

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Arthur Reveilleau dos Reis

O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA COMO  
LIMITAÇÃO À APLICAÇÃO DO DIREITO  
ESTRANGEIRO

Passo Fundo

2017

Arthur Reveilleau dos Reis

O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA COMO  
LIMITAÇÃO À APLICAÇÃO DO DIREITO  
ESTRANGEIRO

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito, da Universidade de Passo Fundo,  
como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e  
Sociais, sob a orientação da Professora  
Doutora Patrícia Grazziotin Noschang.

Passo Fundo

2017

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como escopo realizar apontamentos acerca do princípio da ordem pública no Direito Internacional Privado, utilizando-se para tanto, do método de trabalho monográfico. A pesquisa lastreou-se em consultas bibliográfica e jurisprudencial, mediante uma análise de publicações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema em exame. O objetivo principal do presente estudo, é elucidar acerca do conteúdo da ordem pública, assim como sua atuação como princípio restritor ao direito estrangeiro. Para tanto, foram feitos breves registros acerca do Direito Internacional Privado e, em seguida, compulsado o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como dispositivos atinentes à cooperação jurídica internacional previstos no Código de Processo Civil. Demonstra-se, ao longo da análise do tema, a necessidade de parcimônia ao aplicar o princípio da ordem pública. Ao final, extrai-se que o princípio estudado é demasiado relativo e mutável, variando no tempo e espaço, o que pode abrir margem à discricionariedade do aplicador da lei. Noutro giro, é ressaltada a importância de o princípio permanecer como um conceito vago para possibilitar a sua adaptabilidade a eventuais casos concretos, bem como para acompanhar a evolução da sociedade.

**Palavras-chave:** Cooperação Jurídica Internacional. Direito Internacional Privado. Princípio da ordem pública.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b>	<b>6</b>
2.1	Direito Internacional Privado.....	6
2.2	Noções gerais e principais características da ordem pública .....	10
2.3	O tríplice nivelamento da ordem pública e sua atuação nos planos interno e internacional .....	13
<b>3</b>	<b>A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>19</b>
3.1	Conceituação e noções gerais da cooperação jurídica internacional.....	19
3.2	Autoridade central e redes de cooperação .....	23
3.3	Modalidades de cooperação jurídica internacional .....	27
<b>4</b>	<b>O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA COMO EXCEÇÃO AO DIREITO ESTRANGEIRO .....</b>	<b>34</b>
4.1	Aplicação da ordem pública no Direito Internacional Privado.....	34
4.2	A divergência na visão jurisprudencial .....	39
4.3	A noção de ordem pública e sua utilização como válvula de escape discricionária .....	45
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A ordem pública, na acepção que lhe dá o Direito Internacional Privado, está prevista de forma genérica no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual leis, atos, e sentenças de outro país, assim como quaisquer declarações de vontade não produzirão efeitos no Brasil, caso contrárias à soberania nacional, à ordem pública e, aos bons costumes. Porém, tais conceitos – ordem pública, soberania nacional, bons costumes – não estão definidos com cláusulas taxativas na legislação interna do país. Assim, cabe indagar o que vem a ser a dita ordem pública.

À vista disso, o questionamento proposto é o seguinte: o princípio da ordem pública, por se tratar de conceito de difícil definição, revela-se como um mecanismo de impedimento à aplicação efetiva do Direito Internacional Privado, vez que pode ser invocado de forma discricionária?

Ao longo do trabalho, busca-se a resposta à problemática levantada, salientando a importância da ordem pública como conceito vago, relativo e mutável e, de outro lado, são demonstrados alguns dos efeitos negativos acarretados pela possibilidade de aplicação temerária do princípio.

O presente estudo, portanto, almeja analisar a ordem pública, em especial a fixação de seu conteúdo, e sua aplicabilidade na seara do Direito Internacional Privado. Em específico, pretende-se a realização de breves apontamentos acerca da atuação do Direito Internacional Privado, esclarecendo sobre o que se trata a ordem pública para o Direito Internacional Privado e, ainda, são explorados os mecanismos da cooperação jurídica internacional. Outrossim, busca-se estudar as questões controvertidas que envolvem a ordem pública, levantadas ao longo do texto monográfico.

De fato, com a globalização, a gênese de relações com o elemento estrangeiro (envolvendo mais de um ordenamento jurídico) é algo comum nos dias atuais. Destarte, a atuação do Direito Internacional Privado, a compreensão e estudos acerca desta seara do Direito, revelam-se imprescindíveis para acompanhar o fenômeno da globalização, pacificando eventuais conflitos, litígios, que envolvam o elemento estrangeiro. Além do mais, aprofundar os estudos acerca da ordem pública é algo

necessário para que a aplicação desse princípio seja correta e temperada, e não meramente discricionária.

Em vista disso, o procedimento adotado para desenvolver o trabalho foi o monográfico, e a pesquisa foi baseada em consultas bibliográfica e jurisprudencial, tendo sido utilizado material previamente publicado acerca das questões ventiladas no decorrer dos capítulos. Por conseguinte, a abordagem ao tema consistiu na interpretação de textos – legislação, doutrina, artigos e jurisprudência – e dos sentidos e significados exprimidos nestes, possibilitando aprofundamento nas questões enfrentadas.

Em sendo assim, a pesquisa, que não pretende esgotar o tema, foi dividida em três capítulos.

Num primeiro momento, busca-se conceituar o Direito Internacional Privado e explanar o porquê de sua existência, assim como demonstrar a sua relação com o princípio da ordem pública e, também, conceituar a ordem pública e seus três níveis de atuação.

Em um segundo momento, é tratada a questão da cooperação jurídica internacional, explicitando as modalidades de cooperação e suas peculiaridades, dando enfoque ao Novo Código de Processo Civil e demonstrando a previsão da ordem pública no novel *Codex*.

Por fim, no terceiro momento, objetiva-se esclarecer acerca da aplicação da ordem pública como princípio restritor do direito estrangeiro. É feita a análise de alguns casos práticos submetidos a julgamento. No desfecho, é abordada a necessidade de satisfatória fundamentação da decisão que for lastreada na ordem pública como exceção ao direito alienígena, para que o princípio seja utilizado com parcimônia. Outrossim, são destacados os possíveis efeitos negativos com a discricionariedade depositada nas mãos do julgador ao apreciar a ordem pública no Direito Internacional Privado.

## 2 O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Com este capítulo, busca-se conceituar o princípio da ordem pública, elucidando acerca de sua relação com o Direito Internacional Privado, bem como a atuação de supracitado princípio no plano interno e no internacional. Primeiramente são realizados alguns apontamentos acerca do Direito Internacional Privado. Após, é introduzida a ordem pública como limitação ao direito estrangeiro e, por fim, é conceituada a ordem pública e apresentados seus três níveis.

### 2.1 Direito Internacional Privado

Indispensável a compreensão acerca da razão de ser do Direito Internacional Privado, para possibilitar o aprofundamento na questão de fundo do estudo, a ordem pública, que atua como barreira em defesa do ordenamento jurídico interno.

Cumprido ressaltar a diferença entre o Direito Internacional Privado, e o Direito Internacional Público, pois este trata de conjunto de normas aplicáveis nas relações entre países – questões relacionadas a Estados como entes soberanos, Organizações Internacionais, matérias referentes à sociedade internacional, “[...] bem como conferindo proteção adicional a valores caros à humanidade, como a paz e os direitos humanos” –, já aquele, cuida das relações privadas com conexão internacional (elemento de estraneidade). Deveras, “as regras de Direito Internacional Público aplicam-se diretamente às relações internacionais e internas cabíveis, vinculando condutas”; conquanto o Direito Internacional Privado dita regras que “[...] são meramente indicativas, apontando apenas qual a norma [...] que incide em caso de conflito de leis no espaço”. Ademais, o Direito Internacional Privado inclui “[...] a aplicação da lei estrangeira” (PORTELA, 2016, p. 48-49).

Alberto do Amaral Júnior, ao distinguir ambos ramos do Direito, enfatiza que

O Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado teriam assim objetos próprios e fontes diversas. O primeiro abrange as relações interestatais e os conflitos entre soberanias, tendo como fonte principal os tratados e as convenções internacionais. O segundo funda-se na legislação interna dos Estados; as matérias que lhe dizem respeito versam sobre as relações entre os sujeitos privados, das quais não participa o Estado na qualidade de ente soberano. No Direito Internacional Público, a verificação da observância dos tratados compete aos órgãos internacionais que recebem esta função, ao passo que o controle de legalidade no Direito Internacional Privado é atribuído ao Judiciário de cada país (2012, p. 50).

Como se vê, o Direito Internacional Privado atua quando há o elemento de estraneidade numa relação fática, fazendo com que esta se projete em mais de um ordenamento jurídico. Cuida da situação do estrangeiro em solo nacional, da aplicação de leis estrangeiras em território nacional, e de como resolver casos em que há conflito entre estas e as leis pátrias (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 15-17).

Quanto ao último ponto – conflitos entre leis nacionais e estrangeiras –, o Direito Internacional Privado visa regular conflitos de lei no espaço, estabelecendo regramentos aptos a determinar qual a lei – pátria ou alienígena – deverá ser aplicada a uma relação privada afetada pelo elemento de estraneidade (PORTELA, 2016, p. 48).

Paulo Henrique Gonçalves Portela anota que

O Direito Internacional Privado é o ramo do Direito que pode apontar a solução para situações como as seguintes:

- 1) Brasileira casa com português nos EUA e estabelece domicílio no Japão. Qual o foro competente para reconhecer de processo referente à eventual separação desse casal?
- 2) Argentino domiciliado no Brasil, onde vive com seus filhos, compra imóvel em praia brasileira. Ao falecer, deixa imóveis também na Itália. Qual a lei nacional aplicável para decidir acerca da sucessão desses bens? (2016, p. 48).

Enfim, o Direito Internacional Privado “[...] é a projeção do direito interno sobre o plano internacional” (DOLINGER, 1997, p. 9).

Acerca do propósito do Direito Internacional Privado, elucidante é a lição de Beat Walter Rechsteiner, no sentido de que os Estados poderiam aplicar o direito interno a todas as situações jurídicas, inclusive aquelas com conexão internacional, mas não é essa a realidade do Direito. Afinal de contas, os ordenamentos jurídicos preveem regramentos referentes às relações jurídicas de direito privado com conexão internacional. Complementa o jurista que essas normas dizem qual o direito aplicável ao caso *sub examine*. Ressalte-se, “[...] essas regras não resolvem a questão jurídica propriamente dita, indicando, tão somente, qual direito, dentre aqueles que têm conexão com a lide *sub iudice*, deverá ser aplicado pelo juiz ao caso concreto” (2016, p. 25).

Deveras, a relevância do Direito Internacional Privado é notória, eis que quando se estiver diante de relação de caráter privado, “[...] envolvendo pessoas naturais e jurídicas, que perpassam as fronteiras nacionais e que se caracterizam, portanto, pela chamada conexão internacional”, as dificuldades para “[...] definir qual a norma [...] aplicável a um caso concreto, o que pode gerar conflitos [...]”, somente poderão ser superadas por este ramo do Direito (PORTELA, 2016, p. 645).

Acerca do objeto do Direito Internacional Privado, não há que se falar em consenso doutrinário acerca do tema, vez que há três correntes divergentes e, sobre estas, discorrem Gustavo Ferraz de Campos Monaco e Liliana Lyra Jubilut:

**A primeira corrente é a alemã, que apresenta o concurso de leis como sendo o único objeto do Direito Internacional Privado.** [...] Contudo, tal corrente parece limitar sobremaneira a aplicação do Direito Internacional Privado em um mundo globalizado.

**A segunda corrente expande a primeira ao acrescer o concurso de jurisdição como objeto do Direito Internacional Privado.** Trata-se da corrente anglo-saxã [...]. Em caso de relações jurídicas que extrapolem as fronteiras estaduais, **antes de solucionar o concurso de leis é preciso definir qual Estado tem competência para decidir a questão.** [...]

**A terceira corrente é a [...] corrente francesa, que, ao lado do concurso de leis e do concurso de jurisdição, elenca a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro como objetos deste ramo do Direito** (2012, p. 24-25, grifo nosso).

De acordo com os doutrinadores supra, a corrente francesa é adotada pelo Brasil, não só por sua abrangência – que supera as outras duas correntes –, “[...] também em razão da forte influência que a Ciência Jurídica francesa possui na formação da Ciência Jurídica nacional” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 25). De acordo com Nadia de Araujo, acrescenta-se também a cooperação jurídica internacional (2016, p. 100).

As normas de Direito Internacional privado, por seu turno, podem proceder de tratados, assim como da legislação interna de um país, o qual decidirá qual a regra será aplicada a relações jurídicas afetadas pelo elemento estrangeiro ou conexão internacional (PORTELA, 2016, p. 48).

Com efeito, as fontes do Direito Internacional Privado são: leis, doutrina, jurisprudência, tratados e convenções, costumes. Paulo Henrique Gonçalves Portela

faz a ressalva de que “[...] pelo menos por enquanto, os contratos internacionais não são ainda considerados fontes do Direito Internacional Privado” (2016, p. 649).

