

**CONFLITOS CULTURAIS E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO:  
REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA**

***CULTURE CLASH AND CONFLICT OF LAWS: REFLECTIONS ON THE PUBLIC  
POLICY DOCTRINE***

Francisco Yukio Hayashi<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo explora o problema da relação entre o Direito Internacional Privado e a preservação de elementos culturais dos sistemas jurídicos nacionais. Analisa-se como a abertura do ordenamento jurídico ao elemento estrangeiro, reforçada pela personalização do direito privado, pode produzir o efeito rebote de fortalecimento de movimentos que defendem não só a exclusão do forasteiro, mas que colocam em questão a própria legitimidade do Estado. Investiga-se a possibilidade de vivificar o princípio da ordem pública, como expressão de grau de tolerância à diversidade. Conclui-se pela necessidade do Direito Internacional Privado continuar se desenvolvendo dentro da tensão entre o elemento nacional e o estrangeiro, sem assumir fórmula ideológica pré-concebida a favor do nacionalismo ou do cosmopolitismo, mas integrando o diálogo cultural.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Privado. Direitos Humanos. Ordem pública. Cultura. Conflito de civilizações.

**Abstract:** The article explores the problem of the relation between Conflicts Law and the preservation of cultural elements of national legal systems. It is analyzed how the openness of the legal system to foreign elements, reinforced by the influence of human rights in Conflicts Law, can produce the rebound phenomenon of strengthening social movements that defend the exclusion of the outsider, calling into question the very legitimacy of the State. The possibility of vivifying the public order doctrine, as an expression of diversity tolerance, is investigated. The conclusion is that Conflicts Law must continue to develop within the tension between national and foreign elements without assuming a preconceived ideological formula in favor of nationalism or cosmopolitanism, but integrating cultural dialogue.

**Keywords:** Conflict of laws. Human rights. Public policy doctrine. Culture. Culture clash.

Recebido em: 26/12/2021  
Aceito para publicação em: 21/02/2022

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal. Advogado.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo explora o problema da identidade cultural dos sistemas jurídicos e sua proteção, especificamente, sobre a relação entre o Direito Internacional privado e a preservação dos elementos culturais dos sistemas nacionais. É esse tema que se busca explorar, sem pretensão de dar respostas, mas antes explicitando-o, com todas as suas contradições.

Na primeira parte, é exposto o problema jurídico do estrangeiro, apresentando-se a realidade histórica da aproximação cultural entre os povos e o papel do direito em acelerar ou frear esse movimento, sobretudo, o papel do Direito Internacional Privado na dinâmica do encontro de civilizações. É colocado, então, o problema da relativização das regras de conexão, em razão da eficácia imediata de normas de direitos humanos, com ênfase nos direitos da pessoa humana do estrangeiro. Chama-se atenção para o possível agravamento de tensões sociais, a exigir olhar crítico sobre a personalização do Direito Internacional Privado.

Em um segundo momento, é abordada a relação entre o princípio da ordem pública e os direitos humanos, destacando-se a necessidade de reconhecimento daquele instituto como instrumento para contenção de situações anômalas, em que se imponha a rejeição do elemento estrangeiro para preservação de valores caros à comunidade nacional.

Por fim, é reforçada a crítica às posturas ideológicas na matéria, defendendo-se a importância de considerar a dimensão cultural da ordem pública.

Quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa exploratória, porque busca aprofundar a compreensão do tema. O método de abordagem é o dedutivo, partindo-se das compreensões abrangentes, em cotejo com premissas menores, que permitirão inferências sobre o problema explorado. O método de procedimento é o monográfico e a técnica de pesquisa é indireta, com destaque para a pesquisa bibliográfica.

## 2 O PROBLEMA JURÍDICO DO ESTRANGEIRO

Em 2002, Jayme apontou, em conferência no Brasil, o “tema novo” do Direito Internacional Privado quanto à necessidade de preservação da “identidade cultural dos sistemas jurídicos” no processo de unificação do direito substancial em comunidades regionais e, assim, quanto ao “papel do direito internacional privado nos conflitos de civilização que determinam a política mundial de nosso tempo” (JAYME, 2005, p. 27).

A aproximação cada vez maior de etnias, religiões e culturas distintas tem sido uma constante histórica. Não se trata de uma regra universal, no sentido de que a abertura ao estrangeiro é sempre um caminho sem volta<sup>2</sup>, porém, essa é uma realidade observável macroscopicamente. Cada império é um exemplo de aproximação entre povos, desde a Rota da Seda, que era um “meio de diálogo intercultural” (BEHERA, 2002)<sup>3</sup>, passando pelas estradas romanas, outro exemplo dessa ferramenta fundamental de impérios (WITCHER, 1997)<sup>4</sup> e as grandes navegações portuguesas (CROWLEY, 2016). Afinal de contas, “o princípio de formação dos vastos agregados não é outro senão a conquista” (JOUVENEL, 2010). Apesar da maior parte de suas obras se tornar ruínas, os laços civilizacionais criados pela conquista permanecem, ainda que absorvidos na cultura hegemônica.

