

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO *O NOVO DIREITO INTERNACIONAL*

**O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO:
HISTÓRIA, REVISÃO CRÍTICA E
PERSPECTIVAS**

Nestor Augusto Schaedler

PORTO ALEGRE

2012

Monografia apresentada para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande Sul para a obtenção de diploma no curso de especialização *O Novo Direito Internacional*, 8ª edição, em 2011-2012.

Orientador: Professor Dr. Augusto Jaeger Junior.

A minha esposa, Ana Lúcia;

aos meus filhos, Nestor Augusto e Jordana:

Um preito de gratidão, pela felicidade que me proporcionam.

Ao meu orientador, agradeço todo o apoio obtido.

“Os óculos da história servem para a compreensão dos fatos do passado de acordo com as condições históricas de cada época. Evitam assim o exame das situações anteriores com o preconceito daqueles que, no presente, conhecem as consequências advindas destas decisões”¹.

¹MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (organizadoras). *O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307.

RESUMO

Na maioria dos sistemas de direito civil há um princípio que obsta o emprego do direito estrangeiro e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, que é o da ordem pública. No Direito Internacional Privado, a doutrina da ordem pública engloba um corpo de princípios que remete aos valores sociais, morais e econômicos de uma sociedade e que a mantém coesa. Esses valores variam de uma cultura para outra e também são mutáveis no tempo.

Este estudo pretende investigar a história do instituto desde a Antiguidade, através da Idade Média, passando pela Era Moderna, até os dias de hoje. Analisa a origem e a consolidação do princípio no Brasil. Aborda-se diversos aspectos polêmicos de sua definição e de sua aplicação, pois é muitas vezes mal entendido e leva a frequentes armadilhas.

São examinadas diversas aplicações da ordem pública em vários ramos do Direito Internacional Privado e algumas diferenças nos diversos sistemas jurídicos nacionais. Na última parte faz-se um exame das perspectivas, pois a pós-modernidade traz oportunidades ímpares para o princípio, na medida em que os direitos humanos subiram à ribalta. O respeito à diversidade cultural e ao universalismo são agora as ênfases. Nesse cenário, a ordem pública tem uma chance única para erigir um novo Direito Internacional.

Palavras-chaves: Ordem pública, aplicação direta e indireta do direito estrangeiro, reconhecimento de sentenças.

ABSTRACT

There is a general rule, in most civil law systems, that foreign judgments will neither be recognized nor enforced, if their recognition or enforcement would be against “public policy” or “*ordre public*”. In private international law, the “public policy” doctrine or “*ordre public*” concerns the set of principles that addresses the social, moral and economic values that hold a society together. These standards are changeable from one to another culture and also vary over the time.

This study makes an investigation about the principle’s history since the Ancient Times, through the Middle Age, along the Modern Era, until the present days. There is also an analysis concerning the origin and consolidation of the principle in Brazilian Law. It faces also some controversial aspects of its definition and application, because the clause is sometimes misunderstood and induces frequent pitfalls.

Several clause applications are analyzed, in different branches of private international law, pointing out some variations in national systems. In the last part there is an examination of the perspectives, whereas the post-modernity brings unpaired opportunities to the clause, as the human rights come to limelight. The cultural diversity and the universalism concerns are now the highlights. In this scenario, the public policy has an uneven chance to build a new International Law.

Key words: *Ordre public*, public policy doctrine, direct and indirect foreign law recognition, foreign judgment recognition, foreign judgment enforcement.

SUMÁRIO

O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Introdução	8
I – Formação histórica do instituto	
1 – Antecedentes históricos	13
2 – Construção conceitual e consolidação	21
II – Atualidades e perspectivas	
1 – Aplicação na sociedade contemporânea	32
2 – Nova visão de futuro	44
Conclusão	52
Referências bibliográficas	55

INTRODUÇÃO

É de grande relevância o instituto da ordem pública no Direito Internacional Privado. Ele tem o condão de impedir a aplicação da lei estrangeira, obstar o reconhecimento de atos realizados no exterior e também de barrar o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras, isto é, aquelas que são proferidas por tribunais de outros países.

Para quem lê essa frase, de imediato, transparece o efeito negativo do instituto: o de impedir, o de não permitir, o de não deixar fazer. Uma análise mais profunda, todavia, permite conhecer outra face do mesmo, a da potencialidade de transformar, construir, edificar e melhorar. É como um arquétipo de Juno, deus dos romanos, representado com duas faces: uma face olhando para frente e outra olhando para trás.

O objetivo deste estudo é explorar ambas as faces do princípio. Pretende-se olhar o passado, desde as mais tênues manifestações que possam parecer, e muitas vezes não foram, o surgimento do conceito, passando pela sua consolidação nos tempos modernos. Em outro capítulo, se olha o futuro, o imenso potencial criador, a oportunidade de melhorar a aplicação do Direito na nossa sociedade contemporânea, marcada pela alteridade, pelo multiculturalismo, pelo universalismo e pelo relativismo cultural dos direitos humanos.

O interesse pelo assunto surgiu com a leitura da tese de Jacob Dolinger, intitulada “A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, apresentada em 1979, à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Além de efetuar uma resenha histórica desse instituto por vários países do mundo, desfez um sem número de mal entendidos e lapsos em que juristas incorriam com referência ao princípio. A leitura dessa obra foi um marco inicial, dos tempos de graduação.

A contribuição definitiva para que esse interesse inicial fosse reavivado se deu nas aulas da professora Cláudia Lima Marques, na cadeira de Direito Internacional Privado, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2001-2002, nos semestres finais do curso de graduação em Direito. Um novo

elemento proeminente dessas exposições foi o pensamento de Erik Jayme, eminente jurista alemão, que proferiu palestras na UFRGS e é reconhecido como um grande arauto do Direito da pós-modernidade.

No curso de especialização *O Novo Direito Internacional*, edição de 2011-2012, novamente as ideias do jurista alemão chamaram a atenção, e a decisão, então, foi a de escrever uma monografia sobre o instituto da ordem pública, trazendo uma resenha histórica desde a Antiguidade, passando pelas épocas da maturação do conceito e de sua consolidação, para chegar até hoje, na complexidade do mundo pós-moderno de Erik Jayme.

Uma coisa é certa: o mundo passa por grandes transformações. A velocidade dessas mudanças é cada vez mais acelerada. O rompimento das barreiras físicas dos países, o enfraquecimento do poder estatal e a explosão das facilidades de comunicação e de informação estão gerando uma ruptura no Direito Internacional Privado clássico.

Há 35 anos, Jacob Dolinger escreveu a tese a que aludimos. Nos primeiros parágrafos ele anteviu que, após alguns anos de relativo silêncio sobre o tema, a ordem pública seria realçada em breve por uma série de fatores: a entrada da China comunista no mercado mundial, o surgimento da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), o desenvolvimento da então Comunidade Europeia (hoje União Europeia) e a aproximação das duas Europas, que naquela época ainda estavam divididas politicamente.

As grandes transformações iniciaram há cerca de duas décadas, com a globalização, a preponderância do sistema capitalista sobre o socialista de produção, o início dos grandes atos de terrorismo internacional, as grandes migrações humanas, o recrudescimento do fanatismo religioso, o surgimento de vários Estados teocráticos, a reação ao desrespeito às culturas e, por fim, com o choque de civilizações previsto por Samuel Huntington, em resposta às teses expostas na obra "Fim da História", de Francis Fukuyama.

O conteúdo da ordem pública na pós-modernidade está cada vez mais umbilicalmente vinculado aos direitos humanos. A União Europeia trabalhou muito nesse sentido. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada

pelo Conselho da Europa em 04 de novembro de 1950, e que entrou em vigor em 1953, permanecerá sendo um marco para as gerações futuras, representando uma grande conquista da humanidade. O conceito de ordem pública passou do foro nacional para o foro regional. As disposições dessa convenção passaram a ser uma fonte de direito para a União Europeia, e também para o direito interno de cada Estado-membro.

Observando todos esses movimentos crê-se, com razão, que se está na fronteira de um mundo novo e de um novo Direito Internacional.

Um dos aspectos mais instigantes, quando se adentra em maior profundidade no tema, é a questão da dificuldade em se elaborar um conceito uniforme e uma definição geral do que seja o objeto da ordem pública. Vários juristas o tentaram. Segundo Dolinger, quando estes sentiram a dificuldade em fazê-lo, e que outros reconheceram como sendo uma tarefa impossível, os primeiros se sentiram encorajados a transpor a sua mera conceituação, para passar à exemplificação do seu campo de atuação e de seus efeitos práticos. Arremata o mestre, fulminando: “Da exemplificação passaram para a enumeração, no que desvirtuaram o princípio”².

A dificuldade e a inconveniência de se conceituar e definir de forma uniforme o objeto do instituto, que tão insistentemente alguns juristas ressaltam, foi o que suscitou a curiosidade para efetuar uma investigação científica dessa questão. O problema estava posto. Existia o referencial teórico, constituído pelo pensamento de dezenas de juristas de grande quilate, em obras nacionais e estrangeiras, disponíveis nas bibliotecas e na Internet, e também pelo repositório de jurisprudência dos tribunais brasileiros e de outros países.

Para que essa investigação tivesse sucesso se faria mister pesquisar o tema em duas dimensões temporais e em várias dimensões espaciais. No tempo, a História é uma chave para compreender o passado. Era necessário olhar a origem do direito internacional, público e privado, desde a Antiguidade,

² DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, p. 3.

e procurar vislumbres de uma possível noção de ordem pública. Isso foi feito no primeiro capítulo deste estudo.

Este primeiro capítulo foi dividido em dois títulos: o primeiro abarca a Antiguidade, até, grosso modo, o final do século XVIII, período de milhares de anos em que o conceito ficou obnubilado, pouco entendido ou pouco percebido. O segundo título do primeiro capítulo abarca desde o início do século XIX até hoje, período de cerca de duzentos anos, em que houve uma formidável construção doutrinária e uma calorosa discussão do instituto. Nesses anos, o conceito foi firmado e consolidado, embora restem muitas controvérsias doutrinárias.

No segundo capítulo do estudo, um pouco mais apartado das questões históricas, busca-se saber como a ordem pública foi e é aplicada nos diversos ramos do Direito Internacional Privado. Há, novamente, dois títulos: O primeiro ocupa-se da aplicação do instituto nos tempos modernos, abarcando diversas especialidades do direito, e o segundo faz uma tentativa de enxergar o futuro, com base nos temas centrais do mundo pós-moderno, que estão focados na pessoa humana, inserida na roda viva da globalização, no mundo da informação quase sem limites, da velocidade espantosa das mudanças sociais, políticas, econômicas, tecnológicas e culturais.

O desenvolvimento do estudo foi conduzido ombro a ombro entre duas hipóteses, cada uma delas alinhada a uma corrente da doutrina. A primeira é a dos que enxergam a impossibilidade de o objeto da ordem pública ser encerrado em uma definição precisa, taxativa, expressa, obtida a partir da observação indutiva. A segunda hipótese é a que corrobora o pensamento dos que acham que o objeto da ordem pública pode ser delimitado precisamente nas diversas legislações e nos diferentes sistemas jurídicos. Poder-se-ia chamar os primeiros de “flexíveis ou abertos” e os segundos de “duros ou fechados”.

Qual é a perspectiva que deriva de cada uma dessas hipóteses? Se os primeiros estiverem corretos, existe grande chance de o direito se expandir rumo a normas cada vez mais abertas e flexíveis. Se a visão dos segundos prevalecer, não longe no futuro teremos um corpo de temas e de normas

fechadas, que serão o objeto codificado para a aplicação da ordem pública no Direito Internacional Privado.

Estabelecido desse modo o marco teórico, feita a pergunta científica investigativa e suas hipóteses, o objetivo do estudo foi o de fornecer subsídios para que seja possível ensaiar respostas para o problema posto.

Quais as dificuldades em um estudo dessa natureza, tratando de um instituto tão esgueiriço e instável? São várias, pois o tema é motivo de discussão acalorada há muitos anos, envolvendo juristas de grande envergadura, de cada lado. A maior dificuldade é a confusão que pode haver entre a possibilidade de definição do objeto da ordem pública e a possibilidade de codificação do Direito Internacional Privado. Ou seja, o risco é confundir um instituto com o todo. E isso, parece acontecer com frequência.

