

O PÓS-POSITIVISMO E A NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DO SÉCULO XXI

Liana Memória Cardoso*

RESUMO:

O artigo propõe uma aplicação menos dogmática e mais complementar do princípio da ordem pública nas relações de direito internacional privado, no contexto da cooperação jurídica internacional da ordem econômica internacional deste século, marcada pela transnacionalização dos fenômenos jurídicos e a necessidade de flexibilização de conceitos e atos em consequência, para uma completa adaptação e inserção dos países nessa ordem global.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Ordem Pública. Pós-positivismo.

ABSTRACT:

The paper proposes a less dogmatic and more complementary application of the principle of the public order in the private international legal relationships, in the context of international the legal cooperation of international the economic order of this century, marked for the transnationalization of the legal phenomena and the necessity of making flexible some concepts and acts in consequence, for a complete adaptation and insertion of the countries in this global order.

KEYWORDS – Private International Law. Public Order. Post-positivism.

* Advogada. Especialista em Direito do Estado. Mestranda em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília

SUMÁRIO

1. Introdução
2. A evolução jurídica do pós-positivismo
3. A mutabilidade do conceito de ordem pública
4. A cooperação jurídica internacional no Brasil – breve histórico e perspectivas
5. Conclusões
6. Referências

1. Introdução

Planeta Terra. Início do Século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser, e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.¹

A passagem acima citada, de autoria do jurista Luís Roberto Barroso, demonstra, a despeito do apelo romântico que contém, a exata dimensão do grau de evolução da sociedade, num contexto pós-guerras mundiais, pós-crisis do petróleo, mas, principalmente, pós-derrocada das idéias socialistas, com a queda do Muro de Berlim e a abertura econômica da ex-União Soviética de Mikail Gorbachev, nos final dos anos oitenta e início dos anos noventa.

¹ Trecho extraído do texto de Luís Roberto Barroso, em **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. In Cadernos de Soluções Constitucionais 1. Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. São Paulo:Malheiros Editores, 2003. Pg. 150.

Segundo análise de filósofos, sociólogos e juristas – como Ianni² - que vêm acompanhando a seqüência dos fatos e das transformações ocorridas no seio das sociedades modernas, a velocidade das informações e a efemeridade que as trocas e intercâmbios que delas decorrem descortinaram uma nova ordem, um novo século, onde restaram superadas as idéias da razão pura, do individualismo, do ser humano como centro das idéias e do mundo, bem como do positivismo jurídico. A visão interativa, o agir comunicativo³, a transdisciplinariedade, a ação cosmopolita transformou-se em mais do que um ato solidário, humanista ou diplomático, mas em uma necessidade para fins de inserção dos países nessa aldeia global.⁴

Este estudo é destinado, pois, a contextualizar o instituto da Ordem Pública, do Direito Internacional Privado, concebendo-lhe uma noção pós-

² Sobre o autor, consultar sua obra IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 1999.

³ Teoria desenvolvida por Habermas, o agir comunicativo (interrelacionado, interdisciplinar, interdependente) seria a força legitimadora do poder político e do ordenamento jurídico de um Estado, na esteira da teoria do discurso: “Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturadas discursivamente. (...) **A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis**” (grifei) HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. 2ª. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003. Pg. 213.

⁴ O termo “aldeia global”, firmado por Marshall McLuhan, e amplamente veiculado no Brasil, por Octavio Ianni, designa “A noção de aldeia global é bem uma expressão da globalidade das idéias padrões e valores sócio-culturais, imaginários. Pode ser vista como uma teoria da cultura mundial, entendida como cultura de massa, mercado de bens culturais, universo de signos e símbolos, linguagens e significados que povoam o modo pelo qual uns e outros situam-se no mundo, ou pensam, imaginam, sentem e agem”. IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 1999. Pg. 117.

moderna, adaptada aos proclames relacionais entre os Estados hoje, pugnano por uma aplicação do Direito e uma interpretação constitucional e de princípios jurídicos voltados à otimização da cooperação jurídica internacional, indispensável num mundo complexo, multipolarizado, onde as empresas e as pessoas físicas circulam com extrema facilidade através das nações, estabelecendo relações novas, sob o pálio de um direito transnacional, e, por vezes, supranacional, requerendo, então, uma nova visão jurisdicional e do papel do juiz e dos juristas na solução de conflitos e controvérsias nacionais ou de efeitos nas jurisdições nacionais, dessas novas relações advindas, a fim de conferir-lhes atualidade, eficácia e justiça, colaborando para a harmônica relação entre os sujeitos de direito/partes nacionais e estrangeiros.

