

7. Os limites à aplicação da lei estrangeira

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

Andreas Bucher²¹⁷

7.1. Ordem pública e regras de caráter imperativo

Em todos os sistemas jurídicos nacionais há previsão legal para a solução do conflito de leis em situações jurídicas multiconectadas. No sistema do método conflitual, o juiz escolhe a lei aplicável a partir das normas de DIPr, tendo como resultado a indicação da lei nacional ou estrangeira. Mas o funcionamento desse sistema de DIPr poderá ser impedido pela aplicação da exceção de ordem pública,²¹⁸ que atua como um limitador da utilização da regra de conexão.

O conceito de ordem pública é de difícil definição, mas pode ser considerado com um núcleo duro da ordem jurídica do foro, composto por seus valores essenciais de justiça. A ordem pública é, nas palavras de Bucher, consagrada a salvaguardar os princípios fundamentais do direito do foro.²¹⁹ Por essa razão, também se apresenta maleável às mudanças dos costumes e à evolução temporal do direito. Hodiernamente sua noção está relacionada ao respeito aos direitos fundamentais. No país não há dúvida de que estes foram alçados ao topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico com a Constituição de 1988.

A intervenção da exceção de ordem pública quando se está diante de uma situação plurilocalizada consiste no afastamento da lei estrangeira designada pela norma de conflito. Isso gera um efeito negativo, pois a utilização da lei estrangeira importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Essa intervenção deve ser empregada em caráter excepcional. O seu uso gera, aplicando-se a lei do foro, efeitos territoriais, em detrimento do sistema de DIPr de caráter universalista. Battifol mostrou que, na França, isso era frequente antes da Segunda Guerra Mundial e que, posteriormente, os tribunais se tornaram mais tolerantes e compreensivos.²²⁰ Apesar das críticas ao seu uso demasiado, a ordem pública é válvula de escape que pode conferir ao sistema de conflito de leis a flexibilidade necessária à sua própria manutenção, especialmente porque o método conflitual, nos moldes tradicionais, não atende as questões jurídicas atuais.²²¹

Mas sua utilização gera também um efeito positivo. Andreas Boucher afirma que a evicção da lei estrangeira pela ordem pública não implica, necessariamente, a aplicação da *lex fori*, podendo haver uma regra material especial para ocupar o seu lugar. Ao efeito negativo, sucede, como consequência, um efeito positivo: a utilização da regra adequada à situação.²²²



Contudo, não é essa a única maneira de se impedir a utilização da norma estrangeira designada pela regra de conexão. Há situações em que o interesse de proteção estatal é de tal ordem que há normas internas de caráter imperativo ou de aplicação imediata — lois de police — impedindo o uso da lei estrangeira. São normas que se caracterizam por serem de aplicação obrigatória no direito interno, mas são usadas em situações internacionais sujeitas a um direito estrangeiro, sendo controvertido o sentido, o alcance e o limite de sua aplicação.²²³ Portanto, independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis do país, pode haver simultaneamente normas imperativas cuja aplicação é imediata e inderrogável.²²⁴

A diferença entre ordem pública e regra de caráter imperativo (ou norma de aplicação imediata²²⁵) foi bastante discutida pela doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de lei.²²⁶ Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicar tal lei para solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esse respeito. Já as regras consideradas como de aplicação imediata (lois de police) são aquelas cujo conjunto é considerado como de domínio da regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país.²²⁷ Dispensam a mediação da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço.

A distinção entre ambas é tênue, e para Kassir²²⁸ reside no mecanismo que as coloca em movimento, ou seja, no modo de intervenção pelo qual concretamente operam uma e outra. Enquanto a ordem pública é exceção a posteriori da regra de conflito, as normas de aplicação imediata o são preliminarmente e sem que o método conflitual seja utilizado, pela constatação do juiz de que os interesses em causa são de tal importância que a lex fori deve ser aplicada de

plano, e o conflito de leis nem mesmo considerado.²²⁹

Belandro²³⁰ aponta para a dificuldade de conceituar uma lei imperativa como um dos grandes problemas que cercam a temática. Não são todas as leis que possuem um caráter de imperatividade de maneira a estendê-las às relações multiconectadas, pois se assim fosse, a utilização das normas de conflito nunca ocorreria. O que distingue as regras de conflito clássicas das normas imperativas é que as primeiras atendem aos ditames de uma civilização comum, ou seja, o respeito às regras de sistemas distintos, mas não incompatíveis. Já as segundas têm preocupação maior com a preservação da coerência do ordenamento jurídico interno, ou seja, não lhes interessa dar soluções distintas às situações internacionais, mas, sim, garantir o cumprimento integral da norma interna.²³¹ A utilização de normas imperativas deve ser circunscrita às situações em que a disposição é imprescindível à coerência do sistema, devendo intervir pontualmente e não a toda hora.