Como o desdobramento em profundidade de um estudo sobre esse tema daria margem para uma extensão muito além da recomendada para uma monografia como esta, e pela necessidade de ficar cingido a limites mais estreitos, sugere-se que outras investigações sejam feitas em outros projetos.

I - FORMAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

1 – Antecedentes históricos

O propósito do capítulo inicial deste estudo é investigar quando o instituto da ordem pública surgiu nos sistemas jurídicos dos povos, se havia indícios de sua aplicação antes dos tempos modernos. Não se trata de tema incontroverso, havendo opiniões em diferentes sentidos entre juristas e historiadores. A existência de alguns institutos parecidos, mas não idênticos a ele, acrescenta algumas dificuldades a essa pesquisa.

Na Antiguidade, como regra geral, o forâneo era tratado de forma hostil. Quando em terra estranha, ele era evitado pelos habitantes desta, pois era considerado um ser impuro. No Oriente, onde predominavam os Estados teocráticos, o preconceito do legislador chegava a nivelá-lo aos animais. Na Índia, ao lado da desigualdade jurídica provocada pelo sistema de castas, o estrangeiro não merecia nenhuma consideração como ser humano e nem como ente objeto de direitos. No Egito, onde a religião proclamava um egocentrismo extremado, as relações com gregos, por exemplo, segundo relatos de Heródoto, chegavam ao ponto de rejeitar o contato físico com objetos que lhe pertenciam³.

Essa rejeição não atingia somente os forasteiros advindos de outros povos, raças ou culturas, mas, existia mesmo nas relações com os habitantes de outras cidades da mesma etnia, como entre as diversas cidades da Grécia. Gregos de outras cidades não podiam contrair núpcias, não podiam ter patrimônio, nem acesso à justiça, nem testar seus bens. Não se pode confundir o direito natural que, na visão de Aristóteles era uma forma de corrigir a lei positiva,- com ordem pública, pois esta deixa de aplicar a lei estrangeira porque existem profundas divergências e incompatibilidades com a lei do foro.

³ RIBEIRO, Elmo Pilla. O princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado. Porto Alegre: sem editora, 1966, p. 8.

Existem referências históricas ao Direito Judaico, onde em situações de emergências sociais, é facultado aos tribunais a alteração ou a moderação de regras baseadas na lei bíblica, para atender necessidades das comunidades⁴.

As necessidades do comércio, porém, exigiam certa flexibilidade dos diversos povos, pois a segurança jurídica requeria o cumprimento dos contratos entre cidadãos e forasteiros. Para isso, eram celebrados tratados e lavrados decretos entre cidades que queriam comerciar entre si, concedendo aos alienígenas direitos iguais aos do cidadão. Não era intenção de tais instrumentos a concessão ao estrangeiro da prerrogativa de gozo de seus direitos pessoais e sim, como regra, meramente permitir-lhe ingressar na esfera das normas da cidade que o recebia. Vigia sempre o direito local, e nunca, ou raras vezes, o direito pessoal do estrangeiro.

No Império Romano, a condição jurídica do forasteiro variou de época a época. Começou como inimigo e desprovido de qualquer direito⁵. Não podia participar do comércio, nem contrair matrimônio, não podia adquirir propriedades, nem vincular-se a obrigações reguladas no “jus civile”, nem testar e nem herdar, sem ter direito ao pátrio poder e à agnação, institutos tão caros ao *status* jurídico do cidadão romano.

Segundo Oscar Tenório⁶, nem tampouco o Edito de Caracala, a *Constitutio Antoniana*, de 212 D.C., que concedeu a condição de cidadão romano a todos os habitantes da província, pode ser considerado uma norma de ordem pública, embora haja controvérsia com outros autores, como Nussbaum, que não concorda com esse ponto de vista. Oscar Tenório afirma que:

as resistências à extensão do direito romano e as exceções contidas na constituição não chegam ao ponto de vislumbrarmos critérios de ordem pública. Nem na oposição entre o *ius gentium* e o *ius civile* também encontramos vestígios sequer conceituais.

⁴ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. X.

⁵ Na Lei das XII Tábuas consta “*Adversus hostem aeterna auctoritas est*”, cujo significado é que, enfrentando um estrangeiro, uma reclamação de propriedade não prescreve, ou seja, não caduca uma reclamação de propriedade quando ela é feita contra um estrangeiro. Fonte: RIBEIRO, Elmo Pilla. *O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: sem editora, 1966, p. 10.

⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Volume I. 8ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 319.

Os romanos, com o passar dos séculos, forçados pelas circunstâncias e sua política de expansão e domínio, e em razão de sua habilidade e profundo senso prático, respeitavam, em geral, a vida social dos povos subjugados, sua Constituição, leis e costumes. Conferiram aos estrangeiros algum “*status*” diferente de outros que não possuíam a cidadania romana. Começaram a existir regimes jurídicos diferenciados para os mesmos grupos de súditos do império.

Antes da instituição do pretor peregrino, já havia tribunais no Império que julgavam as causas entre cidadãos de Roma e de outros Estados. Eram ocupados por juízes chamados de “*reciperatores*”, geralmente nomeados em função de tratados celebrados com comunidades estrangeiras, com vistas a manter a paz.

Algumas fontes, embora obscuras, deixam entrever que esses tribunais, em se tratando de controvérsias estabelecidas entre estrangeiros de um mesmo Estado, em que a ação era julgada em Roma, aplicavam a lei de origem comum, e não o direito civil romano. De igual forma, os “*reciperatores*”, em terras estrangeiras aplicavam a lei de origem comum a controvérsias originadas entre dois romanos.

Relatam-nos Tito Lívio e Gaio⁷ que, para sujeitar os peregrinos às leis romanas, foi necessário votar plebiscitos. Tito Lívio refere-se à lei contra a usura⁸ e Gaio faz referência à lei *Aelia Sentia*, que proibia a libertação de escravos em fraude de credores. Para aplicar essas leis aos estrangeiros, criou-se a ficção de que o usurário ou o fraudador eram romanos, ainda que estrangeiros fossem.

Se a controvérsia se estabelecesse em Roma, quer entre um forâneo e um cidadão, quer entre estrangeiros de diferentes cidades, crê-se que os juízes houvessem aplicado um direito de natureza composta, de caráter especial, que não era da origem de nenhum dos contendores. Foi o que ocorreu mais tarde,

⁷ Tito Lívio (Livro XXXV, 7) e Gaio (I, 47).

⁸ Esta lei que estendia a proibição da usura aos latinos, segundo Haroldo Valladão, é o Plebiscitum Sempronium, de 193 A.C. Fonte: VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Vol. 1 – Cap. XXXIX, p. 493. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

quando foi instituído o pretor peregrino, que aplicava um direito especial, em uma jurisdição também especial.

O primeiro gérmen do que é hoje o Direito Internacional Privado foi plantado por Roma, quando surgiu o “jus gentium”, aplicado pelo pretor peregrino, a pessoas que não possuíam o “status” de cidadãos romanos. Mas, Elmo Pilla Ribeiro⁹ bem adverte que esse direito provinha de diversas fontes, para não o confundirmos com as situações concretas em que há elementos de estraneidade no moderno Direito Internacional Privado, e nem mesmo, poder-se-ia ver aí uma aplicação do princípio da ordem pública.

Citando os estudos de Antoine Pillet, a respeito da existência ou não deste conceito entre os romanos, Elmo Pilla Ribeiro acentua que “nada nos permite convencer terem existido, em Roma, leis civis de efeito territorial, por força de seu caráter de leis de ordem pública¹⁰”. Mas, Arthur Nussbaum nos relata a existência de um sinal histórico desse conceito em um papiro do Egito, quando um juiz romano, no século II D.C., deixa de aplicar uma lei egípcia, versando sobre dote, por considerá-la desumana¹¹.

Os romanos, assim, não admitiam o princípio da personalidade das leis, como o entendemos modernamente. Para eles, o direito estava vinculado à condição de cidadão, e não de pessoa. Quando o Império Romano se dissolveu, aos membros das tribos estrangeiras, a pouco e pouco, foi-se aplicando a lei pessoal. Essa lei não é a do Estado a que a pessoa pertencia, pois esse conceito de pertencimento a um ente estatal ainda não existia, mas sim, a lei da origem da pessoa. Com a invasão dos bárbaros e a queda do Império Romano do Ocidente, não há menção no direito germânico a quaisquer restrições de ordem pública. “Não existiam leis territoriais, mesmo em matéria penal... Era o regime da absoluta personalidade”, como observa Luís Antonio da Gama e Silva¹².

⁹ RIBEIRO, Elmo Pilla. *O princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: sem editora, 1966, p. 17.

¹⁰ Idem, p. 15.

¹¹ NUSSBAUM, Arthur. *Principles of Private International Law*. New York: Oxford University, 1943. Note 2, p. 110.

¹² GAMA E SILVA, Luís Antonio da. *A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. São Paulo: sem editora, 1944, p. 7.

Havia, e isso é certo, algumas exceções a essa regra. Raras vezes se aplicava o direito estrangeiro. Um dos casos excepcionais que invocamos é o do direito romano, baseado na ideia dos francos e lombardos de que o julgamento dos delitos civis e seus efeitos devia ser regido pela “lex loci delicti comissi”. Outro caso de exceção era a “lex rei sitae”, que determinava a aplicação do direito onde vigorava certo costume, regido pelo local onde um determinado bem, motivo de litígio, estivesse situado. Contudo, é muito importante ter claro que “lex fori” aplicada nesses casos não era a do tribunal que resolvia o litígio, e sim, a do foro em que foi cometido o ato ilícito ou onde estavam situados os bens em disputa¹³.

Verdadeira revolução opera-se na Baixa Idade Média, com as Escolas dos Estatutos. Aldricus, jurista bolonhês da segunda metade do século XII, promoveu uma nova visão, mais ampla. Aí, o juiz passou a poder aplicar a regra dos estatutos que conduzisse à solução melhor, não ficando a partir de então estritamente atrelado à aplicação da lei do foro. O juiz passa a seguir o costume, se isso se mostrasse ser mais útil e levasse a uma solução mais justa. Com isso, a aplicação das leis ao estrangeiro teve algumas alterações significativas. Tratando-se de matéria de contratos, prevaleceu a regra da “lex loci contractus”, independente das partes celebrantes e, no caso de bens localizados no território, se aplicava a lei desse local.

Com o advento de Bártolo, novas mudanças passaram a ocorrer. Esse insigne jurista introduziu os conceitos de estatuto odioso e estatuto favorável. Os estatutos locais passaram a ser aplicados aos estrangeiros, em matéria de contratos, testamentos, e, também, de atos delituosos. O estatuto pessoal passava a gozar de extraterritorialidade, em matéria de bens, se fosse permissivo, mas limitado pelo estatuto onde os bens estavam situados. Se fosse proibitivo, e sendo favorável, gozava da extraterritorialidade também, mas, se fosse odioso, não se aplicava a extraterritorialidade. Um caso concreto é citado por Bártolo¹⁴.

¹³ RIBEIRO, Elmo Pilla. Obra citada, p. 23.

¹⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Vol. 1. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. Capítulo XXXIX, p. 493. O caso relatado por Bártolo refere-se a uma questão que envolvia a sucessão de um cidadão inglês, que deixou filhos e bens na Inglaterra e na Itália. Enquanto na Itália a

Vários juristas entendem que a classificação dos estatutos em odiosos ou favoráveis e a inaplicabilidade dos primeiros fora do território é o primeiro vislumbre do conceito de ordem pública. Outros se opõem a essa interpretação, alegando que Bártolo e seus discípulos, quando vedavam a extraterritorialidade dos estatutos odiosos, o faziam puramente em consideração ao estatuto em si mesmo, e não ao direito particular vigente no território onde a sua aplicação era pedida. Essa controvérsia ainda está acesa. Mas, a posição de Elmo Pilla Ribeiro parece muito esclarecedora, entendendo que a limitação aludida nada tem a ver com a ordem pública, quando diz:

A ordem pública, na esfera jusprivatista internacional, supõe, como se verá, uma norma alienígena que deva penetrar em um ordenamento jurídico dado, tomado como ponto de referência. Onde e quando tal ingresso ou “importação” normativa não seja possível, porque seja a regra em foco eminentemente territorial, não há falar-se em ordem pública, no sentido do Direito Internacional Privado, nem em germe desta, porque se está em presença de uma só manifestação de territorialismo. E o territorialismo é o anti-Direito Internacional Privado¹⁵.