Como nas palavras de Antenor Madrugá, então

A compreensão da eficácia da decisão judicial estrangeira necessita que se a observe sob a perspectiva mais ampla de cooperação entre jurisdições. Ou de **complementaridade entre jurisdições, tendo como pressuposto essencial constatação de que a característica global das sociedades atuais, ainda juridicamente vinculadas a Estados soberanos, produz fatos e ameaças sociais transjurisdicionais suficientes para comprometer a eficácia do poder jurisdicional e a própria justificação do Estado como a organização suprema e independente de pacificação social.** O controle desses fatos e ameaças transjurisdicionais pelos próprios Estados, essencial para a efetividade de suas funções soberanas, não existirá no mundo de hoje sem que as jurisdições se complementem por estreita cooperação.(...) **Assim, a cooperação jurídica internacional não mais se justifica apenas pelo interesse das partes ou por cortesia entre Estados. A eficácia interna das decisões judiciais estrangeiras antes vista como potencial ameaça à soberania e, portanto, mantida sob rígidos controles de exequatur, se apresenta hoje ainda mais essencial à efetividade das funções soberanas.**⁵ (grifei)

⁵ MADRUGA, Antenor. **O Brasil e a Jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional.** In: MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (org.). **Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos:** Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo:Quartier Latin, 2006, Pg. 92-93.

E evidente que não se trata aqui de se desconsiderar a ordem interna dos países, ou de menosprezar suas soberanias ou seus regramentos jurídicos positivos, mas de adotar um direito mais reflexivo⁶, integrado, complementar e não oposto à ordem mundial capitalista e as relações globalizadas, sob pena de ser ultrapassado, sob pena de uma exclusão da rede inter-relacional de países no mundo pós-anos noventa.

Assim, as ordens jurídicas dos Estados, bem como os limites à jurisdição estrangeira, característica do poder soberano de cada um deles, permanecem os mesmos, o que muda é a sua aplicação, de forma mais dinâmica, integrada, flexibilizada, menos dogmática e rígida, permitindo a eficácia e legitimidade dos atos de poder interno. Então, descabe falar em perda de soberania ou na existência de um “Estado Mundial”⁷, da ausência de fronteiras, mas de alargamento das bases comerciais e diplomáticas, a requerer uma maior interação e cooperação entre os Estados, e uma interpretação flexível dos conceitos públicos, não a ferir o ordenamento, mas a permitir sua

⁶ A tese do direito reflexivo, criada por Gunther Teubner, e difundida no Brasil, por José Eduardo Faria em FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Pg. 09, apregoa que: “Neste cenário altamente cambiante, o direito positivo – tal qual tem sido entendido convencionalmente, como o ordenamento jurídico do Estado-nação – passou a enfrentar um dilema cruel: se permanecer preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e, por fim, de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado, e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso de deixe seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver comprometida sua identidade sistêmica e, como consequência, de terminar sendo desfigurado como referência normativa”

⁷ Como em DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva 2001, onde se faz alusão a hipótese de existência de um Estado Mundial, onde as soberanias internas dos países que viessem a formá-lo, seriam subsumidas à geral, à ordem do Estado Mundial.

complementação, à ausência de norma ou solução específica e eficaz para o caso concreto sob análise.

Prevalecem, então, os ditames de Amílcar de Castro⁸, quando este diz: que “*a cada Estado corresponde necessariamente, pelo menos, uma ordem jurídica, também chamada de ordem estatal, ou ordem interna, em oposição à ordem jurídica internacional.*”, a despeito da discussão da adoção da doutrina monista ou dualista do direito internacional, de haver uma ordem interna e uma internacional, independentes ou não uma em relação a outra, posto que em um caso ou em outro, os limites impostos pela ordem pública têm origem em cada ordenamento jurídico pátrio, embora seus efeitos possam ser considerados, segundo Dolinger⁹, na ordem interna e externas.

