

A ORDEM PÚBLICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*

EL ORDEN PÚBLICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO

*Raphael Carvalho de Vasconcelos***

*Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks****

Resumo: *A ordem pública conforma instituto que protege a moralidade local e obsta a aplicação da lei indicada pela regra de conexão à solução da lide multiconectada ou à homologação de sentenças e concessão de exequatur a cartas rogatórias estrangeiras incompatíveis com os padrões socioculturais do foro. A relatividade constitui sua principal característica e a aferição da conveniência e da oportunidade de sua aplicação tradicionalmente ficava, por inexistirem parâmetros objetivos aparentes à dotação de seu conteúdo, a cargo da discricionariedade judicial. Com base no método dedutivo-indutivo de pesquisa, pretende-se, em um primeiro momento, analisar o traslado do discurso dos direitos humanos ao direito internacional privado e propor a estabilização do conteúdo da ordem pública. Em seguida, mecanismos limitadores da arbitrariedade judicial contidos no novo código de processo civil brasileiro devem ser conjugados com a proposta inicial na construção de proposta tendente a promover maior segurança jurídica e previsibilidade. Como hipótese central do estudo, tem-se que a obrigatoriedade da fundamentação fixada no diploma processual renova as expectativas de plena eficácia da constituição federal quando da aplicação da ordem pública do direito internacional privado.*

Resumen: *El orden público es un instituto que protege a la moral local*

* O presente artigo, com enfoque específico no novo código de processo civil e em seu impacto na aplicação da ordem pública do direito internacional privado, busca apresentar uma releitura e atualização do trabalho VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "Ordem pública, direito internacional privado, constituição e direitos humanos". In: MENEZES, Wagner. *Estudos de direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

** Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

*** Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Brasil.

Recebido: 19/11/2016. Aceito: 10/02/2017.

e impide la aplicación de la ley indicada por la regla de conexión a la solución de litigio multiconectado o la homologación de sentencias y la concesión de exequatur a exhorto extranjero incompatible con las prácticas sociales y culturales del foro. La relatividad es su principal característica y, por no existieren parámetros objetivos a su dotación de contenido, el poder judicial se hace cargo de la evaluación de la conveniencia y de la oportunidad de su aplicación. La aplicación del discurso de los derechos humanos al derecho internacional privado y, específicamente, a la caracterización del orden público, se presenta como posibilidad de estructuración de parámetros habilitados a estabilizar el orden público y a orientar el profesional que lo utilice. En ese sentido, el código de proceso civil brasileño es una herramienta bastante importante habilitada a promover la reducción de la arbitrariedad y del solipsismo de los jueces en la búsqueda por la seguridad jurídica y por la previsibilidad. Ésto se debe a que, una vez que está plasmado en la constitución federal el deber de motivación y la nulidad de las decisiones no motivadas, el código de proceso civil renueva la esperanza de aquellos que desde hace veintiocho años aguardan la eficacia de los dispositivos constitucionales.

Palavras-chave: Ordem pública, Direito internacional privado, Constituição, Novo código de processo civil brasileiro

Palabras clave: Orden público, Derecho internacional privado, Constitución, Nuevo código de proceso civil brasileño

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional privado tem como ponto de partida teórico principal a extraterritorialidade das leis e instrumentaliza, ao menos excepcionalmente, os efeitos internos de pronunciamentos jurisdicionais e a aplicação plena do direito estrangeiro.

Quando dispositivos de diferentes ordenamentos são convocados à solução do caso concreto e o aplicador do direito faz uso das regras estabelecidas pelo direito internacional privado para definir a lei aplicável ou para decidir quanto à possibilidade de concessão de efeitos internamente a pronunciamentos estrangeiros, as distintas soluções apresentadas pelos sistemas legais envolvidos podem indicar solução atentatória aos preceitos morais e jurídicos localmente obrigatórios.

A ordem pública do direito internacional privado surge, então, como instrumento habilitado a resguardar o núcleo moral inegociável de determinado ordenamento. O instituto funciona como verdadeiro escape garantidor dos valores locais considerados essenciais.

