

LUÍS FERNANDO LISBÔA HUMPHREYS

A EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

**Monografia apresentada como
requisito parcial à conclusão do Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal do Paraná.**

Orientadora: Tatyana Scheila Friedrich

**CURITIBA
2005**

LUIS FERNANDO LISBÔA HUMPREY

TERMO DE APROVAÇÃO

A EXCEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: 
Professor Tatyana Scheila Friedrich


Professora Vera Cecília Abagge De Paula


Professor George Bueno Gomm

Curitiba, 17 de outubro de 2005

SUMÁRIO

	RESUMO	v
1	INTRODUÇÃO	1
2	HISTÓRICO	3
2.1	PRIMÓRDIOS	3
2.2	ESCOLAS ESTATUTÁRIAS	4
2.3	ESCOLAS MODERNAS	5
3	O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	8
3.1	DISTINÇÃO ENTRE ORDEM PÚBLICA INTERNA E INTERNACIONAL	8
3.2	ORDEM PÚBLICA E NORMAS IMPERATIVAS	11
3.3	O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	12
4	A EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA INSERIDA NO SISTEMA JURÍDICO	18
5	CARACTERÍSTICAS	25
5.1	EXCEÇÃO OU FATOR EXÓGENO	25
5.2	RELATIVIDADE	26
5.3	CONTEMPORANEIDADE	27
6	EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA	28
7	JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	32
7.1	DIREITO DE FAMÍLIA	32
7.2	CARTAS ROGATÓRIAS	35
7.3	OUTROS TEMAS	35
8	CONCLUSÃO	37
9	REFERÊNCIAS	38
		39

RESUMO

A exceção de ordem pública permeia todo o Direito Internacional, pois condiciona a aplicação do direito estrangeiro à adequação aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional. O conceito de ordem pública, todavia, é aberto e indefinido, razão pela qual por vezes se confunde com crenças pessoais dos juizes, que colocam sob o crivo da ordem pública valores morais ou pessoais. Contudo, o ordenamento jurídico não suporta tal interferência do campo da moral. É necessário que o conceito seja definido por termos jurídicos, ainda que abstratos. A exceção de ordem pública possui a finalidade de proteger o direito nacional de atos e normas estrangeiros colidentes com os princípios fundamentais do ordenamento os quais, ainda que abstratos, são aqueles enumerados na Constituição. Logo, chega-se à conclusão de que a exceção protege os princípios constitucionais, superiores à todas as normas pátrias, inclusive àquela que institui a exceção de ordem pública, que é dada por lei ordinária. A atuação da exceção de se dá apenas em território nacional, pois é ato próprio da jurisdição brasileira. Como consequência, a exceção diz respeito somente aos efeitos do ato ou norma estrangeiros, não interferindo sobre a respectiva validade.

Palavras-chave: Direito Internacional, Ordem Pública, Exceção.

1 – INTRODUÇÃO

O direito brasileiro condiciona a eficácia da aplicação, em território nacional, de todas as normas e atos jurídicos produzidos no exterior à necessidade de estarem em concordância com a *ordem pública*, conforme o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil:

“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.”

A aplicação prática de tal conceito, todavia, é problemática, pois se trata de um conceito aberto e abstrato, de difícil concretização. Na maioria das vezes, é utilizado de forma arbitrária, de modo a forçar coincidir a vontade do juiz com um conceito jurídico amplo, que aparentemente permite uma ingerência maior da discricionariedade do julgador.

O que costuma ocorrer é que a ordem pública acaba afastando a aplicação do direito estrangeiro por mera facilitação da aplicação da lei nacional, ou por sentimento patriota. Contudo, o objetivo do instituto não é este, e sim o de afastar a incidência do direito estrangeiro se colidente com os princípios basilares de nosso ordenamento. O problema reside no momento da eleição e determinação de tais princípios, que são indeterminados e dispersos no ordenamento. Afinal, quais são os princípios fundamentais de nosso sistema jurídico?

Diante das incertezas sobre a matéria é que este estudo se justifica. O conceito de ordem pública, apesar de abstrato, não pode ser sinônimo de arbitrariedade. Há a necessidade de defini-lo dentro de alguns parâmetros, para que sua aplicação se dê de forma mais clara e previsível, sem que o reconhecimento do direito estrangeiro seja supervalorizado ou prejudicado indevidamente.

Para isso, no desenvolvimento deste estudo serão feitas aproximações ao conceito de ordem pública, levando em consideração a colocação dentro do sistema jurídico nacional construído hierarquicamente e que reconhece a Constituição como norma superior. Além disso, são apresentados as características e os elementos do conceito de ordem pública, bem como a aplicação prática em um estudo de jurisprudência.

Ressalta-se que o tema cresce em importância na medida que o Brasil se insere no contexto internacional, tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, e a demanda pela aplicação do direito estrangeiro e de reconhecimento de atos produzidos no exterior apresenta-se maior a cada dia. Entretanto, nestas hipóteses sempre haverá a necessidade de analisar a questão sob o prisma da ordem pública, que determinará a eficácia ou a ineficácia do ato ou norma estrangeiros.

2 – HISTÓRICO

O acompanhamento histórico da noção de ordem pública remete, em especial, às escolas estatutárias e às doutrinas modernas. O termo “ordem pública”, em si mesmo, só passou a ser utilizado nas doutrinas modernas, mas toda a sua base foi desenvolvida no período anterior, com os estatutários. O direito antigo também possuía institutos semelhantes com a mesma finalidade do que hoje entendemos por ordem pública internacional, mas não havia formulações precisas e estudos sistematizados a respeito do tema.

2.1 – PRIMÓRDIOS

Sabe-se que o Direito Romano tinha uma certa noção de defesa da ordem pública ou social, apesar de inexistir qualquer referência legislativa ou doutrinária a respeito. Apesar da escassez de dispositivos sobre a matéria, há um caso em Roma, datado do século II da era cristã, no qual o juiz romano deixou de aplicar uma lei egípcia sobre dote em razão de ser desumana.¹

No período posterior, com as invasões bárbaras, a noção de ordem pública, que já não era bem definida, desapareceu por completo em face da personalidade das leis. Segundo GAMA E SILVA²,

“com a invasão dos bárbaros e desaparecimento do império romano do ocidente, não se pode encontrar no direito germânico dessa época qualquer restrição de ordem pública, porque toda questão era resolvida pela lei de cada indivíduo. Não existiam leis territoriais, mesmo em matéria penal, cujas normas têm, hoje, aquele caráter, de modo acentuado. Era o regime da absoluta personalidade.”

Os períodos romano e bárbaro, portanto, possuem pouca importância para o estudo da ordem pública. São com as Escolas Estatutárias que são aparecem os primeiros esboços daquilo que hoje entendemos por ordem pública.

¹ CALIXTO, Negi. **Ordem Pública**: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 16.

² *Apud* CALIXTO, Negi. **Ordem Pública**: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 15-16.

2.2 – ESCOLAS ESTATUTÁRIAS

As Escolas Estatutárias foram as primeiras a desenvolverem noções mais próximas do conceito atual de ordem pública, apesar de nunca terem proferido o conceito nestes termos. Segundo DOLINGER,

“a idéia precursora do princípio da ordem pública no Direito Internacional Privado pode ser encontrada em Bártolo, que distinguia os ‘estatutos odiosos’ dos ‘estatutos favoráveis’. Os primeiros não poderiam ter aplicação fora das cidades em que haviam sido promulgados.”³

VALLADÃO dá um exemplo da não aplicação dos *estatutos odiosos*, em um caso de sucessão conhecido à época como a “questão inglesa”⁴. Tratava-se da herança de um inglês, cujos bens iriam todos ao primogênito, de acordo com a lei da Inglaterra. Todavia, também existiam bens na Itália, onde a herança deve necessariamente ser dividida entre os irmãos. Sendo a sucessão estatuto de caráter pessoal, a lei aplicável, mesmo para os bens localizados na Itália, seria a inglesa, ou seja, os bens em solo italiano também passariam a pertencer somente ao primogênito. Mesmo assim, contrariando a estrita aplicação do elemento de conexão que apontava a lei da Inglaterra como a aplicável, foi decidido que a lei italiana deveria prevalecer, uma vez que a exclusão dos irmãos era de caráter *odioso*.

Como se vê, a aplicação da teoria dos estatutos odiosos possui grande semelhança com o que hoje entendemos por ordem pública. Por sinal, era natural que as escolas estatutárias criassem certos mecanismos de proteção ao interesse local, tendo em vista que foi abandonada a noção de pessoalidade as leis, em virtude do territorialismo das mesmas. Logo, se o direito é válido igualmente a todos em um determinado território, havia necessidade de fazer com que as leis de outros povos não interferissem negativamente sobre a lei local.

Dentre as escolas estatutárias, CALIXTO dá destaque à escola holandesa, que impõe um caráter de ordem pública genérico, semelhante ao que temos atualmente. Para tanto, cita a parte final do 3º princípio de HEUBER, segundo o

³ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p 325.