A pergunta que se faz é a respeito dos motivos que levariam à aplicação direta da lei do foro, no caso de sua imperatividade, em vez da consulta à lei estrangeira competente pela regra de conexão. Para esta questão não há uma resposta precisa, senão indicações dos caminhos que devem ser seguidos pelo juiz para tomar tal decisão, tendo por base a essencialidade da norma para a salvaguarda da ordem jurídica interna.²³² Concordam os internacionalistas possuir o juiz um poder discricionário de grande alcance, sobre o qual é difícil estabelecer um padrão de previsibilidade para as partes interessadas.²³³ Por essa razão vê-se o aumento do estudo de casos, que assume grande relevo mesmo nos países de tradição civilista.

Nos últimos anos, verificou-se uma maior incidência de normas imperativas em situações plurilocalizadas, levando ao que se convencionou chamar da existência de uma “pluralidade de





métodos” para a disciplina.²³⁴ Com isso, tem-se um diálogo entre fontes normativas, o que pode ensejar a aplicação de normas de caráter imperativo quando necessário, ao invés da regra indicada pela norma de conflito. Nas palavras de Claudia Lima Marques, exemplificando com a questão relativa à proteção do consumidor, esse diálogo se dá entre a finalidade de proteger o sujeito mais fraco (o consumidor) e a finalidade de justiça e harmonia internacional clássica do direito internacional privado. Segundo ela, o resultado deveria ser o da união entre as diversas possibilidades, de modo a atingir, ao final, a proteção necessária a aquele mais vulnerável.²³⁵

Esse diálogo pressupõe tolerância, afinal o grande vetor do direito internacional privado, eis que um dos maiores sinais de boa convivência entre as nações é a abertura para utilização do direito alienígena quando assim indicado pelas normas internas indiretas.

A análise dos casos relatados no exterior e no Brasil demonstra que há uma premência maior em aplicar a exceção da ordem pública nos casos relacionados ao direito de família que na seara obrigacional, à exceção dos casos relacionados aos consumidores, estes considerados como partes mais vulneráveis. O Estado tem permitido maior latitude às partes envolvidas em negócios transnacionais, facultando-lhes, inclusive, escolher a lei aplicável, pois estariam em posição de maior igualdade e mais conscientes de seus direitos. Por outro lado, nas relações familiares, o Estado tem interesse maior em proteger as crianças, e aqueles em situação de maior vulnerabilidade, e a aplicação da exceção da ordem pública permite resolver as questões jurídicas colocadas, mesmo que não haja legislação específica a respeito.²³⁶

Devido ao alto grau de complexidade das sociedades contemporâneas²³⁷ e das questões jurídicas daí advindas, faz-se necessário, assim, fazer uso da metódica hermenêutica-constitucional.²³⁸ Ao tratar o direito constitucional e 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 a uma boa interpretação, limitando-se o poder julgador através da argumentação jurídica, informada pelos princípios da interpretação constitucional.

Quando se usa uma regra de conexão, o ponto de contato está estabelecido previamente, enquanto nas normas de aplicação imediata o fator que autoriza a sua utilização na relação de caráter internacional é a necessidade da preservação de uma legislação de cunho imperativo. Não sendo possível caracterizar de antemão os critérios que dão à norma a sua imperatividade e a alçam ao patamar de uso imediato, a questão continua controvertida, seja na doutrina, seja na jurisprudência, sofrendo com as mudanças temporais e espaciais por que passam continuamente os sistemas jurídicos.²³⁹ Em razão dessa instabilidade, deve-se procurar estabelecer uma racionalidade para a determinação de tais normas, através da teoria da argumentação e da utilização dos direitos fundamentais como elementos-guia para a análise da imperatividade de uma norma interna e, ainda, na evicção da regra estrangeira contrária à ordem pública.

7.2. Ordem pública e normas de caráter imperativo no DIPr e os direitos fundamentais

A ordem pública e as normas de caráter imperativo estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. Sua valoração não prescinde de uma hermenêutica ligada à eficácia dos princípios,²⁴⁰ cuja positivação pode ser encontrada nas Constituições dos Estados — v.g. Art. 5º da Constituição Brasileira — e nos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso se quer prevenir resultados inconstitucionais na





aplicação da lei estrangeira, tal como ocorre com a aplicação das leis em geral no plano interno.²⁴¹ As normas de DIPr também são baluartes de defesa desses princípios, alçados à categoria de normas-chave de todo o sistema jurídico.²⁴²

A aplicação dos princípios, reconhecidos como superiores às regras e colocados no topo da pirâmide normativa,²⁴³ traduz uma supremacia que não é apenas de caráter formal, mas também material. Sua função é construtiva, aplicando-se tanto no nível vertical quanto no horizontal. Um exemplo concreto dessa nova situação faz-se presente no DIPr, quando o princípio da igualdade de tratamento do homem e da mulher implicou na abolição paulatina da regra da lei pessoal do marido — pelo critério da nacionalidade ou domicílio — então comumente aplicada na maioria dos sistemas jurídicos.