O gradativo desenvolvimento da doutrina internacionalista não logrou estabelecer, entretanto, técnica segura e previsível à dotação de

conteúdo à ordem pública, é dizer, à sistematização da determinação do rol de situações, nas quais a exigência de proteção da moral local incidiria. A devida fundamentação das decisões poderia preencher essa lacuna considerada inerente ao instituto.

Importante se faz antes enfatizar, contudo, que a exigência da devida fundamentação das decisões no código de processo civil não conforma novidade e está consagrada desde 1988 na constituição.

A investigação proposta parte da análise da perspectiva histórica e atual do princípio da proteção da ordem pública do direito internacional privado - especialmente no que se refere aos motivos de sua instabilidade conceitual - e pretende apresentar a fundamentação das decisões como técnica hábil a dotar o instrumento de um núcleo semântico estável e capaz, portanto, de trazer maior segurança e previsibilidade às situações jurídicas multiconectadas.

O objetivo indicado tem como vértice a transposição do debate conciliador ante o universalismo e o multiculturalismo da doutrina da proteção internacional dos direitos humanos - refletido na constituição federal - à conceitualização da ordem pública do direito internacional privado. Propõe-se, na verdade, sua aplicação como parâmetro de aferição da necessidade de se proteger a moralidade do ordenamento jurídico instado a permitir efeitos internos a direito ou a decisões judiciais estrangeiras.

Na primeira parte do trabalho, busca-se demonstrar a indeterminabilidade como a principal característica da ordem pública, o que conduz ao conflito doutrinário e jurisprudencial quanto à definição das circunstâncias e dos critérios de sua aplicação. Logo, faz-se análise da relação entre a ordem pública nacional e a constituição, com ênfase na positivação dos direitos fundamentais como superiores. Em seguida, apresentam-se as linhas gerais da obrigatória aferição do conteúdo da ordem pública para afastar a legislação alienígena e proteger a moralidade do foro.

Observam-se, finalmente, os preceitos do novo código de processo civil brasileiro que conduzem à obrigatoriedade da motivação das decisões e suas repercussões não somente na concessão de *exequatur* ou homologação de sentença estrangeira, mas em quaisquer circunstâncias relativas à cláusula geral da ordem pública do direito internacional privado.

2. A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As duas acepções mais comuns da expressão “ordem pública” se referem às normas internas que limitam a autonomia privada e ao instituto do direito internacional privado que permite o afastamento do direito estrangeiro pelo aplicador do direito ou a negação da homologação de

sentenças ou da concessão de *exequatur* a cartas rogatórias provenientes do exterior¹. Essa multiplicidade de sentidos acaba semeando, observa-se, discórdia doutrinária na delimitação de conteúdo e de limites a sua aplicação.

Nesse sentido, é de se perceber que da dificuldade de se estabelecer um rol taxativo de circunstâncias, nas quais se aplicaria a exceção da ordem pública, extrai-se a principal característica do instituto apontada pela doutrina: a relatividade. A ordem pública do direito internacional seria, portanto, relativa e instável². O instrumento dependeria de sua incidência no caso concreto para ser preenchido de conteúdo e não poderia ser, desse modo, pré-determinado.

Valendo-se desse parâmetro, torna-se possível concluir que, ao se estabelecer a indefinição prévia do rol de circunstâncias sujeitas à aplicação do instrumento, caberia afirmar, conseqüentemente, que o legislador não enumerou os casos de afastamento do direito estrangeiro³. Permitiu-se tão somente, portanto, que tal repulsa ocorresse e estaria a cargo da discricionariedade judicial a decisão acerca da conveniência ou não de seu uso⁴.

À autoridade judicial competiria, assim, a determinação das situações jurídicas que exigiriam a aplicação do instituto da ordem pública como óbice ao direito estrangeiro⁵. E restaria indagar, todavia, quais seriam os limites dessa discricionariedade ou, ainda, se haveria limites a essa atuação.