⁴ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I – Introdução e Parte Geral. 4ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p. 109.

qual a lei seria aplicável “desde que em nada prejudique ao direito ou poder de outro impetrante ou de seus súditos”, e também que “os governos de outro país não fossem obrigados a reconhecer aplicação e efeitos a tais atos e negócios se fossem com isso grandemente prejudicados”.⁵

2.3 – ESCOLAS MODERNAS

A primeira aparição do conceito de ordem pública se dá na doutrina de STORY, nos Estados Unidos, na obra “Conflict of Laws”. Explica VALLADÃO que a ordem pública, para o jurista norte-americano,

“seria um principio de autodefesa, de sua própria “fundamental policy” para afastar o reconhecimento de leis, instituições ou costumes estrangeiros subversivos da moral, da justiça, ou da política do foro (§25), prejudiciais aos respectivos direitos ou de seus súditos (§ 32). (...) Sendo o sistema territorial, a lei estrangeira é de aplicação excepcional e também o é a ordem pública. STORY invoca-a restritamente, quanto aos casamentos poligâmicos ou incestuosos (§ 113^o) e aos contratos para contrabando, opostos à moral e a “national policy”, política nacional (§§ 255, 258,259), para não reconhecê-los no foro.”⁶

Os termos de aplicação da exceção, portanto, seriam muito semelhantes aos que temos atualmente em nosso ordenamento, pois a ordem pública é vista como uma exceção à aplicação da lei estrangeira nos casos em que for ofensiva aos fundamentos do ordenamento do território em que vai ser aplicada.

SAVIGNY propõe construção jurídica semelhante. Ele parte do princípio que há uma comunidade de direito entre os povos, mas que existem alguns dispositivos cuja natureza não admite a referida harmonia, devendo o juiz aplicar exclusivamente a lei nacional. As leis sujeitas à exceção de ordem pública seriam de duas classes:

“1) leis de uma natureza positiva rigorosamente obrigatória, leis absolutas ou imperativas, baseadas em motivo moral ou de interesse geral (“publica utilitas”) de caráter político ou, de polícia ou economia política, assim como as leis proíbem a poligamia ou a aquisição da propriedade imóvel por judeus⁷;

⁵ CALIXTO, Negi. **Ordem Pública**: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 18.

⁶ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I – Introdução e Parte Geral. 4ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p. 474.

⁷ Deste último dispositivo percebe-se que a ordem pública é um conceito cuja materialidade depende do contexto histórico. Atualmente, esta norma nunca seria utilizada neste exemplo, visto que é justamente o preconceito religioso que é fundamentalmente contrário à ordem pública, em especial

2) *instituições de um Estado estrangeiro não reconhecidas no foro, por exemplo, a morte civil, a escravidão.*⁸

Neste ponto cabe ressaltar que muitos vêem SAVIGNY como o precursor do conceito de ordem pública internacional, desconsiderando a doutrina de STORY, a qual, no entanto, é anterior à do jurista alemão. Além disso, o jurista europeu, apesar do avanço que propiciou, ainda confunde os conceitos de exceção de ordem pública com normas imperativas de direito internacional, cuja aplicação é imediata e não depende da anterior aplicação da lei indicada pelo elemento de conexão, o que deve ocorrer necessariamente antes da análise de admissibilidade perante a ordem pública.⁹

Outra corrente moderna de grande influência foi a escola ítalo-belga, representada por MANCINI, cuja aplicação do preceito de ordem pública é semelhante ao das anteriormente citadas, tendo, porém, por base a nacionalidade e a soberania. A aplicação do direito pessoal ou estrangeiro deveria estar sujeita ao “princípio da soberania do Estado, às regras, por este fixadas, *de direito público e de ordem pública*, constitucionais, necessárias a prosperidade da vida social, integrantes da ordem moral e econômica, que se impõe a todos que habitam o território.”¹⁰

No Brasil, merece destaque a obra de TEIXEIRA DE FREITAS, que em seu “Esboço” do Código Civil já dispunha critérios para a não aplicação do direito estrangeiro, ainda que não houvesse a denominação explícita de “ordem pública”. Entretanto, mesmo sem a denominação exata, elaborava critérios mais objetivos do que a genérica e abstrata “ordem pública” para a orientação da rejeição da lei estrangeira:

“não serão aplicadas as leis estrangeiras:

nos ordenamentos dos países ocidentais; e não o contrário, como pretende SAVIGNY, que declara que seria contra a ordem pública reconhecer a igualdade entre cristãos e judeus. Exemplos de normas de ordem pública ligadas à economia política são fartas em ordenamentos que pretendem mitigar os efeitos do chamado “neoliberalismo”, de forma a dificultar o ingresso de bens e capitais estrangeiros, sem que se apele ao racismo,

⁸ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I – Introdução e Parte Geral. 4ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p. 474.

⁹ Esta distinção será melhor explicada no Cap. 3, item 3.2.

¹⁰ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I – Introdução e Parte Geral. 4ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p. 474.

- 1º) – quando sua aplicação se opuser ao direito público e criminal do Império, à religião do Estado, à tolerância dos cultos, e à moral e bons costumes.
2º) – nos casos em que sua aplicação for expressamente proibida neste Código, ou for incompatível como espírito da legislação deste Código.
3º) – se forem de mero privilégio.
4º) – quando as leis deste Código, em colisão com as estrangeiras, forem mais favoráveis à validade dos atos.”¹¹

Mesmo sendo mais objetivo, os termos do artigo falavam em *normas mais favoráveis* e no *espírito do Código*, dando espaço para o enquadramento de um amplo leque de situações e deixando a cargo do juiz a devida interpretação do caso concreto. O próprio autor tentou delimitar os conceitos abertos, fornecendo exemplos em alguns comentários que fez ao “Esboço”.

“Comentando o texto, o grande jurista observou que as leis contrárias ao direito público e criminal seriam, p.e., a lei francesa, que considera os direitos civis como inerentes à qualidade de nacional, e as que permitem poligamia; leis contrárias à religião do Estado e à tolerância dos cultos, as que prescrevessem ódio ao culto Católico ou casamento entre irmãos, e fulminassem de incapacidade os judeus ou apóstatas; leis contrárias ao espírito do Código, as que instituíssem a morte civil ou a incapacidade dos indignos. Por outro lado, quanto às leis proibitivas, acentuou o autor que estavam esparsas pelo Código, justificando, em cada caso, a sua razão e fundamento.”¹²

Apesar de muito avançado para a época, o Projeto do Código Civil do Império de TEIXEIRA DE FREITAS não veio a ser implementado. Assim, prevaleceu o conceito de BEVILÁQUA, autor do Código Civil de 1916 e da Lei de Introdução, de mesma data, e cujo dispositivo que regula a exceção de ordem pública persiste até hoje, sem sofrer alterações nem mesmo na reforma da LICC de 1942.

Ainda que o dispositivo legal seja o mesmo desde 1917, a materialização do conceito de ordem pública vem mudando de acordo com a evolução da doutrina. As conceituações doutrinárias atuais falam da ordem pública como sendo os valores morais, os princípios fundantes do Estado, os princípios constitucionais ou os direitos fundamentais, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

¹¹ *Apud* CALIXTO, Negi. **Ordem Pública**: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 24.

¹² CALIXTO, Negi. **Ordem Pública**: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 24.

3 – O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

A definição do que seja o objeto do conceito de ordem pública está longe de ser pacificada na doutrina. O termo aceita as mais amplas aproximações, permitindo uma abstração quase que completa, na qual não se consegue saber precisamente o que está em seu conteúdo. A grande maioria das tentativas não consegue chegar a um lugar comum, seguro o suficiente para nomear o que seria o significado mais aceito da expressão ordem pública.

3.1 – DISTINÇÃO ENTRE ORDEM PÚBLICA INTERNA E INTERNACIONAL

O que se sabe, sem qualquer dúvida, é que o termo *ordem pública* no direito internacional não tem o mesmo significado que nos outros ramos do direito.¹³ A ordem pública do direito interno diz respeito às normas cogentes que não podem ser afastadas pela vontade das partes, ou seja, que todos devem obrigatoriamente obedecer, sem ressalvas. A noção de ordem pública no direito interno se confunde com a existência das leis cogentes, como se fosse um só conceito. Neste sentido, explica ORLANDO GOMES que

“Toda lei obriga, mas algumas permitem que o ato se pratique de modo diverso do que dispõem, enquanto outras não consentem outra conduta que se não pautem por seu mandamento. Na esfera do direito civil, há um setor no qual a vontade do indivíduo é autônoma, existindo a lei para supri-la. No outro setor, é imponente; o ato há de ser realizado tal como se determina legalmente.

Daí, a divisão das leis em *coativas* e *supletivas*. Nas primeiras, também denominadas *cogentes*, a submissão do indivíduo é incondicionada, enquanto nas segundas depende do concurso de sua vontade, expressa ou tácita. Os efeitos das leis coativas derivam de sua própria virtualidade, porque possuem força obrigatória própria, enquanto a eficácia das leis supletivas só se desenvolve de manifestação da vontade individual.

Leis coativas são, por conseguinte, as que ordenam ou proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que se não deve fazer, sob certa sanção; as que se impõem de modo absoluto ao respeito de todas as pessoas, as quais se dirigem.”¹⁴

¹³ Isto não significa, todavia, que haja necessariamente uma dicotomia entre ordem pública interna e internacional, tema que será tratado mais adiante. Vale dizer somente que a acepção do termo possui significados distintos para estes ramos do Direito.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Curso de Direito Civil**, Vol 1, Introdução ao Direito Civil. 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 54.