A lei, no Brasil, se refere principalmente à Constituição Federal, na qual há “[...] postulados referentes aos estrangeiros nos arts. 5º, 12, 14 e 22, bem como sobre extradição (art. 102, I, g) e sobre homologação de sentença estrangeira (art. 105, I, “i”)” (DEL’OLMO, 2014, p. 80); ao Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), no qual há dispositivos de Direito Internacional Privado (artigo 77, por exemplo); à Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996), que prevê regramento para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras; à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), a qual estabelece regras de aplicação do Direito Internacional Privado; ao Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980); ao Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que dispõe acerca da competência internacional, e possui um capítulo versando sobre a cooperação internacional e outro sobre homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* à carta rogatória, assim como “[...] define que os tratados em matéria processual civil prevalecerão sobre as leis internas” (PORTELA, 2016, p. 650).

A doutrina “apresenta notável importância, especialmente quando há omissão da lei e inexistência de tratado. A doutrina brasileira de DIPr é rica e erudita, contribuindo para a solução de inúmeras contendas” (DEL’OLMO, 2014, p. 86).

A jurisprudência é de suma importância para o Direito Internacional Privado, vez que

O intenso intercâmbio entre pessoas de diferentes países, firmando negócios, unindo-se por meio de casamentos, contratando pacotes turísticos e interagindo com pessoas das mais diversas nacionalidades, tem ocasionado o surgimento de litígios entre pessoas regidas por legislações diversas. As decisões a respeito de tais litígios, até pela natural semelhança decisória em casos análogos, já que muitos conflitos se repetem, acabam ensejando valiosos precedentes para o julgador (DEL’OLMO, 2014, p. 84).

Os tratados e convenções, por sua vez, possuem importante papel, vez que matérias processuais também são objeto de convenções e tratados, alguns

objetivando dar solução uniforme para questões de competência internacional, já outros, estabelecem regras de colaboração internacional (DOLINGER, 1997, p. 67).

Os costumes, por seu turno,

[...] oferecem solução para lides de DIPr quando nelas persistem lacunas. Tanto costumes internos quanto internacionais podem ser usados. Recorde-se que uma regra de direito costumeiro se forma, em qualquer desses planos, pelo uso prolongado e geral de prática considerada conveniente, justa, útil e adequada ao contexto social. A reiteração desse comportamento culmina, muitas vezes, com a convicção jurídica de se tratar de uma norma de direito.

[...] No Brasil, o direito costumeiro só se aplica na falta ou na omissão da lei, segundo reza a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (DEL'OLMO, 2014, p. 84-85).

Para o presente estudo, o foco será dado à aplicação da lei estrangeira em território pátrio, bem como, o conflito desta com a local, e a cooperação jurídica internacional. Porém, ressalte-se, a aplicação da lei alienígena no Brasil encontra sua limitação, quando for contrária à ordem pública nacional.

## **2.2 Noções gerais e principais características da ordem pública**

No plano do direito interno, a ordem pública limita a vontade das partes. Já no Direito Internacional Privado, como dito alhures, a aplicação da lei estrangeira encontra óbice intransponível quando mostrar-se contrária à ordem pública. Assim, leis, atos, e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a ordem pública, consoante regra contida no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942).

É consabido que é difícil e controverso definir a ordem pública, pois ela varia “[...] ao sabor de interesses e ideologias no tempo e no espaço, uma vez que a lei não a define. [...] A doutrina, o mais das vezes, engloba na ordem pública a soberania e os bons costumes” (DEL'OLMO, 2014, p. 113).

De acordo com Clovis Bevilacqua, caracterizam-se como bons costumes “[...] os que estabelecem regras de proceder nas relações domésticas e sociais em harmonia com os elevados fins da vida humana” (1906, p. 84).

Soberania, por seu turno, pode ser entendida como o poder que está legalmente acima de todos no plano interno, e no âmbito internacional, encontra-se em pé de igualdade com os outros países, “[...] não se subordinando a nenhum deles” (DEL’OLMO, 2014, p. 114).

Mas, em que pese as considerações acima tecidas, “[...] cabe indagar como se define esta ordem pública, tanto no plano do direito interno como na sua repercussão no Direito Internacional Privado” (DOLINGER, 1997, p. 349).

Ressalte-se,

[...] 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 um país. O aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico de seu país, o que seja fundamental, de ordem pública, não podendo ser desrespeitado pela vontade das partes ou pela aplicação de uma lei estrangeira, de um lado, que não seja essencial, podendo tolerar um pacto entre particulares consagrando as suas vontades, ou admitir que se aplique uma lei estrangeira contendo norma jurídica diversa da constante no direito pátrio, de outro lado (DOLINGER, 1997, p. 350).

Assim, a ordem pública “[...] se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época”. Tudo o que for contrário a tal média, será rechaçado “[...] pela doutrina e repellido pelos tribunais” (DOLINGER, 1997, p. 350).

Como se vê, o princípio da ordem pública encontra-se vinculado aos interesses nacionais e varia em cada sociedade. Cabe ao aplicador da lei, portanto, estar atento aos princípios fundamentais da ordem jurídica de seu Estado, não podendo ignorar a realidade política, social e cultural do país.

Dessa forma, referido princípio deverá ter seu conteúdo preenchido pelo julgador, que “[...] deve buscar a moral básica de uma nação”. A ordem pública, dessarte, “[...] deve atender sempre às necessidades econômicas de cada Estado, compreendendo os planos político, jurídico, econômico e moral de todo Estado

constituído. Em outras palavras, ordem pública emana da *mens populi*” (BASSO, 2016, p. 343).

Em apertada síntese,

- i) **em nenhum diploma legal encontraremos formulado o que venha ser “ordem pública”,** isto é, o básico e fundamental na filosofia, na política, na moral e na economia de um país;
- ii) **a ordem pública se afere pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época;**
- iii) **o intérprete e aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir,** dentro do sistema jurídico de seu país, **o que seja fundamental – de ordem pública;**
- iv) **deve ser rejeitado pelos tribunais o que vier do direito estrangeiro que seja chocante à mentalidade e sensibilidade médias de uma sociedade, em determinada época** (BASSO, 2016, p. 344, grifo nosso).

Constata-se, portanto, que o princípio da ordem pública possui natureza filosófica, moral, relativa, alterável, e é de difícil definição (DOLINGER, 1997, p. 349).

Há três características do princípio objeto do presente estudo que merecem destaque, quais sejam, a relatividade, a instabilidade e a contemporaneidade. É importante frisar que a definição de ordem pública leva em consideração o tempo e espaço, devido a sua instabilidade e relatividade, pois emana da *mens populi* e terá variada definição dependendo da época e de fatores sociais e culturais (DOLINGER, 1997, p. 352).

Por conseguinte, tendo em vista que a noção de ordem pública varia de um Estado para outro, ela não é estável e sofre alterações conforme a evolução da sociedade de cada país (DOLINGER, 1997, p. 352).

Jacob Dolinger exemplifica:

O divórcio, uma das instituições com maior conotação de ordem pública dentro do direito privado, refletindo-se no D.I.P. ao recusar a aplicação das normas estrangeiras divorcistas em países que não admitem a instituição, ilustra a instabilidade a que nos referimos. Na França, por exemplo, o divórcio foi admitido pela legislação revolucionária, confirmado no Código de Napoleão, de 1804, proibido por lei de 1816, e novamente admitido por legislação de 1884.

No Brasil, o divórcio era de tal forma rejeitado, que a indissolubilidade do matrimônio foi inserida nas Cartas de 1934, 1937, 1946 e 1967/69, para somente em 1977 cair por terra (DOLINGER, 1997, p. 352-353).

Em observância à contemporaneidade, o aplicador da lei ao analisar o caso concreto, não deverá aplicar a lei observando a ordem pública da época do fato mas sim a vigente, atual, a fim de manter o Direito relevante e de acordo com a evolução da sociedade. Jacob Dolinger, ao aprofundar a questão, inclusive distingue os efeitos da ordem pública no plano interno, e no plano internacional (1997, p. 353-354).

Para o doutrinador, para ser constatada a ofensa à ordem pública, o aplicador da lei deve observar a situação contemporânea da sociedade em que vive, ou seja, não deve “[...] considerar a mentalidade prevalente à época da ocorrência do fato ou ato jurídico”. Significa que a lei estrangeira será rechaçada caso lesiva à ordem pública do foro, à época do julgamento da questão *sub judice*. Descabe “[...] 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*” (1997, p. 353).

À vista disso, conforme a ordem pública tenha se alterado com o decorrer do tempo, permitindo maior liberalidade, “[...] todos os atos pretéritos realizados sob a égide de lei estrangeira [...], quando a lei do foro não a admitia, terão sua eficácia reconhecida ante a modificação ocorrida na noção territorial de ordem pública” (DOLINGER, 1997, p. 353).

Noutro giro, no âmbito ou plano interno, a vontade dos nacionais “[...] não derroga as normas jurídicas que tenham conotação de ordem pública, as quais, se desrespeitadas, acarretarão a invalidade do ato jurídico, que dificilmente poderá ser sanado com o correr do tempo e a mudança na noção da ordem pública” (DOLINGER, 1997, p. 353).

Destarte, verifica-se que fica a cargo do aplicador da lei decidir o que será considerado contrário ou não à ordem pública no plano internacional, uma vez que o legislador fora omissivo no que tange à conceituação deste princípio.

### **2.3 O tríptico nivelamento da ordem pública e sua atuação nos planos interno e internacional**

Há que se distinguir a ordem pública interna da internacional. Aquela atua no âmbito do direito interno, enquanto esta, atua no âmbito do Direito Internacional Privado. Tal distinção revela-se imprescindível para a melhor compreensão do princípio.

Conforme ressalta Clovis Bevilacqua,

Leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de Direito [...].

Há, todavia, nesta categoria geral de leis umas que se referem à ordem pública interna e outras que dizem respeito à ordem pública internacional (1906, p. 78-79).

Na esfera interna, a ordem pública regulamenta “[...] as relações jurídicas no plano interno (doméstico – nacional), no âmbito do direito privado e do direito público, e corresponde aos princípios que condicionam e neutralizam a vontade das partes contrárias às leis internas cogentes obrigatórias” (BASSO, 2016, p. 350).

Beat Walter Rechsteiner afirma que as regras da ordem pública interna não se aplicam a relações jurídicas de direito privado com objeto de conexão internacional e, aliás, tais regras se restringem às “[...] normas substantivas materiais do direito interno”, de modo que “o que pode contradizer a ordem pública interna, aliás, não fere necessariamente a ordem pública no plano internacional” (2016, p. 199).

A título de exemplificação, tem-se as leis que regulam o estado e a capacidade das pessoas. Referidas leis são de ordem pública interna, afinal de contas, “[...] as convenções particulares não as podem alterar; ninguém pode estipular que será maior antes da época fixada pelo legislador; nem contrair casamento válido contra prescrições expressas e absolutas da lei [...]” (BEVILAQUA, 1906, p. 79).

Esse é o primeiro nível da ordem pública, o qual revela a vontade comum da nação, ao impedir que a vontade individual das partes se sobreponha “[...] aos interesses postos pela maioria” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 91).

Entende-se que uma ofensa à ordem pública no primeiro nível, apenas pode ser perpetrada “[...] pelo grupo minoritário, que foi derrotado no momento da positivação do Direito [...]”, vez que a maioria, por via de regra, “[...] haveria de respeitar e acatar a sua própria vontade, submetendo-se à regulação do negócio imposta pela lei”. Em suma, no primeiro nível, a aplicação da ordem pública apresenta caráter interno apenas, limitando-se às fronteiras nacionais, inexistindo reflexos jurídicos internacionais, diferentemente do que ocorre no segundo nível (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 91).

Nas palavras de Clovis Bevilacqua, “[...] o Estado acautela-se contra os seus próprios súditos, dos quais exige obediência rigorosa aos preceitos que, no seu

entender, são imediatamente garantidores de sua existência como unidade coletiva” (1906, p. 79-80).

Se extrai da doutrina de Jacob Dolinger, que

Vista a **ordem pública** na justaposição do direito interno com o direito internacional privado, teremos a gradação da ordem pública de forma a que **o seu primeiro nível funciona para garantir o império de determinados valores no plano do direito interno**, impedindo que estes valores sejam desrespeitados pela vontade das partes.

São, entre outras, as leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, à economia nacional e a determinados institutos civis e comerciais que constituem, de certa forma, a publicização do direito privado (2004, p. 33-34, grifo nosso).

Passando-se ao segundo nível da ordem pública, esta ganha traços internacionais ao obstar a aplicação de uma lei alienígena em solo pátrio. Isso se deve ao fato de que, em que pese a norma de Direito Internacional Privado indique a aplicação da lei estrangeira ao caso concreto, esta mostra-se incompatível com os bons costumes e/ou com a soberania nacional, de tal modo que se aplicada, ofenderia a ordem pública (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 92; DOLINGER, 2004, p. 35-36).