Ao colocar em prática esse sistema principiológico, é preciso evitar que o juiz decida como bem lhe aprouver. Para se ter parâmetros adequados à aplicação do DIPr é preciso considerar aqueles traçados pela nova metodologia jurídica e hermenêutica contemporânea.²⁴⁴ A perspectiva retórico-argumentativa de interpretação do fenômeno jurídico é a que melhor se adequa a esta análise, assistindo-se à vinculação estreita entre a metodologia jurídica e o pensamento constitucional.²⁴⁵ O DIPr não está imune a tais mudanças, aproveitando-se dos novos cânones da metodologia jurídica, na medida em relaciona sua compreensão e aplicação com a dos direitos fundamentais. A generalidade das normas de DIPr converte a disciplina em um setor particularmente necessitado de um labor interpretativo baseado na argumentação,²⁴⁶ pois há muitas lacunas e pontos obscuros que só a discussão principiológica pode resolver.

Quando o intérprete se depara com um problema plurilocalizado, haverá necessidade — considerando os vazios e pontos indeterminados — da realização de um trabalho criativo de

interpretação, informado mais pelos princípios do que por regras de conexão, que via de regra não estão comprometidas com a solução mais justa do caso concreto. A especialização das respostas, pela via interpretativa, é uma das chaves do DIPr.²⁴⁷

7.2.1. Breves notas sobre a argumentação jurídica

As mais recentes concepções da Filosofia do Direito, com destaque para o trabalho de Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, atuam como um divisor de águas no debate da teoria do direito, religando as cogitações da filosofia do direito às do campo da filosofia política.²⁴⁸ Estribado em uma teoria hermenêutica do direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios a partir, fundamentalmente, dos chamados *hard cases* (casos difíceis)²⁴⁹ — como elemento possibilitador da articulação entre direito e moral, capaz de fundamentar uma crítica contundente à concepção hegemônica do positivismo analítico de H. Hart.

O DIPr está impregnado de casos difíceis, clamando por uma solução metodológica que fuja às concepções restritivas, tradicionalmente utilizadas na sua interpretação. Impende utilizar o método tópico-argumentativo para promover uma nova leitura da disciplina, e, conseqüentemente, interpretar a noção de ordem pública à luz dos princípios constitucionais e da proteção da pessoa humana.

Surge um campo de estudos que salienta o uso da argumentação para uma melhor compreensão do direito.²⁵⁰ A importância das dimensões retórica e argumentativa no tratamento metodológico do Direito tem sido destacada nos últimos anos.²⁵¹ O trabalho pioneiro de Chaim





Perelman, no início dos anos cinquenta, centrou suas reflexões em uma racionalidade prática, de forma a descartar o ceticismo do positivismo lógico e o dogmatismo metafísico.²⁵² Para a construção de sua “nova retórica”, Perelman inspirou-se fortemente na Retórica de Aristóteles. Sustenta sua teoria da argumentação apontando para um caminho diferente da simples demonstração, até então prevalente, e como isso escapa à hegemonia das concepções positivistas, cuja insuficiência na aplicação aos negócios humanos havia constatado. Criticava o modelo cartesiano, pois considerava a argumentação como um processo em que todos os seus elementos estavam em constante interação.²⁵³ Perelman — em sua obra dedicada ao direito, *Lógica Jurídica — Nova Retórica* — mostrou como o juiz usa o seu poder discricionário para conciliar o respeito ao Direito com a procura de uma solução justa.²⁵⁴

Como propulsor das novas tendências na Europa, despontadas no segundo pós-guerra, suas ideias serviram para alimentar, no mundo francófono, a utilização da argumentação na compreensão do fenômeno jurídico, e, posteriormente, para o desenvolvimento da escola de pensamento denominada pós-positivismo, iniciada com Dworkin.²⁵⁵ Perelman considerava os princípios como topoi (lugares-comuns), aos quais o juiz poderia recorrer como pontos de partida na fundamentação da decisão. As regras, esclarece, não manterão com os princípios qualquer relação de primazia necessária, podendo ambos ser utilizados na fundamentação das pretensões normativas, de acordo com o seu potencial persuasivo.²⁵⁶ Margarida Camargo explica que Perelman procurou alertar para a existência de uma lógica própria ao direito, que não é a lógica formal (orientadora do pensamento matemático) mas a lógica do razoável. Para Perelman, lógico era aquilo que não era arbitrário. E como o homem decide com base na razão e não aleatoriamente, suas escolhas não poderiam ser tidas como puramente irracionais. As preferências humanas conseguem ser traduzidas por fundamentos e razões bem formuladas, o que significa deliberar. O mesmo ocorre com o direito, em que tão melhor será a interpretação