Este entendimento de ordem pública no direito interno, que condiz com a existência de normas imperativas dentro de um ordenamento, não é o mesmo que se aplica no Direito Internacional.

“A ordem pública tem conceito controvertido em direito internacional privado. Por isso, desde logo se diz que este conceito nada tem a ver com lei de ordem pública em direito interno. Uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas conseqüências: sempre que estas são inarredáveis ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem. São freqüentes essas leis de ordem pública, mas isso nada tem a ver com ordem pública em direito internacional privado, onde tem sentido diverso.”¹⁵

No Direito Internacional, a noção de ordem pública é um pouco distinta, funcionando como restrição à aplicação do direito estrangeiro, o qual pode, em determinados casos, ser contrário a algumas normas imperativas de nosso ordenamento jurídico e mesmo assim ser recepcionado. Um exemplo desta hipótese são os requisitos para o casamento. A lei brasileira enumera uma série de normas que devem obrigatoriamente ser seguida pelos nubentes, condicionando a autonomia da vontade, sob a pena de o casamento ser reputado inválido. Todavia, um casamento realizado no exterior, sob a égide de uma lei que não possua as mesmas exigências que a nossa, pode ser reconhecido como válido no Brasil.

Logo, fica clara a distinção dentre os dois entendimentos. No direito interno a ordem pública opera para restringir a vontade das partes e condicionar os atos a serem praticados sob o domínio da lei interna, diferentemente do funcionamento da restrição de ordem pública no direito internacional, que restringe a aplicação de norma estrangeira devidamente indicada pela lei nacional, mas cujo conteúdo pode ser ofensivo ao nosso ordenamento, ou seja, contrário à nossa noção de ordem pública.

“Trata-se, sem dúvida, da não aplicação da lei estrangeira competentemente indicada, para que, no dizer de FERRARA, se realize, de maneira intensa e imediata, obra de proteção jurídica, de defesa da ordem jurídica contra leis ou sentenças estrangeiras que possam constituir dano ou perigo aos princípios fundamentais da nossa legislação.”¹⁶

¹⁵ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. Vol 1. parte geral. 2ª ed. São Paulo, RT, 1991. p 373.

¹⁶ TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. Vol I. 7ª ed, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 323.

DOLINGER possui entendimento semelhante:

“Sabe-se que no direito interno a ordem pública funciona como princípio limitador da vontade das partes, cuja liberdade não é admitida em determinados aspectos da vida privada. [...] No Direito Internacional Privado a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina.¹⁷”

Fica claro, portanto, que o que se entende por ordem pública no direito interno não é o mesmo que se entende no direito internacional. Isto não significa, todavia, que existam duas ordens públicas distintas, uma nacional e outra internacional. A ordem pública é uma e indivisível, pois se refere ao ordenamento jurídico nacional, que deve ser protegido de ingerências que lhe sejam prejudiciais. O que se difere é apenas a *incidência* da ordem pública, que em um se aplica aos nacionais nas relações entre si e com o seu respectivo Estado, e no outro se aplica também em relação aos estrangeiros e nas relações com outros Estados.

A ordem pública é inerente à figura do Estado, não podendo haver uma ordem pública internacional. Isto seria um conceito confuso e indemonstrável, no qual haveria algo acima dos ordenamentos estatais, que derogaria o direito interno de cada país, o que certamente vai contra os princípios soberania e autodeterminação dos povos, além de ser impossível juridicamente, pois pressupõe uma força coativa supranacional, que é inexistente. O que de fato existe é uma dupla função da ordem pública, uma voltada para dentro do próprio ordenamento, outra voltada para a relação dele com os demais ordenamentos de outros países.

CALIXTO é claro ao afirmar tal posição:

“O que se deve insistir é que há uma ordem pública nacional com duas funções – a interna e a internacional.

Volto a enfatizar que a ordem pública nacional se liga à existência do Estado e à sua finalidade, e quando na função interna só se refere aos nacionais, na relação do Estado com seu nacional, na função internacional abarca tanto os nacionais como os estrangeiros, na relação Estado com Estado, afastando a aplicação normal de leis estrangeiras competentes.”¹⁸

¹⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p 323.

¹⁸ CALIXTO, Negi. **Ordem Pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro**. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 45.

Assim fica esclarecido que, apesar do conceito operar em duas frentes, com funções distintas, a ordem pública é única de cada ordenamento. Ao se utilizar o termo ordem pública internacional, não se tem em mente que realmente haja tal ordem pública, acima da nacional, mas refere-se apenas a esta faceta da ordem pública, que é única.¹⁹

3.2 – ORDEM PÚBLICA E NORMAS DE CARÁTER IMPERATIVO

Antes de adentrar ao conteúdo material do conceito de ordem pública, cabe ainda uma outra especificação: a distinção dos conceitos de ordem pública e de regras de caráter imperativo.

Os conceitos são facilmente confundidos, porque possuem finalidade e semelhante, qual seja, a de afastar a aplicação do direito estrangeiro em virtude da aplicação da lei do foro. Entretanto, a operacionalidade dos dois institutos é distinta. A regra de caráter imperativo deve ser aplicada por si só, dispensando a utilização de um elemento de conexão, pois já contém o mandamento material que deve ser cumprido. Ela é uma regra de aplicação imediata que “dispensa a mediação normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço”²⁰.

A ordem pública, ao contrário, opera somente em segundo plano, após a aplicação do elemento de conexão e a verificação de que a materialidade da norma estrangeira é nociva ao ordenamento pátrio. Além disso, a ordem pública é apenas uma exceção, que não indica qual será exatamente o conteúdo aplicado, mas somente que a lei do foro é a que será aplicada, qualquer que ela seja.

¹⁹ O unicidade da ordem pública advém de sua subordinação a um determinado ordenamento jurídico de um Estado. Em Direito Internacional, existe um outro conceito semelhante, o de *jus cogens*, que se aproximaria de uma ordem pública verdadeiramente internacional, formada por vários países, de caráter supranacional, como pode ser visto na obra de Tatyana FRIEDRICH, **As Normas Imperativas em Direito Internacional Público**, Curitiba: Fórum, 2004. Entretanto, o *jus cogens* não pode ser confundido com a ordem pública, pois advém do conjunto de valores essenciais protegidos por mais de um Estado e não é dotado de verticalidade, uma vez que as relações entre Estados soberanos se dá de forma coordenada.

²⁰ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 98.

3.3 – O CONTEÚDO MATERIAL DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA

Definida a distinção entre a ordem pública para o direito interno e para o direito internacional, retorna a dúvida sobre a delimitação do objeto conceitual; afinal, a exclusão do entendimento operado pelo direito interno apenas elimina uma possibilidade, mas não aponta a nenhuma solução.

“Cabe indagar como se define esta ordem pública, tanto no plano do direito interno como na sua repercussão no Direito Internacional Privado. A resposta é que a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição.

Veremos no desenrolar deste capítulo que o princípio de ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível.

Há, todavia, que se formular uma noção da ordem pública e entender como ela se aplica no campo do Direito Internacional Privado.”²¹

A resposta mais fácil, presente em grande parte da doutrina, é confundir a ordem pública com conceitos de moral, política, sociologia ou soberania. Entretanto, mesmo assim o conceito continuaria demasiadamente aberto, sem possuir nenhum significativo que apreendesse o objeto.

Ademais, a moral, os bons costumes e a cultura do povo não são determináveis juridicamente, tornaria impossível ao operador jurídico elaborar um juízo de valor com base na legalidade.

“Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído.

Mas em nenhum diploma encontraremos formulado o que vem a ser básico na filosofia, na política, na moral e na economia de uma país.”²²

Diante disso é que reside um dos grandes problemas em relação às restrições de ordem pública: o conceito é demasiadamente abstrato, mas deve ser concretizado quando da sua aplicação, de forma que cabe ao juiz determinar a sua extensão. Falta-lhe uma medida objetiva, a qual é substituída por um vago

²¹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p 323.

²² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p 324.

sentimento do que deveria ser protegido pela exceção de ordem pública, o que nem sempre corresponde à melhor decisão do caso.

“É evidente que a solução de tal problema, que só pode, pois, achar-se ao nível do caso, supõe da parte do juiz da causa uma liberdade de avaliação inconciliável com qualquer fórmula rígida. A ordem pública não é uma *medida objectiva* para aferir a compatibilidade *concreta* da norma estrangeira com os princípios fundamentais do direito nacional, mas a decisão de não aplicar as leis estrangeiras é alguma coisa que joga essencialmente com *avaliações subjectivas* do juiz, com a representação que na mente deste se forme acerca do sentimento jurídico dominante na colectividade e das reacções desse sentimento à constituição ou reconhecimento do efeito jurídico que se tem em vista.”²³

O excesso de discricionariedade frequentemente leva ao problema da arbitrariedade, que vem a piorar a possibilidade da devida aplicação do preceito. Sabe-se que o termo ordem pública, por si só, já vem com uma carga semântica que, não raramente, confunde-se com o discurso do nacionalismo e da soberania exacerbados, os quais prejudicam uma relação privada com elemento estrangeiro, a qual em nada afeta a identidade nacional, e cuja solução jurídica melhor se daria pelo direito estrangeiro, mais próximo e mais adequado para estas relações.