Dessarte, no segundo nível, segue-se “[...] a intervenção do princípio da ordem pública na aplicação das leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do direito internacional privado” (DOLINGER, 2004, p. 35).

Cuida-se, portanto, de um grau mais elevado que o anterior, “[...] justamente por implicar a não aplicação de uma disposição nacional de Direito Internacional Privado, em virtude da não aceitação do conteúdo da regulação legal estrangeira” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 92).

Exemplificativamente, cita-se a seguinte hipótese:

Um muçulmano domiciliado no exterior vem ao Brasil com a intenção de se casar com uma jovem brasileira. Sendo ele casado com outra mulher, nega-se a aplicação da lei material de seu domicílio (que autoriza o segundo matrimônio), por afrontar a ordem pública brasileira, que não convive com a bigamia (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 92).

Impende ressaltar que não é toda lei nacional cogente (que é de observância obrigatória no plano interno, sendo defeso às partes derogá-la) que não será substituída pela lei estrangeira aplicável a eventual caso *sub judice*, no âmbito do Direito Internacional Privado (DOLINGER, 2004, p. 35).

Para melhor elucidação da questão, confira-se o exemplo a seguir:

Um menor de 15 anos de idade não poderá, no plano interno do direito brasileiro, renunciar à proteção que lhe é estendida pelo legislador ao considerá-lo relativamente incapaz, por ser esta uma questão de ordem pública. Mas no plano internacional, indicada lei estrangeira por regra de conexão que considera uma pessoa de 15 anos capaz, poderemos aceitar e aplicar esta norma, sem preocupações para com a ordem pública (DOLINGER, 2004, p. 35).

Segundo Dolinger, na situação hipotética acima não há violação ao princípio da ordem pública, pois para tanto, é imprescindível que a lei estrangeira se choque de maneira mais grave com o ordenamento jurídico pátrio, para então incidir a vedação contida no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (2004, p. 35-36). Nesse norte, já havia lecionado o estudioso, em doutrina redigida durante a vigência do Código Civil de 1916, quando a capacidade jurídica era alcançada aos 21 anos de idade. *In verbis*, o seu trilhar de ideias:

No Brasil, a capacidade jurídica é alcançada aos 21 anos de idade. Os domiciliados na França, onde a regra determina a capacidade aos 18 anos, terão este *status* reconhecido no Brasil, por força do artigo 7º da Lei de Introdução. Já a legislação de qualquer outro país que determinar a maioridade aos 12 anos não será aplicável no Brasil, mesmo para os domiciliados naquela jurisdição. Por quê? Não porque a norma brasileira de maioridade aos 21 seja de ordem pública. Em absoluto. Se assim fosse, não poderíamos aplicar a lei francesa. É porque à ordem pública brasileira, que não está inscrita em nenhuma lei específica, mas está ínsita na mentalidade, no espírito, na filosofia brasileiras, choca reconhecer capacidade jurídica a uma criança de 12 anos de idade (1997, p. 358).

O princípio da ordem pública, e sua incidência “[...] no plano interno em matéria de Direito Internacional Privado é bem menos freqüente do que no plano puramente interno, do choque entre a vontade da pessoa ou das partes com norma cogente” (DOLINGER, 2004, p. 36).

O terceiro nível de aplicação da ordem pública, relaciona-se com o reconhecimento ou não de direitos adquiridos no exterior. Se aplicável a ordem pública como princípio restritor, ao caso concreto, tem-se a recusa de reconhecer uma situação ou direito adquirido pela parte, pois ofendem os bons costumes e/ou a soberania nacional (DOLINGER, 1997, p. 358; JUBILUT; MONACO, 2012, p. 92).

Imagine-se a situação de um muçulmano que muda seu domicílio para o Brasil, e entra em território nacional com duas esposas. Observadas as peculiaridades da

circunstância em apreço, seguro afirmar que o primeiro casamento “[...] é reconhecido, mas o segundo é nulo, por ofensa à ordem pública, muito embora a ele se reconheçam os efeitos da putatividade recíproca, dada a boa-fé de ambos” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 93).

Porém, mesmo não sendo reconhecida, via de regra, a aplicabilidade de lei estrangeira em território nacional que viole a ordem pública, há possibilidade de serem respeitadas algumas consequências jurídicas da celebração de negócios jurídicos abrangidos por lei estrangeira. Afinal, não obstante o fato de que a ordem pública veda a poligamia no Brasil,

[...] poderemos reconhecer as suas consequências jurídicas, como, por exemplo, se a segunda esposa, que contraiu núpcias no exterior com quem já era casado, sob égide de sistema jurídico que permite a poligamia, vir pleitear em nossa Justiça alimentos ou outros direitos que lhe sejam facultados por sua lei pessoal (DOLINGER, 1997, p. 362).

À vista disso, “nosso sistema, que vedaria aplicação desta lei estrangeira para efeitos de realização das núpcias bigamas em nosso meio, não se oporá a conceder certos direitos consequentes deste casamento celebrado no exterior” (DOLINGER, 1997, p. 362).

Similar lógica é utilizada ao reconhecer e executar sentenças estrangeiras, pois referidos atos sentenciais podem conter dispositivo assentado em legislação alienígena que os tribunais pátrios não aplicariam, mas mesmo assim serão homologadas, “uma vez prolatada por corte alienígena (o divórcio de nacionais de países divorcistas não podia ser prolatado por nossas cortes antes de 1977, mas uma vez concedido por tribunal estrangeiro era homologado por nossa Suprema Corte)” (DOLINGER, 1997, p. 362).

Porém, algumas sentenças estrangeiras não serão homologadas, se seu dispositivo violar gravemente a ordem pública nacional (DOLINGER, 1997, p. 362).

Não se mostra passível de homologação, por exemplo clássico de doutrina, ato sentencial estrangeiro condenatório e exequível, acaso a condenação seja em razão de dívida oriunda de jogo ou aposta (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 93). Em que pese isso, tal questão é controvertida no âmbito da jurisprudência, como será visto no terceiro capítulo.

Extrai-se de todo o exposto, que a ordem pública atua no plano interno, neutralizando vontades (das partes) que se mostrem contrárias às leis internas

cogentes; e no Direito Internacional Privado, impedindo a inobservância de regras jurídicas imperiosas do ordenamento jurídico, e também atua no momento de impedimento da aplicação da lei alienígena caso esta for contrária à própria ordem pública, impondo respeito aos interesses do Estado. Cuida-se de verdadeira cláusula de exceção ao direito estrangeiro.

### **3 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Com este capítulo, busca-se compreender os mecanismos utilizados na cooperação jurídica internacional em matéria cível, mediante a sua conceituação e breve análise das modalidades de cooperação, focando no regramento disposto no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que lançou novas luzes sobre o tema. Outrossim, objetiva-se evidenciar a incidência do princípio da ordem pública nos pedidos de cooperação passiva.

#### **3.1 Conceituação e noções gerais da cooperação jurídica internacional**

Inicialmente, cumpre ressaltar que a cooperação jurídica internacional em matéria cível guarda estreita relação com o Direito Internacional Privado, pois é mecanismo que também regula situações afetadas pelo elemento de estraneidade, o que pode ser constatado na homologação de sentenças estrangeiras, e no cumprimento de diligências deprecadas por autoridades alienígenas.

Nadia de Araujo elucida acerca do denominado Processo Civil Internacional, afirmando que este deve ser compreendido como uma parte do direito interno do Estado, afinal de contas, o “Internacional”, “[...] se relaciona com um dado do problema, e não com a norma ou sua origem, bastando que a situação jurídica possua um determinado fator internacional para que implique a necessidade de regras especiais” (2016, p. 100).

Acrescenta que

O Direito Internacional Privado sempre foi [...] o *locus* adequado para tratar do tema da cooperação interjurisdicional [...]. Significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro. Atualmente, observa-se um aumento da cooperação jurídica entre entes administrativos, mediante uma nova modalidade de cooperação, a assistência direta ou auxílio direto (ARAUJO, 2016, p. 137).

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, há previsão de regramentos da cooperação jurídica internacional. O Estado então assume um compromisso de cooperação jurídica com outros países, tendo em vista a gênese de

relações jurídicas que ultrapassam os seus limites, devido à globalização. Somado a isso, tem-se que “a jurisdição de um Estado, como ato de soberania, adstringe-se à sua área territorial. Não houvesse, pois, essa colaboração, várias decisões ficariam sem efeito, por impossibilidade de cumprimento fora dos limites jurisdicionais” (THEODORO JR., 2015, p. 235).

Nos termos do artigo 26 do *Codex* Processual Civil, a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil seja parte e observará o respeito às garantias do devido processo legal do Estado requerente; a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação e, por fim; a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

Criticando a redação dada ao *caput* do artigo supra, é o entendimento de Flávia Pereira Hill, no sentido de que

[...] a restrição prevista no artigo 26 deve ser lida *cum granus salis*, sob a perspectiva dos direitos fundamentais processuais. [...] A nosso sentir, garantir genuinamente a igualdade de tratamento a todos os jurisdicionados, independentemente de sua origem ou país de residência, conforme prometido no inciso II do artigo 26, implica colocar em segundo plano exigências tais como a assinatura formal de tratados internacionais que prevejam expressamente os modernos mecanismos de cooperação jurídica internacional ou a reciprocidade (2016, p. 744).

Outrossim, “[...] cabe lembrar que, a teor do artigo 13 do CPC 2015, os tratados internacionais em matéria processual prevalecem sobre a lei brasileira em caso de conflito” (PORTELA, 2016, p. 701).

Paulo Henrique Gonçalves Portela explana que a União é o ente federado competente para relacionar-se com Estados estrangeiros (artigo 21, I, Constituição Federal de 1988), “[...] poder exercido por meio do Presidente da República (CF, art. 84, VII), auxiliado pelos Ministros de Estado (CF, art. 76) e contando com a atuação direta dos órgão governamentais competentes”. Destaca, entretanto, que a cooperação internacional pode envolver tanto órgãos do Poder Judiciário, quanto do Ministério Público (2016, p. 701).

De acordo com Elpídio Donizetti, a cooperação jurídica internacional regula o mútuo auxílio entre Estados, mediante mecanismos processuais que compatibilizam pedidos estrangeiros ao ordenamento jurídico interno do país que prestará a cooperação. À vista disso, o artigo 27 do Caderno Processual Civil preceitua a cooperação terá como objeto citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; colheita de provas e obtenção de informações; homologação e cumprimento de decisão; concessão de medida judicial de urgência; assistência jurídica internacional; assistência jurídica internacional e; qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira (2015, p. 21).

Segundo Donizetti, a lei brasileira, portanto, prevê três espécies de pedidos de cooperação: “(i) a ação de homologação de sentença estrangeira; (ii) a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; e o (iii) auxílio direto” (2015, p. 21).

Frise-se, consoante redação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 26, do Código de Processo Civil, na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática e; não se exigirá a reciprocidade para homologação de sentença estrangeira. Afinal de contas, no último caso, homologação de sentença estrangeira, “[...] ela passará por um processo de competência do STJ, no qual será feito um prévio juízo de valor e de admissibilidade, que garantirá a efetividade da decisão em nosso ordenamento”. Frise-se, a homologação de sentença estrangeira, significa reconhecê-la como ela é, não se faz análise de mérito, pois se o fizesse, seria verdadeiro rejuízo da sentença estrangeira (DONIZETTI, 2015, p. 23).

Flávia Pereira Hill também critica o princípio da reciprocidade, por entender que o pleno acesso à justiça deve servir como supedâneo para a cooperação internacional. Acrescenta que “tal exigência, se levada às últimas consequências, poderá, inclusive, gerar um impasse, caso os dois Estados que a exijam se mantenham inertes, no aguardo da iniciativa de que o outro adote a providência em primeiro lugar” (2016, p. 745).

A cooperação internacional, quando entre autoridade nacional e estrangeira, pode ser classificada como ativa (requerente) ou passiva (requerido). Será ativa quando o Brasil formular o pedido, e passiva, quando o Estado estrangeiro requisitar a colaboração (HILL, 2016, p. 749). Humberto Theodoro Júnior acresce que a cooperação nessas modalidades, ativa ou passiva, ou seja, “[...] seja ela requerida

pela autoridade brasileira ou a ser cumprida por esta autoridade, pode dar-se por meio de auxílio direto (NCPC, arts. 28 a 34) ou carta rogatória (arts. 35 e 36)" (2015, p. 235).

Em se tratando de pedido ativo de cooperação, deverá ser observado o disposto nos artigos 37 e 38 do Código de Processo Civil. O requerimento deverá ser enviado munido dos documentos necessários a sua efetivação, e traduzido para a língua oficial do requerido. Digno de nota, não está positivada a exigência de tradução por tradutor público juramentado, mas "[...] o Estado requerido pode exigir, em sua legislação, que a tradução seja realizado por tradutor público para que dê fiel cumprimento ao pedido brasileiro". Dessarte, o pedido passará pela autoridade intermediária nacional, e esta, após examinar o preenchimento dos requisitos, remetê-lo-á ao Estado requerido (HILL, 2016, p. 749).