Com o Feudalismo da Baixa Idade Média, pode-se dizer que há um declínio do sistema da personalidade das leis, que é substituído pela territorialidade destas. O senhor feudal era o titular absoluto dos direitos dos seus súditos, em todos os seus domínios. Por isso, não há que falar em qualquer teoria sobre ordem pública nas Escolas Estatutárias, embora o espírito deste princípio possa ser vislumbrado aqui e ali, debilmente¹⁶.

O territorialismo atinge seu auge com a Escola Estatutária Holandesa. Um de seus expoentes, Paul Voet, identificava o conceito de soberania com propriedade de bens. As leis seriam uma manifestação da vontade do soberano do território, e, portanto, só nesse território poderiam ter vigência. A observância de um direito estrangeiro no território do soberano significava uma ofensa à soberania, uma limitação à autonomia e independência do Estado. A

herança é dividida pelos filhos, na Inglaterra somente o primogênito a herda. A sentença, pelo estatuto pessoal, decidiu que os bens sitos na Inglaterra seriam regidos pela lei inglesa, mas, os que estavam situados na Itália, deveriam reger-se pelo direito comum, pois o estatuto consuetudinário inglês foi considerado odioso, ao deserdar os filhos que não o primogênito. O direito comum considera o estatuto permissivo, pois, por ele os filhos mais moços podem herdar em concorrência com o mais velho. Seguindo o princípio apregoado por Bartolo, o estatuto inglês odioso não atinge os bens fora da Inglaterra. Por outro lado, o direito comum, vigente na Itália, chama-o de permissivo.

¹⁵ Idem, p. 30.

¹⁶ BOUHIER, da Escola Estatutária Francesa, em 1787, escreveu que havia “a necessidade de temperar-se o rigor da territorialidade das leis quando a polícia da nação não fosse ofendida”. Ver CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 278.

observância das normas emanadas do legislador local, e não a submissão às normas do legislador de outro território, era uma manifestação da autonomia.

O exacerbado territorialismo da Escola Estatutária Holandesa não concedeu qualquer perspectiva para a aplicação do direito estrangeiro, pois isso era visto como um atentado à soberania. Estava-se no extremo oposto do Direito Internacional Privado e do conceito de ordem pública, pois esta não pode ser confundida com Direito Público. Por essas mesmas ideias, imperantes na Baixa Idade Média, não se pode também querer enxergar afinidades conceituais entre a “*comitas gentium*” e a ordem pública.

O instituto da “*comitas gentium*” foi criado pela Escola Holandesa, que, entendia ter o direito um caráter unicamente territorial. O estrangeiro tinha a obrigação de obedecer à lei do país em que estava localizado, que não era o seu. No entanto, por motivos de cortesia internacional, era aberta uma exceção, de forma que o Estado que o abrigava podia aplicar a lei pessoal do estrangeiro. Advogavam os juristas estatutários holandeses que essa exceção deveria ser guiada pelos ideais de justiça de cada Estado e pela conveniência política de aplicar o direito pessoal do estrangeiro.

Para os estatutários holandeses, a “*comitas gentium*” representava, a título excepcional, a razão, o motivo ou a fundamentação para a aplicação do direito estrangeiro, enquanto que a ordem pública, em direção oposta, representava a não aplicação das leis forâneas, que seriam aplicáveis. Uma é antítese da outra, como explica Elmo Pilla Ribeiro¹⁷.

A análise do desenvolvimento histórico do direito dos povos da Antiguidade até a Idade Moderna mostra que o conceito de ordem pública, tal como hoje o conhecemos e aplicamos no Direito Internacional Privado, era desconhecido. Os romanos concediam certos direitos ao estrangeiro e instituíram um direito especial para resolver as suas controvérsias. Mas, não se vislumbra o instituto como é entendido hoje.

As três escolas estatutárias, a italiana no século XIV, a francesa no século XVI e a holandesa no século XVII, também não chegaram à formulação

¹⁷ RIBEIRO, Elmo Pilla. Obra citada, p. 33-34.

do conceito de ordem pública. Jacob Dolinger chega a ser contundente quando se refere ao pobre legado das escolas para o moderno conceito do instituto:

Ficou caracterizado que os antecedentes registrados durante o desenvolvimento das várias escolas estatutárias nenhuma contribuição valiosa produziram, sendo perfeitamente válido iniciar o estudo do tema com as grandes contribuições de Story e Savigny (...)¹⁸

Na Idade Média, a estrutura do Feudalismo, guindou o direito para a quase absoluta territorialidade. Vê-se aqui e ali alguns institutos esparsos, que são utilizados como exceção, a exemplo da “comitas gentium” da Escola Estatutária Holandesa, mas que também não podem ser confundidos com o moderno conceito que se tem.

Somente no início do século XIX, com Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) e Joseph Story (1779-1845), o instituto começou a ganhar os contornos que tem hoje. Savigny e Story, na Europa Continental e nos Estados Unidos da América, respectivamente, começaram a criar uma base científica para a ordem pública.

A elaboração conceitual do princípio e sua consolidação, incluindo a construção doutrinária pelos juristas brasileiros é o objeto da próxima parte deste estudo.

¹⁸ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, p. XI.

2 – Construção conceitual e consolidação

A construção conceitual da exceção da ordem pública em Direito Internacional Privado, assim como a concebemos hoje, foi efetuada pelas jurisprudências inglesa e norte-americana. Mas, essa aplicação era casual, sem preocupação em definir um arcabouço teórico para o princípio. Isso, de fato, somente ocorreu com o notável pensamento de Savigny. É dele o conceito de “Comunidade de Direito entre os Estados”. Advogava o jurista que entre as diversas nações pode existir uma comunidade de ideias, fundada em relações de origem e de crenças religiosas.

O Direito Internacional poderia, assim, segundo palavras de Savigny

ser concebido como um direito positivo, ainda que imperfeito, por causa da indeterminação de seu conteúdo e da falta de base real sobre a qual repousa o direito positivo de cada povo, a saber, o poder do Estado e, sobretudo, a autoridade judicial¹⁹.

Para Savigny, a ordem pública era considerada uma exceção a um dos princípios da comunidade de nações, caso em que se aplicaria o direito estrangeiro. Há, para ele, grupos de normas que não se harmonizam com essa comunidade. A doutrina de Savigny polarizou o assunto em duas correntes: os que entendiam a ordem pública como exceção e os que a entendiam como regra.

Baseado nessa noção de comunidade do direito, Savigny enxerga duas classes de limitações. As primeiras são as leis estritamente positivas, de caráter político, de cumprimento obrigatório, compulsório. Esteiam-se em princípios morais ou de interesse público, como, por exemplo, a proibição da poligamia. A segunda classe de limitações são as instituições estrangeiras que não têm reconhecimento no foro, e que dele não podem esperar proteção, por haver uma disposição contrária ao espírito do legislador. Estava, assim, lançada a noção de ordem pública, embora Savigny nunca houvesse feito referência a essa denominação.

¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo 1. 2ª edição. Madri: Centro Editorial de Góngora, s/d. p. 80. (Tradução do autor)

A doutrina de Savigny apresenta várias imperfeições²⁰. Quando discorre sobre as exceções à aplicação da lei estrangeira, ele o faz por enumeração, não procurando, indutivamente, formular um corpo de princípios que as sustente. Outra deficiência é quanto à natureza das normas rigorosamente obrigatórias que ele utiliza para a noção de ordem pública, esquecendo-se que há leis permissivas que também são de ordem pública.

Outro importante pensador é Mancini, que pertencia à Nova Escola Italiana, fundada na personalidade do direito. Lançou a teoria da coexistência das nacionalidades, de viés nacionalista, com predominância da norma nacional. Serpa Lopes bem descreve o núcleo dessa teoria:

A expropriação legítima que o Estado faz de uma parte da liberdade pessoal dos indivíduos por ele protegidos. O indivíduo que, fora de sua pátria, pode invocar a sua lei nacional, encontra, paralelamente, uma exceção a esse Direito quando o seu reconhecimento implicar uma ofensa ao princípio de independência política do Estado estrangeiro²¹.

Mancini não enxergava a ordem pública como tendo caráter excepcional. Não a via como anomalia, e nada teria de excepcional. Enxergava-a como um princípio básico a partir do qual podemos estabelecer a aplicação da lei territorial. A Escola Italiana, a que se filiava, adotava o princípio da lei nacional de cada pessoa. Quando a lei nacional da pessoa não podia ser aplicada excepcionalmente, aí sim, teríamos a incidência do princípio da ordem pública. Quanto aos bens, esta escola aplicava a *lex rei sitae*, invocando essa exceção. Todas as leis de direito público seriam de ordem pública.

A doutrina de Pillet teve alguma repercussão. A sua ideia é a da normalidade da ordem pública perante as leis locais e internacionais. A lei de ordem pública, desse modo, não antagoniza com a lei estrangeira, pois esta interessa a todos. A lei de ordem pública se confunde com a lei territorial, sendo uma lei geral, ou melhor ainda, uma lei de “garantia social”. Portanto, as leis de ordem pública interessam à comunidade, a todas as pessoas, e não somente contemplam os interesses de alguns.

²⁰ RIBEIRO, Elmo Pilla. Obra citada, p. 37-43.

²¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 278.

Para Healy, o fundamento do princípio da ordem pública se assenta na soberania que o Estado tem sobre um território. O soberano tem autonomia para aplicar a lei territorial para todas as pessoas, em qualquer circunstância, sem estar limitado ou jungido às leis pessoais dos indivíduos, ou mesmo outras normas, pois ele é o responsável pela segurança, pela moral e pelo bom governo no território sob seu poder.

Bartin também defendeu essa ideia, pois entendia que a ordem pública era um instituto eminentemente territorial. Para que as normas de um determinado país pudessem ser aplicadas em outro, seria necessário que houvesse coincidência entre elas e que também houvesse o mesmo entendimento quanto ao regramento do conflito de leis.

O pensamento de Jean-Paulin Niboyet também encontrou ressonância, quando considerou a ordem pública como uma solução de exceção. Para aplicar uma lei estrangeira era necessário que existisse uma equivalência mínima entre as legislações no quesito em julgamento. Serpa Lopes assevera que “Quando se desce abaixo desse mínimo, é absolutamente como se se voltasse um comutador elétrico para extinguir a luz; não há mais corrente, não há mais interpenetração jurídica”²².

O conceito de ordem pública é impreciso. Isso, porque ele é móvel no espaço e no tempo. Cada povo, cada civilização, tem um conjunto de princípios morais e políticos. Por causa da mutabilidade desses valores, o legislador não define cientificamente o que seja a ordem pública. Trata-se de um conceito elástico. Oscar Tenório, citando Ferrara, transcreve o conceito do eminente jurista italiano como sendo:

A não aplicação da lei estrangeira competentemente indicada, para que se realize, de maneira intensa e imediata, obra de proteção jurídica, de defesa da ordem jurídica contra leis ou sentenças estrangeiras que possam constituir dano ou perigo aos princípios fundamentais da nossa legislação²³.

²² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 281.

²³ FERRARA. *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, Parte I, apud TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Volume I. 8ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 323.

A maioria absoluta dos autores considera Savigny o criador da moderna concepção de ordem pública, quando publicou sua obra “Sistema de Direito Romano Atual”, em 1849. No entanto, a alguns autores é certo que o verdadeiro pioneiro foi Joseph Story, juiz norte-americano, que publicou seis anos antes, em 1843, a sua obra “Conflict of Laws”. É também a opinião de Jacob Dolinger²⁴.

Segundo a doutrina de Story, nenhuma nação pode ser requerida a sacrificar seus interesses, ou praticar atos ou conceitos de moral e política que não se coadunem com sua segurança, ou com seu entendimento do que seja justo. Uma nação pode admitir a poligamia ou o incesto, se esses institutos não afetam os sentimentos de seus cidadãos. Isso, porém, não pode ser imposto a outras nações, como por exemplo, às que professam o cristianismo²⁵.