No exercício do seu poder soberano, o Estado pode lançar mão do princípio da ordem pública, quando não lhe convier aceitar, homologar, uma decisão estrangeira ou um procedimento estrangeiro em seu território, quando esta for de encontro com a ordem pública, contra os valores, os pilares do Estado Nacional de Direito. Referendando esse posicionamento, Nádía de Araújo acentua:

Apesar das críticas ao seu uso demasiado, a ordem pública é válvula de escape que pode auxiliar a dar ao sistema de conflito de leis a flexibilidade necessária a sua própria manutenção, especialmente porque o método conflitual, nos moldes tradicionais, não mais atende aos reclames do momento.¹⁰

⁸ CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2005, p. 09.

⁹ Nas palavras de Dolinger: “(...) a fonte de que promana a ordem pública é sempre nacional, podendo haver duplicidade de efeitos, assim resumindo sua posição: “uma e única, com relação à fonte geradora ou ao órgão elaborador; dual ou dupla, no que tange aos efeitos de sua aplicação ou incidência” Dolinger, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 8ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 397

¹⁰ Araújo, Nádía de. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. 3ª. Ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p. 100.

Nessa linha de pensamento, está positivado na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 17 de 1942:

As leis, atos e sentenças de outro país, bem como qualquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a **ordem pública** e os bons costumes. (sic)

Cabe, diante da lacuna que a lei abre, para a via interpretativa, e ante a inexistência de uma enumeração taxativa ou exaustiva do que seja ordem pública para o Direito Brasileiro, ao juiz, utilizando-se das regras de interpretação, dos princípios, costumes, do bom senso e da visão sistemática e teleológica, proceder à melhor interpretação para a contenda que se lhe apresentar. No mesmo sentido, Nádia de Araújo afirma que:

Tratando-se da Constituição, de o DIPr como um sistema de regras e princípios, com a prevalência desses últimos sobre as primeiras, a hermenêutica assume um papel maior para indicar os caminhos adequados para a interpretação necessária, limitando-se o poder julgador através da argumentação jurídica, informada pelos princípios da interpretação constitucional.¹¹

É nesse sentido que a jurisprudência pátria vem caminhando, no sentido da efetiva cooperação jurídica internacional, seja admitindo tutelas de urgência, seja permitindo o cumprimento de diligências ou procedimentos judiciais em território brasileiro, que, ao juízo de delibação, não maculem a ordem pública, ou seja, os valores e os princípios em que se fundam o Estado e sua ordem jurídica interna, mas utilizando-se de tal discricionariedade numa visão mais integrativa, mais complementar e menos fria, literal, rígida e adversa à cooperação, que é objeto de reciprocidade, num mundo onde as relações

¹¹ Op. cit., p. 103-104.

globais são vitais para a sobrevivência do Estado, na era pós-moderna, de hegemonia das forças capitalistas.

2. A evolução jurídica - o pós-positivismo.

Da Revolução Francesa, em 1789, rompendo com a ordem absolutista e feudal, e da Declaração que dela se seguiu (1791), inaugurou-se, na era moderna, a positivação de direitos, a fim de emprestar eficácia aos mesmos, quando opostos a outros, e de dar segurança jurídica às relações daquele mundo livre que acabava de ser inaugurado. Daí por diante, e abrangendo uma gama cada vez maior de fenômenos jurídicos, o positivismo jurídico instaurou a era das codificações, a tipificar condutas, regulá-las e a coibir abusos e desigualdades.

A ruptura para com a ordem absolutista fez, então, surgirem, anseios opostos a toda e qualquer restrição às liberdades individuais, pelo que o mundo moderno nasceu juntamente com o regime liberal, onde a “felicidade” buscada era a individual¹². Ao Estado competiam as funções administrativas,

¹² Esse individualismo buscado na era liberal, encontra justificação nas palavras de Hayek, senão vejamos: “O individualismo tem hoje uma conotação negativa e passou a ser associado ao egoísmo. Mas o individualismo a que nos referimos, em oposição a socialismo e todas as outras formas de coletivismo, não está necessariamente relacionado com tal acepção. Por enquanto podemos dizer que o individualismo, que a partir de elementos fornecidos pelo cristianismo e pela filosofia da antiguidade clássica pôde desenvolver-se pela primeira vez em sua forma plena durante a Renascença e desde então evoluiu e penetrou na chamada civilização ocidental, **tem como características essenciais o respeito pelo indivíduo como ser humano, isto é, o reconhecimento da supremacia de suas preferências e opiniões na esfera individual, por mais limitada que esta possa ser, e a convicção de que é desejável que os indivíduos desenvolvam dotes e inclinações pessoais.**” (grifei) HAYEK, Friedrich Auguste. **O Caminho da Servidão**. Tradução Anna Maria Copovilla, José Ítalo Sette e Liane de Moraes Ribeiro. Instituto Liberal/ Editora Nórdica, Rio de Janeiro: 1984, p. 40.

burocráticas, de administração e fiscalização das relações travadas entre os indivíduos.