Esse movimento histórico continua sendo observado, mesmo após o fim da Guerra Fria, porque, como previu Huntington, “o conflito de civilizações irá dominar a política global” (HUNTINGTON, 1993)<sup>5</sup>, e com muita intensidade, suscitando graves debates sobre a relação com o forasteiro (FRANCISCO, 2018) e gerando naturais discussões jurídicas. Um ponto importante de estudo, diz respeito ao papel do Direito nesse cenário.

---

<sup>2</sup> Um exemplo histórico da complexidade da questão diz respeito à política japonesa *Sakoku*, a política externa isolacionista do Japão no período do shogunato Tokugawa (KAZUI, 1982).

<sup>3</sup> “Culturally, the Silk Road was a medium of inter-cultural dialogue.” (BEHERA, 2002).

<sup>4</sup> “The road, in general, is recognized to be a fundamental tool of empires of all periods and past discussion of the Roman Empire has emphasized this relationship.” (WITCHER, 1997).

<sup>5</sup> “The clash of civilizations will dominate global politics. The fault lines between civilizations will be the battle lines of the future.” (HUNTINGTON, 1993).

Como alguns institutos jurídicos aproximam culturas e como as distanciam? Esse estudo, normalmente, é permeado por uma carga normativa excessiva, é comum partir-se do ideal de "sociedade inclusiva" (RAMOS, 2017) em direção a um sistema destinado à universalização. A proposta deste artigo é dar um passo atrás.

De fato, ainda que perspectivas normativas possuam função política e sejam úteis, cientificamente, como quadros comparativos, servindo para destacar e decotar aspectos da realidade, não se pode ignorar os limites do conhecimento do ser humano, que impedem a previsão do conjunto de consequências de determinada teoria.

A alternativa é o caminho que se chama, em economia, "positivo" (considerado como o exame dos efeitos alcançados por determinado instituto existente). Na perspectiva da Teoria Tridimensional do Direito, de Reale, essa perspectiva metodológica consiste em examinar o fenômeno jurídico em direção ao valor que ali repousa, e não desde o ponto de vista de determinado valor (REALE, 1994).

Em suma, não se trata de defender uma determinada visão de justiça, até mesmo porque "as formulações da conduta recta são principalmente negativas" (VOEGELIN, 1998). Mas, retomando a formulação do problema, no quadro de uma "vizinhança global" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995), há institutos que ora aproximam e ora distanciam os diferentes.

Um exemplo é o Estado moderno. Constitucional e laico, este foi o modelo encontrado para acabar com as guerras religiosas entre confissões cristãs e assegurar um patamar de respeito mútuo. Como explica Habermas, "o Estado Constitucional respondeu primeiro pela secularização e depois pela democratização do poder político" (2006)<sup>6</sup>. Entretanto, coagida por uma ética formal, a sociedade se torna um conjunto de átomos sem identidade comum, cujo ponto de contato é o movimento incessante de entrada e saída, de inclusão e exclusão. Então, "a unidade do povo deve ser entendido não como dada harmoniosamente, mas como um

---

<sup>6</sup> "The historical backdrop against which the liberal conception emerged were the religious wars and confessional disputes in early Modern times. The constitutional state responded first by the secularization and then by the democratization of political power." (HABERMAS, 2006).

processo de auto constituição, através de mais ou menos conscientes esforços de inclusão e exclusão” (BENHABIB, 2004, tradução nossa)<sup>7</sup>. Aproximação e distanciamento manifestados simultaneamente, podendo sofrer ruptura por choques desde dentro ou de fora. Por exemplo, na Europa, o perigo repousa no “nativismo” (BETZ, 2009) ou na radicalização muçulmana (STEMMANN, 2006)? Essa é uma questão a ser definitivamente respondida pela história.

Nessa linha de raciocínio, chegamos ao Direito Internacional Privado. Como esse ramo trata o problema jurídico do estrangeiro, isto é, como opera a dialética de aproximação e distanciamento?

De imediato, cabe fazer esse esclarecimento, no prisma do Direito, o estrangeiro é um problema, do contrário, seria absolutamente dispensável qualquer regulação normativa. Segundo Jovenel (2010):

A conduta dos indivíduos é guiada bem menos por forças que os pressionam do exterior do que por um regulador invisível que, do interior, determina suas ações. Cada personagem que ocupa numa sociedade um dado lugar, só muito excepcionalmente, se afasta de um comportamento típico. Regularidade causada por um sistema de crenças e de obrigações profundamente incorporado à natureza do homem social.

É porque sabiam bem disso que os antigos davam tanto valor aos costumes, cuja excelência torna o governo quase inútil e cuja corrupção o torna quase impossível.

Quando as pessoas de cada categoria se conduzem segundo normas certas e conhecidas de todos, suas ações em qualquer circunstância podem ser previstas por seus associados, e a confiança reina nas relações humanas. Inversamente, quando uma conduta aberrante e imprevisível obriga a todas as precauções, pelos danos e sofrimentos que causa, ela desperta represálias e, se esse acidente se multiplicasse, a desconfiança, a cólera e a violência se desencadeariam.

Portanto, é com razão que os antigos mantinham o estrangeiro à distância, pois é aquele que tem outros costumes e de quem não se pode saber o que fará.