A influência do notável pensamento de Savigny não pode ser obscurecida. Veja-se um trecho da sua obra, há pouco referida, em que o mestre alemão define o Direito Internacional:

Los Estados independientes pueden, también, en sus mutuas relaciones, aplicar sus derechos particulares en la medida de las conveniencias y de interés, sin que constituya esto un derecho. Puede existir también entre muchas naciones una comunidad de ideas semejante á la que crea el derecho positivo de cada pueblo. Dicha comunidad de ideas, fundada en relaciones de origen y de creencias religiosas, constituye el derecho internacional tal como lo vemos entre los pueblos cristianos de Europa, derecho que no era desconocido de los pueblos de la antigüedad y que encontramos entre los romanos con el nombre de *jus feciale*. Puede, pues, considerarse el derecho internacional como un derecho positivo, pero imperfecto, á causa de la indeterminación de su contenido y de la falta de base real sobre la cual repose el derecho positivo de cada Pueblo, á saber, el poder del Estado y sobre todo la autoridad judicial. Los progresos de la civilización fundada por el cristianismo, han originado un derecho análogo en nuestras relaciones con todos los pueblos del mundo, cualquiera que sea su creencia y sin reciprocidade de su parte. Pero la aplicación de estos principios, tiene um carácter puramente moral, que en nada se parece á un derecho positivo²⁶.

No desenvolvimento do Direito Internacional Privado merece também relevo o pensamento e obra de Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven, um notável internacionalista cubano, que apresentou o seu código, denominado de

²⁴ DOLINGER, Jacob. *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. 256-7.

²⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 351.

²⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. 2ª ed. Tomo I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, sem data, p. 80.

Código Bustamante, na 6ª Conferência Interamericana, reunida em Havana, em 1928, que o aprovou, convertendo-o no Código de Direito Internacional Privado²⁷.

Foi Bustamante quem estabeleceu a divisão entre ordem pública interna e ordem pública internacional, um assunto que gerou e ainda gera tanta polêmica.

A codificação do direito internacional não é um assunto pacífico na doutrina. Há muita resistência sobre a conveniência ou não de se uniformizar essas normas. Amílcar de Castro é um dos que se opõe a essa codificação, quando escreve, citando Niboyet:

Quanto mais a técnica moderna aproxima as fronteiras, mais rapidamente se percebe que elas existem. (...) A consequência da função do direito internacional privado é que cada Estado tem o seu, e cada qual segue o seu e o destina a ser utilizado com exclusão de outro qualquer, sendo puramente arbitrária e desnecessária a preocupação de uniformizá-los²⁸.

E, na sequência, na mesma obra, continua dizendo: “*Aliás, qualquer direito uniforme, arbitrariamente sobreposto ao nacional, em pouco tempo entra em desuso.*” O certo é que a oposição de Amílcar de Castro ao Código Bustamante, assim como a qualquer outro código de Direito Internacional Privado, que procure uniformizar as regras, encontra também o apoio de Pontes de Miranda e de Frankenstein. A crítica de Pontes de Miranda inicia contrapondo aquele código a nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece regras diversas daquele.

Gama e Silva, entre outros, elogia a iniciativa de Bustamante, quando diz que:

ele representa, sem favor nenhum, uma completa demonstração do esforço e mútuo entendimento entre as nações americanas, com o fim de estabelecer normas que possam, no terreno tão contraditório do conflito de leis, conduzir a soluções justas, equitativas. Conciliou opiniões divergentes, não obstante tenha deixado entregue à liberdade legislativa de cada Estado a aplicação de certos princípios fundamentais, cuja uniformidade, no estado atual da ciência jurídica, não seria possível ser estabelecida, num Tratado de Direito Internacional

²⁷ O Código de Bustamante foi aprovado em 28 de fevereiro de 1928, na Conferência de Havana. Os primeiros signatários foram os Estados da Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, São Salvador e Venezuela. O Brasil passou a ser signatário a partir de 13 de agosto de 1929. O tratado deu origem ao decreto 18.871, de 1929.

²⁸ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 126.

Privado. Foi, não obstante isto, um grande passo para fortificar a comunhão de direito entre os povos civilizados²⁹.

No Brasil, várias doutrinas formaram o instituto da ordem pública. O primeiro jurista que teve uma contribuição notável foi o professor português Machado Vilela. A ordem pública tem, na sua visão, um cunho notadamente nacional, não podendo ser estabelecido um critério único para cada país, por causa da diversidade de leis de ordem pública. Por isso, é inviável definir um critério dogmático rígido para limitar a aplicação de leis estrangeiras para regular as relações jurídicas.

Teixeira de Freitas, sem dúvida um jurista basilar na formação de nosso direito pátrio, fez outra contribuição importante³⁰. Ele elaborou, no *Esboço*, o primeiro projeto orgânico sobre conflito de leis, usando uma base científica³¹. Foi pioneiro nesse sentido nas Américas e, talvez, no mundo. Inspirado nas doutrinas de Savigny, ele as adaptou para a nossa legislação e introduziu pensamentos próprios, genuinamente seus. Teixeira de Freitas admitia a aplicação do direito estrangeiro, exceto:

quando sua aplicação se opuser ao direito público e criminal do Império, à religião do Estado, à tolerância dos cultos, e à moral e bons costumes; nos casos em que sua aplicação for expressamente proibida neste Código, ou for incompatível com o espírito da legislação deste Código; se forem de mero privilégio; quando as leis deste Código, em colisão com as estrangeiras, forem mais favoráveis à validade dos atos³².

O jurista comenta essas hipóteses em que incide a ordem pública, citando exemplos. Refere-se à lei francesa, que considera os direitos civis regulados pela nacionalidade da pessoa, como um exemplo de legislação que se choca com o nosso direito público e criminal. Cita as leis da poligamia como um exemplo de legislação contrária à moral e aos bons costumes; faz alusão às leis que pregam ódio ao culto católico como exemplo de leis contrárias à

²⁹ GAMA E SILVA. Obra citada, p. 113.

³⁰ CALIXTO, Negi. *Ordem Pública*. Curitiba: Editora Universidade Federal do Paraná, 1987, p. 23. Em 1855, durante o II Império, foi encarregado de elaborar o Código Civil do Brasil. De 1859 a 1865 desenvolveu uma obra notável, os *Esboços*. Consolidou toda a legislação civil pátria. Unificou o Direito Civil e o Comercial. Tinha extraordinária cultura jurídica. Infelizmente, o Brasil de então não estava preparado para valorizá-lo adequadamente. Valladão e Irineu Strenger, seguidas vezes em suas obras, louvam a qualidade e profundidade de seus trabalhos jurídicos.

³¹ ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975, p. 41-42.

³² FREITAS, Teixeira de. Ver o artigo 5º da Parte Geral do *Esboço*.

religião do Estado e à tolerância dos cultos. Além disso, refere-se ao casamento entre irmãos, à incapacidade dos judeus e apóstatas, à morte civil ou incapacidade jurídica dos indignos, etc., como exemplos de leis que afrontam a nossa ordem pública³³.

Clóvis Bevilácqua, outro monumental jurista pátrio, entra no terreno espinhoso da ordem pública interna e da ordem pública internacional. Os Estados, entende ele, considerando que estão em uma comunidade de direito e inseridos na sociedade internacional, devem prestar respeito às nulidades que forem decretadas em razão da ordem pública de outros países, mesmo quando esses atos não se chocam com a ordem pública do Estado em que as nulidades são invocadas. Sua argumentação se baseia na exposição que segue:

Ainda que sejam essencialmente territoriais as leis de ordem pública, desde que não subsistem os atos praticados contra elas, nem contra elas podem ser alegados direitos adquiridos, esses atos são radicalmente nulos perante a sociedade internacional, e os Estados, contra os interesses vitais desta, não lhes poderiam reconhecer validade³⁴.

Luís Antonio da Gama e Silva, reconhecendo a dificuldade do instituto da ordem pública, dedicou um estudo a respeito. Sua definição de ordem pública é límpida, taxativa, assim como também é sua definição do que não seja ordem pública. Só existe a hipótese de incidência do princípio de ordem pública quando uma lei estrangeira, competente, deveria ser aplicada, utilizando os critérios de conexão, mas não o é. Em todos os outros casos, onde uma lei incide, por força da lei territorial, não há que falar de ordem pública, por que não é o caso. Na hipótese citada, o direito estrangeiro deve ser visto como uma regra e a ordem pública, meramente como exceção.

Gama e Silva enxerga a ordem pública como uma proteção à “infiltração perigosa da lei estrangeira³⁵”. Exemplifica citando o direito soviético, a ideologia da Alemanha nazista antisemita e racista, os nacionalismos virulentos que pululavam na década de 1930-40, os regimes instituídos com

³³ CALIXTO, Negi. Obra citada, p. 24. Ver também GAMA e SILVA. Obra citada, p. 130-131.

³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares do Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora do Rio, 1977, p. 83.

³⁵ GAMA E SILVA, Luís Antonio da. *A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*. São Paulo: sem editora, 1944, p. 220-221.

violência, as ditaduras de Estado, os totalitarismos etc. Enxerga na ordem pública o escudo protetor com que o Estado pode afastar essas más influências e as tentativas insidiosas de penetração em nosso arcabouço legal.

Isso está longe de representar uma manifestação de xenofobia do mestre. Pelo contrário, Gama e Silva enxerga o ideal como a cooperação entre os povos no âmbito jurídico, procurando harmonizar as codificações dos países, respeitando as leis de outras nações, sempre que possível, em prol da ideia que já era de Savigny, de uma comunidade internacional, uma sociedade harmônica de nações civilizadas.

Tivemos também importantes contribuições de juristas contemporâneos como Oscar Tenório, Amílcar de Castro, Irineu Strenger, Osiris Rocha, Agenor Pereira de Andrade, Haroldo Valladão, Vicente Greco Filho, Miguel Maria de Serpa Lopes, Wilson de Souza Campos Batalha e Jacob Dolinger. Cada um contribuiu à sua maneira para o aperfeiçoamento e divulgação do instituto.

Oscar Tenório enxerga o instituto da ordem pública como sendo crucial no Direito Internacional Privado e considera que o problema deve ser resolvido comparando a autoridade de cada uma das duas leis que concorrem na aplicação ao caso, com base “na competência legislativa do soberano de onde elas promanam³⁶”.

Amílcar de Castro não gosta do termo *ordem pública*, preferindo o vocábulo *ordem social*. Pondera o ilustre magistrado que nem toda a lei estrangeira que se mostra contrária à ordem social, aos bons costumes ou à soberania nacional, tem que ser afastada por esse motivo. Há que se avaliar a gradação da magnitude dessa ofensa. Ademais, acha que o artigo 17 de nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil tem redação imperfeita, pois não especifica em maiores detalhes o que é ofensivo à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Além disso, diz que é omissa, pois não incluiu a ordem econômica nessa relação. Entende que a expressão alusiva aos bons costumes equivalha à ordem moral. Acentua também que o critério para considerar uma lei estrangeira ofensiva à nossa ordem social, deve ser

³⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Volume I. 8ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 332.

baseado em fatos, e não na teoria, “sendo por isso mesmo um dos mais perigosos poderes de que dispõem os tribunais³⁷”.

Irineu Strenger é partidário do reconhecimento de que há duas ordens públicas, uma interna e outra internacional. Chama a si o apoio do Código de Bustamante, que utilizou a mesma distinção. Entende também que a ordem pública extrapola os limites estreitos do que se entenda por soberania nacional e bons costumes, criticando a técnica legislativa da redação do artigo 17.

Osiris Rocha busca o conceito do instituto na sociologia. Não se pode aplicar a lei estrangeira se ela for “inconveniente ao meio social local³⁸”. Agenor Pereira de Andrade critica a doutrina de Pillet e Niboyet, por que estes acham que a ordem pública pode ter efeitos reflexos nefastos de um Estado para outro. Para ele, isso não existe, pois não há uniformidade quanto ao conceito no cenário internacional.

