*. London: P. S. King & Son, 1905.

REIMANN, Mathias. Comparative Law and Private International Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2019.

_____. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*, v. 31, issue 4, 1990.

REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (Orgs.). *Introduction to German Law*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2019.

REINO UNIDO. Courts of Probate and Divorce. *Hyde v. Hyde and Woodmansee*. Decided in March 20, 1866. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/ths/LR1PD130.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. England and Wales High Court (Commercial Court). *Donegal International Ltd. v. Zambia & Anor*. EWHC 197 (Comm) [2007]. Decided in February 15, 2007. Disponível em: <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7d760d03e7f57eb26a9>>. Acesso em: 01 maio 2019.

_____. Privy Council Appeal. *La Générale des Carrières et des Mines v. F. G. Hemisphere Associates, LLC*. UKPC 27. N. 0061 of 2011. Decided in July 17, 2012. Disponível em: <<https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2011-0061-judgment.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

RIBEIRO, Elmo Pilla. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: [s. ed.], 1966.

RINGE, Wolf-Georg. Regulatory Competition in Global Financial Markets – the Case for a Special Resolution Regime. *University of Oxford Legal Research Paper Series*, n. 49/2015, January 2016, p. 9 et seq. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2659617>. Acesso em: 01 maio 2019.

RÖBEN, Volker. The Enforcement Authority of International Institutions. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROMANO, Santi. *Lo Stato Moderno e la sua Crisi*. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa, letto il 4 novembre 1909. Pisa: Vannucchi, 1909.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California, 1998.

SANTOS, António Marques dos. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. v. II. Coimbra: Almedina, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAUVANT, Karl P. Foreign Direct Investment for Development: The United Nations Code of Conduct and the Search for Balance in International Investment Rules. In: WEILER, Todd; BAETENS, Freva (Eds.) *New Directions in International Economic Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.

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

SCHOFIELD, Philip. *Utility & Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*. Oxford: Oxford University, 2006.

SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2012.

SCHULTZ, Thomas. Postulats de Justice em Droit Transnational et Raisonnements de Droit International Privé. Premier Balisage d'um Champ d'Etude. In: KOHEN, Marcelo; BENTOLILA, Dolores (Eds.). *Melanges en l'Honneur du Professeur Jean-Michel Jaquet*. Paris: Lexis Nexis, 2013.

SCHUMACHER, Julian; TREBESCH, Christoph; ENDERLEIN, Henrik. Sovereign Defaults in Court. *European Central Bank Working Paper Series*, n. 2135, February 2018. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2135.en.pdf?afa9da3641f789eb6395b49f3e1850b9>>. Acesso em: 01 maio 2019.

SILVA, Alexandre Pereira da; Pereira, Mariana Yante Barrêto. “Fundos Abutres” vs. Estados Nacionais: Soberania e Atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do Caso da Fragata *Libertad*. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 21, 2013.

SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como Critério Legítimo de Desquitação no Processo Civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: Fontes de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre Cooperação Jurisdicional no Âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SIMON, Alain. *L'Ordre Public em Droit Privé*. Rennes: Impr. Réunies, 1941.

SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. v. 1. Cambridge: Cambridge University, 2002.

_____. *The Foundations of Modern Political Thought*. v. 2. Cambridge: Cambridge University, 2004.

SLIJEPCEVIC, Dusanka. Zygmunt Bauman's Contribution to the Discourse on a Risk Society. *Sociological Discourse*, year 7, n. 13-14, 2017.

SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (Eds.). *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. v. 13. Amsterdam: Elsevier, 2001.

SONTAG, Kenny. Nótulas sobre o Arquétipo Jurídico Alemão da Escola Histórica do Direito: Codificação, Cultura e Ciência do Direito. In: MONTIEL ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (Orgs.). *Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, Hermenêutica e Cultura*. Porto Alegre: DM, 2015^a.

_____. Tendências Teórico-Jurídicas Decorrentes da Escola Histórica do Direito: Pandectística, Germanística e Histórica do Direito na Ciência do Direito Positivo Alemão do Século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n. 66, jan./jun. 2015.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University, 2017.