---

<sup>7</sup> “The unity of the demos ought to be understood not as if it were harmonious given, but rather as a process of self-constitution, through more or less conscious struggles of inclusion and exclusion.” (BENHABIB, 2004).

O forasteiro carrega consigo potenciais desconhecidos. Por isso, a preocupação de mantê-lo distante ou integrá-lo de alguma forma, senão cultural, ao menos politicamente (BENHABIB, 2004), reduzindo a opacidade e acomodando-o, digamos assim, na divisão social do trabalho, na rede de laços de confiança que viabiliza a vida em sociedade, como defende Valladão (1974, p. 86):

Só com esse guia, com essas normas jurídicas, compendiando as regras diretoras da vida social, podem os homens manter suas relações, conduzindo-se e prevendo a conduta de seus semelhantes, na vivência de boa-fé, porque a vida humana se desenvolve, habitualmente, na quase totalidade dos casos, dentro daquelas diretrizes, procedendo o ser racional, de regra, com lógica, na previsão certa de que os fatos normalmente se repetem

O *welfare state*, é certo, agravou formidavelmente o problema, ao introduzir a disputa por prioridade nas políticas públicas. Como previu Mises, “é claro que nenhuma solução ao problema da imigração é possível aderindo-se ao ideal do Estado intervencionista, que interfere em cada campo da atividade humana” (1985)<sup>8</sup>. Porém, esse não é o objeto desse ensaio.

Cabe pontuar, no que aqui interessa, como o Direito Internacional Privado também pode agravar a questão do estrangeiro, inclusive a despeito da finalidade declarada de ajudar a solucioná-la. Como é sabido, o Direito Internacional Privado nasce da aproximação, nas palavras de Beviláqua (1944, p. 18):

Esta penetração recíproca dos povos, esta atração que sobre os indivíduos exercem os centros de maior cultura e as vastas regiões ubertosas, onde o esforço muscular e a energia intelectual se podem, rapidamente, transformar em abundantes capitais, forçosamente modifica a atitude das nações umas em face das outras e as obriga a atender a feição particular, que assumem as relações jurídicas, desenvolvendo-se em outro plano, que não é mais o estreito âmbito das nacionalidades. Surgiu daí o direito internacional privado, que é o direito refletindo esse fenômeno social da mais elevada importância,

---

<sup>8</sup> “It is clear that no solution of the problem of immigration is possible if one adheres to the ideal of the interventionist state, which meddles in every field of human activity, or to that of the socialist state.” (MISES, 1985).

quer sob o ponto de vista econômico, quer sob o ponto de vista étnico: - a expansão da vida humana além das fronteiras nacionais.

Idealmente, o Direito Internacional Privado é o “direito da tolerância” (DOLINGER, 2004), pois consiste na abertura do ordenamento jurídico nacional à lei estrangeira – portanto, que aproxima o nativo e o forasteiro. Porém, na “sociedade aberta de intérpretes”, para emprestar a expressão de Häberle (2014), a questão não é tão simples, sobretudo diante do quadro de constitucionalização ou personalização do direito privado, onde passam a vigorar novas construções teóricas em substituição ao “jogo predeterminado” (ARAÚJO, 2018, p. 32). Para Araújo, o Direito Internacional Privado “não pode prescindir dessa ótica principiológica, devendo, ele também, adotar os preceitos constitucionais nas suas metodologias operacional e interpretativa” (2018, p. 29).

Toda a discussão da personalização do direito se constrói na dicotomia entre interesses coletivos, de titularidades variadas, e interesses individuais (OTERO, 2017; Justen Filho, 1999). Não é diferente com o Direito Internacional Privado, onde a valorização da “dignidade da pessoa humana” (como um *topos* retórico e não como ponto de chegada da dialética jurídica) pode implicar na flexibilização do ordenamento jurídico nacional.

Qual é o limite da abertura, da relativização da unidade do ordenamento jurídico em respeito ao *status* nacional que os estrangeiros carregam consigo, como um aspecto inalienável de sua identidade, na clássica lição de Mancini (2003)?

É evidente que se pode colocar a questão como um não-problema, na ótica do direito positivo.

Reconhecido o caráter cogente das normas de direitos humanos, os litígios surgidos podem ser solucionados pelo juiz acessando diretamente a norma supralegal, constitucional ou convencional, de sorte que não haveria “relativização”, mas a aplicação de conceito indeterminado reconhecido pela ordem jurídica. Entretanto, essa “solução” não pode ser apenas um jogo de linguagem, o caminho não é tão simples.

Ora, é extensa a crítica doutrinária ao *judicial review*, especialmente na ótica do *déficit* democrático (MENDES, 2008; WALDRON, 2009 e 2016). Assim, e sempre retornando ao Direito Internacional Privado, o fato de ser teórica e pragmaticamente viável que o Poder Judiciário aplique diretamente a norma supralegal, criando casuisticamente regra de conexão, não exclui o fato de ser “derrotada” a previsão legal, o que exige fundamentação consistente, na maior parte dos casos voltada à realização de um valor superior à previsibilidade e estabilidade do ordenamento – caso contrário, como explica SCHAUER, as regras perdem completamente sua razão de ser caso possam ser derrotada pelo que parece ser ao intérprete a melhor decisão “levando tudo em consideração” (1998)<sup>9</sup>.