Porém, em casos de cartas rogatórias (cooperação passiva) e na ação de homologação de sentença alienígena, para que a cooperação seja possível, é necessário o juízo de delibação, posto que "a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias não serão possíveis se a materialidade do ato jurisdicional a ser recepcionado violar normas que sejam fundamentais à regência do Estado Brasileiro". Aliás, "[...] não se conhecerá de pedido de auxílio direto que almeje a prolação de uma decisão judicial brasileira que contrarie o nosso ordenamento". Afinal de contas, o Poder Judiciário "[...] não pode convalidar atos que, conquanto sejam válidos no estrangeiro, tenham efeitos inaceitáveis dentro da nossa ordem jurídica" (DONIZETTI, 2015, p. 23).

Ressalte-se que, no juízo de delibação, não se adentra no mérito dos atos estrangeiros, restringindo-se apenas a constatar se houve observância e respeito às garantias processuais fundamentais do Estado requerente, como do Estado brasileiro, tais como contraditório, ampla defesa, direito à prova e ao manejo de recurso (DONIZETTI, 2015, p. 23). Afinal de contas, não se mostra "[...] razoável que se produzam desdobramentos em nosso território nacional, se o processo judicial, em sua origem, nem sequer observa as garantias mínimas das partes previstas no ordenamento do país do qual emanou" (HILL, 2016, p. 746).

Com efeito, o comando contido no artigo 39 do novel Diploma Processual Civil, é claro no sentido de que o pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública. E, ainda, no parágrafo 3º

do artigo 26, resta assentado que na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. Como já visto, a ordem pública, no âmbito do Direito Internacional Privado, é princípio cujo conceito é preenchido pelo seu intérprete, o que abre margem para discricionariedade, e consequente frustração da cooperação internacional.

Nadia de Araujo observa que foi acrescentado ao princípio, a palavra “manifesta”, adjetivo que não constava no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para a doutrinadora, a intenção do legislador é clara, no sentido de almejar que a exceção da ordem pública “[...] seja utilizada com parcimônia e somente para casos excepcionais. É interessante notar que o CPC optou pelo gênero ordem pública no lugar do antigo trio da LINDB, composto também pelos bons costumes e soberania nacional” (2016, p. 140-141).

O artigo 41 do mesmo *Codex*, por seu turno, “[...] almeja deformalizar o procedimento, ao presumir a autenticidade dos documentos e de sua tradução, caso sejam encaminhados ao Brasil através da autoridade central estrangeira ou por via diplomática o que se mostra louvável” (HILL, 2016, p. 749).

Portanto, em um mundo cada vez mais globalizado, a cooperação jurídica internacional mostra-se imprescindível para a concretização da cooperação entre os povos. Trata-se de princípio constitucional, previsto no artigo 4º, inciso IX, da Carta Magna.

### **3.2 Autoridade central e redes de cooperação**

Para o efetivo funcionamento da cooperação internacional, faz-se necessária a figura da autoridade central ou autoridade intermediária, a qual é o órgão responsável pela eficiência da cooperação jurídica internacional, assim como das redes de cooperação entre órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público.

Consoante doutrina de Paulo Henrique Gonçalves Portela, a cooperação no campo cível pode ocorrer por intermédio de canais diplomáticos, nos quais os pedidos de auxílio “[...] são apresentados aos ministérios das relações exteriores dos entes estatais interessados, por intermédio das respectivas áreas competentes ou das

missões diplomáticas no exterior”. Em seguida, o pedido é então transmitido aos órgãos competentes dos Estados soberanos (2016, p. 720).

Porém, para o doutrinador supra, “[...] as necessidades e exigências da cooperação jurídica internacional impuseram a criação de estruturas adicionais [...]”, com fins de contribuir para um bom desempenho dessa modalidade de cooperação, “[...] sem necessariamente eliminar as vias diplomáticas”. Tais estruturas, são as autoridades centrais e as redes de cooperação entre Poderes Executivo e Judiciário e o *parquet* (PORTELA, 2016, p. 721).

As autoridades intermediárias podem ser conceituadas como “[...] órgãos das estruturas governamentais dos Estados, indicados por estes, que concentrarão o tratamento das demandas relativas ao auxílio que os entes estatais prestam em si” (PORTELA, 2016, p. 721).

Para o Ministério Público Federal, em informação extraída de seu sítio, na seção de cooperação internacional, a autoridade central

[...] é a autoridade designada para gerenciar o envio e o recebimento de pedidos de auxílio jurídico, adequando-os e os remetendo às respectivas autoridades nacionais e estrangeiras competentes. No Brasil, a autoridade central examina os pedidos ativos e passivos, sugerindo adequações, exercendo uma sorte de juízo de admissibilidade administrativo, tendente a acelerar e melhorar a qualidade dos resultados da cooperação.

O Ministério da Justiça, por sua vez, classifica a autoridade central, como um órgão técnico-especializado, ao qual incumbe a condução da cooperação interjurisdicional que cada Estado exerce com o outro, “[...] cabendo-lhe, ademais do recebimento e transmissão dos pedidos de cooperação jurídica, a análise e adequação destas solicitações quanto à legislação estrangeira e ao tratado que a fundamenta” (2014, p. 19).

Dessa forma, “[...] o papel da Autoridade Central vai além da tramitação de documentos, se estendendo a aspectos ligados à efetividade [...] da cooperação” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 19).

O mais evidente benefício da figura das autoridades intermediárias, é que elas interagem diretamente uma com a outra, revelando-se desnecessária a morosa via diplomática para tramitação da documentação. Além disso, forçoso concluir que ela – a autoridade – garante a celeridade e a “[...] lisura da cooperação, dando ao Estado e

aos cidadãos que dela se utilizam maior garantia da autenticidade e legalidade do que se tramita” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 19-20).

No Brasil, o Ministério da Justiça exerce esta função – exceto quando designada tal função, especificamente, a outro órgão –, por meio do Departamento de Estrangeiros, e do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DONIZETTI, 2015, p. 22).

Alerta Paulo Henrique Gonçalves Portela, “[...] certos tratados celebrados pelo Brasil determinam que também funcionarão como autoridades centrais dois outros órgãos: a Procuradoria-Geral da República e a Secretaria de Direito Humanos da Presidência da República” (2016, p. 721).

Quanto à Procuradoria, esta é autoridade central responsável pela execução de “[...] atos de cooperação relativos à Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, de 1956” (PORTELA, 2016, p. 722).

No que diz respeito à Secretaria suprarreferida, a ela incumbe as atividades de autoridade central nos acordos de cooperação referentes a:

[...] Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980; Convenção relativa à Proteção das Crianças à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, e; Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores (Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994, modificado parcialmente pelo Decreto nº 7.256, de 04 de agosto de 2010) (PORTELA, 2016, p. 722).

Em poucas linhas, incumbe às autoridades centrais dos Estados “[...] enviar e receber pedidos de cooperação jurídica internacional, encaminhá-los à atenção das autoridades competentes, exercer um juízo de admissibilidade sobre os pedidos de cooperação e acompanhar sua execução” (PORTELA, 2016, p. 721).

Relativamente às redes de cooperação entre órgãos do Poder Executivo e Judiciário e do Ministério Público, extrai-se do sítio do Ministério Público Federal, seção atinente à cooperação internacional, o seguinte trecho:

As redes de cooperação jurídica têm a finalidade de solucionar algumas dificuldades que existem na cooperação entre os Estados. O acesso a informações, o cumprimento de prazos e procedimentos jurídicos específicos em cada país e a busca por soluções de auxílio são temas que buscam tratar.

Paulo Henrique Gonçalves Portela complementa que as redes de cooperação “[...] visam a promover a maior interação entre órgãos governamentais e ministeriais

de diversos Estados, com vistas a que melhor cooperem para alcançar seus objetivos institucionais” (2016, p. 722).

Essas redes contam com pontos de contato nacionais, funcionários indicados “[...] pelas autoridades dos órgãos envolvidos em ações de cooperação jurídica internacional, que atuarão com o intuito de promover a cooperação entre os Estados membros da respectiva rede, atuando por meio de contatos informais” e intercâmbio de informações. Em matéria cível, o Brasil integra a Rede Iberoamericana de Cooperação Judicial (IberRED/IberRede), e a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP) (PORTELA, 2016, p. 722-723).

A Rede Iberoamericana é constituída por “[...] autoridades centrais e pontos de contato dos Ministérios da Justiça, Ministérios Públicos e Judiciários dos vinte e dois Estados membros da Comunidade Iberoamericana das Nações, além da Suprema Corte de Puerto Rico”. É regida pelo *Reglamento de La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, Iberred*, que não é tratado, mas apenas um instrumento entre os Estados que a integram. A IberRED não é organização internacional, e nem possui personalidade jurídica, pois é um “[...] esquema de cooperação informal” (PORTELA, 2016, p. 723).

Da leitura do *Reglamento*, constata-se que a IberRED tem como escopo otimizar a cooperação judicial em matérias penal e civil entre os países participantes, “[...] com ênfase na agilização dos processos de apreciação dos pedidos de auxílio, no bom desenvolvimento das ações de cooperação e na melhor aplicação dos acordos já existentes”; estabelecer e manter atualizado um sistema de informação sobre os diferentes sistemas legais da comunidade Iberoamericana; “[...] identificar autoridades competentes para executar os atos de cooperação jurídica; apresentar soluções práticas aos problemas que possam ocorrer na cooperação e; coordenar o exame dos pedidos de cooperação no Estado onde atue” (PORTELA, 2016, p. 723).

Já a Rede Judiciária da CPLP foi criada pelo Instrumento que cria uma Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa, que também não é tratado (PORTELA, 2016, p. 724).

O artigo 3º do Instrumento esclarece os objetivos da rede, que são facilitar, agilizar e otimizar a cooperação judiciária entre os Estados membros; estabelecer contatos com organismos internos e internacionais e colaborar em atividades de

formação levadas a cabo pelos Estados membros ou por organismos internacionais; estabelecer um sistema integrado e atualizado de informação sobre os diferentes sistemas jurídicos da Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa, bem como sobre a cooperação judiciária internacional em geral; estabelecer contatos com organismos internos e internacionais e colaborar em atividades de formação levadas a cabo pelos Estados membros ou por organismos internacionais e; promover a aplicação efetiva e prática das convenções de cooperação judiciária internacional em vigor entre dois ou mais Estados membros.

Os Estados, ao designarem autoridades centrais e criarem redes de cooperação, reconhecem a necessidade de constante agilização e melhora dos mecanismos de cooperação jurídica internacional.

### **3.3 Modalidades de cooperação jurídica internacional**

Como visto, a lei brasileira em exame prevê três espécies de pedidos de cooperação, quais sejam, a ação de homologação de sentença estrangeira; a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias e; o auxílio direto.

O auxílio direto pode ser compreendido como ferramenta “[...] de cooperação judiciária empregada quando um Estado necessita que seja tomada, no território de outro Estado, providência relevante para um processo judicial que tramita em seu Judiciário, que pode ser inclusive uma sentença judicial”. Não está sujeito ao juízo de delibação, conforme depreende-se da leitura do artigo 28 do novel Código de Processo Civil, o qual prevê que “cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil” (PORTELA, 2016, p. 725).

O objeto da assistência direta é, além dos casos previstos em tratados, a obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; a colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira e; qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira, conforme redação dada ao artigo 30 do Código de Processo Civil.

O Ministério da Justiça, *in* Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos em Matéria Civil, é claro ao destacar que o auxílio direto ou assistência direta, é a cooperação entre autoridades centrais de países membros de convenções que preveem esse tipo de colaboração, “[...] como por exemplo, a Convenção de Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro de menores [...]” (2014, p. 39-40).

Conforme alude Humberto Theodoro Júnior,

O auxílio direto é cabível, no âmbito das práticas judiciais, quando a medida pretendida decorrer de ato decisório de autoridade jurisdicional estrangeira não submetido a juízo de delibação no Brasil (NCPC, art. 28), *i.e.*, decisão que, segundo a lei interna nacional, não dependa de homologação pela justiça brasileira. Se houver tal necessidade, a cooperação só ocorrerá pelas vias judiciais previstas para a homologação de sentenças estrangeiras (2015, p. 236).

Assim, seguro afirmar que

O auxílio direto consubstancia-se na realização de uma diligência de natureza administrativa no Brasil ou na busca de prolação de uma decisão judicial brasileira relativa a litígio que tem lugar em Estado estrangeiro. Nesse último caso, não se trata de reconhecimento e execução de uma decisão judicial estrangeira no Brasil, mas da obtenção de uma decisão judicial genuinamente brasileira (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 75).