Conforme elucida DOLINGER,

“Haverá uma natural tendência da magistratura de repelir a aplicação da lei estrangeira, substituindo-a pela *lex fori* mediante a invocação do princípio da ordem pública, o que poderá ocorrer por um sentimento chauvinista ou até pelo desejo de simplificar e facilitar a decisão de uma matéria, submetendo-a à lei local, por todos mais conhecida.”²⁴

Porém, como afastar a arbitrariedade do juiz? O próprio conceito não seria propenso a isso? Em um primeiro olhar, sempre haveria algum tipo de arbitrariedade, porque não existe a plena definição legal do objeto da ordem pública. Logo, para que o caso concreto não restasse prejudicado, sem que houvesse julgamento, o que, de passagem, seria inconstitucional, algum conceito deve

²³ CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado I**. Coimbra, Almedina, 2000. p 410.

²⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p 339.

assumir a lacuna, e este conceito não está em nenhum lugar senão na própria discricionariedade do juiz.

Tal discricionariedade, todavia, não é absoluta. O julgador deve buscar, sob o preceito da ordem pública, os princípios basilares do ordenamento jurídico, aplicando-os para a solução do caso concreto. Mas neste ponto surge a dúvida:

“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 arbitrio. E não raro a discriminação desses princípios em casos concretos pode sofrer influência dos próprios preconceitos do juiz. Esse inconveniente de certa maneira todos os direitos sofrem. Essa determinação dos princípios que excluem a aplicação do direito estrangeiro em última análise repousa no entendimento reiterado dos tribunais, na jurisprudência. No direito brasileiro, a jurisprudência é rara e flutuante. Rara devido à escassez de verdadeiros conflitos, e flutuante, devido ao quase total desconhecimento da matéria, por todo o país.”²⁵

Visto que o desconhecimento da matéria é grande, a doutrina tenta elucidar alguns conceitos do que seria a ordem pública. O tema está longe de ser pacificado, mas algumas direções são apontadas.

Alguns, como DOLINGER, deixam o conceito em aberto, reportando-o a um senso comum da sociedade: “A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época.”²⁶

Outros, como STRENGER, preferem definir a ordem pública como preceito garantidor do sistema, vindo no sentido de manter a homogeneidade dos julgamentos, descartando soluções demasiadamente desconexas com o direito pátrio quando da aplicação do direito estrangeiro:

“Em suma, a ordem pública constitui mecanismo técnico que tem finalidade corretiva e caráter excepcional. Com seu jogo, pretende-se manter a homogeneidade das respostas jurídicas obtidas através da aplicação de um único sistema – o da *lex fori* – ao mesmo tempo que defender as condições essenciais básicas de ordenação do concreto meio jurídico em que o sistema se aplica. Tudo isto à luz da interpretação que essas condições básicas recebem em momento histórico dado, pelos órgãos encarregados da aplicação do Direito.”²⁷

²⁵ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. Vol 1. parte geral. 2ª ed. São Paulo, RT, 1991. p. 374.

²⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p 323.

²⁷ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e *Lex mercatoria***. P. 138.

VALLADÃO possui uma visão mais antiga da ordem pública, confundindo-a com valores morais e religiosos. Para ele, a ordem pública seriam os “princípios essenciais de justiça, moral, de religião e de economia e mesma da política, que ali orientam a respectiva legislação.”²⁸

A doutrina mais moderna já afasta do conceito a religião, os bons costumes e a moral. O conceito de ordem pública passa a ser delimitado pelos *princípios* do ordenamento jurídico, em especial os princípios constitucionais. Neste sentido é a definição de RECHSTEINER, para quem a cláusula de ordem pública é aplicável quando há incompatibilidade com os “princípios fundamentais da ordem jurídica interna”²⁹

Na doutrina estrangeira, o conceito de CORREIA também se utiliza da noção de princípios:

“A lei definida por competente não será aplicada na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, todo por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local.”³⁰

Ainda na doutrina estrangeira, temos a definição de BUCHER³¹, bastante extensa, que prima pela funcionalidade da exceção de ordem pública como condicionada pelos princípios fundamentais do ordenamento e inexistente em regras expressas:

“Le role de la clause d’ordre public consiste en la sauvegarde des valeurs essentielles de justice, qui sont à la base de l’ordre juridique. Ces valeurs sont consacrées dans des principes sur lesquels repose la loi interne de l’Etat du for. Les règles de droit interne offrent, certes, l’expression normative des principes fondamentaux du droit du for, mais elles ne fixent pas nécessairement, em tant que telles, le seuil d’incompatibilité à l’égard de l’application de lois étrangères. Ce seuil n’est souvent pas représenté, em effet, par les règles, de fond, de forme et de procédure, par lesquelles l’Etat du for met em oeuvre les principes essentiels de son ordre juridique: l’ordre public est limité aux principes”³²

²⁸ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I – Introdução e Parte Geral. 4ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p 481

²⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

³⁰ CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado I**. Coimbra, Almedina, 2000. p 406.

³¹ BUCHER, Andréas. **L’ordre Public e lê But Social des lois en Droit International Privé**, *Apud* ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95.

³² Tradução livre: “O papel da cláusula de ordem pública consiste na salvaguarda dos valores essenciais de justiça, que são a base da ordem jurídica. Estes valores estão consagrados nos princípios sobre os quais repousa a lei interna do Estado do foro. As regras do direito interno

O conceito de BUCHER é louvável, e semelhante ao de Nádía de ARAÚJO, no qual as normas de ordem pública “estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais.”³³ Na mesma linha principiológica segue STRENGER, que define a ordem pública do Direito Internacional da seguinte forma:

“o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto.”³⁴

O conceito é complementado, dizendo que os princípios que determinam os valores essenciais são aqueles presentes na Constituição.

“O conteúdo destes princípios é impreciso. Se é nas mãos do juiz que repousa o princípio, é preciso dizer que o processo determina quais sejam os princípios que o juiz deve levar em conta: em primeiro lugar, os princípios informadores da Constituição. Este é um documento solene e principal, onde cada povo fixa as linhas gerais do seu poder. A Constituição não é apenas um texto jurídico, mas também uma decisão sobre o que cada povo pretende que seja o seu futuro. Esse o motivo que explica sem justificar as regras que não são imediatamente aplicadas, mas um roteiro para o legislador.”³⁵

É a partir destes três últimos conceitos que seguirá o restante deste estudo. A exceção de ordem pública só pode estar adstrita aos mandamentos da Constituição, sendo ilegal qualquer interpretação arbitrária orientada por critérios pessoais em detrimento dos princípios constitucionais.

A solução apontada por STRENGER é a que mais dá segurança para a aplicação do preceito de ordem pública no Direito Internacional, com objeto determinável (ainda que não plenamente determinado) e não tendencioso seja à aceitação ou à recusa do direito estrangeiro.

oferecem, algumas delas, a expressão normativa dos princípios fundamentais do direito do foro, mas elas não fixam, nelas mesmas, a marca da incompatibilidade da aplicação das leis estrangeiras. Essa marca não é freqüentemente representado, de fato, pelas regras de fundo, de forma e de procedimento, pelas quais o Estado do foro coloca em funcionamento os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico: a ordem pública é limitada aos princípios.”

³³ ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 100.

³⁴ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. Vol 1. parte geral. 2ª ed. São Paulo, RT, 1991. p. 376.

³⁵ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. Vol 1. parte geral. 2ª ed. São Paulo, RT, 1991. p. 374.

É na Constituição que estão enumerados os princípios básicos da sociedade, em todas as suas esferas, seja na política, quando da configuração do Estado Democrático de Direito, seja nas garantias individuais, em especial as do artigo 5º, seja na proteção de outros valores essenciais como trabalho, família e meio-ambiente. Ademais, sendo a lei hierarquicamente superior em nosso ordenamento, todas as outras leis devem a ela estar adstritas, inclusive a restrição de ordem pública, que é disposta em lei ordinária, que em hipótese alguma pode dispor conteúdo conflitante com a Constituição.

4 – A EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA INSERIDA NO SISTEMA JURÍDICO

A análise da aplicação da restrição de ordem pública deve ser vista em relação ao todo do ordenamento jurídico, na tentativa de demarcar seu espaço de incidência e evitar que lhe seja dado significado qualquer, demasiadamente abstrato e tendente a arbitrariedades. Isto não significa, todavia, que há um conceito plenamente determinado do que seja a ordem pública no direito internacional. A análise em face do *sistema* jurídico significa tampouco que o direito é um sistema, mas que *pode ser visto e interpretado como* um sistema. As escolas que pregam o direito como discurso, como instrumento de poder ou como linguagem³⁶ chegam mais próximas da gênese do Direito, mas não excluem, de forma alguma, a interpretação sistemática, que pode se constituir em uma das formas de discurso ou de manifestação da linguagem.

Antes de analisar a inserção da restrição de ordem pública no sistema, partir-se-á, primeiramente, para o conceito de sistema. Adotar-se-á a definição clássica de KANT.