Haroldo Valladão é só elogios à redação do artigo 17 de nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Considera que a tríplice enumeração é indefectível e clara. Valladão pede mais ponderação na aplicação do preceito, para tentar, sempre que possível, compensar os diversos interesses que estão em causa na sentença. Cita como exemplo dessa razoabilidade a homologação que o Supremo Tribunal Federal e hoje, o Superior Tribunal de Justiça, têm concedido costumeiramente às sentenças de divórcio estrangeiras, para fins somente patrimoniais. Ele denomina esses efeitos de *efeitos parciais*. Pondera que, por motivos de justiça e de equidade, esses efeitos devem ser reconhecidos sempre que possível, efetuando um julgamento concreto sobre o quão perto estão dos efeitos admitidos no nosso direito. A aplicação da ordem pública deve ser mais branda, menos enérgica.

Jacob Dolinger, na tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro³⁹, deixa claro que “a ordem pública não é um fator imanente à norma jurídica, razão por que não há como falar de leis de ordem pública interna e leis de ordem pública externa, desde que a

³⁷ CASTRO, Amílcar de. Obra citada, p. 278-280.

³⁸ ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 50.

³⁹ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979.

ordem pública é utilizada pelo julgador na aplicação da norma, permanecendo sempre como um fenômeno externo, não embutido na própria norma”. Insiste que a ordem pública é “una, indivisível e indefinível, abstrata, espiritual e anônima”⁴⁰.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que substituiu a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 17, diz que

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.

Mas, qual é, afinal, o conceito buscado? O dispositivo aludido afasta as leis, atos e sentenças estrangeiras que ofenderem a ordem pública. Mas, não há uma definição legal explícita que conceitue o que é contrário à ordem pública. E, nem poderia fazê-lo, pois o conteúdo deste conceito é variável de nação para nação, de cultura para cultura, de uma época para outra. Representa o espírito e o pensamento de um povo, o conjunto de valores sociais, jurídicos e morais de uma nação. É algo que paira acima do conjunto de leis. Jacob Dolinger diz que o princípio é exógeno às leis, e não intrínseco a elas⁴¹.

Olhando a história do instituto percebe-se que os juristas se dividem entre os que tentaram definir esse conceito e aqueles que se esforçaram por mostrar que era impossível fazê-lo. A formulação conceitual não é o mais importante a buscar, pois o que interessa é que a ordem pública produz efeitos práticos e seus objetivos são claros. Se essa definição é tormentosa e também dispensável, e “*talvez difícil porque desnecessária*”, é porque estamos diante de um fenômeno que melhor se pode avaliar “*com o sentimento do que com a razão*”, como sugere Dolinger⁴².

Não há fórmula definitiva e incontroversa para delimitar os contornos do instituto, pois a ordem pública é instável e relativa. O direito também muda constantemente, igual a um ser vivo, que está em constante mutação. Os valores dominantes em uma sociedade mudam tão sutilmente, que às vezes

⁴⁰ Idem, p. 42.

⁴¹ Idem. P. 42.

⁴² DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. XII-XIII.

não o percebemos. Os costumes mudam, assim como mudam as tradições e as concepções éticas, religiosas, políticas e econômicas. Não há como engessar a evolução do direito, pois ele deve atender à necessidade das pessoas e das sociedades. Essa característica de constante transformação transmite-se à ordem pública. O que ontem não era aceito, hoje o pode ser.

A ordem pública não se submete ao paradigma da casuística, pois não existe uma relação taxativa e exaustiva do que venha a ser seu objeto. A construção de seu contexto sempre se dará no caso “in concreto”, pois é um conceito jurídico indeterminado.

O próximo capítulo mostrará como a aplicação desse princípio muda de país para país, de uma cultura para outra, e como os diversos sistemas jurídicos respondem às necessidades do Direito Internacional Privado, no Brasil e em outras nações do mundo.

II – ATUALIDADES E PERSPECTIVAS

1 – Aplicação na sociedade contemporânea

A aplicação do princípio de ordem pública dá-se por exceção. Há um fator obstativo que se serve de critérios axiológicos para não se aplicar uma norma estrangeira, cuja aplicação deveria ser feita considerando os elementos de conexão usados no Direito Internacional Privado. É uma aplicação mediata do princípio, que não atua na validade da norma, e sim, unicamente, em sua eficácia. Portanto, em uma primeira análise, sempre verificamos qual o elemento de conexão que deveria ser aplicado e, em um segundo momento, se a lei ou ato aplicável por ele indicado, é ou não ofensivo à ordem pública⁴³.

Duas características acompanham a ordem pública: a relatividade e a contemporaneidade. Ela é relativa, pois cada sistema jurídico tem sua própria definição do que seja ordem pública. Isso depende do local geográfico onde deva ser aplicada a norma estrangeira. Há também, além da variação local, a questão da variação temporal. Os valores variam de época a época e, às vezes, muito rapidamente. Veja-se a questão do divórcio em França na Revolução de 1789. A legislação revolucionária o promulgou, o Código de Napoleão o confirmou, mas foi rejeitado por lei de 1816 e novamente readmitido em 1884.

Da mesma forma, veja-se o divórcio no Brasil: até 1977, quando o divórcio foi aqui introduzido, qualquer sentença estrangeira nesse sentido não era homologada por ferir a nossa ordem pública⁴⁴. Vários brasileiros obtinham uma sentença de divórcio em outros países em épocas anteriores a essa data, mas essa não era aqui aceita, pois contrariava a ordem pública.

A contemporaneidade do princípio reside no fato de que o julgamento de se a lei estrangeira fere ou não a ordem pública se dá no instante da decisão da questão, não importando a época em que o ato foi praticado. Para Jacob Dolinger:

⁴³Ver RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156, quando diz: “A reserva de ordem pública é uma cláusula de exceção que se propõe a corrigir a aplicação do direito estrangeiro...”.

⁴⁴ Ver DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 326-7.

A instabilidade do que possa ofender a ordem pública obriga o aplicador da lei a atentar para o estado da situação à época em que vai julgar a questão, sem considerar a mentalidade prevalente à época da ocorrência do fato ou ato jurídico⁴⁵.

Asseguram alguns processualistas que, havendo mudança de entendimento sobre uma exceção de ordem pública, possa haver um novo pedido de homologação de uma sentença estrangeira, que havia sido rejeitada anteriormente. Dessa forma, ela poderia extrapolar os limites da coisa julgada.

Além do divórcio, a investigação de paternidade tem sido objeto de vaivém das legislações. Isso também ocorreu no âmbito da regulação econômica, como, por exemplo, com a fixação da taxa de juros. Por isso, o juiz só observará a ordem pública contemporânea à sua decisão. A lei estrangeira só não será aplicada se chocar-se com a ordem pública do foro, na época em que a questão se apresentar ao juiz, sem ter qualquer importância qual teria sido a aplicação da ordem pública no mesmo foro, na época em que o ato ou fato jurídico ocorreram.

Há outro exemplo em que o princípio foi aplicado “in concreto” pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo uma sentença estrangeira originária da República Federal da Alemanha. Tratava-se de uma sentença alemã que previa a partilha de bens imóveis situados no Brasil. O Supremo Tribunal Federal não a homologou por tê-la como ofensiva à ordem pública. No caso, a decisão ia de encontro ao artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, que determina a competência exclusiva do judiciário pátrio para proceder à partilha de bens situados em território nacional, ainda que o autor da herança seja um estrangeiro que more fora do Brasil.

O decreto que formalizou a denegação da homologação não levou em conta o fato de que a sentença foi proferida em 1973, anterior, portanto, ao novo Código de Processo Civil, pois a competência absoluta do judiciário nacional foi considerada uma cláusula de ordem pública⁴⁶.

⁴⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 327.

⁴⁶ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 121, p. 924-926. Supremo Tribunal Federal. Pedido de homologação de sentença estrangeira. Sentença estrangeira n. 3.780 – República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Francisco Rezek. Data: 06 de maio de 1987.

Jacob Dolinger, amparado em um caso citado por Niboyet, nos apresenta outro caso concreto, envolvendo o instituto da adoção. Para Niboyet, a idade mínima do adotante é um tema relevante de ordem pública internacional. Segundo o Código Civil Brasileiro de 1917, art. 368, o limite mínimo de idade para o adotante é de 50 anos. A Lei 3.133 de 1957 a reduziu para 30 anos. Assim, antes de 1957, não se reconhecia no Brasil uma adoção feita no exterior, por pessoa com menos de 50 anos de idade. Mas, se essa questão da adoção fosse apresentada ao tribunal brasileiro após 1957, mesmo que a adoção houvesse sido feita anteriormente, ela seria reconhecida, pois a partir da Lei 3.133/1957 ela já não mais atentava contra a ordem pública brasileira.

Mas, essa adoção anterior a 1957, feita no Brasil, por pessoa menor de 50 anos, não seria válida, pois à época, ela era proibida. Jacob Dolinger quer mostrar, com este exemplo, como a ordem pública no âmbito internacional é de aplicação menos restritiva do que no plano interno⁴⁷.

Quando se trata de contratos internacionais e de arbitragem, a ordem pública pode vedar a aplicação da lei estrangeira, limitando o princípio da autonomia da vontade. No caso de reconhecimento de atos realizados no exterior, que sejam contrários à ordem pública, pode haver a anulação do próprio contrato ou da cláusula compromissória arbitral. E, tratando-se de homologação de laudos arbitrais, estes sempre dependem do crivo da ordem pública para serem aqui válidos.

A declaração de que um ato ou uma lei estrangeira ferem a ordem pública brasileira não é um questionamento da validade do ato em si e sim, uma limitação a seu campo de eficácia em nosso território. A lei estrangeira é considerada como válida, sob o risco de haver uma invasão da jurisdição de outro Estado e, assim, uma afronta à sua soberania. Novamente, a lição de Dolinger, é clara a respeito, quando escreve:

Não temos como questionar a validade de um ato, uma lei, uma sentença estrangeira por ferirem nossa ordem pública. Esta não tem o condão de

⁴⁷ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. 119.

interferir na ordem jurídica estrangeira. (...) Tão somente falta de eficácia local⁴⁸.

Deve-se louvar a boa técnica com que o artigo 17 da nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi redigido, referindo-se à eficácia, e não à validade do ato praticado no exterior⁴⁹. Ferrer Correa distingue esses aspectos com muita propriedade, quando diz:

Entende-se que se uma situação jurídica se constituiu validamente no estrangeiro, de acordo com a lei que lhe é aplicável, o fato de a intervenção da ordem pública se opor à sua efetivação no Estado do foro não significa que ela seja ferida de nulidade – ela é simplesmente afetada de ineficácia, na direção visada ou *in totum*, relativamente ao atual ordenamento jurídico do foro. Isto importa, pelo menos, a seguinte consequência: sobrevindas modificações na ordem jurídica local das quais resulte que tal situação já não é contrária à sua ordem pública, poderá ela, nessa altura, ser reconhecida e produzir efeitos⁵⁰.

Jacob Dolinger acentua que o fato de que o afastamento da lei estrangeira se dê no plano da eficácia e não da validade é uma demonstração de que a incidência desse instituto configura uma exceção, e não uma regra. Argumenta o mestre que, se a ordem pública fosse vista como uma regra, como as demais regras de conexão que usamos no Direito Internacional Privado, não teria sentido que todas elas se referissem à situação jurídica na época do ato ou do fato jurídico, enquanto que a ordem pública incidisse contemporaneamente ao seu reconhecimento pelo juiz do foro.

Frente a casos extremos, uma sentença estrangeira não é homologada. Por exemplo, uma sentença que determina a escravidão de uma pessoa por outra em função de um contrato, é inadmissível na maior parte dos tribunais ocidentais. Mas, quando lidamos com casos limítrofes, em que há situações que não configuram uma ofensa clara ao nosso Direito, a ordem pública se torna um conceito dificultoso.

Veja-se, por exemplo, a questão da cobrança de uma dívida de jogo, que se admite nos Estados Unidos da América, mas não se admite no Brasil.

⁴⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 338.

⁴⁹ Idem, p. 119. A *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010) veio substituir a *Lei de Introdução ao Código Civil*, promulgada pelo Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942.

⁵⁰ FERRER CORREA, A. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: s/editora, 1963, p. 487.