No entanto, nas décadas que se seguiram, as relações livres travadas foram contestadas por movimentos e aglomerações sociais/sindicais, que exigiram maior ingerência do Estado, legislando e coibindo abusos nas relações, em prol da felicidade, do bem-estar, da coletividade. Dessa contestação, surgiram direitos sociais e uma nova visão de Estado, garantidor da segurança jurídica e da ordem pública, mas também concretizador do bem-estar da sociedade, passando-se a incluir no conceito de Estado, além dos elementos povo e território, a finalidade de atender aos anseios dos seus representados. Aliada a esta doutrina, a teoria econômica de Keynes, encontrou seu par e, juntas, embasaram a intervenção do Estado na economia e nas relações privadas, com o fito de concretizar um plano macro e que satisfizesse a coletividade, eliminando as individualidades, consideradas nocivas. Esse pensamento se adequou ao momento histórico pós-primeira guerra e pós-crise mundial de 1929, provocando a planificação econômica e o dirigismo político.

Esse estatismo e a política do *Welfare State* serviram de suporte para a reconstrução das nações destruídas pelas guerras mundiais e teve seu auge nos anos sessenta. No entanto, o agigantamento do Estado e do alcance de sua intervenção passaram a ser questionados, mormente com as crises do petróleo de 1973 e 1979, as quais tiveram efeito de alcance mundiais, tanto para países diretamente afetados pelas altas dos preços do petróleo (controlados pela OPEP), quanto para terceiros, via reflexa, revelando a ineficiência e a insustentabilidade do enorme aparelho estatal social-liberal, que

teve que recorrer a empréstimos internacionais para estancar a crise e, a partir daí, trabalhar num novo regime político econômico que favorecesse o crescimento de outros agentes econômicos, a suprir as falhas do Estado e garantir o desenvolvimento do mesmo, adotando uma postura de maior interação, de troca e de cooperação para com outros, em nível internacional.

No âmbito jurídico, da Era das Codificações e do Positivismo Jurídico, nascidos da Revolução Francesa, a criação de cada vez mais normas, interrelacionadas, gerou um pluralismo jurídico exacerbado, ou seja, a criação de cada vez mais normas a interferir em todas as searas, públicas ou privadas, e se fez o caos legislativo, a inflação normativa, que resultou na ineficácia das mesmas, em face da nova ordem internacional, neoliberal e desestatizante e em face da efemeridade das trocas comerciais e da evolução das relações em sociedade, especialmente após a queda da ordem socialista, no final dos anos oitenta e início dos noventa e a hegemonia da ordem capitalista.

Assim, como bem acentua Barroso, vive-se a pós-modernidade jurídica, na qual:

No Direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado Liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no welfare state. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. **O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.** (grifei).¹³

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Extraído de www.jus.com.br, acesso em 19 de julho de 2007, p.. 02.

Para superar o caos legislativo e suprir as lacunas interpretativas decorrentes da velocidade das transformações do cenário político e social, as quais a atividade legiferante do Estado não consegue acompanhar, em termos de atualidade e eficácia, surgiu a tendência a uma exegese casuística, baseada na ponderação de interesses, na argumentação, na busca de alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação¹⁴, tudo em conformidade com a ordem pública, que se pretende evolutiva e não de isolamento para com a novíssima ordem internacional, do século XXI, para com a globalização, para com a sociedade global.

Mas isso não exclui e nem diminui a importância da norma posta, da norma constitucional, mas tão somente a complementa, preenchendo-a de legitimidade e eficácia, em face dos fenômenos pós-modernos, para que não se esvazie seu conteúdo. Há, assim, não uma delegificação, mas uma otimização em sua interpretação, em sua aplicação aos casos concretos globalizados. Há uma nova visão para o que seja soberania, para o que seja igualdade, para o que seja ordem pública, entendendo-se esta última, como a consumação dos interesses hodiernos do Estado.