Ainda que a doutrina aponte que a atividade jurisdicional na aplicação da ordem pública do direito internacional privado estaria vinculada aos “princípios consagrados pelas instituições e pela opinião pública mais ‘saudável’ (saine) do país” - o que poderia ser resumido nos princípios jurídicos e costumes de uma determinada ordem jurídica - subsistiria considerável margem ao arbítrio do julgador⁶. Exatamente nessa possibilidade de quase absoluta sujeição às convicções pessoais do magistrado se encontra o maior dos desafios à sistematização da aplicação da *ordre public* e a grande ameaça ao correto funcionamento das regras de direito internacional privado.

1 CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 236; no que se refere à ordem pública no direito internacional privado confere a Bouhier sua primeira elaboração conceitual e a Savigny sua primeira sistematização teórica. ARMINJON, P. “L’objet et la méthode du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928, tome 21, p. 456.

2 SAVATIER, René. *Cours de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, p. 218.

3 NIBOYET, J. P. *Notions sommaires de droit international privé en vue de l’examen de licence*. Paris: Recueil Sirey, 1937, p. 136

4 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172. CASTRO. Op. cit., p. 273.

5 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte especial – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137.

6 Citação literal também de DOLINGER. Op. cit., p. 137.

A falta de critérios previamente estabelecidos dá margem a aplicações equivocadas do instituto - mais em situações de excesso que de omissão. O exagero na identificação de situações que se enquadrariam no modelo de atentado à ordem pública do foro é frequentemente denunciado pela doutrina – brasileira e estrangeira - na análise de julgados, os quais acabam, muitas vezes, refletindo absoluto desconhecimento da matéria pelos tribunais⁷.

No atual panorama de crescente aumento do número de relações multiconectadas – resultado, principalmente, do incremento do comércio internacional, da maior facilidade e rapidez de locomoção e comunicação - torna-se insustentável o encerramento dos judiciários dos países em seus ordenamentos jurídicos⁸. Possível se faz verificar, nesse sentido, avanços na tolerância ao direito alienígena principalmente em tribunais mais integrados como aqueles dos estados membros da União Europeia⁹.

Não apenas os judiciários devem aplicar a exceção ao direito estrangeiro e seriam, conseqüentemente, responsáveis pela determinação de conteúdo da ordem pública do direito internacional privado. Também outros meios jurisdicionais de solução de controvérsias, como a arbitragem privada, aplicam o instituto e constroem seus limites¹⁰.

3. A ORDEM PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO

A observação da forma como os ordenamentos jurídicos locais, ao estabelecerem direitos fundamentais inegociáveis, dialogam com a doutrina da proteção internacional dos direitos humanos pode auxiliar a compreensão dos reflexos da atual centralidade do ser humano para o direito¹¹. Essa análise pressupõe, entretanto, a preliminar caracterização

7 FERREIRA, Vasco Taboada. *Princípios fundamentais dos sistemas de direito internacional privado português e brasileiro*. Braga: Livraria Cruz, 1960. p. 22. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 416.

8 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31-32.

9 STRENGER. Op. cit., p. 392.

10 STRENGER, Irineu. “Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais”. *Revista dos Tribunais*. 1986, ano 75, vol 606, p. 11. Conforme mencionado em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraess Editores, 2016, p 24. “Para dirimir quaisquer dúvidas ortográficas, ressalta-se a opção pelo uso da inicial minúscula no termo “estado” em linha com pensamento internacionalista que, sem negar a importância desse ator da ordem internacional, relativiza sua centralidade.” Nesse sentido, também CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179. Nomenclatura utilizada aqui em referência aos direitos humanos protegidos no plano interno dos países consoante, por exemplo, CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, nº 4, p. 760, mas utilizada também com outra acepção, como veremos abaixo. JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia (ed.). *O novo direito*

da maneira como ocorreu o reconhecimento dos direitos humanos e, mais diretamente, o estudo do papel da positivação nesse processo.