São vários os casos de sentenças estrangeiras que condenaram brasileiros que contraíram dívidas em cassinos norte-americanos, e não pagaram. Quando voltaram ao Brasil, não puderam ser executados, pois a nossa legislação coibia a dívida de jogo. Hoje, esse entendimento mudou⁵¹.

No último quartel do século XIX e nos primeiros anos do século XX as questões do Direito Internacional Privado estavam efervescentes e tomaram impulso por dois motivos: a criação do Instituto do Direito Internacional em 1873 e a Conferência de Haia, em 1902. Buscou-se obsessivamente que o legislador interno de cada País definisse quais são as normas que são consideradas de ordem pública e que não podiam, portanto, admitir a aplicação de legislação forânea. Essas tentativas todas fracassaram.

Chegou-se até a cogitar na doutrina que o legislador é quem deveria decidir o que era matéria de ordem pública ou não. Mas, a pouco e pouco, a doutrina decidiu que só ao juiz caberia detectar o que seja ordem pública, e assim, não aplicar a legislação estrangeira que com ela colidisse. Temia-se que o juiz pudesse usar essa liberdade com arbitrariedade em seus julgamentos, e que ele poderia deixar-se levar por suas convicções e opiniões pessoais. Esses receios, ao que tudo indica, não se concretizaram.

Oscar Tenório⁵² define duas forças que se opõem no Direito Internacional Privado: de um lado, a tendência de o magistrado aplicar a lei do foro, por tê-la como melhor ou por melhor conhecê-la; de outro lado, a tendência crescente no Direito Internacional Público no campo da cooperação, o que se reflete também no Direito Internacional Privado.

Ainda segundo Oscar Tenório, a jurisprudência no Direito Internacional Privado sobre ordem pública tem sido bastante pacífica, quando se observam outros temas tão controvertidos e agitados, apesar de todas as controvérsias que se está vendo nesse instituto.

Aqui no Brasil, em julgamentos de processos de homologação de sentenças estrangeiras, o Superior Tribunal de Justiça vem construindo um

⁵¹ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2ª. edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 321.

⁵² TENÓRIO, Oscar. Problemas jurídicos da Cooperação Internacional no Campo do Processo Penal e Civil. In: *Revista Jurídica do Tribunal do Estado da Guanabara*. Volume 11. Rio de Janeiro, 1965, p.21.

entendimento exemplificativo do que seja ordem pública. Analisando os seus julgados, se observa que este Tribunal entende que são de ordem pública as normas constitucionais, as normas processuais, as administrativas, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as normas de polícia, as que visam à proteção dos incapazes, as que tratam de temas relativos à organização familiar, as que estabelecem formalidades para certos atos e as normas de organização econômica⁵³.

Quer se abordar agora alguns temas específicos onde a cláusula da ordem pública tem importantes aplicações, no direito pátrio e no de outras nações e sistemas jurídicos.

A questão da capacidade jurídica da pessoa física individual é matéria de ordem pública no direito interno. Geralmente, no Direito Internacional Privado é aceita a maioria declarada segundo as leis estrangeiras competentes, desde que a idade mínima não seja tão baixa que afronte o nosso bom senso. Mesmo aquilo que não se permite no direito interno, por não poder ser objeto de convenção entre partes, derogando a lei, pode ser permitido pelo foro na aplicação de uma lei externa.

Nos países que regem o estatuto pessoal pela lei da nacionalidade da pessoa, há muitos casos de incidência do instituto da ordem pública. Isso ocorre quando a lei nacional, aplicável segundo as regras de conexão, colide com as normas internas. Nos países que adotam o domicílio para governar as questões pessoais, as colisões com a ordem pública são mais raras e, nos países que utilizam o critério da regra territorial pura para governar o estatuto pessoal, a incidência de questões de ordem pública é quase inexistente.

Para exemplificar essa diversidade de incidência da ordem pública, veja-se a questão das nações da Europa Continental em relação à Inglaterra. Na Alemanha e na França, por exemplo, essas colisões ocorrem muito frequentemente, enquanto que na Inglaterra, raramente ocorrem. Isso se explica pelo fato de que a Inglaterra usualmente aplica a sua lei doméstica para

⁵³ Ver a SEC 802/US, cujo relator foi o Ministro José Delgado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada 802/US. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 12/01/2012.

divórcio e separação, para a adoção, custódia e guarda de menores e para o pagamento de pensões a mulheres e a crianças. As cortes inglesas não costumam aceitar as leis estrangeiras para regular essas questões, enquanto que nos países do continente, ocorrem frequentemente os afastamentos da lei externa, à guisa de proteção da ordem pública interna.

Uma das questões que suscitava muitas dúvidas era quanto à celebração de casamento em países onde as pessoas contraem núpcias segundo a sua lei pessoal, pelo fato de que não é obrigatória a regra *locus regit actum*. Na França, esses casos geraram muita polêmica a respeito da validade desses casamentos, se a forma escolhida não fosse aceita pela lei francesa. A maioria da doutrina considerava aí a incidência de ordem pública. O Código Napoleônico, na hipótese de casamentos de franceses no exterior ou de franceses com estrangeiros no exterior, determina que se aplique a regra do local da celebração, desde que as proclamas tenham sido publicadas conforme a lei francesa.

Em matéria de impedimentos para os casamentos, o critério mais utilizado nos países ocidentais é a aplicação dos impedimentos da lei pessoal dos nubentes e também dos impedimentos previstos nas regras da *lex loci celebrationis*. Se a lei estrangeira dos nubentes for mais permissiva, será aplicada a lei do país da celebração; se a lei estrangeira for mais restritiva que a lei local, aquela será respeitada. Prevalece a norma mais restritiva, portanto.

Os efeitos pessoais decorrentes do casamento têm forte caráter de ordem pública, mais do que os efeitos patrimoniais. A Convenção de Haia de 1905 estipulava que essas relações seriam governadas pela lei nacional⁵⁴.

A poligamia é uma das questões clássicas para a incidência da ordem pública no Direito Internacional Privado. Geralmente, os países ocidentais não permitem a realização de um segundo casamento no país, se a pessoa já havia contraído núpcias em outro e esse casamento estiver ainda em vigor. Também há países onde não é permitido o ingresso de casais poligâmicos, por rejeitarem essa instituição.

⁵⁴ Convenção concernente aos conflitos de leis relativos aos efeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos cônjuges, nas suas relações pessoais, e sobre os bens dos cônjuges – 1905 (1ª fase).

Jacob Dolinger relata o caso que ocorreu em Israel, logo após a sua independência, em 1948⁵⁵. Milhares de judeus provenientes do lêmén foram admitidos no novo País. Estes viviam afastados há mais de 2.000 anos dos demais judeus, e durante todo esse tempo nunca tiveram algum preceito que lhes proibisse a prática da poligamia. O governo de Israel permitiu que os casais poligâmicos provenientes do lêmén se estabelecessem em seu território, mas vedou a celebração de novos casamentos dessa natureza.

Em geral, como regra, os países ocidentais reconhecem o direito sucessório dos filhos provenientes dessas uniões, bem como o direito a alimentos dos filhos e das esposas. É uma solução, além de tudo, humanitária.

Há países, como a Inglaterra, cuja doutrina sustenta a impossibilidade de uma mulher casada em poligamia obter divórcio no país. E, mais que isso, essa mulher poderá convolar novas núpcias, porque não é considerada sequer casada no território inglês.

O instituto da ordem pública ganha contornos controversos quando se trata de sucessões de coisas e bens. Sabidamente, a regra geral é que a lei que rege os bens e coisas é o da sua situação, a *lex rei sitae*. A Convenção de Haia, de 1905, antes referida, regulou a questão das sucessões, mas, nem todas as suas regras foram aplicadas na prática. Havia uma ressalva em seu artigo 6º que estabelecia um regime especial para a aplicação de leis do foro que buscavam impedir a divisão de propriedades rurais, entre outros dispositivos específicos. Isso significa que a *lex rei sitae* preponderava nesses casos sobre a lei das sucessões.

No campo da investigação da paternidade há outro campo fértil para discutir o instituto da ordem pública. Quando se trata de aplicar a lei estrangeira no foro, em caso de conflito com as leis locais, obsta-se a aplicação. Quando se trata de execução de sentenças estrangeiras, por órgãos competentes do exterior, geralmente há a sua homologação. O Código Bustamante dispõe em seu artigo 61 ser de ordem pública internacional a proibição de legitimar filhos que não sejam naturais.

⁵⁵ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. 172.

Quanto à questão do divórcio, é novamente um tema clássico. Cada vez menos países vedam o divórcio, fruto das novas liberdades das pessoas e da maior liberalidade do Poder Judiciário. Sabe-se que antes do reconhecimento do divórcio em nosso país, em 1977, os tribunais seguidamente vedavam a homologação de sentenças do exterior, alegando questões de ordem pública.

A Convenção de Haia, de 1902, que regulou os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas, previa que o divórcio poderia ser efetivado quando a lei nacional dos cônjuges e a lei do lugar do foro, ambas, admitissem a dissolução matrimonial para as hipóteses específicas do caso. O Código de Bustamante previa que o divórcio seria governado pela lei do domicílio dos cônjuges. O Brasil não aceitou esse preceito.

Uma das regras mais férreas do Direito Internacional Privado, como já foi aludido, é quanto aos bens. Nesse tema, a *lex rei sitae* prevalece de forma absoluta. Isso, aliás, não surpreende, pois seria muito complicado admitir que os bens imóveis situados em um território fossem regidos pelas leis de outro país, quer de nacionalidade, quer de domicílio. O regime de propriedade ficaria abalado com essa situação, levando à total insegurança jurídica. Oscar Tenório esclarece que isso nada tem a ver com a ordem pública, quando escreve:

A regra *lex rei sitae* em caráter unitário, abrangendo indistintamente móveis e imóveis tem sido formulada por importantes legislações, com a justificativa de que a propriedade se subordina aos imperativos da ordem pública do Estado, como expressão da sociedade política, sem que, todavia, ela fique em sua formação e regulação dominada pelos preceitos territoriais⁵⁶.

A ressalva que se faz é no sentido de que o vocábulo *ordem pública* aqui é colocado com seu sentido normal, comum, que traduz a necessidade de segurança jurídica e boa ordem, não se confundindo com o instituto que está sob análise.

No campo das obrigações a regra dominante é a *lex loci contractus*. As legislações se dividem em dois polos; as que aplicam a lei do país em que a obrigação foi contraída e aqueles em que a lei é a do local onde a obrigação deva ser cumprida. O princípio da ordem pública é amplamente aplicado. No

⁵⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Volume II. 11ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 156.

âmbito da jurisprudência europeia ele impediu a execução de vários contratos que tinham relação com dívidas de jogo, apostas, contrabando e juros extorsivos, segundo Dolinger⁵⁷. Os americanos e ingleses são particularmente sensíveis com relação a práticas monopolistas, trustes, e cláusulas auto restritivas para atuar em determinados setores do comércio.

Também no âmbito do direito comercial e industrial a ordem pública tem ampla aplicação. Isso é especialmente aplicável em casos de reconhecimento de personalidade jurídica de associações, de sociedades e de fundações estrangeiras.

Jacob Dolinger relata caso que retrata as diferenças e semelhanças nos costumes e leis dos diversos povos. Os tribunais alemães tem se oposto várias vezes à execução de sentenças oriundas dos Estados Unidos da América, que previam a indenização de caráter punitivo (*punitive damages*). As leis americanas preveem, além do cômputo da fixação do *quantum* indenizatório, somada às perdas e danos, os lucros cessantes, etc., mais uma parcela a título de “pena privada”, decorrente da prática de ato ilícito, o que pode aumentar em até 100% o valor da indenização. Como o instituto não está previsto na legislação alemã, os seus tribunais consideram a adição dessa pena pecuniária um verdadeiro enriquecimento sem causa. Por isso, não o aceitam⁵⁸.

Outro caso de interesse surgiu com uma sentença oriunda da Itália, submetida à homologação no Brasil. A mãe, parte interessada, alegou ofensa à ordem pública, argumentando que a permissão para que as suas duas filhas permanecessem em Roma, em férias escolares, junto ao pai natural, representaria um risco de tentativa de retomada de sua guarda por parte deste. A alegação foi rejeitada e a sentença foi homologada, pois o Tribunal entendeu que a legislação italiana coincide com a brasileira no tocante aos princípios do

⁵⁷ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. 208-211.