Nessa esteira, próprio e adequado é o pensamento de Fiúza:

A importância da Jurisprudência de Valores foi a de ver o Direito como ciência voltada para a conduta ética e a de se preocupar com o justo. Os valores e princípios passam a ser um recurso de interpretação. Tudo isto prepara terreno para o pós-positivismo e para as teorias da argumentação.¹⁵

Dessa visão mais sistemática, mais interdisciplinar, mais interrelacional, mais comunicativa da era pós-moderna que atravessamos, observa-se uma

¹⁴ Idem, p. 04.

¹⁵ FIÚZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 9ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97.

relação de coordenação entre a norma positivada e o conjunto de valores imiscuídos na sociedade, complementando-se mutuamente, assim, como em Barroso

(...) O princípio, com certeza, **não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível – ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.¹⁶ (grifei)

Em termos de cooperação jurídica internacional, tal tendência também começa a se observar nos tribunais brasileiros, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário competente, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias, vem inovando na interpretação das normas pátrias e buscando um melhor, legítimo e eficaz resultado para as demandas que lhe são submetidas, em termos de cooperação, sendo que o limitador da ordem alienígena, a “ordem pública” nacional, também vem sendo objeto de exegese, tendente a uma maior cooperação jurídica, aproximando os valores e interesses que fundam o Estado Brasileiro, às relações internacionais e fenômenos jurídicos pós-modernos.

3. A mutabilidade do conceito de ordem pública

O mundo está em transformação; fatores econômicos, políticos e sociais corroboram para esta mudança; o ordenamento jurídico, sob pena de ilegitimidade, deve corresponder aos anseios do detentor do poder constituinte:

¹⁶ Op. cit., p. 15.

o povo, que, decerto, não se coaduna com o atraso, o isolacionismo, pois todos buscam o desenvolvimento e, mais especificamente, na aldeia global que se lhe apresenta, a inserção na rede inter-relacional dos Estados e das corporações transnacionais.

Nas relações de Direito Internacional Privado, então, consubstanciando-se a vontade de se relacionar, o conceito de ordem pública não deve obstaculizar o propósito da cooperação. Máxime, deve servir de controle para atos que atentem contra o conjunto de valores e os princípios de direitos embutidos no seio da nossa sociedade e inseridos em nossa Carta Magna.

Assim, *prima facie*, a ordem pública é de natureza interna, nacional. Pensar uma ordem pública internacional seria admitir a possibilidade de ingerência desta sobre as soberanias nacionais, ferindo-as, decerto. O que há, no tocante a definição de ordem pública é a explicitação dos valores nacionais, que produzem efeitos, tanto interna quanto internacionalmente, porém sujeitando-se à autorização, à confirmação, à validação pelos ditames e princípios pátrios. É assim no Direito Internacional Público, onde os tratados e acordos internacionais sujeitam-se à ratificação pelos ordenamentos jurídicos, ou pelo menos a sua autorização. É assim no Direito Internacional Privado, onde a homologação ou a cooperação internacionais dependem da conformidade para com o desejo do povo, de conservação dos seus valores, ideais e segurança. Assim, só existe, a princípio, uma ordem pública, um conjunto de axiomas, a interno, e que pode ser oposta à outra estrangeira, quando lhe confrontar. Em Dolinger, se colhe afirmação semelhante:

a fonte de que promana a ordem pública é sempre nacional, podendo haver duplicidade de efeitos, assim resumindo sua posição: “uma e única, com

relação à fonte geradora ou ao órgão elaborador; dual ou dupla, no que tange aos efeitos de sua aplicação ou incidência.¹⁷

Um estudo do doutrinador supra citado, qual seja, “*A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*” originou-se de tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado, em 1979. No posterior desenvolvimento de suas idéias e nas obras que se seguiram, o autor não abordou, porém, um fenômeno que tem implicações no conceito de ordem pública, quanto a sua origem, e que, hodiernamente, nos é muito oportuno observar, isto é, a consubstanciação do Estado Supra-nacional, tendo na União Européia seu único e completo exemplo até os dias atuais.

Isso porque, a União Européia, como soma das vontades soberanas de cada Estado-membro, se constitui em sujeito de Direito internacional, cujo conjunto de valores, positivados, se sobrepõem, em alguns aspectos, aos nacionais de seus membros, explicitando a existência de um direito que caminha em paralelo com os pátrios individualmente, o Direito Supranacional e, que, em determinadas circunstâncias, sobre estes prevalecem, ressalvados os direitos de retirada dos países membros desta Comunidade. Assim, poderíamos pensar, além da ordem pública interna, numa ordem pública supranacional, neste caso, o que não exclui as internas dos Estados-partes, mas as condiciona.