Quanto a sua aplicabilidade prática, dá-se da seguinte maneira: caso o Brasil figurar como requerente do auxílio (ativo), o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional dirigirá, diretamente, o pedido ao Estado requerido (passivo). Já se o Brasil for o requerido (passivo), deverá o Estado interessado (ativo) enviar a requisição diretamente à autoridade central e, caso o ato prescindia de participação do Poder Judiciário, a autoridade intermediária procederá nas diligências necessárias ao cumprimento do auxílio (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 57).

Caso o ato precisar de participação forense, incumbirá à autoridade central, encaminhar o pedido à Advocacia-Geral da União, tendo esta que pleitear em juízo, a medida requisitada. No tocante à competência para apreciar a medida requerida, em casos onde a participação do Judiciário mostre-se inafastável, será do Juízo Federal onde referida medida deva ser efetivada. Entretanto, se “[...] conferidas ao Ministério Público as funções de autoridade central [...], o próprio Ministério Público requererá a

medida [...] cabível ao juiz federal competente (art. 33, parágrafo único)” (THEODORO JR., 2015, p. 237).

Em suma, quando há necessidade de obtenção de uma decisão judicial estrangeira acerca de um processo em trâmite no Estado que pede auxílio e, sendo prescindível o juízo de delibação, possível é o pleito por auxílio direto à autoridade central (PORTELA, 2016, p. 727). Noutras palavras, essa assistência será cabível “[...] toda vez que o pedido de cooperação não contiver em seu bojo decisão que possa ser objeto de delibação no STJ. Nesses casos, seu processamento se dá por meio da autoridade central, que assume um novo protagonismo na cooperação” (ARAUJO, 2016, 145).

Como exemplos de requerimentos de assistência direta, podem ser elencados os seguintes:

[...] comunicações de atos processuais; fixação de pensões alimentícias; determinação de medidas cautelares (como o bloqueio de ativos financeiros e o sequestro de bens); produção de certas provas e; restituição de menores ilicitamente levados de seus lugares de residência habitual (PORTELA, 2016, p. 725).

Digno de nota o apontamento de Flávia Pereira Hill, ao discorrer acerca do vetado artigo 35 do *Codex* Processual Civil, no sentido de que “[...] a Presidente da República vetou o artigo 35 precisamente por entender, após consulta ao Ministério Público Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, que os pedidos de citação e intimação devem ser realizados através de auxílio direto [...]” (2016, p. 754).

De natureza internacional, a carta rogatória está prevista, também, no vigente Código de Processo Civil, em seu artigo 36, o qual prevê no *caput*, que o procedimento da carta rogatória, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de jurisdição contenciosa, sendo imprescindível assegurar aos litigantes as garantias do devido processo legal (THEODORO JR., 2015, p. 238).

A finalidade da carta rogatória, é ser utilizada para fins de prática de atos como “[...] cumprimento de decisão interlocutória, sempre que o ato estrangeiro constituir decisão a ser executada no Brasil” (THEODORO JR., 2015, p. 238).

Todavia, como o procedimento da carta rogatória é de jurisdição contenciosa, “[...] é necessário que se observem as garantias do devido processo legal para gerar, de fato, uma decisão apta a produzir efeitos em nosso país” (DONIZETTI, 2015, p. 29). Porém, destaque-se, conforme alerta Donizetti,

[...] o conflito de interesse deve-se limitar ao juízo de deliberação. Logo, a defesa deve-se restringir ao cumprimento ou não dos requisitos exigidos para que a decisão estrangeira produza seus efeitos no território nacional. O órgão jurisdicional brasileiro não detem competência para julgar ou modificar o mérito da decisão proferida no país que solicitou a cooperação. Trata-se do denominado sistema de contenciosidade limitada [...] (2015, p. 29).

Supramencionados requisitos, elencados no artigo 963 do Código de Processo Civil, cuja violação ou inobservância podem ser arguidos em matéria de defesa, são: decisão proferida por autoridade competente, precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; decisão eficaz no país em que foi proferida, e que não ofenda a coisa julgada brasileira; decisão acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado e; decisão que não contenha manifesta ofensa à ordem pública.

Compete aos juízes federais processar e julgar a execução da carta rogatória, após o *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com os artigos 109, X, e 105, I, “i”, ambos da Constituição Federal.

Destarte, quando um Estado necessita do auxílio de outro para a prática de ato de cunho processual decidido autoridade judiciária do país requerente, a figura da carta rogatória mostra-se fundamental e indispensável para o cumprimento desse ato (PORTELA, 2016, p. 727).

De outro vértice, a homologação de sentença estrangeira “[...] é o procedimento pelo qual se permite que uma sentença prolatada por outro Estado produza efeitos em território nacional [...] seguido da autorização para sua execução no Brasil” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 61).

O artigo 960, *caput*, do Código de Processo Civil prevê que a homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. Em que pese o disposto no artigo citado,

Além do tratado, também a lei nacional poderá dispensá-la, como, inclusive, está expresso no art. 961, § 5º, do Novo CPC, ao permitir que a sentença estrangeira de divórcio consensual gere efeitos no Brasil independentemente de homologação. Também a decisão interlocutória é cumprida no Brasil por carta rogatória, independentemente, portanto, de homologação (art. 960, § 2º, do Novo CPC). Dessa forma, nem sempre a decisão estrangeira precisa ser homologada para gerar efeitos no Brasil (NEVES, 2016, p. 1360).

A ação de homologação deverá obedecer o que dispuserem os tratados em vigor e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por força do disposto no artigo 960, parágrafo segundo do Caderno Processual Civil. Embora “[...] omissis o dispositivo, é natural que também as normas referentes ao tema consagradas no Novo Código de Processo Civil sejam observadas” (NEVES, 2016, p. 1360).

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, a ação de homologação de sentença estrangeira tem natureza constitutiva, “[...] já que a homologação pretendida cria uma nova situação jurídica, permitindo que a decisão estrangeira passe a gerar efeitos no Brasil” (2016, p. 1360).

Os requisitos indispensáveis a sua homologação, a serem analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, são os previstos no artigo 963 mencionado supra, cuja violação ou inobservância podem ser arguidos em matéria de defesa.

A decisão que homologa a sentença estrangeira impedirá a apreciação de outra ação com identidade de partes, *causa petendi* e objeto à julgada no exterior, por força da coisa julgada. Porém, se durante o trâmite do procedimento de homologação, uma ação igual (tríplice identidade com a do exterior) for julgada por autoridade judiciária nacional, a ação de homologação “[...] restará prejudicada, a ficar impedida a sua apreciação por conta da coisa julgada” (MADRUGA; MOUZALAS; NETO, 2016, p. 958).

Quando homologada “[...] a sentença estrangeira, ela produz efeitos *ex tunc*, retrocedendo até a data do trânsito em julgado no exterior” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 62).

Oportuno anotar:

[...] doutrina e jurisprudência são unânimes ao afirmar que não se trata de procedimento exclusivo de internalização de decisões jurisdicionais. Ao contrário, o mesmo procedimento pode e deve ser aplicado a decisões administrativas ou políticas, por exemplo, se no exterior tais decisões competirem a administradores ou políticos. Exemplos: o divórcio, em alguns Estados, compete ao prefeito municipal, ou, em alguns Estados, um ato administrativo pode ter conteúdo decisório (contencioso administrativo). Tais decisões são homologáveis, assim como as sentenças (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 61-62).

Enfim, deduz-se que a “[...] homologação de sentenças estrangeiras é, assim, um relevante instrumento de cooperação internacional, uma vez que se está aplicando

direito estrangeiro e dando-lhe eficácia plena em território nacional” (JUBILUT; MONACO, 2012, p. 63).

Compete aos juízes federais processar e julgar a execução da sentença estrangeira, após a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com os artigos 109, X, e 105, I, “i”, ambos da Constituição Federal.

Por fim, frise-se, sentenças de tribunais internacionais (tais como Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional e Corte Interamericana de Direitos Humanos – “[...] tribunais criados por Estados, mas que não estão vinculados a nenhum Estado específico”) devem ser compreendidas como sentenças internacionais e não estrangeiras, e, corolário lógico, prescindem de homologação. Afinal, julgam com base no Direito Internacional, e não com base em direito estrangeiro de um ou outro Estado (PORTELA, 2016, p. 753-755).

O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juiz federal competente, mediante requerimento da parte, seguindo-se as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional, e o pedido deverá encontrar-se instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do *exequatur*, tudo nos moldes do artigo 965, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Outrossim, deverá ser observado o procedimento do cumprimento de sentença, pois a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, e a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória, são considerados títulos executivos judiciais, a teor do exposto no artigo 515, incisos VIII e IX, do Caderno Processual Civil.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê os meios hábeis para impugnação das decisões referentes à homologação de sentença estrangeira e às cartas rogatórias (artigos 216-M, 216-U, 216-V, parágrafos primeiro e segundo, e 216-W – previsão para agravo e; para embargos, sendo que os embargos são referentes às decisões proferidas pelo juiz federal no cumprimento da carta rogatória). Além disso, segundo Elpídio Donizetti, o Supremo Tribunal Federal “[...] admite recurso extraordinário em face da decisão que homologa decisão estrangeira – no caso, sentença –, desde que haja afronta direta à Constituição” (2015, p. 729).

Traçados os pontos acima, extrai-se que o Novo Código de Processo Civil atribui grande relevância à cooperação jurídica internacional, ao tratar do tema em dois capítulos (da cooperação internacional e da homologação de decisão estrangeira

e da concessão *do exequatur* à carta rogatória). As fronteiras não mais se revelam como obstáculo à formação de relações jurídicas que se propagam por mais de um ordenamento jurídico (elemento de estraneidade), razão pela qual imperiosa a compreensão acerca da correta aplicação da ordem pública como princípio restritor, sob pena de frustrar a aplicação do direito estrangeiro.

## 4 O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA COMO EXCEÇÃO AO DIREITO ESTRANGEIRO

Com este capítulo, objetiva-se elucidar acerca da aplicação da ordem pública na seara do Direito Internacional Privado, onde mostra-se como verdadeiro princípio restritor. Busca-se, outrossim, citar alguns precedentes tratando sobre a ordem pública em relações marcadas pelo elemento estrangeiro. Por fim, fixam-se os principais pontos controvertidos acerca do tema.

### 4.1 Aplicação da ordem pública no Direito Internacional Privado

Ordem pública, conceito que, embora indeterminado, não é indeterminável. É princípio que gera debates na doutrina, vez que cabe ao hermeneuta conceituá-lo, para apenas após poder, com efeito, aplicá-lo ao caso concreto.

A sua aplicação no Direito Internacional Privado pode ser extraída da leitura do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que 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. Acerca da melhor interpretação do contido no artigo citado, Jacob Dolinger assinala:

Entendemos que a correta interpretação deste dispositivo é de que “as leis, atos e sentenças de outro país” referem-se à legislação estrangeira, aos atos emanados de algum poder constituído em país estrangeiro [...], ou seja, ato governamental, ato de qualquer poder delegado pelo governo; as declarações de vontade se referem a atos de particulares, como os contratos realizados no exterior.

Todos estes “não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (1997, p. 366).

A ordem pública está vinculada aos interesses nacionais e varia em cada sociedade, vez que leva-se em consideração a mentalidade do povo. O juiz, ao aplicar a lei, deverá estar atento aos princípios fundamentais da ordem jurídica de seu Estado (RECHSTEINER, 2016, p. 220-221).

É importante frisar que a definição de ordem pública leva em consideração o tempo e espaço (devido a sua instabilidade e relatividade, pois terá variada definição

dependendo da época e de fatores sociais e culturais), e a contemporaneidade (o juiz, ao analisar o caso concreto não deverá aplicar a lei observando a ordem pública da época do fato, mas sim a vigente, atual, a fim de manter o Direito relevante e de acordo com a evolução da sociedade) (RECHSTEINER, 2016, p. 220-221).

Fica a cargo do aplicador da lei decidir o que será considerado contrário ou não à ordem pública, uma vez que o legislador fora omissivo no que tange ao assunto. A aplicação da ordem pública, como princípio restritor, no Direito Internacional Privado, afasta a incidência da lei estrangeira indicada como aplicável a um caso concreto, e a “[...] consequência normal será aplicar a *lex fori*. A recusa em aplicar a lei estrangeira e sua substituição pela lei local poderá ser de efeito negativo ou de efeito positivo” (DOLINGER, 1997, p. 364-365; RECHSTEINER, 2016, p. 220-221).

O efeito negativo, resulta quando a lei nacional proíbe algo que a lei alienígena permite (poligamia, escravidão, juros demasiado abusivos etc.), sendo inadmitido conferir aplicabilidade à lei permissiva; conquanto o efeito positivo ocorre nas situações em que a lei estrangeira reputa como defeso aquilo que a lei nacional permite (casamento interracial, divórcio, alimentos entre certas relações de parentesco etc.), sendo que em casos tais, “[...] a ordem pública local exige que se conceda o direito ou a faculdade proibidos ou desconhecidos pela lei pessoal” (DOLINGER, 1997, p. 365).