SPADE, Paul Vincent. Ockham's Nominalist Metaphysics: Some Main Themes. In: SPADE, Paul Vincent (Ed.). *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

SPADE, Paul Vincent (Ed.). *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

STEINHOFF, Uwe. *The Philosophy of Jürgen Habermas: a critical introduction*. Translated by Karsten Schöllner. Oxford: Oxford University, 2009.

STINTZING, Roderich von. *Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*. Basel: Schweighauser, 1857.

STOLLBERG-RILINGER, Barbara. *Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation*. München: C. H. Beck, 2006.

_____. *The Emperor's Old Clothes: Constitutional History and the Symbolic Language of the Holy Roman Empire*. Translated by Thomas Dunlap. New York: Berghahn, 2015.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 1. Band. München: C. H. Beck, 1988.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834.

STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

STURM, Fritz. Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit. *Ius Commune*. v. VIII. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1979.

SUNSTEIN, Cass R. *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

SYMEONIDES, Symeon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, 2008.

TALPIS, Jeffrey A. Legal Rules which Determine their Own Sphere of Application: A Proposal for their Recognition in Quebec. *Revue Juridique Thémis*, v. 17, 1982.

TATHYER, Mevlüt. The 2008-2009 Financial Crisis in Historical Context. In: HACIOĞLU, Ümit; DINÇER, Hasan (Eds.). *Global Financial Crisis and Its Ramifications on Capital Markets: Opportunities and Threats in Volatile Economic Conditions*. Cham: Springer, 2017.

THE HAGUE INSTITUTE FOR GLOBAL JUSTICE; STIMSON CENTER. Report of the Commission on Global Security, Justice & Governance. *Confronting the Crisis of Global Governance*. June, 2015.

THIBAUT, Anton F. J. *System des Pandekten-Rechts*. 3. Ausgabe. 1. Band. Jena: Johann Michael Mauke, 1809.

_____. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerliches Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

_____. *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule*. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1838.

_____. *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. 2. Ausgabe. 1. Band. Jena: J. M. Mauke und Sohn, 1817.

THORNHILL, Chris. The Future of the State. In: KJAER, Poul F.; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Eds.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*. Oxford: Hart, 2011.

TIETJE, Christian; KRAFT, Gerhard; KUMPAN, Christoph (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Heft 143. Halle: Martin Luther Universität Halle-Wittenberg, 2017.

TITI, Catharine. Les Caluses de Stabilisation dans les Contrats d'Investissement: Une Entrave au Pouvoir Normatif de l'État d'Accueil? *Journal du Droit International*, n. 2, 2014.

TRACHTMAN, Joel P. Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 28, n. 5, 1994.

TRNAVCI, Genc. The Meaning and Scope of the Law of Nations in the Context of the Alien Tort Claims Act and International Law. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 26, n. 2, 2005.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

ULLMANN, Walter. *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*. Abingdon: Routledge, 2010.

_____. The Development of the Medieval Idea of Sovereignty. *The English Historical Review*, v. 64, n. 250, 1949.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento de Roma I). 2008.

VALERY, Jules. *Manuel de Droit International Privé*. Paris: Fontemoing, 1914.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VAN DEN EECKHOUT, Veerle. Promoting Human Rights within the Union: The Role of European Private International Law. *European Law Journal*, v. 14, n. 1, 2008.

VAN DER EEM, Bram. Financial Stability as a Global Public Good and Private International Law as an Instrument for its Transnational Governance – Some Basic Thoughts. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Eds.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University, 2014.

VAN DER VLUGT, W. L'Œuvre de Grotius. *Recueil des Cours*, Tome 7, n. 2, 1925.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. Livro I. Coimbra: Coimbra, 1921.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VINOGRADOFF, Paul. *Roman Law in Mediæval Europe*. London: Harper & Brothers, 1909.

VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. *Recueil des Cours*, Tome 232, n. I, 1992.

VITTA, Edoardo. Cours Général de Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Tome 162, n. 1, 1979.