⁵⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 374.

direito de família, prescrevendo o convívio necessário dos filhos com os pais e o concurso destes na educação dos filhos⁵⁹.

De tudo que se viu, depreende-se que a ordem pública é um princípio que impõe limites à autonomia privada. Somente na apresentação do caso concreto é que se define se há uma colisão de valores ou não, no juízo do pensamento contemporâneo ao julgamento. Os diversos países que formam a comunidade internacional têm todos eles disparidades em seus valores, embasados em princípios filosóficos que sofrem transformações no espaço e no tempo.

A história da formação de cada povo é um elemento importante na formação de seu pensamento. Alguns povos valorizam mais os valores individuais, enquanto que outros conferem maior ênfase aos valores coletivos.

Jacob Dolinger⁶⁰ detecta que ainda há falta nos povos de sentimentos internacionalistas. E, para suprir essas lacunas e harmonizar as diferenças, surge o papel importante desempenhado pelos organismos internacionais, a exemplo da atuação de entidades como o Fundo Monetário Internacional, e a intensificação da cooperação mundial em temas que afetam toda a humanidade, como o meio ambiente, a saúde coletiva e outros temas que envolvem interesses difusos.

Observa-se que o Poder Judiciário brasileiro procura cooperar cada vez mais com a comunidade internacional. A maior parte dos julgados que denegam homologações a sentenças estrangeiras versam sobre falta de formalidades essenciais. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e agora do Superior Tribunal de Justiça, mostra que a ordem pública está sendo usada para proteger princípios de direito. Por ser um conceito jurídico indeterminado, existe a possibilidade de constante renovação do seu conteúdo. Isso dá espaço a erros e acertos por parte do julgador.

A flexibilidade na aplicação do instituto é facilitada quando os conceitos são elásticos, quando se conta com um conjunto de normas abertas, que dão

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de homologação de sentença estrangeira. Sentença estrangeira n. 3.192 – República Italiana. Relator: Ministro Néri da Silveira, 31 de outubro de 1984.

⁶⁰ DOLINGER, Jacob. Obra citada, p. 386.

azo à agilidade e contemporaneidade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que essa elasticidade possa ser uma brecha para a sua aplicação equivocada.

Esse leque de possibilidades que se abre para a aplicação do princípio da ordem pública nos diversos sistemas jurídicos é explorado na próxima parte do estudo, principalmente a importância que vem assumindo a questão de a pessoa ser o centro do direito. Com isso, o Direito Internacional Privado passa a considerar cada vez mais a questão dos direitos humanos, o respeito às diversidades de todos os tipos e o respeito à diferença cultural.

O multiculturalismo e o universalismo de alguns valores fundamentais para a pessoa humana são as novas marcas do Direito Internacional Privado pós-moderno. A parte final do estudo procura explorar essas possibilidades.

2 - Nova visão de futuro

Octávio Ianni⁶¹ observa a velocidade do mundo contemporâneo, com a sua transitoriedade, a relatividade de suas verdades, a fugacidade de suas certezas, a superação das ideias de razão pura, o seu individualismo, a centralidade ocupada pelo ser humano e o declínio progressivo do positivismo jurídico. Na nova aldeia global é necessário entender a interação complexa das coisas e das ideias. A ordem pública sofre transformações cada vez mais rápidas em nossos dias, diferente do passado, quando permanecia, às vezes por séculos, sem praticamente alteração alguma.

A extrema mobilidade das pessoas e a necessidade de cooperação jurídica internacional nos dias de hoje requer uma nova visão do direito e do papel do Juiz. A eficácia das decisões judiciais estrangeiras dentro do território, que antes era vista como ameaça à soberania, e, por isso, mantida sob um controle acerbado, é hoje ainda mais premente.

Longe de procurar preterir a ordem interna de cada país ou de desconsiderar a sua soberania, o que se deve buscar é a construção de um direito mais integrado, para haver um alinhamento à ordem mundial e ao mundo globalizado. Há que alargar as bases comerciais e diplomáticas, para promover uma maior cooperação entre os Estados e uma interpretação mais homogênea dos conceitos de ordem pública.

Nádia de Araújo comenta essa nova necessidade do instituto da ordem pública:

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 momento⁶².

Revedo um pouco da História, observamos que na Revolução Francesa de 1789 houve uma ruptura com a ordem absolutista e com as instituições provenientes do Feudalismo que imperou na Idade Média. A partir daí, ocorreu a positivação dos direitos e sua crescente codificação. Era

⁶¹ IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 117.

⁶² ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, p. 100.

necessário criar tipificações para as condutas das pessoas e prever limites e sanções para quem ultrapasse o que era permitido, o que era abusivo, o que invadia a esfera dos direitos de outrem. Iniciava o primado da liberdade individual. Mas, com o advento da era industrial e a modificação drástica das relações de trabalho na sociedade, começaram os reclames pela ingerência estatal, pois a coletividade necessitava de sua regulação, para manter o seu bem-estar mínimo.

A intervenção estatal teve seu ponto máximo no keynesianismo, que iniciou na Inglaterra, com o Estado do bem-estar social (*Welfare State*), e foi usado nos Estados Unidos da América, de 1932 em diante, na administração de Franklin Delano Roosevelt, para recuperar a economia norte-americana, deprimida com a quebra de Wall Street, em 1929. Foi um período de planificação econômica estatal e de intenso dirigismo político na esfera econômica e social, que se estendeu até final da 2ª Guerra Mundial.

Mas, esse ciclo de ascensão estatal sofreu um revés com os questionamentos que surgiram com as crises do petróleo de 1973 em diante. No âmbito jurídico, isso acarretou a proliferação de uma miríade de normas, em todas as áreas da atividade humana, levando a uma “inflação legislativa”, e, que, assim, levou à ineficácia de todo esse aparelho normativo. Com a queda do mundo comunista, em 1989-1990 e a hegemonia do capitalismo, o direito também deu uma guinada, para uma chamada “pós-modernidade jurídica”.

Um texto de Luís Roberto Barroso descreve bem a nova onda que se vive:

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 político, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, fala-se em 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 formas abstratas da lei e a discricção 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 resolvido⁶³.

O sistema capitalista de produção e de organização social cria mecanismos e estruturas econômicas que não se detêm facilmente ante as fronteiras estatais. Existem imensos riscos de violações dos direitos humanos, em função disso. O Estado nacional já não tem mais a força e o respeito que detinha e impunha há décadas.

As mazelas de nossa sociedade não mais conseguem ser contidas pelas soberanias nacionais, mas dependem de uma cessão de parte da soberania estatal para órgãos não nacionais, supranacionais em sua natureza. Veja-se o caso da indústria da criminalidade internacional, a defesa do meio ambiente, a lavagem de dinheiro, o tráfico internacional de drogas, o tráfico internacional de crianças, concorrência, etc., que desafiam desabridamente os Estados atuais

As nações percebem que a sua união aduaneira ou política é um instrumento importante para atuar frente a esses desafios. O auxílio entre jurisdições se dá mediante a cooperação jurisdicional, que compõe o processo civil internacional, que é um ramo do Direito Internacional Privado. Os Estados abriram mão da rigidez nacionalista, que os caracterizava outrora.

Essa realidade reaviva o pensamento de Immanuel Kant, professado na sua ideia de “paz perpétua entre as nações”. Para o eminente pensador alemão, a hospitalidade universal é um direito, e não apenas um ato filantrópico. Veja-se o que ele fala:

Esta ideia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo que não sejam amigos), entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico moral, mas um princípio de direito. A natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domicílio comum (*globus terraqueus*), num espaço determinado⁶⁴.

A ideia de Kant passa muito perto da de Mancini, quando este falava que inexistia segundo o direito das gentes o poder absoluto de recusar a aplicação da lei estrangeira sobre o seu próprio território. Mancini advogava a ideia de que o conceito de independência não podia passar ao ponto de permitir a

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁴ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. 2ª edição. São Paulo: Ícone, 1993, p. 201.

violação de direitos em outro Estado⁶⁵. Nesse novo mundo de ideias, ganha relevo o direcionamento revolucionário que Erik Jayme dá ao Direito Internacional Privado. É necessário extrapolar os domínios acanhados do direito nacional clássico e adotar referenciais que satisfaçam a nova organização social contemporânea.

Para superar esse ambiente confuso trazido pela pós-modernidade, surgiu uma tendência nova, de exegese para cada caso concreto, alinhada com a nova ordem internacional. As mudanças também ocorreram no sistema judiciário pátrio. Com a Emenda Constitucional 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça passou a exercer a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias, função que antes era do Supremo Tribunal Federal. O instituto da ordem pública passa de alguns anos para cá por uma nova exegese, buscando uma maior cooperação jurídica com outros países, com tendência de harmonizar os valores vigentes.

Hoje, pode-se pensar em uma ordem pública supranacional, além da ordem pública interna que já se conhece há tempos. Isso não exclui as ordens públicas dos Estados que formam parte, por exemplo, de uma União Europeia, mas traz, evidentemente, alguns condicionamentos.

Antes da Emenda Constitucional número 45/2004 o Supremo Tribunal Federal sempre concedeu uma interpretação restritiva ao conceito de ordem pública, embora já, mesmo antes disso, houvesse alguns vislumbres de torná-lo mais flexível, como por exemplo, com o voto de Marco Aurélio de Melo na Carta Rogatória 9897/EU, sobre uma dívida de jogo contraída por um brasileiro em um cassino dos Estados Unidos da América, que não foi paga⁶⁶.

O Ministro fez considerações sobre a validade da cobrança, tendo em vista a licitude do jogo na origem do fato, repudiando-o pelo princípio do enriquecimento ilícito sem causa e do abuso da boa fé. Em resumo, o Ministro trouxe uma nova visão sobre o que deva ser o entendimento de ordem pública

⁶⁵ Artigo de Ademar Pozzatti Júnior, intitulado “Um espaço sul americano de justiça é possível?”. http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9677&revista_caderno=16. Consultado em 23/01/2012.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória 9897/EU. Dívida de jogo nos Estados Unidos. Atividade lícita na origem. Enriquecimento sem causa. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 04/12/2011.

para esse caso concreto de dívida de jogo, que é permitida nos Estados Unidos, e até então, sempre havia sido denegada aqui, quando cobrada mediante carta rogatória estrangeira, por ser coibida em nossa legislação.

De 2004 em diante observa-se nas decisões do Superior Tribunal de Justiça mudanças de entendimento com relação à autorização de atos executórios. Há vários exemplos no Superior Tribunal de Justiça: senão, veja-se o caso SEC 746/US, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, publicado no DJ de 01/08/2007; ou o caso SEC 1601-EX, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 02/08/2006; o caso CR 1924/ES, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, publicado no DJ de 28/06/2007 ou o caso CR 2449/IT, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 12/06/2007⁶⁷.

O marco divisor de águas para essas decisões foi a Resolução número 9, de 04/05/2005, do Superior Tribunal de Justiça, que passou a admitir a concessão de tutela de urgência no âmbito de sentenças estrangeiras, e que também passou a dar maior flexibilidade para certos procedimentos de reconhecimento de atos estrangeiros. Essa nova visão, chamada de pós-positivista, é mais flexível e mais adaptada para fazer frente às questões complexas que surgem no mundo globalizado.

Outro aspecto que deve compor a visão de futuro com relação ao princípio da ordem pública é a crescente importância que passa a ter a questão dos direitos humanos. Um caso emblemático dessa transformação foi a decisão do Conselho de Estado Francês, de 27 de outubro de 1995, sobre o “jogo de arremesso de anões”, que será comentado adiante. O caso é apontado pela jurisprudência como um paradigma da discussão sobre os direitos fundamentais na Europa, “*pois acrescentou ao conceito de ‘ordem pública’, os de ‘moralidade’, e de ‘dignidade da pessoa*”⁶⁸.

A decisão foi baseada no preâmbulo da Constituição da França de 1946, que em sua primeira frase, considera ser “*a salvaguarda da dignidade da*

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso 12/01/2012.