Maristela Basso traz em sua doutrina, algumas remissões normativas, não exaustivas, as quais esclarecem acerca do controverso conteúdo da ordem pública contido no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

- **Constituição Federal de 1988**: art. 1º, incisos I a V, sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil; art. 4º, sobre os princípios que regem as relações internacionais; art. 5º, sobre direitos e garantias individuais e coletivas; arts. 170 ss sobre os princípios gerais da atividade econômica no ordenamento brasileiro, art. 222, sobre a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora;
- **Código Bustamante**: arts. 4º e 5º, sobre preceitos gerais de ordem pública internacional. Código Civil de 2002: art. 166, inciso II, sobre invalidade do negócio jurídico; art. 1.134, sobre sociedade estrangeira e sociedade dependente de autorização;
- **Código de Defesa do Consumidor**: art. 51, incisos I a XVI, sobre as hipóteses de nulidade absoluta de cláusulas contratuais envolvendo fornecimento de produtos e serviços; art. 52, sobre dever de informação prévia e adequada ao consumidor em contratos de fornecimento de produtos ou serviços relacionados à outorga de crédito ou concessão de financiamento; art. 53, sobre nulidade absoluta de cláusulas em contratos de venda e compra de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações ou alienações fiduciárias em garantia, estabelecendo perda total de prestações pagas em benefício do credor;

- **Lei Antitruste:** arts. 20 e 21, sobre condutas anticoncorrenciais;
- **Lei da Arbitragem:** art. 2º, § 1º, sobre escolha da lei aplicável e violação à ordem pública; e art. 39, sobre a não homologação de sentenças arbitrais comerciais internacionais em caso de violação de ordem pública. (2016, p. 381, grifo nosso).

E continua seus ensinamentos, referindo que para se aferir o âmbito de aplicação do artigo 17 supracitado, “a doutrina brasileira consagrou a expressão *fórmula tríplice*”. Significa dizer que o dispositivo em comento fixa os critérios de limitação à aplicação do direito alienígena pelo juiz nacional, quais sejam, a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Esses critérios são “[...] amplos e [...] ficam sujeitos à interpretação do aplicador da norma, além de serem objeto de debate em sua extensão” (BASSO, 2016, p. 381).

Ressalte-se que “[...] a ideia de ordem pública também abrange claramente as noções de soberania nacional e de bons costumes [...]” (PORTELA, 2016, p. 682).

Enquanto a soberania nacional refere-se “[...] à autoridade suprema do Estado em seu território e a sua independência”, de tal modo que “[...] não poderão ser aplicadas normas estrangeiras que afetem essas premissas” (PORTELA, 2016, p. 682); os bons costumes “[...] se extraem dos preceitos de ordem moral, ligados à honestidade familiar, ao recato do indivíduo e à sua dignidade social, resultantes da aplicação da moral segundo entendem os povos cultos” (NEVES, 2011, p. 207).

Enfim, não se aplicará o direito estrangeiro “[...] quando este for contrário à ordem pública, ou seja, quando violar os princípios fundamentais da ordem jurídica interna ou quando se chocar com as noções basilares da própria estrutura do Estado e da sociedade” (PORTELA, 2016, p. 681).

Impende salientar que a ordem pública não reside necessariamente “[...] na proteção de direitos subjetivos propriamente ditos da pessoa, como poderia falsamente se supor”. Antes de mais nada, a ordem pública encontra-se associada

[...] à proteção de um interesse social-público nas relações jurídicas privadas, passando pelas normas que organizam estruturas constitucionais, administrativas, familiares, econômicas, enfim, aquelas de grande importância dentro dos valores e fundamentos da ordem jurídica doméstica. (BASSO, 2016, p. 387).

Beat Walter Rechsteiner acresce que “os tratados internacionais preveem, regularmente, cláusulas de reserva da ordem pública nos seus textos, quando determinam o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão

internacional”. Tais cláusulas preveem “[...] o direito do juiz de aplicar a ordem pública da *lex fori* quando a aplicação do direito estrangeiro, no caso concreto, for manifestamente incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica interna” (2016, p. 200).

Como exemplo, o autor cita

A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado de 8 de maio de 1979, celebrada em Montevideu, estabelece no seu art. 5o, em termos gerais, que “a lei declarada aplicável por uma convenção de direito internacional privado pode ser recusada no território de um Estado signatário que a considere manifestamente contrária aos princípios de sua ordem pública” (RECHSTEINER, 2016, p. 200).

Valerio de Oliveira Mazzuoli explicita que a exceção da ordem pública não discrimina o direito estrangeiro, mas apenas não reconhece sua aplicação no âmbito nacional, enquanto respeitando a sua qualidade como estrangeiro. Não há que se falar em discriminação à norma “[...] violadora da nossa ordem pública, eis que não pode o Estado da *lex fori* declarar [...] nula ou inválida uma norma [...] editada em país estrangeiro, sequer tendo poder para tanto, cabendo-lhe, [...] inaplicá-la na nossa ordem jurídica” (2015, p. 175).

Necessário ter em mente que não será aplicado no Brasil o direito estrangeiro que ofenda a ordem pública brasileira, pois se a lei, ato, sentença estrangeiros “[...] em causa eventualmente ofender o direito estrangeiro, mas não o nosso, poderá perfeitamente ser aplicado pelo juiz nacional; não teria sentido invocar a ordem pública do país da *lex causae*, que para o juiz do foro é irrelevante” (MAZZUOLI, 2015, p. 179).

Há na doutrina, aqueles que fazem distinção entre ordem pública e normas de aplicação imediata ou *lois de police* (MAZZUOLI, 2015, p. 179).

Para invocar a exceção da ordem pública, o julgador primeiramente deve buscar nas regras de Direito Internacional Privado o direito aplicável – nacional ou alienígena –, para apenas após utilizar a exceção em detrimento da lei estrangeira. Os que defendem a distinção do princípio com as *lois de police*, sustentam que estas são aplicáveis *incontinenti*, “[...] antes de qualquer indagação sobre qual norma será aplicada ao caso concreto [...]”. Significa dizer que “[...] o juiz do foro aplica, de plano, ou seja, imediatamente, a norma imperativa prevista em seu ordenamento jurídico,

em razão da constatação de que os interesses em jogo são de grande relevância para o deslinde do caso concreto” (MAZZUOLI, 2015, p. 179).

No Brasil, a expressão lei imperativa está positivada no artigo 166, inciso VI, do Código Civil, que prevê ser nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa. Para Valerio de Oliveira Mazzuoli, “tal disposição concretiza, [...] a aceitação das normas de aplicação imediata como limites à validade dos negócios jurídicos, inclusive em sede de conflitos de leis no espaço com conexão internacional”. Acrescenta, todavia, que “o Código [...] não definiu o que vêm a ser tais leis imperativas, deixando para a doutrina e para a jurisprudência esse mister” (2015, p. 183).

Para os adeptos das *lois de police*, “[...] as normas de aplicação imediata são aquelas que visam preservar direitos tidos como essenciais a uma comunidade de pessoas no âmbito de um determinado Estado, a exemplo dos ligados às relações de trabalho e consumo” (MAZZUOLI, 2015, p. 183).

Sobre a natureza das normas ditas como imediatamente aplicáveis, são unilaterais. Esse unilateralismo se deve ao fato de que há “[...] superioridade do interesse estatal ligado a um determinado assunto, tido como essencial à sua população em geral, capaz de afastar a aplicação de quaisquer ordens potencialmente aplicáveis” (MAZZUOLI, 2015, p. 184).

Nadia de Araujo esclarece que “no Brasil, a LINDB fala tão somente de ordem pública, razão pela qual a distinção não faz parte do dia-a-dia dos tribunais [...]” (2016, p. 313).

Assim sendo, a doutrinadora supra diferencia as normas que regem conflitos de Direito Internacional Privado das *lois de police* da seguinte forma: enquanto as primeiras “[...] atendem aos ditames de uma civilização comum, ou seja, o respeito às regras de sistemas distintos, mas não incompatíveis”; as segundas objetivam “[...] a preservação da coerência do ordenamento jurídico interno, ou seja, [...] garantir o cumprimento integral da norma interna” (ARAUJO, 2016, p. 61).

Acresça-se, normas de aplicação imediata podem ser extraídas de legislações “[...] internas, a exemplo de todas as normas de direitos fundamentais expressas na Constituição” e; de normas internacionais, previstas em tratados versando sobre direito humanos “[...] (mas não só deles) ratificados e em vigor no Estado. Tanto uma quanto outra categoria prevalecem, em razão de sua superioridade hierárquica, às

normas conflituais presentes no Direito interno (constantemente, v.g., na LINDB)” (MAZZUOLI, 2015, p. 184).

A problemática quanto a esse instituto, é o mesmo que o da ordem pública, pois fica a critério do julgador definir o que é norma imperativa. Dessarte,

[...] esse procedimento há de ter lugar senão excepcionalmente, quando efetivamente houver norma imperativa a preservar valores importantes (essenciais) à comunidade dos cidadãos do Estado e ao próprio Estado, a fim de se evitar a utilização indiscriminada desse expediente, que poderia, inclusive, fragmentar a própria existência do DIPr.

Seria fácil ao juiz do foro entender todas as normas internas como de “aplicação imediata” para se furtar à pesquisa e investigação do direito aplicável quando presente uma questão típica de DIPr. Assim, repita-se, a aplicação das normas imperativas deve ser realizada com cautela, e apenas quando tiver o julgador completa certeza de que se trata de norma cujos valores que comporta são notoriamente essenciais à comunidade dos cidadãos do Estado do foro (MAZZUOLI, 2015, p. 185).

De qualquer sorte, destaque-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nada dispõe sobre *lois de police*, sendo forçoso concluir que mesmo quando invocado o princípio da ordem pública em seu lugar, o efeito prático será o mesmo: aplicação do direito local.

Até mesmo porque, como visto, as normas de aplicação imediata dizem respeito a regras de observância imperativa em uma sociedade e, caso o direito estrangeiro as ofenda gravemente, haverá violação à ordem pública.

Ao que tudo indica, prudente é a análise da lei diversa da nacional indicada como aplicável a caso *sub judice*, para então verificar se haveria ou não ofensa à ordem pública (nela compreendida a soberania nacional e os bons costumes, conforme entendimento acima esposado) acaso utilizada no lugar da *lex fori*.

## 4.2 A divergência na visão jurisprudencial

Oportuno analisar alguns casos práticos, para ter uma noção de como os tribunais diferentemente interpretam e aplicam o princípio a hipóteses concretas submetidas a julgamento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 16/10/06, a Sentença Estrangeira Contestada, n. 866, relatoria do Ministro Felix Fischer, cujo objeto era a homologação de sentença arbitral estrangeira, decidiu que a “[...] decisão homologanda ofende a

ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (artigo 37, II da Lei nº 9.307/96)”, não comprovada na hipótese.

No julgamento ocorrido em 19/09/07, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental interposto em face da decisão dos Embargos Declaratórios, na Sentença Estrangeira n. 1554, relatoria do Ministro Barros Monteiro, cujo objeto era homologação de acordo judicial estrangeiro, que previa a guarda compartilhada de filhos menores entre pai canadense e mãe brasileira, decidiu que violava a ordem pública, a “[...] inequívoca renúncia à jurisdição brasileira para dirimir eventuais litígios relativos à guarda de menores”.

Abaixo, serão citados precedentes dos tribunais superiores, e de tribunais estadual e distrital, versando sobre a mesma matéria, e em ordem cronológica (de acordo com as respectivas classes de tribunal – superiores e estaduais), para demonstrar a relatividade e a mutabilidade com o decorrer do tempo, do que é considerado contrário à ordem pública.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória, n. 5332, julgado em 26/05/1993, relatoria do Ministro Octavio Gallotti, decidiu que configura ofensa à ordem pública a concessão de *exequatur* à carta cujo objeto era a citação de devedor de jogo de azar (dívida que não obriga a pagamento pelo Código Civil atual, vide artigo 817, assim como no de 1916, em seu artigo 1.477), sob o seguinte fundamento:

Assim entendo, menos pelo motivo de constituir obrigação meramente natural a dívida de jogo (art. 1.477 do Código Civil), do que por se tratar, caso concreto, como efetivamente se trata, de débito proveniente da exploração de jogo de azar, em lugar acessível ao público. Essa prática acha-se tipificada, como contravenção penal, pela lei brasileira (art. 50 do Decreto-lei nº 3.688-41).

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Regimental para reconsiderar a decisão de fls. 65 e indeferir o *exequatur* (CR 5332 AgR / EUA, Superior Tribunal Federal, Relator Min. Octavio Gallotti, DJ 2/06/1993).

Doutro vértice, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 30/06/08, o Agravo Regimental na Carta Rogatória, n. 3198, relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, decidiu em sentido contrário, pelos motivos a seguir:

Não ofende a soberania do Brasil ou a ordem pública conceder *exequatur* para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro, onde tais pretensões são lícitas (AgRg na CR 3198 US 2008/0069036-9, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 11/09/08).