Em outras palavras, a personalização do Direito Internacional Privado, em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (e dos tratados internacionais de direitos humanos), dá instrumentos poderosos para que o “universalismo” se imponha à vontade da chamada “nação”, para que haja a “disseminação do ‘universalismo de chegada’ na sedimentação de um núcleo de direitos que servirá como fonte de resistência a eventuais abusos e desigualdades, sejam elas econômicas ou culturais” (CITTADINO e DUTRA, 2012). Isso não é inerentemente injusto, e pode realmente ser necessário, mas é problemático.

O nativo está habituado a vislumbrar a atuação contramajoritária do Estado na direção de efetivar valores caros à comunidade nacional. No Direito Internacional Privado, a tutela do *status* nacional do estrangeiro pode implicar na “derrota” de valores da comunidade, em favor daqueles de outra cultura.

O já referido embate, na Europa, entre radicalização nativista e radicalização muçulmana dá cores a esse problema, e corrobora a importância de não afastar a questão com um aceno de ombros. O efeito rebote da abertura, através da personalização do direito, pode ser o fortalecimento de movimentos que defendem

---

<sup>9</sup> “Most of us believe that rules serve valuable purposes, especially in the law. For some, these purposes reside in notions of predictability and stability, although it may be that the arguments for rules as devices for the allocation of decision-making authority are even stronger. But whatever these purposes, they cannot be served unless rules have some degree of resistance to some decision-maker's determination of what now appears to her to be the best all-things-considered decision.” (SCHAUER, 1998).

não só a exclusão do forasteiro, mas que colocam em questão a própria legitimidade do Estado. Nas palavras de McLaren, “a preocupação com a imigração não é simplesmente accidental ou coincidentemente relacionada com a desconfiança política, mas é provavelmente uma das causas dessa última”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> “That is, concern about immigration is not simply accidentally or coincidentally related to political distrust but is likely to be one of the causes of the latter.” (McLAREN, 2012).

## 2 A ORDEM PÚBLICA E OS DIREITOS HUMANOS

É impossível voltar no tempo, quando os portugueses ainda não aportaram em terras brasileiras. Canais de diálogo entre culturas distintas, como o Direito Internacional Privado, existem e continuarão existindo. Esse é um juízo de fato. Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana cumpre um papel importante de estabelecer as balizas do razoável, funcionando ainda como um princípio de abertura, ao impor um patamar mínimo de respeito ao estrangeiro.

A tendência da personalização do direito, porém, implica na confusão entre “ordem pública” e proteção de direitos humanos (MIRAGEM, 2005), fixando um primado do indivíduo (JUSTEN FILHO, 1999). Evidentemente, a solução não é negar a dignidade da pessoa humana concreta. Ocorre que, apesar de facilmente afirmável em abstrato, assegurando que direitos fundamentais não podem ser retirados – porque não são outorgados pela autoridade – e tampouco reconhecidos para somente determinados grupos (SCHACHTER, 1983), a supremacia desse princípio não soluciona com clareza a maior parte dos problemas reais colocados pelos conflitos entre os indivíduos, exceção feita a casos extremos.

O risco é que ele se torne apenas uma válvula de escape retórica, útil para justificar qualquer curso de ação. Ora, “a distância entre convincente retórica de direitos humanos e mudança política significativa é normalmente considerável” (HAFNER-BURTON e RON, 2019)<sup>11</sup>.

É nesses termos que a personalização do Direito Internacional Privado deixa em aberto a necessidade de diminuição da aura de incerteza que acompanha o estrangeiro, podendo gerar ou potencializar tensões sociais, pelo “casuismo caótico”, na lição de Valladão (1974, p. 85):

O afastamento de posições metodológicas extremistas, a exclusão quer de sistemas de duas ou três máximas apriorísticas inflexíveis, quer de experiências de um casuismo caótico, não pode significar,

---

<sup>11</sup> “Activists must realize that more talk does not always mean more or better action and that the gap between compelling human rights rhetoric and meaningful political change is often sizeable.” (HAFNER-BURTON e RON, 2019).

entretanto, a inexistência, no DIP, de numerosos princípios, conceitos, regras e exceções, de formulação preestabelecida ou de criação necessária e contínua, com o evoluir da ciência e da prática. Compreendem-se os exageros apontados se considerarmos que o DIP vem trabalhando, tradicionalmente, com grupos mui genéricos de relações e com escassas normas legislativas, com largos vazios no direito positivo. Abriu, assim, campos aos excessos quer do método dedutivo, nas multiformes doutrinas *a priori*, apresentando um ou dois postulados, donde saltariam todas as soluções, quer da reação conseqüente, do puro método indutivo, condenando quaisquer princípios ou regras gerais, só admitindo soluções criadas para cada espécie, num casuismo anárquico.

Como articular, então, “empiricamente” (SOUTO, 2000), a tutela da dignidade da pessoa humana, ou seja, um patamar mínimo de respeito ao estrangeiro, com a necessidade de integrá-lo, em algum nível, diminuindo o nível de desconfiança dos nativos e resguardando a subsistência da ordem política nacional? Um caminho envolve a vivificação do princípio da ordem pública como um marco mínimo de proteção da identidade da comunidade.