“Ainda é determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como “a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados” ou, também, como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”. De modo semelhante, por exemplo, no “Dicionário dos conceitos filosóficos” de Eisler, define-se sistema: “1. Objectivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo (...) 2. Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais possível fiel, de um sistema de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, reconstruir de modo aproximativo”.”³⁷

Esta definição certamente não é a única que tenta abstrair o que seja um sistema, mas certo é que, dentre os vários outros conceitos possíveis, existem alguns pontos essenciais em comum, que sempre se repetem. No caso do conceito de sistema, os elementos ordem e unidade são unânimes.

³⁶ Conforme as escolas de HABERMAS, FOUCAULT e DWORKIN.

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989, p. 9-10.

“Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, a ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.”³⁸

A visão sistemática do direito permite, portanto, eliminar eventuais antinomias e dar segurança à aplicação do direito. A segurança não é apenas no sentido formal, de um sistema completamente abstrato, que opera somente silogisticamente com os dados que lhe forem passados. Advém, primeiramente, da proteção dos mais altos valores presentes no ordenamento jurídico. A este respeito, CANARIS bem adverte que

“Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores de Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização.”³⁹

A segurança jurídica aponta nesta mesma direção, uma vez que a formação de um sistema impede o inchaço de várias normas desconexas e contraditórias por meio do uso de poucos princípios. Com isto, tem-se que “o papel do conceito de sistema é, no entanto, como se volta a frisar, *o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica*”⁴⁰

Ressalta-se, conforme o ensinamento de CANARIS, que

“São também impróprios para traduzir a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica, todos os sistemas de ‘puros’ conceitos fundamentais tal como STAMMLER, KELSEN ou NAWIASKI os desenvolvera. Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo material e só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada (...)”⁴¹

³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989, p. 13.

³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989, p. 22.

⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989, p. 23.

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989, p. 27.

Dessa forma temos o sistema como orientador da aplicação dos valores eleitos como essenciais no topo da hierarquia jurídica, aos quais as demais normas deverão estar submetidas, não só em sua formação, mas em sua interpretação. A interpretação normativa torna-se, então, uma tarefa de adequação das normas ou regras aos princípios fundamentais, impossibilitando o isolamento de uma norma em relação às demais.

“Interpretar a norma é interpretar o sistema jurídico: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito. Uma vez ausentes estes pressupostos, é o momento de assinalar que todas as frações do sistema jurídico estão em conexão em a inteireza de seu espírito, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema jurídico.”⁴²

A interpretação sistemática afasta arbitrariedades por parte do julgador e também é a que mais valoriza os princípios constitucionais garantidores, pois estabelece a hierarquização das normas e a superioridade da Constituição. A primazia da Constituição sobre todas as outras normas jurídicas é importante para balizar a amplitude da aplicação do preceito de ordem pública, pois ele advém de lei ordinária e deve estar adstrito às disposições constitucionais.

A Constituição é a norma superior que coordena a elaboração e aplicação das demais normas. Dela emanam os princípios norteadores do ordenamento jurídico, que são o objeto principal da proteção da exceção de ordem pública.

“É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. [...] Todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”⁴³

Assim sendo, a restrição de ordem pública à aplicação do direito estrangeiro deve, necessariamente, passar pelo crivo da Constituição. Inadmissível que uma norma de outro país venha a ser aplicada no Brasil se conflituosa com a lei maior do ordenamento, o que significaria uma inversão na hierarquia do sistema, pois uma lei

⁴² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

⁴³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000, p 47-48.

ordinária (Lei de Introdução ao Código Civil) estaria sendo colocada acima da lei fundamental (Constituição).

Ao se tratar de relações com elementos multiconectados, a primazia da Constituição continua sem sofrer nenhum abalo, ao contrário do que possa parecer em primeira vista. Aliás, a hermenêutica constitucional neste caso é recomendável, pois é a única que lê o ordenamento jurídico como um todo e tem por base os valores e princípios norteadores de todo o sistema jurídico. Segundo Nádia de ARAÚJO,

“Dá-se a necessidade de utilizar a nova metódica hermenêutica-constitucional, ante o alto grau de complexidade das sociedades contemporâneas. Tratando-se da Constituição e do DIPr como um sistema de regras e princípios, com a prevalência desses últimos sobre as primeiras, a hermenêutica assume um papel maior para indicar os caminhos adequados para a interpretação necessária, limitando-se o poder julgador através da argumentação jurídica, informada pelos princípios da interpretação constitucional.”⁴⁴

Definida a Constituição como norteadora da aplicação da exceção de ordem pública, resta saber a maneira como será realizada tal aplicação. A melhor doutrina aponta no sentido de orientar a hermenêutica constitucional por meio dos princípios, até mesmo em se tratando de questão internacional, com elementos multiconectados. A razão disto é que os princípios têm maior grau de abstração, o que lhes dá maior flexibilidade e aplicabilidade, ainda que indireta, ao caso concreto apresentado.

Os princípios, conforme já demonstrado por CANARIS, ultrapassam a mera aplicação formal, possuindo forte carga material e evidenciando quais os valores protegidos por nosso ordenamento e que são objeto da exceção de ordem pública. Por essa razão possuem vantagem sobre as normas, uma vez que tem a abstração leva a orientação de valores materiais em todos os níveis.

“A aplicação dos princípios, reconhecidos como superiores às regras e colocados no topo da pirâmide normativa, traduz-se em uma supremacia que não é apenas de caráter formal, mas também material. Sua função é construtiva, aplicando-se tanto no nível vertical quanto no horizontal.”⁴⁵

⁴⁴ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 100.

⁴⁵ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.

Ainda, a hermenêutica principiológica é a que melhor orienta o julgador à proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Entendidos estes direitos como princípios fundantes do ordenamento, a exceção de ordem pública torna-se mecanismo de concretização e proteção dos direitos humanos, pois impede que seja aplicada norma que venha a feri-los.

O princípio de ordem pública funciona aqui como garantidor do sistema, ou seja, ele mesmo indica quais normas estrangeiras podem ser aplicadas sem que sejam feridos os valores fundamentais do ordenamento. Proíbe-se então a colisão com os princípios constitucionais, os quais resguardam os axiomas básicos que devem ser protegidos juridicamente. Isto adquire especial significado quando o caso apreciado pela exceção trata de atentados à dignidade da pessoa humana: uma lei ou ato estrangeiro que seja atentatória a dignidade humana jamais pode adentrar validamente em nosso sistema, visto que contraria os direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Este mesmo entendimento é adotado por ARAÚJO:

“A valoração da aplicação da lei estrangeira ordenada pela regra de conexão deve ser analisada pelo magistrado à luz de uma metodologia *princípial*, que utiliza os princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico. Nesse contexto, o princípio da dignidade humana funciona como um dos eixos fundamentais, no plano interno, tendo grande influência nas decisões dos magistrados. No momento de aplicar a norma estrangeira, o princípio tem primazia sobre a norma, especialmente se a questão girar em torno da violação à dignidade humana. A regra estrangeira, se em colisão com um princípio – dado o reconhecimento da superioridade e hegemonia deste na pirâmide normativa –, será considerada contrária ao princípio da ordem pública.”⁴⁶

Incontestavelmente reconhecida é a restrição à aplicação do direito estrangeiro quando inconstitucional. Em se tratando de direitos humanos, parte mais progressista da doutrina afirma que eles vão para além do plano constitucional e devem ser abrangidos pela proteção da exceção de ordem pública. Prega-se uma metodologia da argumentação jurídica pós-positivista, que coloca em primeiro plano os valores fundamentais, dentre os quais estaria a dignidade humana, os quais passariam a compor o chamado “bloco constitucional”, possuindo eficácia constitucional.

⁴⁶ ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111.

Além disso, a própria Constituição dá aos direitos fundamentais uma proteção mais ampla. Esses direitos, ainda que não previstos expressamente na constituição, são tutelados como se constitucionais fossem, ou seja, a norma tuteladora de direitos fundamentais possui eficácia constitucional, mesmo que formalmente não seja. Esta posição era defendida pela doutrina, que sempre percebeu os direitos humanos como fundantes de todos os demais direitos previstos no ordenamento, portanto colocados no topo da pirâmide do sistema jurídico.

Esta posição era defendida em virtude da possibilidade do sistema ser orientado por axiomas, logo, sendo evidente que há a supremacia de valores como a dignidade humana, a vida e a liberdade, em relação a outros também constitucionalmente previstos, como a segurança pública ou o direito de tributar, deveriam prevalecer os primeiros, uma vez que o sistema também é orientado por *princípios e valores*, os quais devem ser ponderados em cada situação concreta. Raro é, entretanto, uma situação em que os direitos fundamentais do cidadão sucumbam diante de outros direitos.

Esta posição doutrinária, que em muito contribuiu para a defesa do cidadão, veio a adquirir *status* positivo constitucional, vinculando o aplicador do direito de forma ainda mais acentuada. Com a Emenda Constitucional nº 45, os dispositivos legais que tratarem de direitos fundamentais, ainda que por meio de legislação ordinária ou tratado internacional, passam a ter eficácia constitucional, nos termos da nova redação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição:

“§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Assim, a restrição de ordem pública, quando há afronta aos direitos fundamentais, também pode reprimir os efeitos da legislação estrangeira quando forem afrontados direitos humanos que não forem previstos na Constituição, mas cuja disciplina esteja disposta em tratados internacionais.