No caso específico dos direitos humanos, a positivação teve lugar inicialmente na incorporação de garantias individuais às declarações modernas e às constituições dos estados nacionais que se seguiram¹². Os movimentos de constitucionalização se destacaram entre os aspectos fundantes dessas conquistas e os direitos e garantias inicialmente declarados em documentos sem força vinculante não foram, em sua grande maioria, positivadas internamente em meros textos legais, mas acabaram introduzidos nas constituições que posteriormente surgiam¹³.

Nas estruturas eminentemente hierárquicas da técnica jurídica moderna – modelo ainda predominante atualmente – as garantias individuais estabeleceram-se de forma gradual no topo das pirâmides normativas e, mediante paulatino desenvolvimento das práticas interpretativas, acabaram adquirindo força cogente e passaram, via de regra, a vincular, como no caso brasileiro, todo o sistema legal abaixo delas.

Da leitura da atual carta de direitos brasileira percebe-se nítida opção do legislador originário pela textura aberta da terminologia empregada na redação de seus princípios fundamentais, os quais, muitas vezes, estabelecem direitos e garantias que necessitam de atividade legislativa ordinária ou de forte trabalho hermenêutico efetuado no caso concreto para a aquisição da devida eficácia. A amplitude conceitual dos direitos fundamentais constitui hoje, de fato, uma de suas maiores características¹⁴.

Os direitos fundamentais estabelecidos pelo constituinte originário na carta constitucional de 1988 traduziriam a moralidade fundante do estado brasileiro. Essa estabilização conceitual da moralidade deve ser levada em consideração no diálogo intercultural, é dizer, no momento da aferição da ordem pública que exigiria, no caso concreto, a repulsa da lei estrangeira como mecanismo protetivo da tolerância do foro.

Independentemente da vinculação da ordem pública nacional aos direitos humanos e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais

internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.
GOLSONG, H. “Implementation of international protection of human rights”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1963, tome 110, p. 10.

12 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 481.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 171. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 74. A utilização do termo “plástica” aqui não se refere necessariamente à classificação das constituições pela plasticidade, mas tão somente à adaptabilidade vislumbrada. KLATAU Filho, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2004, p. 73, “in verbis”: “Tais direitos [fundamentais] e suas garantias nada mais são do que a positivação constitucional de valores reconhecidos pela sociedade”.

constitucionalmente garantidos, o magistrado instado a aplicá-la para afastar a eficácia de lei ou de decisão estrangeira estaria, conforme anteriormente mencionado, obrigado a fundamentar sua decisão¹⁵. Com a identificação da absoluta identidade entre a moralidade local, objeto do instituto protetivo de direito internacional privado, e as garantias constitucionais, a motivação da opção pela aplicação da exceção da ordem pública ganharia novos contornos e passaria a exigir, necessariamente, argumento constitucional balizador.

Confrontado com direito ou pronunciamento estrangeiro, o magistrado nacional apenas poderia afastá-lo, assim, caso verificasse lesão a direito constitucional fundamental hábil a preencher o conteúdo relativo e instável da ordem pública nacional. A aplicação da exceção de direito internacional fora desses limites apresentaria vício caracterizador de nulidade passível de declaração de inconstitucionalidade.

4. ORDEM PÚBLICA, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A neutralização do arbítrio dos aplicadores do direito pode ser considerada central nos esforços para o estabelecimento de parâmetros capazes de dar maior segurança e previsibilidade à aplicação da ordem pública do direito internacional privado. Esforços que devem ser conciliados com a textura aberta desse instituto - sua principal característica¹⁶.

Percebe-se, nesse sentido, que a normatividade da cláusula geral da ordem pública não deve ser compreendida como um fenômeno estático, passível de ser completamente definido e preenchido aprioristicamente. Pelo contrário, o instrumento é dotado de proposital flexibilidade e exige concreção para que seu sentido tenha alcance fixado no caso concreto¹⁷.