dada pelo juiz quanto melhor fundamentação presente.²⁵⁷

O viés metodológico de Perelman foi compartilhado também por Theodor Viehweg, para quem as regras jurídicas positivas não mantêm com os princípios qualquer relação de primazia necessária. Tanto as regras como os princípios poderiam ser utilizados na fundamentação das pretensões normativas de acordo com o seu potencial persuasivo. A perspectiva tópico-retórica enfatizava o problema e não a norma ou o sistema.²⁵⁸ Esse método, chamado de tópica,²⁵⁹ e que foi retomado por Viehweg, inaugurou na hermenêutica contemporânea — nos dizeres de Bonavides — uma direção indubitavelmente renovadora.²⁶⁰

Mas a pergunta a respeito do que seja “argumentação jurídica”,²⁶¹ muito bem colocada por Manuel Atienza em sua obra sobre as teorias da argumentação jurídica,²⁶² não é de fácil resposta. Para Atienza, a teoria da argumentação jurídica atinge três campos: o da produção de normas, o da aplicação de normas, e o da dogmática jurídica.²⁶³ Enquanto o primeiro se dedica à fase legislativa das normas, o segundo pretende decidir os chamados casos difíceis relativos à interpretação e aplicação do direito. O terceiro quer oferecer aos órgãos jurídicos responsáveis pela atividade de interpretação critérios auxiliares no processo de tomada de decisão, quando uma norma deva ser aplicada ao caso concreto. Todas as ideias esposadas pelos diversos teóricos da argumentação partem do fato de que as decisões jurídicas podem e devem ser justificadas da melhor maneira possível. Desta forma, a obrigação de motivar as decisões judiciais contribui para torná-las aceitáveis, e “justificar uma decisão significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas”.²⁶⁴ Essa concepção foi acolhida no Novo Código de Processo Civil, que passou a exigir a devida fundamentação das sentenças, sob pena de nulidade.²⁶⁵





O papel dos princípios na solução dos casos concretos, conforme a técnica argumentativa,²⁶⁶ nos leva a uma reflexão acerca da hermenêutica jurídica, passando agora ao pensamento de Dworkin, nos Estados Unidos. Os princípios fornecem diretrizes para a fundamentação das decisões jurídicas, evitando que o magistrado decida de acordo com sua vontade — reduzindo, desta forma, o seu grau de discricionariedade. Para Dworkin, a distinção entre princípios e normas jurídicas é baseada em uma lógica, havendo diferença quanto ao caráter da orientação que os estabelece: enquanto as regras seguem a dinâmica do “ou tudo ou nada”, ou seja, aplicam-se ou não à situação concreta, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância, por sua abstração e alto grau de generalidade. A ausência de previsão de todas as possíveis formas de aplicação dos princípios, já que enunciam razões que indicam uma direção, faz com que seja necessário confrontá-los a cada situação, quando então se determinará se seu conteúdo é aplicável ou não ao caso concreto.²⁶⁷

O jurista alemão Robert Alexy,²⁶⁸ posicionando-se muito próximo às ideias de Dworkin, enfrentou a distinção entre regras e princípios, concluindo que, embora ambos sejam espécies de normas, podem distinguir-se pela generalidade. Enquanto os princípios são dotados de alto grau de generalidade, as regras têm um grau baixo. Acrescenta, ainda, que os princípios também diferem das regras por sua qualidade.²⁶⁹ Essa diferença desponta com maior intensidade quando verificamos a colisão de princípios e o conflito de regras. Na colisão de princípios, é preciso ponderar o valor de cada um dos envolvidos, sem, contudo, promover a exclusão de qualquer um deles do sistema — ou seja, naquele caso um princípio cede lugar ao outro, mas continua válido para ser usado no futuro.²⁷⁰ Com relação às normas, o conflito se desenrola na dimensão de validade, importando a prevalência de uma no afastamento da outra no caso concreto.