“Fica demonstrada assim a tese de que a aplicação do princípio da ordem pública baliza-se pelos princípios gerais de um sistema jurídico, nos quais estão incluídos os

direitos fundamentais, que – na acepção de Léna Gannagé – compõem o *bloco constitucional*, integrado não só pela constituição, como também pelos direitos humanos garantidos por tratados internacionais. Essa aplicação pode ter sua eficácia ampliada pelo uso da teoria da argumentação jurídica, como metodologia adequada da corrente hoje denominada pós-positivista.”⁴⁷

⁴⁷ ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

5 - CARACTERÍSTICAS

5.1 – EXCEÇÃO OU FATOR EXÓGENO

A aplicação do preceito de ordem pública se dá por meio de uma exceção. Exceção porque é um fator impeditivo que utiliza critérios axiológicos para afastar uma norma estrangeira cuja aplicação seria válida e necessária de acordo com a utilização dos elementos de conexão. A ordem pública atua de maneira mediata, sendo um filtro permissivo ou proibitivo para a eficácia do direito estrangeiro, que é aplicado de maneira imediata nas hipóteses previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.

Por esta razão é que a ordem pública no Direito Internacional é vista como uma exceção, pois ela só atua sobre uma norma estrangeira devidamente aplicada pelos critérios de conexão, mas cuja eficácia pode ser reprimida. A ordem pública é, portanto, vista sempre em uma segunda análise: primeiro é analisado se o elemento de conexão do direito estrangeiro foi devidamente aplicado, depois se a lei ou ato não é ofensivo à ordem pública.

A característica de exceção é, inclusive, incorporada no próprio conceito de RECHSTEINER de ordem pública:

“A reserva da ordem pública é uma cláusula de exceção que se propõe a corrigir a aplicação do direito estrangeiro, quando este leva, no caso concreto, a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica interna.”⁴⁸

Uma conclusão que se chega desta análise é que os conceitos de lei e ordem pública não se confundem. A lei interna pode ter caráter permissivo, no qual vale a autonomia da vontade, hipótese em que não se aplica a exceção de ordem pública. Porém, pode também ter caráter imperativo ou proibitivo, que dá caráter de obrigatoriedade da lei, tornando aplicável a exceção de ordem pública. A ordem pública é uma característica exógena, não imanente à norma jurídica, aplicável quando há incompatibilidade do direito estrangeiro com os princípios fundamentais do ordenamento nacional. A característica de exceção é inclusive inerente ao

⁴⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

sistema da LICC, que primeiro aponta um elemento de conexão válido, para depois impor o crivo da ordem pública. Isto demonstra, também, que a própria lei interna pode ser substituída por uma lei estrangeira, ou seja, as leis internas não necessariamente devem ser aplicadas a todas as relações, não podendo ser sempre de ordem pública.

5.2 - RELATIVIDADE

A noção de ordem pública é notadamente marcada pelos aspectos da relatividade e da contemporaneidade. A relatividade advém do fato de cada ordenamento possuir a sua própria noção de ordem pública, o que pode se deduzir da própria função da exceção de ordem pública, que é proteger o ordenamento jurídico pátrio de leis ou atos estrangeiros que sejam lesivos aos seus preceitos fundamentais. Logo, vê-se que o conceito é relativo, dependendo do local de aplicação.

A relatividade também apresenta outro caráter, o da variação temporal dentro de uma mesma sociedade (o que não pode ser confundido com a contemporaneidade). Sabe-se que a valoração dos princípios varia de acordo com as épocas, e isto é aplicável também à noção de ordem pública, cuja aplicação material também varia com o passar no tempo, ou seja, os valores fundamentais de uma sociedade evoluem e mudam, portanto a noção de ordem pública muda na mesma medida.

DOLINGER⁴⁹ exemplifica a mudança de pensamento das sociedades com as leis de divórcio: no Brasil, qualquer sentença estrangeira que proferisse o divórcio não seria homologada por ofensa a ordem pública até 1977, mas seria aceita depois desta data, quando foi promulgada lei que permitia o divórcio. O mesmo se deu na França, onde o divórcio foi instituído com a legislação revolucionária, confirmado no Código de Napoleão, rejeitado em lei de 1816 e readmitido em 1884.

⁴⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p. 326-327.

5.3 - CONTEMPORANEIDADE

A característica da contemporaneidade não pode ser confundida com a da relatividade temporal. A relatividade temporal diz respeito à variação de entendimentos jurídicos no transcorrer no tempo. Já a contemporaneidade se refere ao tempo de aplicação da exceção de ordem pública. A exceção de ordem pública deve ter o seu entendimento ao tempo da decisão da questão, e não da data em que foi praticado o ato. Assim, um ato que na época em que foi praticado pode ser ofensivo à ordem pública, mas quando levado ao Poder Judiciário, anos mais tarde, pode deixar de ser lesivo e passar a ser aceito no ordenamento. Neste caso, não se aplicaria a exceção de ordem pública.

“A instabilidade do que possa ofender a ordem pública obriga o aplicador da lei a atentar para o estado da situação à época em que vai julgar a questão, sem considerar a mentalidade prevalente à época da ocorrência do fato ou ato jurídico. Assim, só se negará aplicação de uma lei estrangeira se esta for ofensiva à ordem pública do foro à época em que vai se decidir a questão, sem indagar qual teria sido a reação da ordem pública do foro à época em que se deu o ato jurídico ou a ocorrência *sub judice*. Na medida em que a ordem pública tenha se alterado no sentido de maior liberalidade, todos os atos pretéritos realizados sob a égide de lei estrangeira diferente, quando a lei do foro não a admita, terão sua eficácia reconhecida ante a modificação ocorrida na noção territorial da ordem pública.”⁵⁰

A característica da contemporaneidade importa ainda em uma consequência prática no âmbito processual. Entendem os processualistas⁵¹ que caso haja mudança de entendimento sobre a aplicação da exceção de ordem pública, é possível fazer renovação de pedido de homologação de sentença estrangeira. Assim, a contemporaneidade da ordem pública pode ultrapassar os limites da coisa julgada, pois a questão pode ser revista quando o ato pratica deixar de ser considerado ofensivo à ordem pública nacional.

⁵⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p. 327.

⁵¹ PAULO CEZAR ARAGÃO, **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 5, p. 232, *apud* DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p. 329.

6 - EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA

A declaração judicial de que um ato ou norma estrangeira é contra a ordem pública nacional produz efeitos somente no campo da *eficácia* do ato com limitação estrita ao território brasileiro. A *validade* do ato não é mais discutida quando da análise da questão de ordem pública. O campo da validade é deixado para a regulamentação do direito estrangeiro que o expediu, no local onde supostamente o ato jurídico se perfectibilizou.

A compreensão da questão da validade é mais facilmente pensada em hipóteses práticas. Por exemplo, se os nossos Tribunais, ao analisar um caso no qual deve haver aplicação do direito estrangeiro, percebem que a norma do outro país fere a ordem pública nacional, simplesmente a lei estrangeira não será aplicada aqui no Brasil. Todavia, a lei continuará válida no Estado que a produziu, e lá surtirá todos os seus efeitos. Pensar diversamente seria uma afronta ao princípio da soberania e da livre determinação dos povos, pois não pode um dado Estado determinar que seja inválida uma lei no território de outro Estado que tenha ele mesmo produzido. Obviamente, a lei estrangeira é válida, desde que tenha passado pelo processo legislativo que o outro Estado exige. Pensar em hipótese na qual a própria lei estrangeira é inválida, uma vez que não tenha obedecido ao devido procedimento legislativo, está para além da aplicação do preceito de ordem pública, visto que se ataca a aplicação do direito estrangeiro desde o elemento de conexão, ou seja, aquela lei sequer deveria ter sido indicada para ser aplicada pelo juiz nacional, por ser inválida até mesmo no ordenamento que supostamente a produziu.

Pensamento semelhante pode ser adotado em relação à aplicação da exceção de ordem pública sobre um ato jurídico estrangeiro. Por exemplo, um negócio reputado válido em um determinado país e que pretende produzir efeitos no Brasil, se declarado contrário à ordem pública nacional, apenas não surtirá efeitos dentro do território nacional, mas continuará válido no país em que foi produzido e nos demais que assim disponham. Da mesma forma, não pode o ordenamento brasileiro invadir a jurisdição de outro Estado para decidir se tal ato ou negócio é válido ou não, pois seria uma afronta à soberania daquele país. Aliás, o Brasil reconhece a validade do ato de acordo com a lei do local de sua constituição, o que

vem a confirmar esta teoria: o ato é válido desde que obedeça aos requisitos da lei estrangeira, porém pode não produzir efeitos no Brasil se for contra a ordem pública.