É evidente, que ao pensar na existência ou não de uma ordem pública internacional, diferente da interna e que pudesse a esta se sobrepor, se quer explicitar, pela evolução da sociedade, que, dada à globalização, há uma

¹⁷ Op. cit, p. 396.

tendência à aproximação de interesses, ao surgimento de valores compartilhados por todas as nações – ou quase todas – já que o intento é de inserir-se na ordem econômica internacional do século XXI e, neste contexto, a cooperação é fator essencial do sucesso das relações. Talvez assim se possa interpretar hoje, as palavras de Dolinger em 1979:

Modernamente começa-se a delinear um aspecto totalmente novo da ordem pública no plano internacional, uma ordem pública verdadeiramente internacional, uma ordem pública de caráter universal, que ao invés de impedir a aplicação de determinadas leis estrangeiras, objetiva a colaboração no plano legislativo e jurisdicional para atingir objetivos que interessam à sociedade internacional como um todo.¹⁸

Se, então, mesmo que exista uma supranacional, não se exclui que a ordem pública é interna, fica ela adstrita ao fecho axiológico que rege o ordenamento jurídico pátrio. Se houver, por acaso, ruptura da ordem constitucional, mudança de regimes, de ideologias, de condução das políticas pública e da economia que informem um novo suporte valorativo do Estado, a ordem pública acompanha essas mudanças, interferindo no juízo de delibação, quanto a aplicação, homologação e autorização de procedimentos judiciais estrangeiros, em lugar dos nacionais.

Acolhem-se, então, as palavras de Nádia de Araújo, para quem ordem pública:

Não é passível de definição, pois reflete a filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, aferindo-se pela mentalidade e pela sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época.¹⁹

¹⁸ DOLINGER, Jacob. **A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro, 1979. pg. 07.

¹⁹ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

É, pois um conceito mutante, e, portanto, o que se considera impedimento hoje, embasado na ordem pública, pode não o ter sido ontem, e pode não o ser amanhã. Essa mutabilidade é o que se observa no Brasil, atualmente, com a mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, observa-se, vem em muitos aspectos sendo superada, para emprestar modernidade, eficácia e cooperação e reciprocidade, não significando, contudo, essa superação, ferimento à ordem constitucional, aos valores que informam nossa sociedade hoje, à ordem pública.

4. A cooperação jurídica internacional no Brasil – breve histórico e perspectivas

As relações de Direito Privado brasileiras são regidas pelo Código Civil. Os conflitos de Direito Internacional Privado resolver-se-ão, *a priori*, segundo as disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, a partir do seu artigo 7º, que dispõe sobre a resolução do conflito de leis no espaço, aplicando-se, ora a *lex fori*, ora a lei do domicílio, conforme o caso em concreto e a melhor solução à lide.

No artigo 17 da LICC, expressa a restrição à aplicação da lei estrangeira, quando:

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.

Assim vem-se decidindo desde 1916. A particularidade no julgamento das lides, no entanto, quanto ao que significa ordem pública, é que têm, dentro dos respectivos contextos históricos, é que têm influenciado as decisões e que,

hodiernamente, tem provocado a mudança de entendimento nos Tribunais Superiores.

Colaboram para essa mudança de entendimento, a otimização das relações internacionais, a harmonização e/ou a aproximação legislativa para com os ordenamentos jurídicos das demais nações, facilitando as trocas, a assinatura de tratados e acordos de cooperação internacional com uma gama cada vez maior de países e, claro, o movimento de Constitucionalização dos ramos do Direito, inclusive o Civil, que se observa no século XXI, segundo a teoria pós-positivista, querendo significar, segundo bem observa Fiuza:

(...) Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privados, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.²⁰

O Supremo Tribunal Federal, órgão judicante máximo e competente para homologar as sentenças estrangeiras e conceder o *exequatur* a cartas rogatórias até a publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, explicitou, ao longo dos anos, interpretação restritiva ao conceito de ordem pública, para fins de controle das decisões e procedimentos provenientes do estrangeiro. Tal exegese, contudo, já antes da mudança de competência operada pela Emenda supra citada, começou a se flexibilizar, podendo-se destacar o voto do Ministro Marco Aurélio de Melo na CR 9897/EU, no qual o mesmo faz uma análise do