O eminente relator deixou claro que, em se tratando apenas de um ato citatório, a análise na concessão do *exequatur* deve ser restringido ao ato rogado pela autoridade estrangeira na carta. Assim sendo, descabe ao magistrado brasileiro analisar a *causa petendi* ou mesmo o objeto da ação em trâmite no exterior. Caberá, no juízo de delibação, avaliar e ponderar se ao cumprir o ato rogado, estaria ou não configurada ofensa à ordem pública brasileira. Concluiu que o rogo de uma citação, para oportunização de contraditório e defesa no bojo dos autos estrangeiros, é incapaz de resultar em tal ofensa (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

Acrescentou também, que disposições constantes no ordenamento jurídico interno do país rogado, não podem servir como óbice à efetivação da justiça no país rogante, mormente porque a lide será julgada pelo juiz do país que requereu a medida, conforme os ditames do ordenamento jurídico estrangeiro. Afinal, não se tratada de uma ação ajuizada no Brasil, e nem de um jogo realizado no território nacional (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

Destacou que não se pode ingressar no mérito da ação aforada no estrangeiro, mas tão somente dizer se o ato rogado pode ou não ser cumprido no Brasil, sem indagar se a pretensão deduzida na ação estrangeira seria julgada procedente caso aqui fosse ajuizada e julgada. Salientou, inclusive, que a concessão do *exequatur* sequer é fundada no pressuposto de estar o autor com razão segundo o ordenamento jurídico brasileiro, pois compete ao juiz da causa estrangeira prestar a jurisdição nos limites de seu território e de acordo com as suas leis (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

O Ministro Fernando Gonçalves acompanhou o voto do relator, afirmando que não é o momento adequado para verificar se há ou não ofensa à ordem pública, pois o pedido de citação não se equipara à homologação de sentença estrangeira para execução da dívida. Fez a ressalva de que haveria violação à ordem pública, a homologação da sentença alienígena mencionada linhas acima, para possibilitar a cobrança da dívida de jogo (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

De igual modo posicionou-se o Ministro Castro Meira, assinalando que a concessão de *exequatur* ao mero pedido de citação é possível, enquanto eventual

pedido de execução encontraria óbice intrasponível na proibição, no Brasil, do jogo e sua consequente dívida (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

Por seu turno, Tribunais estaduais já foram além, reconhecendo a possibilidade de cobrança de dívidas de jogos contraídas no exterior.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento de embargos infringentes cíveis autuados sob o n. 4492197, em 14/10/98, relatoria do Desembargador Wellington Medeiros, decidiu que é lícita a cobrança de cheque emitido para o pagamento de dívida de jogo, contraída no exterior, onde é lícita a exploração de tal atividade. A ementa da decisão restou assim formatada:

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR. PAGAMENTO COM CHEQUE DE CONTA ENCERRADA. ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. ORDEM PÚBLICA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NÃO CONSIDERA O JOGO E A APOSTA COMO NEGÓCIOS JURÍDICOS EXIGÍVEIS. ENTRETANTO, NO PAÍS EM QUE OCORRERAM, NÃO SE CONSUBSTANCIAM TAIS ATIVIDADES EM QUALQUER ILÍCITO, REPRESENTANDO, AO CONTRÁRIO, DIVERSÃO PÚBLICA PROPALADA E LEGALMENTE PERMITIDA, DONDE SE DEDUZ QUE A OBRIGAÇÃO FOI CONTRAÍDA PELO ACIONADO DE FORMA LÍCITA.
2. DADA A COLISÃO DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS NO TOCANTE À EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA DE JOGO, APLICAM-SE AS REGRAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PARA DEFINIR QUAL DAS ORDENS DEVE PREVALECER. O ART. 9º DA LICC VALORIZOU O *LOCUS CELEBRATIONIS* COMO ELEMENTO DE CONEXÃO, POIS DEFINE QUE, "PARA QUALIFICAR E REGER AS OBRIGAÇÕES, APLICAR-SE-Á A LEI DO PAÍS EM QUE SE CONSTITUÍREM."
3. A PRÓPRIA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL LIMITA A INTERFERÊNCIA DO DIREITO ALIENÍGENA, QUANDO HOVER AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL, À ORDEM PÚBLICA E AOS BONS COSTUMES. A ORDEM PÚBLICA, PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, É A BASE SOCIAL, POLÍTICA E JURÍDICA DE UM ESTADO, CONSIDERADA IMPRESCINDÍVEL PARA A SUA SOBREVIVÊNCIA, QUE PODE EXCLUIR A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO.
4. **CONSIDERANDO A ANTINOMIA NA INTERPENETRAÇÃO DOS DOIS SISTEMAS JURÍDICOS, AO PASSO QUE SE CARACTERIZOU UMA PRETENSÃO DE COBRANÇA DE DÍVIDA INEXIGÍVEL EM NOSSO ORDENAMENTO, TEM-SE QUE HOVE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR PARTE DO EMBARGANTE, QUE ABUSOU DA BOA FÉ DA EMBARGADA, SITUAÇÃO ESSA REPUDIADA PELO NOSSO ORDENAMENTO, VEZ QUE ATENTATÓRIA À ORDEM PÚBLICA, NO SENTIDO QUE LHE DÁ O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.**
5. **DESTARTE, REFERENDAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PERPRETADO PELO EMBARGANTE REPRESENTARIA AFRONTA MUITO MAIS SIGNIFICATIVA À ORDEM PÚBLICA DO ORDENAMENTO PÁTRIO DO QUE ADMITIR A COBRANÇA DA DÍVIDA DE JOGO.**

6. RECURSO IMPROVIDO (TJ-DF - EIC: 4492197 DF, Relator: WELLINGTON MEDEIROS, Data de Julgamento: 14/10/1998, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJU 10/02/1999 Pág. : 22, grifo nosso).

No caso daqueles autos, restou comprovado que o embargante contraiu dívidas no cassino da embargada, oriundo de jogos e apostas, as quais foram pagas com cheques a serem descontados em um banco do Estado da Flórida, nos Estados Unidos. Entretanto, a ordem de pagamento foi desrespeitada pois o embargante encerrou a conta bancária (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

O relator votou pelo provimento dos embargos, por entender que ofende a ordem pública a cobrança de dívida de tal natureza, invocando o artigo 1.477 do Código Civil de 1916, combinado com o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

A Desembargadora Adelith de Carvalho Lopes, revisora, a cujo voto aderiram os demais Desembargadores, assentou que à hipótese se aplica o artigo 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. Ressaltou que a exceção da ordem pública deve ser invocada tão somente quando ameaçada a base social, política e jurídica do Estado com a aplicação da lei estrangeira (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

Salientou que jogos e apostas não são negócios jurídicos exigíveis para o ordenamento jurídico pátrio, por ser obrigação natural destituída de eficácia jurídica, vez que não são atos jurídicos e sequer criam direitos no ordenamento jurídico interno (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

Todavia, acentuou a revisora, ao reportar-se à sentença proferida pelo juízo *a quo*, de lavra do Doutor Teófilo Rodrigues Caetano Neto, no país em que o embargante jogou e apostou, tais atividades encontram-se abrigadas pela licitude, consideradas diversão pública e legalmente permitida, pelo que se conclui ter a obrigação sido contraída de forma lícita. A desembargadora somou a isso, o fato de que houve enriquecimento sem causa por parte do embargante, que abusou da boa-fé da parte adversa, por “ardil jurídico” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

Ponderou a douta julgadora, que de um lado, tem-se uma dívida inexigível aos olhos da ordem pública interna; de outro, o locupletamento ilícito advindo da má-fé do embargante, cenário que também é repudiado pelo ordenamento, e igualmente atentatório à ordem pública, na acepção que lhe dá o Direito Internacional Privado. Deduziu incumbir ao Judiciário aferir qual dos dois “ataques” seria melhor suportado pelo Direito pátrio. Chegou à conclusão de que a violação do *pacta sunt servanda* e da boa-fé quando contraída a obrigação, representam violação mais grave do que a pretensão monitória deduzida pela embargada em sua inicial (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

Digno de nota o voto do Desembargador Ângelo Passareli, vogal, no sentido de que jogos de azar não estão abarcados pelo artigo 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, vez que estão presentes no meio social brasileiro, sob gerenciamento de entes integrantes da administração indireta, como as loterias, e de particulares, como as casas de bingo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 1998).

Similar posicionamento foi sufragado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao proferir acórdão na apelação cível registrada sob o n. 70004571725, em 14/11/02, relatoria do Desembargador Sergio Luiz Grassi Beck. Eis a ementa do *decisium*:

AÇÃO MONITÓRIA. VALIDADE DO CRÉDITO CONCEDIDO POR HOTEL ESTRANGEIRO. JOGO DE AZAR. SUSTAÇÃO DE CHEQUE. É válido o crédito concedido por hotel estrangeiro, ainda que para custear jogo de azar no cassino deste, vez que se mostra atividade lícita no país onde se localiza o estabelecimento. Descabida a sustação dos cheques emitidos para cobertura do crédito. Apelo desprovido. Unânime (Apelação Cível Nº 70004571725, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 14/11/2002).

O relator realçou que a parte autora – dos embargos monitórios – e seu marido viajaram do Brasil para o exterior, em busca de lazer no requintado balneário de Punta Del Este, e hospedaram-se em luxuoso hotel cassino. Do hotel requereram empréstimo para custeio de jogatina no cassino, e emitiram cheques para pagamento. Frisou que a dívida foi contraída licitamente, em país onde o jogo de azar é legalizado e, ainda, o débito originou-se empréstimo, e não propriamente do jogo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2002).

Deduziu que não pode a apelante valer-se da própria torpeza invocando a legislação brasileira a seu favor, o que feriria o interesse nacional pois situações como a julgada trazem má fama ao turista brasileiro e ao país, mormente quando o objetivo é claramente o de gastar e nada pagar, sustando os cheques sob a justificativa de que se trata de dívida de jogo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2002).

Resta evidenciada, com este tópico, levando-se em conta os julgados acerca de dívidas de jogos de azar, a ausência de consenso sobre o que efetivamente é ou não contrário à ordem pública, o que corrobora o entendimento de que sua conceituação está estreitamente ligada à linha de pensamento de cada magistrado, ao interpretar o caso *sub judice*.

#### **4.3 A noção de ordem pública e sua atuação como válvula de escape discricionária**

Ante a inviabilidade de conceituação definitiva de ordem pública, resta claro que a mutabilidade desta figura é de suma importância, pois busca acompanhar a evolução da sociedade, porém, abre margem para a discussão acerca de qual seria a correta aplicação deste princípio restritor.

Como visto, a ordem pública atua no Direito Internacional Privado, impedindo a inobservância de regras jurídicas imperiosas do ordenamento jurídico, impedindo a aplicação da lei alienígena caso esta for contrária à própria ordem pública, impondo respeito aos interesses do Estado. Cuida-se de verdadeira cláusula de exceção ao direito estrangeiro (RECHSTEINER, 2016, p. 220-221).

De um lado, deve ser destacada a importância da ordem pública quando observado o princípio da soberania nacional, pois a lei alienígena jamais poderá encontrar-se hierarquicamente superior a um dispositivo legal nacional. De outro vértice, há a possibilidade de o julgador, de forma temerária invocar a ordem pública, por mostrar-se mais cômodo no momento de decidir a matéria de questão posta em liça, a qual envolve o elemento de estraneidade.

Nesse sentido, é a doutrina de Jacob Dolinger, alertando acerca da problemática do preceito ora esboçado, referindo que a ordem pública, no Direito Internacional Privado, serve como "[...] válvula de segurança [e] é, todavia, abusivamente utilizada por aqueles que resistirem à aplicação da lei estrangeira por

não assimilar adequadamente a noção de comunidade jurídica internacional" (1997, p. 380).

De fato,

É preciso que se tenha em vista que ao princípio da ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com os fundamentos do direito de cada grupo nacional.

São duas forças que se mantêm em estado de potencial antagonismo. De um lado, as regras de conexão que indicam a aplicação de leis estrangeiras pelo juiz do foro e, de outro lado, ou melhor, acima e soberano, o princípio da ordem pública, a que o juiz pode recorrer a qualquer hora para impedir a aplicação da norma legal estrangeira, neutralizando a regra de conexão do D.I.P. (DOLINGER, 1997, p. 380).

Conclui-se que a conceituação deste princípio está longe de ser tema pacífico entre os estudiosos, conforme leciona Florisbal de Souza Del'Olmo, a "[...] ordem pública é de difícil e controversa definição, variando ao sabor de interesses e ideologias no tempo e no espaço, uma vez que a lei não a define" (2014, p. 113).

Assim sendo, incumbe ao juiz e aos Tribunais, diante de um caso concreto, decidir o que é contrário à ordem pública, a conceituando diante das peculiaridades de cada caso. Necessário ter em mente que os órgãos do Poder Judiciário "[...] são soberanos para apreciar se a norma jurídica estrangeira [...] é ou não admissível no foro, se o ato realizado ou o contrato firmado no exterior pode ou não ter eficácia [...], se a sentença estrangeira [...] é ou não exequível" (DOLINGER, 1997, p. 365).