A questão da ineficácia produzida pela declaração de contrariedade à ordem pública é melhor resumida por DOLINGER:

“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 local.”⁵²

Também CORREIA explicita que não se trata de nulidade do ato, mas apenas de ineficácia:

“Acabamos de dizer que a ordem pública internacional tem sempre por consequência o afastamento de um preceito ou conjunto de preceitos da lei que o DIP do foro qualifica de competente. A não aplicação desses preceitos traz consigo o não recebimento – não a nulidade! – ou a impossibilidade de realização do acto para que se requer a tutela jurídica: o casamento, o divórcio, a adopção. Trata-se de uma consequência normal e constante da intervenção de ordem pública.”⁵³

A exceção de ordem pública, portanto, costuma ter *efeito negativo* em relação ao direito estrangeiro, vedando sua aplicação. Estes são os casos mais normais, nos quais uma lei ou ato estrangeiro tem sua aplicação vedada no país, deixando de surtir os efeitos pretendidos. Entretanto, parte da doutrina reconhece que a ordem pública pode também produzir *efeitos positivos*, de forma a criar um direito que uma (ou ambas) das partes não teria se aplicado o elemento de conexão sem o filtro da ordem pública.

Um exemplo desta aplicação positiva da exceção de ordem pública é dado pela doutrina portuguesa. CORREIA explica que em Portugal o casamento deve ser regido pela lei da nacionalidade dos nubentes. Porém, existem alguns países que proíbem o casamento inter-racial, o que é explicitamente contrário à ordem pública portuguesa, que é avessa a qualquer forma de discriminação deste porte. Esta situação se concretizou quando um casal de indianos quis casar em Portugal: a lei da Índia não permitiria o casamento entre os nubentes presentes, pois eram de

⁵² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993. p. 338.

⁵³ CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado I**. Coimbra, Almedina, 2000. p 418.

raças diferentes, mas foi decidido, em respeito à ordem pública portuguesa, que o casamento poderia ser realizado validamente, ainda que contrariando expressamente o elemento de conexão que indicava a lei indiana como competente.

Uma vez decidido que a lei ou ato estrangeiro é contrária a ordem pública, surge um problema: se este ato ou lei, indicado pelo elemento de conexão não pode ser aplicado, o que deve substituí-lo? A resposta imediata, dada pela doutrina e pela jurisprudência, é que deve ser aplicada a *lex fori*. Esta é, de fato a solução utilizada, que aliás parece ser a mais adequada, visto que a ordem pública afasta o elemento estrangeiro justamente para preservar o ordenamento local. Nada mais óbvio, portanto, que seja aplicada a própria lei do foro.

Entretanto, surge aí um novo problema: qual o limite da aplicação da *lex fori*? O ato ou lei estrangeira deve ser excluído por completo, com aplicação integral do direito do foro? Isso é o que se conclui da leitura de grande parte da doutrina, que apenas fala em substituição da *lex causae* pela *lex fori*, sem nenhuma ressalva.

Parte da doutrina mais minudente defende que não deve haver nulidade total e irrestrita do ato ou lei contrários à ordem pública nacional. Deve ser respeitado, no limite do possível, aquilo que seria aplicado pela simples indicação do elemento de conexão, para que a relação seja regulada por uma norma mais próxima, cujos termos sejam mais adequados para sua constituição e regulação, sem contudo, que sejam feridos os princípios básicos do ordenamento nacional em que pretende produzir efeitos. Segundo esta doutrina, só deve ser declarado ineficaz estritamente aquilo que é contrário à ordem pública, preservando as parcelas que não o forem.

Assim, a *lex fori* não é aplicada integralmente, persistindo a aplicação da *lex causae* naquilo que não for contrário ao ordenamento nacional. A lei do foro serviria tão-somente para suprir as lacunas deixadas pela ineficácia da lei estrangeira, que ainda seria aplicada para regular parte da relação.

“O desejável é que tanto quanto possível se resolva o problema no quadro ainda da lei designada como competente – naturalmente mediante recurso a outras normas dessa lei. Com efeito, esta legislação não foi afastada *in toto*, mas tão-só num preceito determinado. Se não se torna possível dar ao caso a solução que lhe seria dada no âmbito do ordenamento designado como competente pelo DIP do foro, tentemos afastar-nos o menos possível daquela solução – e para tanto o procedimento mais

indicado consistirá em colmatar a lacuna através da aplicação doutras normas da mesma lei.”⁵⁴

⁵⁴ CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado I**. Coimbra, Almedina, 2000. p 419-420.

7 – JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência brasileira sobre a ordem pública internacional não é farta, e tem como principais temas homologações de sentenças estrangeiras em matéria de divórcio e execução. Tradicionalmente a análise da questão de ordem pública recaía principalmente sobre o Supremo Tribunal Federal, competente para homologar sentenças estrangeiras, mas atualmente, após a Emenda Constitucional nº 45, tal função passou a ser de competência do Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência vindoura, portanto, deve ser procurada no STJ, mas atualmente ainda são mais ricos os exemplos provenientes do STF.

7.1 DIREITO DE FAMÍLIA

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SE SE 1914 / SENTENÇA ESTRANGEIRA Relator(a): Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI Julgamento: 13/12/1967 Publicação: DJ DATA-15-03-1968 PG-00730 EMENT VOL-00719-01 PG-00048 RTJ VOL-00044-09 PG-00357

É negada a homologação de sentença estrangeira que pretendia que o instituto do repúdio do Direito Muçulmano fosse equiparado ao divórcio no Brasil. Pela lei muçulmana do Líbano, o marido pode romper o vínculo com a mulher sem percorrer os trâmites legais que a nossa lei julga serem necessários. Um dos fundamentos da negação da homologação foi justamente a incompatibilidade formal da sentença, na qual a mulher sequer foi citada. O outro fundamento foi material, negando a homologação da sentença em face da preservação dos costumes nacionais, que não podem ser ofendidos, como ocorreu na sentença estrangeira, que nega a liberdade à mulher, colocando-a em posição inferior ao homem.

Neste acórdão, é interessante o relatório do então Procurador da República Haroldo Valladão, favorável à homologação da sentença, visto que os respectivos requisitos formais, no país de origem, foram cumpridos, e por isso deveria haver a homologação aqui no Brasil. Além disso, sustenta uma curiosa posição favorável ao instituto islâmico, que poderia libertar a mulher o jugo opressor do marido. Também

defende imoderadamente a autonomia da vontade nas relações familiares, comparando o presente caso a outros em que a mulher foi citada nos moldes do direito Libanês, e nada contestou sobre o pedido do marido, o que não pode ser visto sem ressalvas, pois sabe-se que a sociedade muçulmana é essencialmente machista e a mulher não tem condições materiais de exercer uma contestação.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SE 2520 / SENTENÇA
ESTRANGEIRA Relator(a): Min. ANTONIO NEDER
Julgamento: 20/06/1980 Publicação: SE VOL-00004-01 PG-00082 DJ
DATA-05-08-1980

Neste caso pretende-se a homologação de sentença proferida em 1971 no Chile, que anulou o casamento de argentino com chilena, celebrado naquele país em 1945, pelo fundamento de que o oficial do registro civil que habilitou os nubentes era incompetente. Cabe explicar, anteriormente, que no Chile não existe lei sobre o divórcio e, para que os casais possam se separar e contrair novo matrimônio são comuns as ações anulatórias de casamento, que funcionam, ainda que por vias oblíquas, como se fossem ações de divórcio. Assim, é comum que sejam alegadas as causas mais absurdas para anulação do casamento, ou ainda o próprio casamento já é realizado propositadamente com algum vício que possa engendrar a anulação, já pensando na eventual ruptura do casal. O presente caso se enquadra na primeira hipótese, e provavelmente também na segunda.

A Corte brasileira, ao analisar a sentença chilena que anulou o casamento, não a homologou por ser ofensiva à ordem pública nacional. Não pode um casamento com duração de mais de vinte anos ser anulado pelo simples fato do oficial que realizou a habilitação dos nubentes não era competente para tanto, sendo a autoridade que realizou o matrimônio em si competente para tanto.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CR 11444 / SI - CARTA ROGATÓRIA
- Relator(a) Min. NELSON JOBIM - DJ DATA-01/09/2004 P – 00002- Julgamento -
04/08/2004;

Trata-se de homologação de sentença estrangeira em matéria de direito de família. Uma brasileira, casada com um italiano, se separaram por mútuo consentimento na Itália, onde foi realizado o acordo sobre a guarda do filho menor. Posteriormente, a mulher veio a residir no Brasil com o menor, que era de nacionalidade italiana. Pretendia a mulher que a cláusula sobre a guarda do filho não tivesse efeito no Brasil, por ofender a ordem pública, uma vez que estavam em jogo os interesses do menor, que devem ser sempre preservados. O STF negou o pedido da mulher e homologou a sentença, a pedido do marido, de modo a fazer valer o acordo sobre a guarda do filho e afastando a exceção de ordem pública.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SE 1526 / SENTENÇA
ESTRANGEIRA Relator(a): Min. HERMES LIMA
Julgamento: 16/08/1967 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação:
DJ DATA-08-12-1967

Homologação de sentença de divórcio datada de 1967, antes da promulgação da Lei do Divórcio no Brasil. Nesta época, eram comuns os cônjuges se divorciarem em Estado estrangeiro para posteriormente homologarem a sentença no Brasil e aqui poderem viver como divorciados, partilhando os bens e podendo casar novamente. Porém, neste caso, como em vários outros, toda a situação era fictícia, pois ambos os cônjuges eram de nacionalidade brasileira e aqui sempre tiveram domicílio. A sentença que decretou o divórcio é proveniente do México, país onde o casal jamais sequer esteve. Até mesmo o pedido de divórcio é feito por procurador, demonstrando que os cônjuges não mantinham nenhuma relação com o país que prolatou a sentença de divórcio. O parecer do então Procurador da República Haroldo Valladão ressalta que “a obtenção de sentenças de divórcio no México é escandalosa”, o que trouxe o “repúdio internacional que vem sendo dispensado às sentenças mexicanas de divórcio”. A sentença estrangeira evidentemente não foi homologada, sob o fundamento de ofensa à ordem pública brasileira.