⁶⁸ TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, número 5, out./dez. 2008, p. 186-203.

peessoa humana contra toda forma de sujeição e de degradação” um princípio com valor constitucional. A decisão é marco importante, porque afirma que “o respeito à dignidade da pessoa humana é parte da ordem pública que o poder de polícia tem a finalidade de assegurar⁶⁹”.

Exemplos nesse sentido, de valorização crescente dos direitos humanos e de condenações a qualquer forma de discriminação, existem às centenas na jurisprudência internacional. A exceção de ordem pública, que no passado costumava ter somente efeitos negativos, passa a ter efeitos positivos, de forma a criar um direito, que o elemento de conexão não teria aplicado.

Um exemplo disso é o caso relatado pelo jurista português A. Ferrer Correa, explicando que em Portugal o casamento é regido pela lei de nacionalidade dos contraentes. Alguns países, contudo, vedam o casamento entre pessoas de raças diferentes, o que contraria a ordem pública portuguesa, que não aceita qualquer discriminação de tal ordem. No caso concreto, um casal de indianos quis casar-se em Portugal, o que na Índia não era permitido, dado que os nubentes pertenciam a raças diferentes. O Tribunal português decidiu, no entanto, que o casamento poderia ser realizado validamente, mesmo que afrontando diretamente o elemento de conexão que vinculava a lei competente como sendo a da Índia⁷⁰.

Na complexidade do mundo pós-moderno adquire crescente relevo o pensamento de Erik Jayme, estudioso dos reflexos dessa nossa época presente no Direito. O pluralismo é o que diferencia a era atual do direito anterior, o moderno. É um pluralismo de atores sociais, de papéis, de culturas,

⁶⁹ TABORDA, Maren Guimarães, Obra citada, p. 187. Descreve a autora que esse jogo “consiste em um espetáculo em que os espectadores arremessam o mais longe possível, um anão vestido com um traje que permite ao mesmo tempo prendê-lo pelos pulsos e protegê-lo na queda sobre um tapete de recepção. Tal atração começou a se desenvolver na França, no início dos anos 90, principalmente nas danceterias, e provocou uma exploração comercial à qual se prestava a própria pessoa, ao fazer-se seu objeto. Os prefeitos de Morsang Sur-Orge e de Aix-en-Provence proibiram o espetáculo. A empresa produtora e um anão chamado M. Wackenheim recorreram da decisão ao Tribunal Administrativo de Versailles, que pronunciou a anulação da decisão, sob o fundamento de que os prefeitos excederam em seus poderes de polícia. O Conselho de Estado, no entanto, admitiu a legalidade das medidas adotadas pelos prefeitos. Em outras ocasiões, o Conselho de Estado já sublinhara a necessidade de preservar a dignidade da pessoa e lembrar os ‘princípios deontológicos fundamentais relativos ao respeito à pessoa humana, que se impõem ao médico em suas relações com seu paciente e não cessam de se aplicar com a morte deste”.

⁷⁰ FERRER CORREA, A. Obra citada, p. 418-420.

um número cada vez mais variado e diferenciado de sujeitos de direitos, de consumidores, de filhos legítimos e ilegítimos, um pluralismo de fontes legislativas, que precisam dialogar entre si e um pluralismo de métodos⁷¹.

Os elementos da pós-modernidade que influenciam tão dramaticamente o direito privado são esse denodado pluralismo, a comunicação, a narração, o “*le retour des sentiments*” (retorno dos sentimentos) e a valorização dos direitos humanos. O pluralismo é de fontes legislativas, de sujeitos que precisam de proteção, de consumidores, de interesses difusos de toda ordem, como o meio ambiente, o direito à imagem, etc. A necessidade de diálogo das fontes, professada pelo eminente jurista alemão, é o ponto alto da nova interpretação normativa⁷².

A comunicação, segundo o mestre alemão é “um valor máximo da pós-modernidade”. Nunca antes a informação e a comunicação foram tão disseminadas e disponíveis como hoje. A narração é um fruto da comunicação. As formas de elaborar leis mudaram: as leis narram seus objetivos e seus propósitos. Toda a norma tem um fim útil em si mesma, uma teleologia, que não deve ser difícil de ser interpretada. Essas novas normas são normas narrativas, diz Erik Jayme⁷³.

O retorno dos sentimentos é a volta da “emocionalidade” no direito. Esse aspecto traz em si uma valorização da argumentação, segundo o pensamento e o método de Chaim Perelman⁷⁴. Em decorrência, o direito deixa de ser certo, previsível e seguro. As decisões jurídicas passam a se caracterizar pela insegurança e imprevisibilidade quanto à solução que será dada a cada caso

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de Oliveira (organizador). *Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 21.

⁷² Essa expressão, intensamente utilizada por Erik Jayme, mereceu uma elogiosa referência por parte do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN 2.591. O eminente Ministro reconheceu na expressão a necessidade de que haja harmonia entre as normas de Direito Privado, no caso as normas bancárias e de consumo. O voto fazia referência à necessidade de haver um diálogo entre as leis ordinárias (de consumo, no caso) com as leis complementares (do sistema financeiro nacional, no caso), que teriam influências recíprocas, “*em aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente*”. Idem, p. 34-35.

⁷³ Idem, p. 30.

⁷⁴ Idem, p. 29-31. Ver também ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 104.

concreto. O carro-chefe de toda a nova teoria de Erik Jayme são os direitos humanos. O jurista enxerga um novo papel social para o Direito:

Os direitos humanos seriam as novas 'normas fundamentais' e esses direitos incluídos nas constituições influenciariam o novo direito privado, a tal ponto de o Direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural⁷⁵.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de Oliveira (organizador). *Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 30.

CONCLUSÃO

O princípio da ordem pública é aberto e abstrato, além de ser indeterminado. É importante que ele assim permaneça, segundo vários juristas, para que tenha a flexibilidade necessária para adaptar-se e moldar-se aos diversos ordenamentos jurídicos e às novas situações concretas. Dizer que o conceito é indeterminado não quer dizer que ele seja indeterminável. Sempre é possível verificar se a lei estrangeira é ofensiva ou não aos princípios fundamentais de um sistema jurídico.

O princípio é exógeno às leis e, por isso, não faz sentido estabelecer uma dicotomia entre leis de ordem pública interna e leis de ordem pública internacional. A ordem pública é um conceito abstrato, relativo, mutável, que não se pode confundir com Direito Público e menos ainda com as conexões do Direito Internacional Privado, que são de natureza territorial.

A ordem pública também não pode ser vista como regra, pois ela é, de fato, um remédio excepcional, que só é aplicado quando o choque com a ordem pública do foro é inevitável e total. Isso significa que, sendo possível, dar soluções pontuais que contemplem a aplicação parcial da lei estrangeira, convém que isso seja feito, por respeito à lei forânea.

Os princípios fundamentais que o instituto procura proteger são os que promanam da Constituição, dos Tratados e dos direitos fundamentais. Essas garantias do indivíduo e da coletividade devem sempre ser resguardadas pela ordem pública. Mas, não pode este instituto ser usado para barrar de forma genérica e *a priori* o direito estrangeiro, pois isso seria a negação do Direito Internacional Privado, e dele tiraria a potencialidade de construir efeitos positivos na ordem jurídica entre as nações.

Aprendemos também que, devido à variabilidade da ordem pública no tempo, a sentença que coíbe a aplicação de direito estrangeiro no foro não faz coisa julgada, podendo ser readmitida quando o entendimento sobre o que seja ordem pública mudar.

O pós-positivismo de nosso século busca uma nova maneira de se alinhar com os novos tempos, através da cooperação jurídica internacional.

Faz-se necessária, e isso os tribunais superiores estão começando a compreender, ainda que timidamente, em alguns casos, uma interpretação mais flexível e menos dogmática e positivista das leis.

Os novos desafios de nossa sociedade global exigem a transposição de doutrinas mais conciliatórias para os diversos interesses entre os povos, em face ao multiculturalismo hoje necessário e ao universalismo dos direitos humanos, cada vez mais em voga. Temos que “pensar alargado”, como dizia Kant. É hora de alargarmos as nossas mentalidades, não só as dos juristas, mas também as dos juízes e legisladores, como também as dos professores e as dos alunos de direito, que necessitarão cada vez mais fazer frente a um mundo sem fronteiras.

A doutrina se divide entre os que consideram que a ordem pública no Direito Internacional Privado está em extinção progressiva e os que acham que ela permanecerá nos códigos dos Estados, ainda que se adapte aos novos tempos. É de se crer que ela continuará viva, mutável e sensível aos novos tempos, trazendo benefícios para a ordem jurídica internacional.

A cooperação internacional é uma questão de cortesia entre Estados, no sentido de possibilitar a aplicação do direito alienígena dentro da sua jurisdição. A própria Constituição do Brasil inclui as relações internacionais em seu artigo 4º, na qualidade de princípio fundamental. O inciso IX trata especificamente da questão da cooperação entre os países, em busca do progresso da humanidade.

A ideia de que teremos no futuro uma ordem pública verdadeiramente internacional ou universal, advogada por Jacob Dolinger⁷⁶ não é uma utopia, embora conte com grandes opositores. O advento de uma nova *comitas gentium* é uma possível solução para os grandes problemas mundiais, especialmente os que afetam a humanidade por inteiro, como os interesses difusos relacionados ao meio ambiente e à biogenética e às pragas do mundo atual, como a indústria internacional do crime, o tráfico de drogas, o tráfico de crianças, o tráfico de órgãos, etc.

⁷⁶ DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979, p. 263.

Uma luz que surge é o movimento do pluralismo jurídico transnacional no direito privado, uma visão revolucionária, que aceita a crise pós-moderna e o pluralismo hoje necessários, áreas onde a teoria estritamente positivista de Hans Kelsen não encontrou soluções adequadas⁷⁷. Para isso, o Direito Comparado assume importância decisiva, especialmente nos aspectos econômicos do Direito Privado, como o Direito do Consumidor⁷⁸.

Para finalizar a monografia é conveniente lembrar a resposta que deu Erik Jayme quando perguntado sobre qual seria a herança do Direito Privado para o século XXI. O mestre mencionou a necessidade de preservação da autonomia e da liberdade das pessoas, garantindo a “*transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é o sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão*”⁷⁹.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de Oliveira (organizador). *Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 25. Esse Direito está sendo chamado na Alemanha de Novo Direito Privado Solidário (*Solidarprivatrecht*).

⁷⁸ Idem, p. 25.

⁷⁹ Idem, p. 34.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Privado. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.

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

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. 2ª. edição. São Paulo: Atlas, 2011.

BEVILÁCQUA, Clóvis. Princípios Elementares do Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 04/12/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stgj.gov.br>>. Acesso em 12/01/2012.

CALIXTO, Negi. Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Paraná: Editora da Universidade do Paraná, 1987.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Direito Internacional Privado. Parte geral. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979.

FERRER CORREA, A. Lições de Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2000.

GAMA E SILVA, Luís Antonio da. A Ordem Pública em Direito Internacional Privado. São Paulo: sem editora, 1944.

HUMPHREYS, Luís Fernando Lisboa. Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba, volume 2, número 2, jul./dez. de 2005.

IANNI, Octávio. Teorias da globalização. 5ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

KANT, Emmanuel. Doutrina do direito. 2ª edição. São Paulo: Ícone, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. O Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de Oliveira (organizador). Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da Ordem Pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (organizadoras). O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NUSSBAUM, Arthur. Principles of Private International Law. New York: Oxford University, 1943.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. Faces do multiculturalismo: Teoria, Política, Direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

POZZATTI, JR., Ademar. “Um espaço sul americano de justiça é possível?”. http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9677&revista_caderno=16. Consultado em 23/01/2012.

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

RIBEIRO, Elmo Pilla. O princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado. Porto Alegre: sem editora, 1966.

ROCHA, Osiris. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 1975.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema del Derecho Romano Actual. Tomo 1. 2ª edição. Madri: Centro Editorial de Góngora, sem data.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. In: Revista de Direitos Fundamentais & Justiça, número 5, out./dez. de 2008.

TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. Volume I. 8ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

_____. Direito Internacional Privado. Volume II. 11ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

_____. Problemas jurídicos da Cooperação Internacional no campo do Processo Penal e Civil. In: Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. Volume 11. Rio de Janeiro: 1965.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Volume I. Parte geral. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.