A referida concreção de cláusulas abertas, quando excessiva ou não técnica, pode ameaçar o sistema e dá ensejo à criação de mecanismos capazes de moderar o livre convencimento¹⁸. O constituinte originário,

15 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 68.

16 Nesse sentido, “a ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa e alterável, portanto, indefinível”. Uma vez que, “a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Op. cit., p. 442.

17 “A interpretação do Direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

18 “A concretude consubstanciaria, em síntese, a transformação da vontade social em comando jurídico. Uma vez estabelecida a normatividade, caberia ao aplicador do direito extrair seu conteúdo. A extração da normatividade constituiria, dessa forma, a atividade jurisdicional típica. Ocorre que, mesmo sem poder exercer normatividade – já que estaria, em tese, adstrito

por exemplo, inseriu no inciso IX do art. 93 da constituição brasileira a obrigatoriedade da devida motivação e fundamentação das decisões. O dispositivo deveria assegurar a determinabilidade do caso concreto e deve ser interpretado de maneira conjugada com o contraditório e com a ampla defesa¹⁹.

A obrigação da devida fundamentação das decisões voltou a despertar interesse da doutrina com a entrada em vigor do novo código de processo civil. Se o novo diploma, de um lado, renovou as expectativas em relação ao cumprimento do texto constitucional, trouxe à luz, por outro lado, a equivocada e recorrente interpretação da constituição à luz da legislação ordinária²⁰.

Percebe-se, nesse sentido, que o art. 11 do código de processo civil de 2015 reproduz *ipsis litteris* o referido inciso IX do art. 93 da constituição e, portanto, que a exigência de fundamentação dos pronunciamentos judiciais não pode ser tratada como inovação²¹. A

à extração da normatividade – o poder judiciário tem com cada vez mais frequência exercido a função política de concreção”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 54.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. [acesso em 20 de outubro de 2016] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Em apertada síntese, para os efeitos do presente estudo, o contraditório pode ser definido em três palavras: informação, reação e participação. Assim, “a informação é indispensável, pois todos têm o direito de ter ciência de que um pedido de tutela jurisdicional foi em seu desfavor. A reação é eventual, ou seja, todos têm o direito de se defender de um pedido que possa atingir a sua esfera jurídica, mas eventualmente o exercício desse direito pode ser relegado para um momento posterior, dependendo dos valores em jogo. Já a participação é terceiro elemento do contraditório e tem duplo endereço: as partes e o juiz. As partes participam do processo pedindo, alegando e provando. Os juízes participam do processo decidindo, exercendo os seus poderes instrutórios e gerenciando o processo”. SOUZA, André Pagani de. “Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (ed.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

20 Nesse sentido, o próprio legislador ordinário dispôs, como cartilha e de forma didática - porque não, constrangedora-, o art. 1º do CPC, em que: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

21 BRASIL. *Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016*. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. [acesso em 20 de outubro de 2016] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Convém frisar a atuação praticamente doutrinária do legislador que, ao positivar no código de processo civil a obrigatoriedade das decisões - com termos idênticos aos da constituição federal, e dispor no

percepção da regra como revolucionária apenas denunciaria, assim, falta de efetividade do texto constitucional e grave falha na aplicação das técnicas hermenêuticas disponíveis aos profissionais do direito²².

Não bastassem os equívocos apontados nas práticas interpretativas recorrentes no judiciário brasileiro - “intérpretes autênticos”, também a natureza da norma constitucional reproduzida pela lei ordinária deve ser esclarecida²³. Nesse sentido, o inciso IX, do art. 93 da constituição conforma norma de aplicabilidade plena, mas - ao ser interpretado à luz do código de processo civil - parece ter sido erroneamente transformado em norma de eficácia limitada, ou seja, em dispositivo que exigiria lei posterior para ter eficácia²⁴.