²⁰ Op. cit., p. 119.

que seja ordem pública e bons costumes, contextualizando seu voto, senão vejamos dos excertos:

(...) Afirma-se pretender a empresa autora da ação reaver quantia decorrente de dívida de jogo, não reconhecida no Brasil. Alega-se que a cobrança acarretará atentado à ordem pública. (...) A própria Lei de Introdução ao Código Civil limita a interferência do Direito alienígena, quando houver 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 houve 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 perpetrado 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. No mesmo sentido, ante o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - apelações nºs 577.331 e 570.426 - precedentes citados pelo Requerente e noticiados no voto do relator. Portanto, acolho o pedido de homologação formalizado. 3. Pelas razões acima, defiro a execução desta carta rogatória, a ser remetida à Justiça Federal do Rio de Janeiro para a ciência pretendida. (grifei)

De 2004 em diante, com a competência transferida para o STJ, pode-se perceber, pequena mudança de entendimento, mormente no tocante a concessão de tutelas de urgência e quanto a autorização de atos de caracteres executórios, senão vejamos dos trechos de alguns julgados mais recentes:

(...) Trata-se de homologação de sentença estrangeira de divórcio proferida na Justiça de Primeira Instância do Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos da América. (...) Conforme a Resolução no. 9, de 04 de maio de 2005/STJ é admissível a concessão de tutela de urgência no âmbito da sentença estrangeira. Viabilizada a tutela, observa-se que a hipótese dos autos está dentre aquelas em que se admite a concessão da antecipação do provimento jurisdicional. O caráter alimentar da dívida, por si só, caracteriza a existência de risco de danos de difícil reparação, máxime, tendo em vista a pendência do julgamento definitivo da homologação. Por outro lado o requerido não contesta a paternidade, o que revela responsabilidade como genitor do menor. **Tais as razões expendidas, neste momento provisório vertente, defiro o pedido para antecipar a tutela**

pleiteada, condenando o requerido a (...), conforme consignado em sentença estrangeira sob análise (grifei).²¹

(...) A das G R, traz à homologação sentença de adoção da menor A S R, proferida pelo Tribunal de Família e Menores da cidade de Bissau, na República da Guiné-Bissau, como pedido de tutela antecipada a fim de que possa matricular sua filha em qualquer escola do território nacional até que seja proferida a sentença de homologação. (...) Por isso, defiro o pedido de tutela de urgência tão somente para permitir que a menor, A S R, seja matriculada em qualquer escola do território nacional, até o término desta ação.²²

Ou ainda, quanto a atos de caráter executórios, a serem autorizados no Brasil:

(...) O Juízo de Instrução n. 2. de Monforte Lemos, Espanha, solicita, mediante esta carta rogatória, a emissão pelo Banco Santander, Santo Amaro, São Paulo, de “certidões comprovativas das contas bancárias cuja titularidade é do senhor CVQ (...), tanto correntes, quanto de poupanças, fundo de pensões ou qualquer outro tipo de contratos de valores. (...) Não há falar, ademais, em ofensa à soberania nacional, ou à ordem pública, até mesmo porque, na ordem jurídica interna, a quebra do sigilo pode ser decretada quando necessária para a apuração de ilícito penal (...) Assim, ainda que haja a inclusão, nas diligências requisitadas, de atos executórios (...) a quebra de sigilo bancário pode ser cumprida ante a garantia de aplicação do princípio da reciprocidade. (...) Ante o exposto, concedo o exequatur.²³

Por fim:

(...) O Tribunal de Reggio Emilia, Itália, solicita, mediante esta carta rogatória, a intimação do representante legal da “Herbaflora Produtos Naturais Ltda” para que pague ou apresente “oposição”, no prazo e nas condições assinadas no texto rogatório de fls. 3-170. (...) A hipótese dos autos trata de matéria prevista no art. 88 do Código de processo Civil, cuja competência da autoridade brasileira é relativa. Dessa forma, o conhecimento das ações é concorrente entre as jurisdições nacional e estrangeira. No tocante à prescrição da obrigação e da alegada existência de

²¹ STJ, SEC 746/US, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/08/07.

²² STJ, SEC 1601-EX Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 02/08/06.