7.2 – CARTAS ROGATÓRIAS

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Classe / Origem CR 11444 / SI CARTA ROGATÓRIA Relator(a) Min. NELSON JOBIM DJ DATA-01/09/2004 P - 00002 Julgamento 04/08/2004.

Exemplo de caso freqüente em que se evoca a ordem pública e a soberania nacional para não dar cumprimento à carta rogatória. No presente caso, todavia, a rogatória não tinha caráter executório capaz de comprometer o patrimônio da requerida, mas apenas tinha a função de informá-la de um processo em curso na justiça de outro país. Por isso, não foi negado o cumprimento da rogatória, por servir ao propósito que lhe cabe, sem ofensa à ordem pública nacional.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Classe / Origem CR 11060 / UR CARTA ROGATÓRIA Relator(a) Min. - NELSON JOBIM DJ DATA-25/11/2004 P - 00024 Julgamento 16/11/2004

Mais um caso em que se pretende executar uma sentença estrangeira por meio de carta rogatória. Todavia, neste julgado há um elemento distinto: a sentença é proveniente do Uruguai, país que, juntamente com o Brasil, assinou o Protocolo de Las Leñas, que prevê o *exequatur* por meio de rogatória. Neste sentido é o voto do Min. Nelson Jobim, que reconhece que “a jurisprudência deste Tribunal não admite a concessão do exequatur. Há uma exceção. O Protocolo de Las Leñas prevê a possibilidade de se executar sentenças estrangeiras através de cartas rogatórias.” Assim, a sentença pôde ser executada sem prévia homologação e sem ofensa à ordem pública nacional.

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Resolução nº 9, de 04/09/2005. Tribunal Pleno – Presidência. Disponível no *site* www.stj.gov.br, acessado em 20/09/2005.

Esta recente resolução do Superior Tribunal de Justiça muda o entendimento antes adotado pelo Supremo sobre a execução de cartas rogatórias sem que haja a

homologação de sentença. Segundo o entendimento do STJ, é possível a concessão de *exequatur* em rogatórias, sem que isto, por si só, seja contrário à ordem pública nacional, nos termos do art. 7º da Resolução:

Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.
Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Este novo posicionamento representa um grande avanço no tratamento do tema, inclusive porque o Brasil utilizava este mesmo procedimento em outros países, mas em seu próprio território reputava-o como contrário à ordem pública.

7.3 – OUTROS TEMAS

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SEC 4415 / EU - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK Julgamento: 11/12/1996 Publicação: DJ DATA-03-04-1998 PP-00007 EMENT VOL-01905-01 PP-00157.

A posição do Supremo é clara ao reconhecer o júri civil americano como enquadrado na noção de ordem pública nacional. Apesar de no Brasil o júri só ser aceito em questões penais, e mesmo assim em matéria restrita (crimes contra a vida), trata-se de forma processual que não ofende o *due process*, podendo o ofendido apresentar a ampla defesa mediante contraditório. Há contestação à homologação da sentença com argumento de que ela não foi suficientemente fundamentada, o que seria evidentemente contra a ordem pública brasileira. Isto, todavia, é rejeitado com veemência pelo voto do Min. Rezek, que explica que o júri civil americano só é competente para determinar a apuração dos fatos inerentes ao conflito, havendo posterior enquadramento jurídico por um juiz de direito. A decisão é sim fundamentada, mas tem por base apuração fática por pessoas que não são bacharéis em Direito, e cuja extensão da fundamentação é bastante concisa, o que é estranho à nossa cultura jurídica. Isto, entretanto, não elimina os requisitos

necessários ao devido processo legal, e a presente sentença estrangeira não ofende a ordem pública nacional.

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP 242383 / SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DOU 21/03/2005 – Julgamento em 03/02/2005.

Jurisprudência que merece destaque em face de sua inovação, pois passa a admitir a incompetência da justiça brasileira ns hipóteses de eleição de foro contratual internacional, especificando claramente que esta prática não é ofensiva à ordem pública na própria ementa. Segundo o STJ, a eleição de foro é possível em matéria na qual não é envolvido interesse público. No voto do Min. Menezes Direito, é apresentada a fundamentação para tal entendimento: “Como demonstrou o Senhor Ministro Humberto Gomes de BARROS, não há nenhuma vedação a que se ponha o foro de eleição em contratos internacionais, mesmo porque, no momento em que restringirmos a possibilidade do foro internacional, estaremos limitando a capacidade negocial do País em um mundo que, hoje, rapidamente processa os contratos em termos supranacionais.”

8 – CONCLUSÃO

A ordem pública caracteriza-se por ser um dos princípios de maior importância no Direito Internacional, pois todos os atos ou normas estrangeiros, sem exceção, devem passar por seu crivo para que possuam eficácia em território brasileiro. Por isso a delimitação do conceito de ordem pública internacional, a inserção no sistema jurídico, e a compreensão de seus efeitos se fazem necessárias para a operacionalização do Direito Internacional.

O conceito de ordem pública é aberto, abstrato e indeterminado, e assim deve permanecer para que possa se adaptar às mudanças do ordenamento jurídico. Um conceito fechado de ordem pública seria nocivo, pois a aplicação do direito estrangeiro estaria em descompasso com os verdadeiros valores fundamentais do direito pátrio. Por esta razão, o conceito é aberto e abstrato, e assim deve continuar sendo. Além disso, cabe ressaltar que a ordem pública é indeterminada, mas não indeterminável: em face do caso concreto, sempre é possível averiguar quais são os princípios essenciais que devem ser protegidos. Os princípios fundamentais do sistema jurídico, que são o objeto material do conceito de ordem pública, são determináveis à luz da Constituição e dos direitos fundamentais.

É diante de tais princípios que a exceção de ordem pública deve ser pensada. Não deve o juiz, diante de um conceito aberto, materializá-lo com crenças pessoais, seja no sentido de permitir a aplicação do direito estrangeiro, seja de vedar a sua eficácia. Os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são garantias individuais e coletivas que não podem ceder diante da norma estrangeira, por isso a exceção de ordem pública deve, sempre, protegê-los. Porém, é somente este núcleo básico de direitos que devem ser abrangidos pela exceção.

Não pode a ordem pública ser utilizada como negativa geral para toda e qualquer aplicação do direito estrangeiro, o que inviabilizaria por completo o Direito Internacional e dificultaria as relações do Brasil com os outros países.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP 242383 / SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 21/03/2005 – Julgamento em 03/02/2005.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SE SE 1914 / SENTENÇA ESTRANGEIRA Relator(a): Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI Julgamento: 13/12/1967 Publicação: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 15-03-1968 PG-00730 EMENT VOL-00719-01 PG-00048 RTJ VOL-00044-09 PG-00357.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SE 2520 / SENTENÇA ESTRANGEIRA Relator(a): Min. ANTONIO NEDER Julgamento: 20/06/1980. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, VOL-00004-01 PG-00082 DJ DATA-05-08-1980.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CR 11444 / SI - CARTA ROGATÓRIA - Relator(a) Min. NELSON JOBIM - **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 01/09/2004 P – 00002- Julgamento - 04/08/2004.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SE 1526 / SENTENÇA ESTRANGEIRA Relator(a): Min. HERMES LIMA Julgamento: 16/08/1967 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 08-12-1967

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Classe / Origem CR 11444 / SI CARTA ROGATÓRIA Relator(a) Min. NELSON JOBIM **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 01/09/2004 P - 00002 Julgamento 04/08/2004.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Classe / Origem CR 11060 / UR CARTA ROGATÓRIA Relator(a) Min. - NELSON JOBIM **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 25/11/2004 P - 00024 Julgamento 16/11/2004

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SEC 4415 / EU - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK Julgamento: 11/12/1996 Publicação: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 03-04-1998 PP-00007 EMENT VOL-01905-01 PP-00157.

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Resolução nº 9, de 04/09/2005. Tribunal Pleno – Presidência. Disponível no [site www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acessado em 20/09/2005.

CALIXTO, Negi. **Ordem Pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro**. Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989

CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado I**. Coimbra, Almedina, 2000.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 2ª ed atualizada. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1993.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDRICH, Tatyana Sheila. **As Normas Imperativas em Direito Internacional Público**, Curitiba: Fórum, 2004.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito Civil**, Vol 1, Introdução ao Direito Civil. 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e *Lex mercatoria***.

_____. **Direito Internacional Privado**. Vol 1. parte geral. 2ª ed. São Paulo, RT, 1991.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. Vol I. 7ª ed, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, Vol I – Introdução e Parte Geral. 4ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1974. p. 109.