No que se refere especificamente à ordem pública do direito internacional privado - e seguindo sua lógica e tradição, o novo código dispôs diretamente sobre o tema em dois momentos: ao regulamentar a concessão ou não do *exequatur* à carta rogatória (art. 39)²⁵ e como

artigo 1º que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (...)”, nada mais faz senão explicitar de forma didática aquilo que pode ter passado despercebido na formação de alguns intérpretes: a legislação infraconstitucional (“infra” prefixo que denota inferioridade) é interpretada a partir da constituição federal e não ao revés. Espera-se que em um futuro melhor do que o presente, o “lançar ao judiciário” seja no sentido de “depositar no judiciário” e não no sentido de lançar dados em uma mesa de jogos.

22 “Justifica ainda mais a necessidade da devida fundamentação”, porque a devida fundamentação é pontualmente um dos instrumentos capazes de prevenir o arbítrio do judiciário.

23 “Convém deixarmos perfeitamente esclarecido que - assim como apenas um autêntico escultor terá condições de trabalhar adequadamente o mármore, discernindo seus veios e as proporções da obra - o intérprete dotado de poder suficiente para criar as normas é o “intérprete autêntico”, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen. Aqui se coloca um grave problema, pois a norma é uma manifestação de poder. Quem produz uma norma exerce um ato de poder. E é certo, ainda, que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma decisão. Ora, se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes não autênticos produzem normas”. Não obstante, “ao tratar da norma criada pelo juiz em caso de lacuna, Cossio observa que ele unicamente explicita a norma não formulada (o texto não escrito - digo eu). Não cria a norma geral na qual fundamentará sua decisão, porque essa hipótese implicaria que o caso fosse julgado segundo norma criada depois do fato e para o fato - o que contrariaria outros pressupostos da ordem jurídica”. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 47-49.

24 “Normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 249.

25 “A cooperação entre Estados para os fins de administração da justiça, além de viabilizar citações e intimações no exterior e o reconhecimento ou homologação de sentença estrangeira, também se presta à troca de informações - o que é essencial para o desenvolvimento dos processos judiciais.”. TIBURCIO, Carmem. “Cooperação jurídica internacional em matéria civil”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2013, ano 1, nº 1, p. 61-80. “O meio processual tradicional para que a justiça estrangeira solicite à autoridade judiciária brasileira a realização do ato em território será a carta rogatória, salvo se houver lei ou tratado entre o Brasil e o país que requer a diligência prevendo outra forma de solicitação”. DOLLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Op. cit., p. 605. BRASIL. Código de Direito Processual Civil,

elemento indispensável à homologação de sentença estrangeira (inciso VI do art. 963)²⁶.

A partir disso, dois pontos de confluência entre eles merecem destaque: i) uma decisão deve ser proferida e, ii) essa decisão terá seu alcance fixado por um juiz necessariamente vinculado ao conceito jurídico indeterminado “ordem pública”. Ambos os institutos estão, ainda, submetidos ao inciso II, § 1º do art. 489 do código de processo civil, por meio do qual “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

A exigência de fundamentação tem dupla teleologia: i) a função endoprocessual, permitindo às partes conhecer as razões daquela decisão e, ii) a função extraprocessual, que viabilizaria o controle por via difusa da democracia participativa, “exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada”²⁷. Assim, a decisão judicial tem duas faces: uma dirigida às partes na tentativa de solucionar o caso; e outra que se dirige à coletividade, no intuito de manter a decisão íntegra, coerente e estável, para possível aplicação em casos semelhantes - o que reduziria o espaço da discricionariedade do julgador.

Muito além de aplicar a lei, fundamentar seria, portanto²⁸: i) demonstrar a essência - o porquê daquela decisão; ii) explicitar o caminho percorrido, ponto por ponto, questão por questão, até o final daquela estrada - a decisão²⁹; iii) evitar que o magistrado atue com exacerbada discricionariedade, com solipsismo e com arbitrariedade³⁰;

lei nº 13.105 de 2016. “Art. 39. O pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública”.

26 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. “Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública”.

27 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, vol 2, p. 315.