No Brasil, este princípio está previsto no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

O princípio da ordem pública “rejeita a aplicação de normas alienígenas quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro” (DOLINGER, 1986). Assim sintetiza Dolinger (1986):

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

Por isso, para Dolinger, trata-se do “mais importante dos princípios da disciplina” (2005, p. 386).

Evidentemente, dentro das premissas já apresentadas, a ordem pública deve ter uma leitura abrandada para viabilizar a solução do “conflito de culturas” (MARQUES, 2004). Afinal de contas, o direito internacional privado surge, como já referido, em razão da “expansão da vida humana além das fronteiras nacionais” (BEVILÁQUA, 1944, p. 18). Entretanto, é indiscutível a necessidade do instituto para “corrigir” a regra de conflito que coloque em xeque algum valor preponderante reconhecido pelo ordenamento jurídico (ZANCHET, 2007), cuja manutenção seja “indispensável à organização da vida social” (BEVILÁQUA, 1944, p. 108). Aliás, por isso mesmo, a interpretação do princípio encontra diversos limites na própria ordem constitucional, que prevê regras impositivas de alguma abertura ao estrangeiro, como a que veda a sua discriminação (art. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal)<sup>12</sup>. Essas regras de abertura, pela sua natureza constitucional, necessariamente devem ser consideradas como veículo de valores reputados fundamentais.

A questão posta, entretanto, diz mais respeito à tutela de certos valores culturais explícitos<sup>13</sup> ou dos planos “filosófico, político, jurídico, moral e econômico” (DOLINGER, 2005, p. 386) implícitos na hierarquia axiológica pressuposta no ordenamento jurídico, “mais implícitos que explícitos” (STRENGER, 1973, p. 344). Em nosso ordenamento, é possível fazer remissão à noção de “bons costumes”, prevista no citado art. 17 da LINDB, àquilo que “existe de essencial à vida dos povos cultos no que diz respeito, mais diretamente, à moral, que fala, mais profundamente, ao nosso sentimento de respeito à sociedade e à dignidade humana” (BEVILÁQUA, 1944, p. 114).

É relativamente fácil afirmar, por exemplo, a proteção do consumidor como matéria de ordem pública, diante da previsão do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, da Constituição Federal de 1988 (DEL’OLMO, 2008; MARIGHETTO, 2008). A abstração,

---

<sup>12</sup> Para um desenvolvimento: SILVA, Zélia Furtado da. **A constitucionalização do direito internacional privado**. Revista da ESMape, v. 4, n. 10, jul./dez. 1999, p. 359-392, para quem “A Constituição Federal de 1988 albergou o Direito Internacional Privado, dando cunho de validade constitucional aos seus institutos.”

<sup>13</sup> Um exemplo é o preâmbulo da Constituição Federal (v. ARAÚJO, 1999).

em relação às leis escritas, pode se tornar maior quando se discute outros interesses econômicos da comunidade, como explica Dolinger (2004):

Pergunto-me se não haveria uma certa retração de negócios internacionais com o mercado brasileiro, uma certa reserva quanto a determinados investimentos de longo prazo em nosso País, diante de pareceres de advogados brasileiros, corretamente cautelosos, que informam a seus clientes estrangeiros que no Brasil não se devem assinar contratos que determinem a aplicação de lei estrangeira e que, se assinados, eventuais sentenças estrangeiras que tenham aplicado direito alienígena com base nestes contratos, correm o risco de não serem homologadas por nossa Suprema Corte.

No que se refere à identidade cultural, especialmente no contexto da pós-modernidade (MIRAGEM, 2005), o tema se torna extremamente volátil, podendo se dissipar em controvérsias sem fim, com qualquer das partes da lide arguindo em seu favor princípios constitucionais. Assim, nem a exigência de remissão a uma norma de direito positivo, preferencialmente de raiz constitucional, é solução viável para estabelecer aprioristicamente o lugar comum para o diálogo.

É necessário, então, assentar conceito estático de ordem pública, para fazer frente ao amplo rol de direitos associados à dignidade da pessoa humana e, portanto, de titularidade do estrangeiro, resguardando nível mínimo de proteção da identidade cultural nacional?

Essa tarefa, se não é impossível, é, no mínimo, de curto prazo de validade. Como expõe Dolinger (2005, p. 389):

Visto que o conceito da ordem pública emanada da *mens populi*, compreende-se que seja relativo, instável, variando no tempo e no espaço. Assim como a noção de ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região.

Com efeito, diante da “abertura cognitiva” do conceito (MENDES, 2008), a afirmação da ordem pública ocorre, na prática, com “independência total do magistrado” (DOLINGER, 2009).

Nas palavras de Valladão: “é uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso” (1974, p. 481).

Assim também afirma STRENGER (1973, p. 344):

Quais são os princípios considerados intocáveis que excluem a aplicação do direito estrangeiro?  
A determinação deles quase sempre cai nas mãos do juiz. Este não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há uma certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio.