Os critérios para a ponderação dos princípios foram desenvolvidos pela doutrina alemã

através da proporcionalidade. Este princípio²⁷¹ é usado para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representada pelo conflito entre princípios constitucionais aos quais se deve igual obediência, e é chamado de princípio dos princípios. Determina a busca de uma solução de compromisso a um caso em que dois princípios potencialmente conflitivos em teoria se apliquem. Possui três elementos que devem ser analisados para dar resposta ao caso concreto: sua adequação (todo ato deve ser adequado para produzir o resultado desejado); sua necessidade (ou proibição de excesso, ou seja, escolha do meio menos gravoso ao direito fundamental); e sua proporcionalidade em sentido estrito (meio mais vantajoso na promoção do direito fundamental, que represente o menor desrespeito possível aos outros direitos também protegidos pelo ordenamento).

7.2.2. A aplicação da nova concepção de ordem pública no DIPr atual

Quando se procura solução para uma situação de caráter internacional, procede-se a uma interpretação que leve em conta a ótica da metodologia retórico-argumentativa. Esta análise precisa considerar sempre o princípio da ordem pública.

A valoração da aplicação da lei estrangeira ordenada pela regra de conexão deve ser analisada pelo magistrado à luz de uma metodologia principiológica, que utiliza os princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico. Nesse contexto, o princípio da dignidade humana funciona como um dos principais eixos dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, no plano interno, tendo grande influência nas decisões dos magistrados. No momento de aplicar a norma estrangeira, o princípio tem primazia sobre a regra conflitual.

especialmente se a questão girar em torno da violação à dignidade humana. Assim, a regra estrangeira, se em colisão com um princípio — dado o reconhecimento da superioridade e hegemonia deste na pirâmide normativa —, será considerada contrária ao princípio da ordem pública.²⁷²

Coube ao Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, dar uma nova função positiva aos direitos fundamentais, na célebre decisão Lüth,²⁷³ na qual assentaram-se as bases teóricas para o desenvolvimento posterior dos efeitos desses direitos em outras áreas do direito, no que passou a ser denominado efeito horizontal.

O caso paradigmático da nova metodologia jurídica no DIPr se deu quando exerceu-se o controle de constitucionalidade na aplicação de uma norma de conflito de leis, na Alemanha, em 1971.²⁷⁴ Tratava-se de um cidadão espanhol, solteiro, que pretendia casar-se com uma cidadã alemã, divorciada. Para o direito alemão, a capacidade era regida pelo direito nacional de cada um. Por isso, era necessário comprovar, no momento da habilitação de casamento — que se processava na Alemanha —, que a capacidade das partes respeitava a lei do país de origem. Não obteve o espanhol tal certificado, porque segundo a lei espanhola o casamento não podia ser realizado, em virtude do impedimento de uma das partes, que era divorciada — por ser o divórcio proibido na Espanha. As partes requereram a dispensa da formalidade, o que foi negado pelo tribunal, ao argumento de que não fora violada a ordem pública internacional alemã. Recorreram ao Tribunal Constitucional alegando-se a violação de um direito constitucional do indivíduo — o da liberdade de casamento. O Tribunal Constitucional decidiu pela prevalência do princípio sobre a norma, ao entender que a violação ao direito constitucional ocorrera. Nas suas razões, o tribunal também cita a proteção conferida a esse direito no Art. 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas de 1962. Com

isso, anulou-se a decisão da corte de apelação, e a licença foi concedida.

Ao justificar sua decisão, o Tribunal Constitucional fez questão de frisar que a aplicação do direito estrangeiro, designado pela regra de conflito, estava sempre sujeita à Constituição. Impediu, desta forma, que o alcance da decisão pudesse ser subestimado com a alegação da sua exclusiva incidência sobre aquele caso concreto.²⁷⁵ A decisão apontou para uma nova forma de entender a aplicação das regras de direito internacional privado, a partir da concepção de um núcleo duro da ordem pública formado pelos valores protegidos pela lei maior. Com efeito, não se pode permitir que a aplicação da lei designada pela regra de conflito importe em um resultado flagrantemente inconstitucional, à semelhança do que ocorre com as regras do direito interno. Há interferência direta da Constituição no momento da aplicação da norma escolhida pela regra conflitual, teoria esta designada de efeito horizontal dos direitos fundamentais.

Estabeleceu-se uma decisão fundada na análise principiológica do caso concreto. Entre o princípio que assegura a liberdade de contrair matrimônio e a norma espanhola designada pelo DIPr do foro, prevaleceu o primeiro. Se fosse utilizada a concepção tradicional, o pedido deveria ter sido negado, como aliás o fora em casos anteriores. Esse raciocínio, embora correto dogmaticamente, não conduz a um resultado que observe o direito fundamental do indivíduo — protegido pela Constituição — de contrair matrimônio, direito esse considerado como parte integrante do princípio da liberdade individual. Quando a Constituição alemã protege a liberdade de casar, este princípio é uma proteção genérica, não havendo como predeterminar todas as situações que engloba. Somente com o surgimento do hard case apropriado pôde uma das possíveis situações relevantes ser esclarecida. A análise feita a partir de uma lógica argumentativa²⁷⁶ levou em conta os valores que se queria proteger para então chegar-se a uma conclusão. A Corte Constitucional, ao contrapor o valor maior da liberdade em relação à regra que