²³ CR 1924/ES, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28/06/07.

fraude à lei, as questões relacionam-se à defesa a ser apresentada pela interessada na Justiça italiana, pois na concessão do exequatur não cabe examinar o mérito da causa a ser decidida no exterior. (...) Por fim, o objeto desta carta rogatória não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública, pois não trata de pedido executório, mas de ato de comunicação processual.(...) A simples intimação, por si só, não afronta a ordem pública ou a soberania nacional(...).²⁴

Assim, como se depreende da leitura dos julgados supra, a Resolução Superior Tribunal de Justiça – Res n. 09/05, também obsta a homologação de sentença estrangeira ou a concessão de *exequatur* quando em perigo a ordem pública ou a soberania, mas, em outros artigos, flexibiliza os procedimentos de reconhecimento de atos alienígenas, buscando a melhor interpretação da vontade do Estado, aliada à globalização dos fenômenos jurídicos, otimizando a cooperação jurídica internacional e inserindo-se na ordem internacional vigente. Como nas observações de Dolinger e Nádia de Araújo, respectivamente, a interpretação do que seja ordem pública, para efeitos de cooperar ou não com outras nações, a jurisprudência pátria denota, ainda que propedeuticamente, que começa a caminhar *pari passu*, com a evolução da sociedade global, senão vejamos:

A ordem pública terá constituído, no entendimento da hermenêutica, a ***mens legis***, entendimento este que pode, perfeitamente **alterar-se com a mudança das condições sociais**. Fica demonstrada assim a tese de que a aplicação do princípio da **ordem pública** baliza-se pelos princípios gerais de um sistema jurídico, nos quais estão incluídos os direitos fundamentais, que – na acepção de Léna Gannagé – compõem o bloco constitucional, integrado não só pela Constituição, como também pelos direitos humanos garantidos por tratados internacionais. Essa aplicação pode ter sua eficácia ampliada pelo **uso da teoria da argumentação jurídica, como metodologia adequada da corrente hoje denominada pós-positivista**.²⁵

²⁴ CR 2449/IT, STJ Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 12/06/07.

²⁵ Op. cit., p. 40 e 26, respectivamente.

Essa nova visão do Direito, pós-positivista, flexível, busca dar a ordem pública, no contexto histórico-social mundial de hoje, interpretação atualizada, emprestando eficácia às decisões judiciais, por meio da argumentação, da ponderação de interesses, teorias pós-modernas do Direito que, os Tribunais Superiores, começam, ainda que timidamente, a acompanhar.

5. Conclusões

O pós-positivismo do século XXI descortina a gênese de uma nova era em matéria de cooperação jurídica internacional, onde prevalecem os princípios da complementaridade, da reciprocidade, onde prevalece a conjunção de esforços, nacionais e internacionais, buscando solução mais adequada a lides extra-territoriais do mundo globalizado e cujas fronteiras estão sendo modificadas a todo momento. Corroborando esse pensamento, Fiúza explicita:

(...) A idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas 'fontes superiores': Constituições, tratados, princípios, valores. Não se trata de retornar a um ordenamento fundado em um centro. (...) Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos. (...) Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais.²⁶

A tendência a uma interpretação flexível e menos apegada à dogmática positivista traz à cooperação jurídica internacional ares pós-modernos, mais legítimos, mais eficientes, mais aplicáveis às relações travadas na aldeia global que hoje se apresenta e que é de inevitável influência e efeitos nas ordens

²⁶ Op. cit., p. 97-98.

jurídicas internas daqueles países que não se pretendem excluídos dessa novíssima ordem internacional.

6. Referências

ARAÚJO, Nádia de. ***Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira***. 3ª. Ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. In Cadernos de Soluções Constitucionais 1. Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. São Paulo:Malheiros Editores, 2003. Pg. 150-184.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2005.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 8ª. Ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2005.

_____. **A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro, 1979.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9ª. Ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: ente faticidade e validade**. Vol. I. 2ª. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003.

HAYEK, Friedrich Auguste. **O Caminho da Servidão**. Tradução Anna Maria Copovilla, José Ítalo Sette e Liane de Moraes Ribeiro. Instituto Liberal/ Editora Nórdica, Rio de Janeiro: 1984.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 1999.

MADRUGA, Antenor. **O Brasil e a Jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional.** In Machado, Maíra Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (org.). **Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça.** São Paulo:Quartier Latin, 2006.