Por isso, seu uso pelo Poder Judiciário deve continuar como “válvula de segurança” (DOLINGER, 2005, p. 423). Entretanto, e isso é preciso afirmar, o uso do princípio *deve* ocorrer. Não se pode, desde a referida válvula de escape retórica da dignidade da pessoa humana, esvaziar o princípio da ordem pública e permitir que a mera “presença do direito estrangeiro” (BASSO, 2016, p. 382) crie “situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados” (DOLINGER, 2005, p. 423).

Afirma-se que o uso do princípio “deve” ocorrer porque, no quadro exposto na primeira parte, a negação sistemática da ordem pública, com gravidade especial quando isso implique na violação de direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos pela ordem interna, tende a resultar no agravamento de tensões sociais, em um fechamento da comunidade, esvaziando-se a própria teleologia do Direito Internacional Privado de abrir o “diálogo intercultural entre sistemas diversos” (JAYME, 2005, p. 27).

### **3 DIMENSÃO CULTURAL DA ORDEM PÚBLICA**

Realizadas essas considerações, é importante repisar, uma vez mais, que a tensão entre a ordem pública e o direito do estrangeiro à sua identidade cultural não é abstrata, manifestando-se concretamente e sendo possível defender qualquer das posições com base em princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Um exemplo concreto é o instituto do repúdio da mulher, no Islamismo, conforme exposto por Dolinger (2005, p. 412):

O direito muçulmano admite que o marido repudie sua esposa, sem que a mulher tenha sequer o direito de se defender, de ser ouvida. As sentenças dos tribunais religiosos dos países muçulmanos que aplicam este método são geralmente rejeitadas, recusando-se-lhes reconhecimento. Esta a posição clara da justiça brasileira, como vimos.

Também na França não se aceitava o repúdio islâmico, como se verifica de vários julgamentos, mas recentemente registra-se tendência diferente em que o repúdio passou a ser aceito dentro de certas circunstâncias. Essa tendência vem se agravando, ocorrendo hipótese recente em que, seguindo a convenção franco-argelina que determina a executoriedade de pleno direito de todo julgamento proferido na Argélia, repúdio total, proferido neste país, em que a mulher não teve qualquer participação no processo, nem sequer conhecendo sua existência, foi registrado na França para os devidos efeitos de direito, sem qualquer verificação sobre a existência do contraditório, nem sequer sobre a citação da mulher.

Insiste-se na afirmação dessa tensão diante da tendência, natural na disciplina, à abertura, que, se precipitada, pode levar até mesmo ao reconhecimento de situações onde há negação de direitos fundamentais garantidos pela ordem interna.

Em outros termos, a “própria idéia de justiça” do Direito Internacional Privado, expressão de Jayme para justificar a tendência ao “tratamento igual das leis diferentes” (2005, p. 27), é uma fórmula doutrinal, porém, não necessariamente a expressão da ordem jurídica concreta da comunidade nacional.

A “personalização” cumpre um papel fundamental de explicitar que “as normas de Direito Internacional Privado não podem ser tidas como meras normas

técnicas e, portanto, avalorativas” (PINHEIRO, 2001, p. 173). De fato, nunca o são. Entretanto, isso não implica que se deva forçar a tolerância ao elemento estrangeiro, como se fosse a única vertente permeada por “bons valores”, ou seja, adotar uma postura normativa, onde o progressivo aumento da “porosidade das fronteiras” seja a única válida (BENHABIB, 2004). Pelo contrário. A constatação, filosoficamente necessária (REALE, 1994, *passim*), de que as normas técnicas possuem uma carga valorativa, impõe um julgamento difícil: como esse ramo do direito “participa igualmente da tarefa de formação da sociedade” (ARAÚJO, 2018, p. 32), qual fim social deve prevalecer? Preponderam as novas orientações metodológicas? Ou seja, como articular a relação entre segurança jurídica, soberania e cultura nacional com os direitos humanos dos estrangeiros?

Na expressão de Mancini (2003, p. 80):

Em outros termos, despindo a proposição da fórmula ideal, porquanto no estado de fato coexistem sobre a Terra múltiplas nações, o princípio de nacionalidade não pode significar senão igual inviolabilidade e proteção de todas e, portanto, o mesmo princípio seria violado se nossa nacionalidade sofresse da parte das outras injúria e obstáculo a seu livre desenvolvimento, bem como o seria se a mesma, pelo contrário, invadisse o domínio das outras e ofendesse a sua legítima liberdade. Em ambos os casos a igualdade seria rompida, a independência nacional sofreria danos, o império do Direito seria derrubado.

Essa é a questão de fundo, que não pode jamais ser enfrentada com meras fórmulas prontas, diante do dilema político e moral real que se coloca. Por isso, o princípio da ordem pública é apresentado, aqui, não como núcleo definido. Como explica Tenório (1976, p. 321):

O conceito impreciso da ordem pública encontra justificativa na sua mobilidade no espaço e no tempo. Dentro do mesmo país há um conjunto de idéias e sentimentos que formam a civilização moral. Entretanto, a civilização moral de cada povo, na área do Estado, não se estratifica. Observamos o fato no confronto entre as diversas civilizações. Se entre elas, sobretudo as do Ocidente, há uniformidade de princípios morais e políticos, notamos, apesar disto, algumas

divergências radicais. A ordem pública, cuja noção o legislador não fornece cientificamente, é de conceito elástico.