indicava como aplicável a lei espanhola usou essa lógica.²⁷⁷ Por essa ótica, sempre que houver uma hipótese de DIPr, é preciso verificar o impacto da lei aplicável no caso concreto, dando-se prevalência aos valores que esta resguarda. Essa valoração impõe uma escolha, baseada em uma ética justa, cuja primazia está com os direitos fundamentais, o que nem sempre é evidente à primeira vista. Incorporou-se à análise jurídica a valoração dos princípios em relação às regras, agora aplicados diretamente ao caso concreto.

A hermenêutica privilegia a busca do conhecimento de algo que não se apresenta de forma clara. No caso da hermenêutica jurídica, necessita-se de todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implique a compreensão total do fenômeno que se está analisando. No curso desse processo, ganham os princípios em normatividade e passam a presidir a racionalidade jurídica, pois permitem a sobrevivência do direito diante das transformações sociais que ocorrem diuturnamente. Fica patente a relevância de tal metodologia à inteligência também dos casos de DIPr. Graças à utilização de uma nova maneira de interpretar os mandamentos constitucionais, em especial aqueles decorrentes dos princípios, foram estes considerados superiores à norma mandamental do DIPr.²⁷⁸ Surge o que se convencionou chamar de efeito horizontal dos direitos fundamentais.

Mais recentemente, essa visão espraiou-se pela Europa também através da compreensão de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos instituiu uma verdadeira ordem pública europeia e consiste em pauta interpretativa dos direitos fundamentais dos países signatários.²⁷⁹ Ampliou-se a noção de ordem pública internacional, integrando seu conjunto de direitos fundamentais protegidos também pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. Embora a convenção não contenha nenhuma norma específica de DIPr, opera como um limite à sua formulação. O juiz deve, ao ser chamado a aplicar o direito estrangeiro (especialmente nos casos

que afetam a personalidade jurídica da pessoa e os direitos de família), ter em conta os direitos fundamentais protegidos pela Constituição, e pelas Convenções Internacionais. A ordem pública transforma-se em uma barreira à penetração de regras estrangeiras, ainda que indicadas pela regra de conexão, se em flagrante oposição aos valores fundamentais que o Direito interno quer garantir.

Exemplificadamente, veja-se o julgamento do Caso Marckx²⁸⁰ pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Estava em jogo a interpretação dos artigos 8 e 14 da Convenção Europeia, que cuidam da proteção da família. O primeiro protege a vida privada e familiar, de modo a prevenir qualquer ingerência arbitrária dos poderes públicos. O segundo estabelece a proibição de discriminação de qualquer espécie, consubstanciando um direito à igualdade, que é um dos princípios estruturantes do sistema europeu de proteção.²⁸¹

Alexandra Mackx era filha de uma mãe solteira. Por ser filha natural, cuja filiação não era reconhecida pela legislação belga, sua mãe teve de adotá-la para garantir seus direitos inerentes à filiação. Inconformada, sua mãe acionou a Corte Europeia de Direitos Humanos, em face da discriminação contida na lei belga, que não assegurava à sua filha todos os direitos da filiação. A Corte declarou, em 1979, que a legislação belga violava a Convenção Europeia e deveria ser modificada. A mudança ocorreu em 1987, quando a igualdade entre filhos naturais e legítimos foi reconhecida. A Corte consagrou a interpretação do adágio "mater semper certa est" como sendo um princípio integrante do direito nacional da maioria das nações europeias, e utilizou como fonte os princípios gerais do direito.

O caso ilustra o descompasso que havia entre os direitos humanos protegidos no âmbito europeu e a legislação interna de alguns países. Por força das decisões da Corte Europeia, essa legislação foi sendo modificada, efetivando-se o efeito horizontal da Convenção Europeia de

Direitos Humanos²⁸², que exigiu dos Estados não só um dever de abstenção sobre a vida privada do indivíduo, mas também um papel efetivo na positivação desses direitos. Posteriormente, os argumentos expendidos no caso Marckx aplicaram-se aos casos seguintes. Posicionou-se a Corte pela existência de um padrão contemporâneo europeu de igualdade entre filhos, sejam eles naturais, adulterinos ou legítimos, ante a necessidade de estabelecer um controle da proporcionalidade para aplicação do princípio da igualdade. Nos casos mais recentes, anotou a tendência ao desaparecimento da discriminação à filiação, em curso na legislação da maioria dos países europeus.