28 A título de observação, ao fundamentar o magistrado estará aplicando a lei, seja a Constituição Federal (inciso IX do art. 93) ou o CPC (artigos 11 e 489). Deste modo, fundamentar é aplicar a lei (em sentido lato), bem como dizer o direito (em sentido estrito). De modo que não há escapatória, pois, o princípio da legalidade além de disposto no caput dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, também está positivado, de forma idêntica, no art. 8º do CPC (para aqueles que ainda interpretam de baixo para cima). E, por fim, caso não seja suficiente, aplicar a lei é atuar em conformidade com o estatuto próprio da categoria destes funcionários públicos, conforme dispõe o art. 3º, 1: “é função do magistrado judicial aplicar a lei, administrar a justiça e fazer executar as suas decisões”. BRASIL. Estatuto dos Magistrados Judiciais Lei nº 10/91, 1991. [acesso em: 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf>

29 “Ponto é toda afirmação de fato ou de direito feita pelas partes. Questão é um ponto controvertido pela parte adversária ou pelo próprio juiz. O que faz uma questão, portanto, é uma afirmação (ponto) controvertida”. SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais - a crise na construção de respostas no processo civil*. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

30 “A obra do jurista é a luta contra o arbítrio, é a luta por saber qual é o direito e não criá-lo. Tudo o que o jurista escreve contém em si um incitamento à ação futura. Interpretar a lei

iv) traçar parâmetros condizentes com o ordenamento jurídico capazes de dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, e repercussão para a orientação de outros julgamentos; e, por fim v) permitir o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

No que se refere à forma, portanto, o conteúdo indefinido da ordem pública do direito internacional privado dá à fundamentação das decisões especial relevância. Em relação ao conteúdo material, por outro lado, a possibilidade de identificação da moralidade média da sociedade no rol de direitos fundamentais constitucionalmente elencados permite que se proponha seu uso para balizar a aferição de ameaças ou lesões à ordem pública nas situações multiconectadas³¹. Apenas quando o direito fundamental fosse ameaçado seria possível, então, obstar a aplicação de legislação estrangeira, a concessão do *exequatur* ou a homologação de sentença estrangeira³².

A decisão fundamentada que aplica a ordem pública do direito internacional privado não significa, gize-se, qualidade do trabalho ou zelo excessivo do julgador. A fundamentação conforma requisito mínimo para que o ato decisório possa ser considerado válido. Assim, com base no dispositivo da constituição federal agora reiterado no código de processo civil, a decisão não fundamentada seria nula e contra ela caberiam

contra o que ela dispõe é um ato de sabotagem, um instrumento de ação revolucionária, mas não um método de busca científica. A humildade é um grande dote do jurista, pois o orgulho pode conduzi-lo a trocar a certeza do direito pelo resultado da sua genialidade inventiva, fazendo com que ele se esqueça de que por detrás das consequências de suas divagações *circolino dentro, in ogni giuntura, le lacrime e il sangue degli uomini vivi*". NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ed.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

31 "A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais". DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Op. cit., p. 442. "Se o juiz é o tempo, a ele compete encontrar a solução certa para o caso posto, no tempo e no lugar das experiências vividas pelas partes, independentemente da cronologia evolutiva de suas próprias convicções, ou seja, independentemente de sua própria história: nem tão antigo, que não possa compreender a pretensão de quem expõe razões sobre vivência que ele nunca experimentou; nem tão moderno que escandalize as partes com soluções que não são pedidas ou aventadas, ou para correção de hipóteses de fato de que as próprias partes nunca chegaram a cogitar". NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 423.

32 Conformariam exemplos que permitiriam a não aplicação, dentre outros: i) a preservação da segurança jurídica e, como seu corolário, a proteção do ato jurídico perfeito; ii) a obrigação de o Poder Público agir, em um Estado Democrático de Direito, com um mínimo de boafé e moralidade em face dos particulares; iii) a proteção do direito de propriedade, que impede a expropriação sem indenização; iv) a garantia da isonomia e não discriminação, e v) a garantia de que a todos sejam assegurados elementos essenciais do devido processo legal, como igualdade entre as partes, a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

embargos de declaração para que o vício fosse definitivamente sanado³³.