Ocorre que, com essa ampla margem de discricionariedade conferida ao julgador, poderá este "[...] repelir a aplicação da lei estrangeira, substituindo-a pela *lex fori*, mediante a invocação do princípio da ordem pública, o que poderá ocorrer [...] pelo desejo de simplificar e facilitar a decisão de uma matéria, submetendo-a à lei local", de mais fácil aplicação (DOLINGER, 1997, p. 365-366).

Portanto, deve ser observada a necessidade de o princípio ora estudado permanecer, de certa forma, indeterminado, com fins de possibilitar a sua mutabilidade, para melhor aplicação no caso concreto. Destaca-se, ainda, que a invocação da ordem pública se mostra como barreira, a qual é utilizada em face de lei alienígena contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se afirmar, com tranquilidade, que referido princípio é imprescindível para a concretização de outro princípio, qual seja, o da soberania nacional, previsto no

artigo 4º, Inciso I, da Constituição Federal de 1988. Como acima referido, nenhuma lei advinda do exterior poderá encontrar-se em patamar hierárquico superior a lei brasileira e, caso com esta se choque gravemente, não poderá ser aplicada em solo pátrio.

Em que pese caber ao julgador da causa preencher o conceito de ordem pública, é necessário ressaltar que com o advento do Novo Código de Processo Civil, há enfoque na necessidade de satisfatória fundamentação das decisões, sob pena de nulidade, e não se considera fundamentada a decisão que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida – meramente invocar o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo –; empregar conceitos jurídicos indeterminados – tal como a reserva da ordem pública, que varia conforme os sabores de uma sociedade –, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão – quando o julgador apenas referir que deixa de reconhecer a aplicabilidade da lei alienígena por entender que tal é contrária à ordem pública, sem explanar o porquê chegou à conclusão adotada –; não enfrentar todos os argumentos trazidos à baila pelas partes, capazes de infirmar a conclusão adotada e; limitar-se a invocar súmula ou precedente, sem adequá-lo às peculiaridades do caso *sub judice*. É o que se extrai da leitura do artigo 11, combinado com o 485, parágrafo 1º, inciso II, ambos do *Codex Processual Civil*.

Humberto Theodoro Júnior esclarece que há “[...] necessidade de o juiz explicar o motivo da incidência do conceito vago ao caso concreto, para evitar a arbitrariedade na sua aplicação nas decisões judiciais”, mormente quando “[...] a legislação moderna cada vez mais vem se utilizando de conceitos vagos e indeterminados”, cujo conteúdo é de variável definição, “[...] como meio de adequar-se à realidade em que hoje vivemos, caracterizada pela velocidade com que as coisas acontecem e os relacionamentos sociais se modificam” (2015, p. 1088).

Nas palavras de Jacob Dolinger, a ordem pública busca evitar que no esforço de “[...] respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre as nações, de construir a harmonia jurídica internacional, por meio de um sistema que garanta a continuidade do comércio internacional e a segurança nas relações jurídicas internacionais”, sejam criadas “[...] 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 (1997, p. 381)”.  
Mas, reitera-se, com a necessidade de a ordem pública permanecer como conceito indeterminado – frise-se, não significa indeterminável –, abre-se margem para a excessiva discricionariedade por parte do julgador, que poderá invocar o princípio por desídia, aplicando de forma não efetiva, o Direito Internacional Privado e, por consequência, frustrando a cooperação entre os povos. Com essa possibilidade de incúria, o exposto no artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 – cooperação entre os povos – pode restar não concretizado.

Além do mais, a ausência de consenso jurisprudencial acerca do que é ou não contrário à ordem pública pode abalar a segurança jurídica, mormente quando levado em consideração os posicionamentos completamente opostos nos precedentes trazidos à baila anteriormente, versando sobre a mesma matéria.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso teve como escopo analisar a ordem pública, na acepção que lhe dá o Direito Internacional Privado. Foi levantada a problemática envolvendo a previsão legislativa vaga e genérica da ordem pública como princípio que tem como finalidade o impedimento da aplicação do direito estrangeiro que ofender a ordem pública nacional, no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Primeiramente, foi demonstrada a diferença entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado sendo que, enquanto aquele cuida das relações entre países na qualidade de entes soberanos, este cuida das relações travadas entre particulares, marcadas pelo elemento de estraneidade. Constatado que um dos objetos do Direito Internacional Privado é o conflito de leis no espaço, indicando qual a lei aplicável aos casos nos quais as relações jurídicas se projetam em mais de um ordenamento jurídico.

Concluiu-se que quando indicada pelas normas de Direito Internacional Privado, a lei estrangeira como sendo a aplicável, esta deverá ser substituída pela lei do foro quando revelar-se ofensiva à ordem pública nacional.

Afinal de contas, cediço que conforme o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 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.

Todavia, diante da omissão do legislador quanto ao que é ou não considerado contrário à ordem pública, tal função foi deixada ao aplicador da lei, a quem incumbe conceituar a ordem pública diante de casos concretos. Para a doutrina consultada, na noção de ordem pública estão abrangidos os bons costumes e a soberania nacional.

A ordem pública, dessarte, pode ser conceituada como o conjunto de valores essenciais de uma sociedade, variando no tempo e espaço, mutável conforme os sabores da época. É a base social, moral e política de um Estado, revelando-se inivável o reconhecimento de efeitos em solo pátrio, de direito estrangeiro incompatível com tais valores, como por exemplo, o casamento poligâmico que fere a monogamia consagrada pelo Direito de Família no Brasil.

A ordem pública, no plano interno, neutraliza vontades dos nacionais que se mostrem contrárias às leis internas cogentes; e no Direito Internacional Privado, impede a inobservância de regras jurídicas imperiosas do ordenamento jurídico, vedando a aplicação da lei alienígena caso esta for contrária à própria ordem pública, impondo respeito aos interesses do Estado soberano.

O julgador, ao aplicar a exceção da ordem pública, deverá estar atento à contemporaneidade, pois deverá levar em conta a ordem pública vigente e atual, e não aquela da época do fato.

Num segundo momento, foi abordada a cooperação jurídica internacional e suas modalidades, assim como incidência da ordem pública em tal cooperação. Fora ressaltado que a cooperação jurídica internacional guarda estreita relação com o Direito Internacional Privado, pois cuida de situações marcadas pelo elemento estrangeiro, o que pode ser constatado na homologação de sentenças estrangeiras, e no cumprimento de diligências deprecadas por autoridades alienígenas.

Realçou-se que os pedidos passivos de cooperação jurídica internacional – concessão de *exequatur* à carta rogatória, auxílio direto –, ou seja, aqueles advindos de Estado estrangeiros, serão recusados se configurarem manifesta ofensa à ordem pública, consoante redação dada ao artigo 39 do Código de Processo Civil. Observou-se a adição do adjetivo “manifesta” à violação da ordem pública apta a afastar o pedido de cooperação, termo que não estava previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que evidencia a intenção do legislador de limitar a invocação da exceção da ordem pública. De igual modo, não será homologada a sentença estrangeira que se revele manifestamente ofensiva à ordem pública, vide artigo 963, VI, do Código de Processo Civil. Afinal, de nada adiantaria a cooperação jurídica internacional se o princípio restritor pudesse ser invocado imotivadamente ao alvedrio do aplicador da lei.

No terceiro momento, após terem sido traçadas as linhas acima, buscou-se elucidar acerca dos efeitos da aplicação da ordem pública como barreira ao direito estrangeiro.

Frisou-se que a consequência da utilização do princípio será a aplicação da lei do foro, ou seja, a lei nacional, pois o direito estrangeiro indicado pelas regras de Direito Internacional Privado mostrou-se irreconciliavelmente incompatível com o que

dispõe o ordenamento jurídico pátrio, causou choque no julgador, ao verificar o conteúdo do direito alienígena indicado como aplicável.

O princípio da ordem pública, então, poderá ter um efeito positivo ou negativo. O efeito negativo, resulta quando a lei nacional proíbe algo que a lei alienígena permite, sendo inadmitido conferir aplicabilidade à lei estrangeira permissiva; já o efeito positivo é constatado nas situações em que a lei estrangeira reputa como defeso aquilo que a lei nacional permite.

Na análise de precedentes selecionados sobre um determinado tema – dívidas de jogos de azar –, envolvendo a ordem pública como barreira ao direito estrangeiro, verificou-se a ausência de consenso entre os julgadores sobre o que efetivamente ofende ou não a ordem pública. Tal divergência demonstrou que a conceituação do princípio está estritamente ligada à linha de pensamento de cada magistrado, ao interpretar o caso *sub judice*.

Concluiu-se pela necessidade da ordem pública, como conceito vago, permanecer como tal, para permitir a sua adaptabilidade e mutabilidade no momento de aplicação a casos práticos, pois não se pode conceitua-la de uma forma taxativa ou categórica. De fato, apenas diante de um caso concreto é que se pode avaliar o possível abalo que uma lei, ato ou sentença estrangeira pode provocar na ordem pública nacional. Porém, meras incompatibilidades legislativas (como algumas formalidades exigidas aqui e não lá, como por exemplo, presença de um número “X” de testemunhas para validade de um testamento, dentre outras diferenças tênues e não chocantes) não podem ser compreendidas como ofensivas ao princípio, pois são naturais e decorrentes das diferentes sociedades de cada Estado. A incompatibilidade e conseqüente ofensa devem ser graves, aptas a causar desconforto ao aplicador da lei ao constatar o conteúdo do direito alienígena.

O Novo Código de Processo Civil prevê requisitos essenciais à fundamentação das decisões judiciais, o que pode servir como freio à aplicação não satisfatoriamente motivada da ordem pública para afastar o direito estrangeiro.

Mas, mesmo assim, com a necessidade de a ordem pública permanecer como conceito indeterminado e vago, abre-se margem para a excessiva discricionariedade por parte do julgador, que poderá invocar o princípio por desídia, vez que a lei do foro é mais cômoda ao aplicador da lei, que poderá decidir os casos de forma mais célere do que analisando o direito de outro país.

Como visto, não há uma solução prática para a possibilidade de discricionariedade depositada nas mãos do hermenêuta ao invocar a ordem pública como exceção ao direito alienígena, mas apenas indicação por parte da doutrina, de que a tal princípio deve-se recorrer com parcimônia e cautela, sob pena de frustrar a razão de ser do Direito Internacional Privado.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Renata. *Direito internacional público e privado*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado teoria e prática brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Rio, 1906.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm]. Acesso em: 31.05.2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del4657.htm]. Acesso em: 31.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L9307.htm]. Acesso em: 31.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L6815.htm]. Acesso em: 31.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/L10406.htm]. Acesso em: 31.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei Ordinária n. 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos em matéria civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

\_\_\_\_. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Autoridade Central. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/autoridade-central/autoridade-central]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Redes de Cooperação Jurídica. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/redes-de-cooperacao]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 3198. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 30 jun. 2008. Disponível em: [http://www.stj.jus.br]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Sentença Estrangeira n. 1554. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 19 set. 2007. Disponível em: [http://www.stj.jus.br]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Disponível em: [http://www.stj.jus.br]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 866. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 17 mai. 2006. Disponível em: [http://www.stj.jus.br]. Acesso em: 30.05.2016.

\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória, n. 5332. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 26 mai. 1993. Disponível em: [http://www.stf.jus.br]. Acesso em: 30.05.2016.

COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. Instrumento que cria uma Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa. Disponível em: [http://www.rjcplp.org/sections/sobre/anexos/historia-da-criacao-da5554/downloadFile/attachedFile\_f0/Criacao\_RJCPLP.pdf?nocache=1358943601.96]. Acesso em: 30.05.2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes Cíveis n. 4492197, da Segunda Câmara Especial Cível. Relator: Wellington Medeiros. Brasília, DF, 14 out. 1998. Disponível em: [http://www.tjdft.jus.br]. Acesso em: 30.05.2016.

DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. *Revista dos Tribunais*, Porto Alegre: RT, v. 828, p. 33-42, out. 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARO, Felipe Waquil; TESHEINER, José Maria. Cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil: sentença estrangeira, carta rogatória e auxílio direto. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC – doutrina selecionada – parte geral*. Vol. I, 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HILL, Flávia Pereira. Considerações sobre a cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC – doutrina selecionada – parte geral*. Vol. I, 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra; MONACO, Gustavo Ferraz e Campos. *Coleção saberes do direito 56 – direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. *Manual do candidato: noções de direito e direito internacional*. 4. ed. Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro. *Processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MALHEIRO, Emerson Penha. *Manual de direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional privado curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado teoria e prática*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.  
Reglamento de La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional,  
Iberred. Disponível em: [<https://iberred.org/sites/default/files/reglamento-de-la-red-iberoamericana-de-cooperacin-juridica-internacional.pdf>]. Acesso em: 30.05.2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70004571725, da Segunda Câmara Especial Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, RS, 14 nov. 2002. Disponível em: [<http://www.tjrs.jus.br>]. Acesso em: 30.05.2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.