A ordem pública, com efeito, é destacadamente expressão da existência de um “grau de tolerância da diversidade” (CAMPIGLIO, 2011), cuja finalidade é essencialmente “a preservação dos traços fundamentais de uma comunidade nacional” (MIRAGEM, 2005, p. 311).

Nesse sentido, a vivificação que se propõe não se dirige tanto à limitação da aplicação da lei estrangeira com base em regras de conexão expressamente previstas pelo direito interno, porque “a mera rejeição em aplicar o direito estrangeiro, em situações nas quais esta é a solução indicada pelas normas de DIP, não satisfaz por si a necessidade de respeito e consideração entre os Estados nacionais” (MIRAGEM, 2005, p. 308), mas sobretudo à criação de novas regras, com base na eficácia imediata de direitos fundamentais. A crítica se destina principalmente às posturas ideológicas, que como Procusto, esticam ou amputam a realidade para fazê-la caber em formas normativas pré-concebidas.

Certo grau de abertura é imperativo, porque é o contraste que traz à tona o senso nacional (CAMPIGLIO, 2011), mas há um limite ao universalismo, que é a ordem pública (MIRAGEM, 2005, p. 314).

É pertinente lembrar que a prevalência do universalismo é, também, um sintoma dos tempos atuais, e não uma verdade eterna, como se vê na crítica de Tenório:

O direito internacional privado é direito interno, embora de feição internacional. O técnico, pelo processo analítico, tem de olhar a realidade nacional e a internacional, sem pretender elaborar normas para a solução dos conflitos de leis com a predominância do espírito internacionalista. Somente o desconhecimento da realidade pode levar o técnico a abandonar o *humus* nacional pelo indefinido cosmopolitismo. O homem participa dos benefícios da civilização universal, mas tem raízes na sociedade nacional.

Também destaca Dolinger (2005, p. 150):

O universalismo e o particularismo são duas posições que se alternam: na segunda metade do século XIX tivemos a prevalência do universalismo, voltando-se para o particularismo entre as duas guerras do século XX, para retornar ao universalismo na época contemporânea.

Em suma, não há solução adequada sem que se reconheça a complexidade da realidade, inclusive da ordem jurídica, que busca simultaneamente dar ao Estado soberano os meios para sua proteção, ao mesmo tempo em que garante a tutela da existência e dos direitos das minorias, como disposto no art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, as minorias “não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

#### **4 CONCLUSÃO**

O conflito cultural é parte essencial do Direito Internacional Privado, compõe a sua estrutura e é pressuposto de sua existência. Portanto, não se pode pretender eliminá-lo mediante posições extremadas, sejam a favor da lei nacional ou da abertura cosmopolita que ignore a existência da ordem pública interna. É preciso que a disciplina siga se desenvolvendo dentro dessa tensão – nunca pairando pretensiosamente acima dela.

Ao mesmo tempo em que regras de conexão fixas se mostram injustas ou, no mínimo, inapropriadas para regular a experiência jurídica da aproximação e do afastamento entre o nativo e o forasteiro, também não se pode substituí-las pelo casuísmo, ainda que formulado em termos “personalistas”, isto é, sob a finalidade de reconhecimento da dignidade da pessoa humana do estrangeiro.

É preciso sempre manter o espírito aberto ao dilema político e moral que repousa no fundo de todo empreendimento jurídico: reconhecer a posição fragilizada do estrangeiro, admitir a legitimidade da preocupação do nativo, valorizar a abertura, mas também os interesses da comunidade nacional, ter sempre em mente a

necessidade de pacificação, o que às vezes exigirá o fechamento ao elemento alienígena. Essa abertura do espírito deve se expressar, inclusive, no modo de fundamentação das decisões judiciais que, concretamente, ponderam esse conjunto de valores para apresentar uma solução. As soluções não devem se apresentar como imposição de força do Direito ou da "razão", mas, sim, elas próprias como parte do diálogo cultural.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/498>. Acesso em 30 out. 2019.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2016.

BEHERA, Subhakanta. India's encounter with the Silk Road. **Economic and Political Weekly**, v. 37, n. 51, Dec. 21-27, 2002, p. 5077-5080. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4412978>. Acesso em 18 out. 2019.

BENHABIB, Seyla. **The rights of others**: aliens, residents, and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BETZ, Hans-Georg; MERET, Susi. Revisiting Lepanto: the political mobilization against Islam in contemporary Western Europe. **Patterns of Prejudice**, v. 43, n. 3-4, 2009. DOI: 10.1080/00313220903109235.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1944.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em 18 out. 2019.

CAMPIGLIO, Cristina. Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. XCIV, fasc. 4, 2011, p. 1029-1064.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito internacional privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos direitos humanos. **Sequência**, n. 64, jul. 2012, p. 259-284. DOI: 10.5007/2177-7055.2012v33n64p259. Acesso em 18 out. 2019.