Destacam-se como exemplo dessa tendência as disposições da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, vigente no Brasil,²⁸³ pois suas normas procuram estabelecer garantias para que a adoção sirva ao melhor interesse da criança.²⁸⁴ A Convenção possui um rol extenso de normas erigindo verdadeiro sistema de cooperação entre autoridades judiciárias, de modo a assegurar a constituição e o reconhecimento da decisão de adoção.²⁸⁵ A Convenção aponta para um DIPr mais pragmático, voltado para a solução das questões que preocupam esta nova conformação de sociedade internacional “globalizada”.²⁸⁶ E a concepção do que seja ordem pública para os casos de adoção internacional, nos países signatários, precisa incorporar, na sua aplicação, os princípios de proteção estabelecidos pela própria Convenção, v.g. o critério do melhor interesse da criança, que prevalecerá sobre qualquer outro.

A jurisprudência de diversos países atesta a existência de uma ordem pública europeia em casos nacionais.²⁸⁷ Frédéric Sudre cita um julgado da Corte de Cassação francesa, no qual foi considerada inaplicável a lei suíça. A lei em questão foi considerada contrária ao Art. 5 do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia — princípio da igualdade de direitos aplicável a um casal

—, ao impor uma discriminação a um dos cônjuges na liquidação de bens da união conjugal.²⁸⁸ Esta interpretação da Convenção faz parte do que se convencionou chamar efeito horizontal da Convenção Europeia sobre direitos humanos, pelo qual se considera como extensão de sua compreensão a oposição desses direitos também às relações interindividuais.²⁸⁹

José Gomes Canotilho²⁹⁰ também alerta para as consequências do efeito horizontal quando estuda a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil. Segundo o autor, a doutrina e a jurisprudência germânica cuidam desse problema como sendo uma questão da irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais para a ordem jurídica civil. Na Espanha, os juristas usam esse conceito, pois as normas de conflitos do DIPr devem estar em conformidade com a carta de valores da Constituição, v.g. a igualdade dos cônjuges diante da lei, a proteção do consumidor, a defesa da livre concorrência no mercado. Incorporaram regras de conexão que refletem os novos valores constitucionais — lei da residência habitual dos cônjuges, lei mais favorável ao consumidor, dentre outros.²⁹¹ Nas Américas, a adoção das convenções resultantes das CIDIPs foi influenciada por essas novas matrizes normativas.

7.2.3. A aplicação do princípio da ordem pública pelo STF e STJ

A jurisprudência brasileira possui inúmeros exemplos de aplicação do princípio da ordem pública como limitador do método conflitual de DIPr. Seu caráter mutável aparece nos casos de concessão de exequatur às cartas rogatórias e na homologação de sentenças estrangeiras, antes sob a guarda do STF e agora de competência do STJ.





Com efeito, vários pedidos de homologação de divórcios realizados no exterior — que eram indeferidos no passado, por serem contrários à ordem pública brasileira de então — passaram a ser deferidos após a Lei do Divórcio e da Separação Judicial (Lei nº 6.515/1977). Em matéria de cartas rogatórias, há um outro exemplo que se destaca: o STF considerava contrária à ordem pública a concessão de exequatur em medidas de caráter executório. Em seguida, passou a aceitar sua concessão nos casos em que o Brasil fosse signatário de convenção que contasse com permissão nesse sentido, abrandando-se, portanto, a posição anteriormente adotada. Com a EC nº 45/2004, o STJ passou a adotar uma nova postura nessa hipótese, a partir da permissão do Art. 7º da Resolução nº 9/2005, e a concessão de medidas de caráter executório não é mais considerada como sendo contrária à ordem pública.

É interessante notar que a ordem pública, conquante denote um certo recrudescimento do Estado em atender a um pedido de cooperação, pode ser usada justamente para flexibilizar a aplicação de uma regra de direito interno ao caso. Essa foi a via argumentativa desenvolvida, de forma implícita, no voto do ministro Marco Aurélio em uma carta rogatória. O pedido era de citação de indivíduo aqui domiciliado por força de ação movida nos Estados Unidos. Lá se procedia à cobrança de uma dívida de jogo. Antes desse caso, em casos similares, o STF não concedeu o exequatur por considerar tais pedidos contrários à ordem pública brasileira, já que a lei brasileira não permite a cobrança dessas dívidas. A aplicação da lei estrangeira (em razão do local da constituição da obrigação, conforme preceitua o Art. 9º da LINDB) seria contra ordem pública brasileira.²⁹²