VOET, Johannes. *Commentary on the Pandects*. v. 1. Book 1. Translated by James Buchanan. Capetown: J. C. Juta, 1880.

VON FEUERBACH, Paul J. A. *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*. Landshut: Joseph Attenkofer, 1804.

VON JHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*. 1. Band. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877.

_____. Friedrich Karl von Savigny. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 5. Band. Jena: Friedrich Mauke, 1861.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *A Treatise of the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time*. Translated with notes by William Guthrie. Edimburgh: T. & T. Clark, 1869.

_____. Sistema do Direito Romano Atual. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *System des heutigen Römischen Rechts*. Band VIII. Berlin: Veit, 1849.

_____. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815.

_____. *Vom Beruf unsrer Zeir für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

VON WÄCHTER, Karl Georg. Ueber die Colission der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. *Archiv für die Civilistische Praxis*. Band XXIV. Heft 1. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1841.

_____. Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. *Archiv für die civilistische Praxis*. Band XXV, Heft 2. Heidelberg: J. C. B. Mohr, 1842.

WAI, Robert. Transnational Liftoff and Judicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 40, 2002.

WALKER, Neil. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, issue 3-4, 2008.

WATSON, Alan. *Roman Law & Comparative Law*. Athens: University of Georgia, 1991.

_____. The Structure of Blackstone's Commentaries. *Yale Law Journal*, v. 97, issue 5, 1988.

WATT, Horatia Muir. Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. *Current Legal Problems*, v. 70, n. 1, 2017.

_____. Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool. In: CAFAGGI, Fabrizio (Ed.). *The Institutional Framework of European Private Law*. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford: Oxford University, 2006.

_____. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, v. 2, issue 3, 2011.

_____. The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Eds.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University, 2014.

WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Eds.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University, 2014.

WEBER, Helmut. *Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts (1890-1945)*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986.

WEI, Shen. FG Hemisphere Associates v. Democratic Republic of the Congo. *American Journal of International Law*, v. 108, issue 4, 2014.

WEILER, Todd; BAETENS, Freva (Eds.) *New Directions in International Economic Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.

WEISS, André. *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*. Tome III. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898.

WENGLER, Wilhelm. *Internationales Privatrecht*. 1. Teilband. Berlin: Walter de Gruyter, 1981.

WESTLAKE, John. *A Treatise on Private International Law*. London: W. Maxwell, 1858.

WET, Erika de. Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2008.

WHATLEY, Steven. A Democratic Rule of International Law. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, 2011.

WHYTOCK, Christopher A. Conflict of Laws, Global Governance, and Transnational Legal Order. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 1, 2016.

_____. Domestic Courts and Global Governance. *Tulane Law Review*, v. 84, n. 67, 2009.

_____. Faith and Scepticism in Private International Law: Trust, Governance, Politics, and Foreign Judgments. *Erasmus Law Review*, issue 3, 2014.

_____. Myth of Mess? International Choice of Law in Action. *New York Law Review*, v. 84, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 1993.

_____. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 4, issue 2, 1981.

WILLOWEIT, Dietmar (Red.). *Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

WOLFF, Martin. *Internationales Privatrecht*. Berlin: Julius Springer, 1933.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: Da Antiguidade Clássica à Moderna*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

WOOLF, Cecil N. S. *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought*. Cambridge: Cambridge University, 1913.

WORSTER, William Thomas. Relative International Legal Personality of Non-State Actors. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 42, issue 1, 2016.

WORTLEY, Ben Atkinson. The General Principles of Private International Law from the English Standpoint. *Recueil des Cours*, Tome 71, n. 2, 1947.

WURMNEST, Wolfgang. Ordre Public (Public Policy). In: LEIBLÉ, Stefan (Ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

WYPLOSZ, Charles. International Financial Stability. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Oxford: Oxford University, 1999.

YNTEMA, Hessel E. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 3, 1953.

ZIMMERMANN, Reinhard. Characteristic Aspects of German Legal Culture. In: REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim (Orgs.). *Introduction to German Law*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte: Vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart*. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2006.

_____. *Teoria Geral do Estado: Ciência Política*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.