CROWLEY, Roger. **Conquistadores**: como Portugal forjou o primeiro império global. Tradução de Helena Londres. São Paulo: Planeta, 2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Direito do consumidor e direito internacional privado. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 68, out./dez. 2008, p. 108-116.

DOLINGER, Jacob. Da "dignidade da diferença" ao moderno direito internacional privado. **Revista Forense**, ano 100, v. 373, mai./jun. 2004, p. 113-120.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45129>. Acesso em 18 out. 2019.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, abr./jun. 1986, p. 205-232. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181712>. Acesso em 18 out. 2019.

DOLINGER, Jacob. Provincianismo no direito internacional privado brasileiro. Dignidade humana e soberania nacional: inversão dos princípios. **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 880, fev. 2009, p. 33-60.

FRANCISCO, Papa. **Exortação apostólica Gaudete et Exultate**: sobre a chamada à santidade no mundo atual. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20180319\\_gaudete-et-exultate.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20180319_gaudete-et-exultate.html). Acesso em 18 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. **Revista Direito Público**, v. 11, n. 60, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1205>. Acesso em 18 out. 2019.

- HABERMAS, Jürgen. Religion in the public sphere. **European Journal of Philosophy**, v. 14, n. 1, apr. 2006, p. 1-25. DOI: 10.1111/j.1468-0378.2006.00241.x. Acesso em 18 out. 2019.
- HAFNER-BURTON, Emilie M.; RON, James. **Humans rights institutions**: rethoric and efficacy. DOI: 10.1177/0022343307078941. Acesso em 18 out. 2019.
- HUNTINGTON, Samuel P. The clash of civilizations? **Foreign Affairs**, v. 72, n. 3, Summer, 1993, p. 22-49. DOI: 10.2307/20045621. Acesso em 18 out. 2019.
- IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação, tempo e conhecimento**: a Escola Austríaca de Economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011.
- JAYME, Erik. **O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI – Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002**. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- JOUVENEL, Bertrand de. **O poder**: história natural de seu crescimento. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, 1999, p. 115-136.
- KAZUI, Tashiro. Foreign relations during the Edo Period: Sakoku reexamined. Tradução de Susan Downing Videen. **The Journal of Japanese Studies**, v. 8, n. 2, Summer, 1982, p. 283-306. DOI: 10.2307/132341. Acesso em 18 out. 2019.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MARIGHETTO, Andrea. A proteção dos consumidores no direito internacional privado: estudo comparativo sobre os atuais debates relativos à recente aprovação pela EU do Regulamento (CE) 593 de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (civis e de consumo) e às propostas da CIDIP VII sobre a proteção interamericana dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 68, out./dez. 2008, p. 117-146.
- MARQUES, Claudia Lima. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 91-113.
- McLAREN, Lauren M. The cultural divide in Europe: migration, multiculturalism, and political trust. **World Politics**, v. 64, n. 2, apr. 2012, p. 199-241. DOI: 10.1017/S0043887112000032. Acesso em 18 out. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>. Acesso em 4 ago. 2019.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 19, out./dez. 2008, p. 31-49.

MIRAGEM, Bruno. **Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos**. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MISES, Ludwig von. **Liberalism in the classic tradition**. Tradução de Ralph Raico. 3.ed. New York: The Foundation for Economic Education, 1985. Disponível em: <https://mises.org/library/liberalism-classical-tradition>. Acesso em 18 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Commission on Global Governance. **Our Global Neighbourhood**: report on the Commission on Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 1995.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WITCHER, Robert. **Roman roads**: phenomenological perspectives on roads in the landscape. In: TRAC97: Proceedings of the Seventh Annual Theoretical Roman Archeology Conference. Oxford: Oxbow Books, 1997, p. 60-70. Disponível em: <http://dro.dur.ac.uk/5299/1/5299.pdf>. Acesso em 18 out. 2019.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHAUER, Frederick. On the supposed defeasibility of legal rules. **Current Legal Problems**, v. 51, n. 1, 1998, p. 223-240. DOI: 10.1093/clp/51.1.223. Acesso em 18 out. 2019.

SCHACHTER, Oscar. Human dignity as a normative concept. **The American Journal of International Law**, v. 77, n. 4, oct. 1983, p. 848-854. DOI: 10.2307/2202536. Acesso em 18 out. 2019.

SILVA, Zélia Furtado da. A constitucionalização do direito internacional privado. **Revista da ESMAPE**, v. 4, n. 10, jul./dez. 1999, p. 359-392.

SOUTO, Cláudia. Breve história crítica do direito internacional privado. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, ano 24, v. 176, mai./jun. 2000, p. 23-34.

STEMMANN, Juan Jose Escobar. Middle east salafism's influence and the radicalization of muslim communities in Europe. **Meria Journal**, v. 10, n. 3, 2006.

Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/447a/4db70036a74644781725da74b82f297df1f5.pdf>

Acesso em 18 out. 2019.

STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1973.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11.ed. revista e atualizada por Jacob Dolinger. v.I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1974.

VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito e outros textos jurídicos**. Lisboa: Vega, 1998.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2016.

ZANCHET, Marília. A proteção dos consumidores no direito internacional privado brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 16, n. 62, abr./jun. 2007, p. 172-220.