CONCLUSÃO

Ao término desse trabalho, é de se estabelecer fundamentalmente que a exigência de motivação dos pronunciamentos judiciais que aplicam - ou que negam a aplicação - da ordem pública do direito internacional privado está necessariamente vinculada aos direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

Metodologicamente, partiu-se da análise da perspectiva histórica e atual do princípio da proteção da ordem pública do direito internacional privado, com ênfase na fundamentação das decisões como técnica apta a dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados. Assim, os pronunciamentos judiciais devem ser motivados e capazes de dar, em situações jurídicas semelhantes, respostas íntegras, coerentes e estáveis aos jurisdicionados.

Ao reiterar o estabelecido na constituição federal, o novo código de processo civil brasileiro pode trazer definitivamente efetividade à obrigatoriedade de devida fundamentação das decisões. A decisão desmotivada deve ser considerada nula. E o aplicador do direito deve buscar elementos capazes de trazer estabilidade de conteúdo aos instrumentos jurídicos aplicados.

Na primeira parte do trabalho, buscou-se salientar que a relatividade do conteúdo da ordem pública do direito internacional privado ocasiona desacordos tanto da parte teórica doutrinária quanto na aplicação concreta pelos magistrados. Fez-se, logo, análise da relação entre a ordem pública e a constituição, com ênfase na positivação dos direitos fundamentais como cerne da moralidade do ordenamento. Em seguida, as linhas gerais da obrigatória aferição do conteúdo da ordem pública para afastar a legislação alienígena e proteger moralidade do foro foram apresentadas.

Foram observados, então, os preceitos do novo código de processo civil, copiados de forma idêntica ao estabelecido na constituição federal, para enfatizar que a obrigatoriedade de motivação na fundamentação das decisões não serviria apenas à concessão de *exequatur* ou à homologação de sentenças estrangeiras, mas à perseguição de um núcleo estável para a ordem pública do direito internacional privado.

Enfatizou-se, finalmente, que para que seja possível extrair o sentido e o alcance da ordem pública do direito internacional privado, ao magistrado não resta outra opção que pautar-se, necessariamente, pela

33 GAIO Jr, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo código de processo civil comentado. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 720. BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

essência do ordenamento jurídico, ou seja, pelos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos como núcleo da moralidade local. Qualquer decisão desmotivada não apenas viola a ordem pública, mas também torna a decisão nula de pleno direito.

RESUMO BIOGRÁFICO

Raphael Carvalho de Vasconcelos é Professor da UFRRJ e da UERJ. Mestre e doutor pela USP. Mestre e doutor pela UERJ. Advogado.

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks é Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas – UFRRJ/CNPQ.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARMINJON, P. “L’objet et la méthode du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928, tome 21, p. 456.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 481.

BRASIL. *Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105, 2016*, [acesso em 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*, [acesso em 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Estatuto dos Magistrados Judiciais Lei nº 10/91, 1991, [acesso em: 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf>

CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, nº 4, p. 760.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, vol 2, p. 315.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte especial – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA, Vasco Taboada. *Princípios fundamentais dos sistemas de direito internacional privado português e brasileiro*. Braga: Livraria Cruz, 1960.

GAIO Jr, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. *Novo código de processo civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia (ed.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia (ed.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5. GOLSONG, H. “Implementation of international protection of human rights”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1963, tome 110, p. 10.

KLATAU FILHO, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ed.). *Processo e*

Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIBOYET, J. P. *Notions sommaires de droit international privé en vue de l'examen de licence*. Paris: Recueil Sirey, 1937.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVATIER, René. *Cours de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, André Pagani de. “Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (ed.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

STRENGER, Irineu. “Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais”. *Revista dos Tribunais*. 1986, ano 75, vol 606, p. 9-12.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: Ltr, 2005.

TIBURCIO, Carmem. “Cooperação jurídica internacional em matéria civil”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2013, ano 1, n° 1, p. 61-80.

TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ed.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.