Mas o Min. Marco Aurélio modificou a jurisprudência predominante e votou pelo deferimento do exequatur para que a citação fosse realizada. No seu entender, o indeferimento é que seria contra a ordem pública brasileira, já que acarretaria um enriquecimento indevido e o

desrespeito do princípio da boa-fé. O voto aborda o papel do país perante as demais nações soberanas²⁹³, sem descuidar da lei brasileira. Para o ministro, as razões que em 1916 impediam o recebimento de dívidas de jogo não mais persistem, verificando-se hoje a disseminação do jogo oficial, que faz parte da rotina de todos. Preocupou-se com o respeito ao direito vigente nos demais países, numa demonstração intuitiva de respeito ao princípio basilar do DIPr: o comitas gentium.²⁹⁴ Foi feita, ainda, uma análise precisa do método de conflito de leis, que por força do Art. 9º da LINDB indica como aplicável a lei estrangeira, não podendo essa lei ser afastada por conta da exceção da ordem pública brasileira. Ao fim e a cabo, o STF entendeu impor-se o respeito ao direito estrangeiro aplicável à espécie.²⁹⁵

A não aplicação da norma de DIPr é que importaria desrespeito à ordem pública, na medida em que nosso sistema jurídico, norteado pelos princípios constitucionalmente estabelecidos — dentre os quais o da proibição ao enriquecimento sem causa e desrespeito à boa-fé que deve reger as relações contratuais —, impede a utilização do argumento da ordem pública para legitimar o inadimplemento e promover uma proteção descabida ao mau pagador.²⁹⁶

Fica demonstrada assim a tese de que a aplicação do princípio da ordem pública baliza-se ela também 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.²⁹⁷

A análise da jurisprudência dos últimos dez anos do STJ demonstra que esta corte seguiu



a orientação do STF. Para um caso ainda sob a questão relativa à citação para dívida de jogo contraída no exterior,²⁹⁸ o exequatur foi concedido por não ofender a soberania nacional ou a ordem pública a citação de pessoa aqui domiciliada para responder a ação de cobrança de uma dívida de jogo, contraída em país estrangeiro no qual esta atividade é lícita. Na verdade, a origem deste agravo era uma carta rogatória do STF, justamente na qual o Min. Marco Aurélio havia deferido o pedido e a parte, inconformada, manejado o agravo. Este recurso só veio a ser apreciado pelo STJ em 2008, por força da transferência dessas ações na esteira da EC nº 45/2004. No seu voto, o Min. Humberto Gomes de Barros relata essa situação e o voto do Min. Marco Aurélio. Acrescenta, ainda, uma ponderação importante: que não cabe ao STJ imiscuir-se no mérito da ação, mas apenas “que o ato rogado seja passível de cumprimento em nosso território, sem violação à soberania nacional e à ordem pública.”²⁹⁹

A análise da aplicação do conceito de ordem pública no direito internacional privado pelo STJ está dividida por áreas, com ênfase nos julgamentos dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, sendo objeto do Capítulo III deste livro. Todavia, desde já se adianta que na grande maioria das vezes os pedidos provenientes do exterior são deferidos e há poucos casos de indeferimento por contrariedade à ordem pública. Não obstante, como esse é o único caminho que permite a discussão, ainda que de forma tangencial, do mérito da causa, as partes sempre procuram desenvolver essa linha de argumentação para evitar o cumprimento de medidas e sentenças provenientes do exterior que considerem desfavoráveis. O estudo desse tema no que tange a homologação de laudos arbitrais estrangeiros é bastante rico e será aprofundado no Capítulo III.

Uma baliza importante para o trabalho do STJ, no estabelecimento de um conceito de ordem pública consensado com o relevo que adquiriu a cooperação jurídica internacional tanto no

Brasil quanto no mundo, seria o de utiliza-lo com cautela, em respeito à aplicação do direito e ao tratamento conferido ao caso concreto pelo o judiciário estrangeiro. Essa postura se coaduna com a visão de que a cooperação jurídica internacional é uma via de mão dupla, e certamente o judiciário de um país estrangeiro que está diante de uma decisão brasileira deverá proceder da mesma forma.

Outro ponto de inflexão de difícil determinação é com relação aos limites da análise do mérito da causa para determinação da ocorrência de ofensa à ordem pública. Isso porque a constatação de que houve ofensa à ordem pública brasileira ocorre quando são feridos direitos fundamentais ligados sobretudo ao princípio da ampla defesa e do contraditório. No entanto, diferenças do sistema processual alienígena que resultem na análise das alegações e provas por um viés por nós desconhecido não devem ser consideradas como contrárias à nossa ordem pública. Um exemplo é uma decisão proveniente de um julgamento civil por um tribunal do juri, adotado no sistema processual dos Estados Unidos mas não no Brasil. Não fere nossa ordem pública o julgamento de uma causa por esse meio processual, se presente a proteção do devido processo legal.³⁰⁰