

O princípio da ordem pública e a cooperação jurídica internacional

The principle of public policy international legal cooperation

Carlos Walter Marinho Campos Neto

Mestrando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil

Estagiário em docência Universidade de São Paulo, USP, Brasil

cw_campos@hotmail.com

▼ **Resumo:** O princípio da ordem pública restringe a concessão de efeitos internos ao direito estrangeiro, em nome da proteção de valores inafastáveis em determinado ordenamento jurídico, o que, na cooperação jurídica internacional, significa a denegação do pleito cooperacional. Todavia, a lei não oferece parâmetros mais concretos de delimitação do conteúdo da ordem pública, investindo o aplicador do direito de significativo grau de discricionariedade, o que acaba gerando imprevisibilidade e insegurança jurídica. A simples associação do instituto à gramática dos direitos humanos não é suficiente para afastar sua relatividade, pois esses direitos podem ser invocados para embasar tanto a concessão como a denegação do pleito cooperacional. A aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais e o aumento em sua interdependência incrementam a necessidade de cooperação entre os Estados, razão pela qual defende-se neste trabalho a adoção da “interpretação internacionalista” como vetor hermenêutico para a determinação do conteúdo da ordem pública.

Palavras-chave: Ordem pública; cooperação jurídica internacional; interpretação internacionalista.

Abstract: The principle of public policy restrains the granting of internal effects for foreign law, in order to protect the dominant values of a particular jurisdiction, what in international legal cooperation means the denial of cooperational pleadings. However, the law does not provide concrete parameters to define the content of public policy, investing judges with a significant degree of discretion that ends up creating legal uncertainty and unpredictability. The association of the institute with the grammar of human rights is not enough to exclude its relativity, since these can be invoked to support both the grant and the denial of cooperational pleadings. The approximation of national legal systems and the increase in their interdependence enhance the need for cooperation among States, which is why this paper advocates the adoption of the “internationalist interpretation” as a hermeneutic vector for determining the content of public policy.

Key words: Public policy; international legal cooperation; internationalist interpretation.

Introdução

A cooperação jurídica internacional, ao buscar dar efeitos nacionais a decisões tomadas com base em direito estrangeiro, naturalmente coloca em contato elementos oriundos de ordenamentos jurídicos distintos. O princípio da ordem pública, por sua vez, busca proteger valores fundamentais e inafastáveis do ordenamento jurídico interno. O objetivo do presente artigo é verificar de que forma o referido princípio influencia o desenvolvimento da cooperação jurídica internacional, bem como os parâmetros utilizados para sua aplicação.

Primeiramente, serão examinados os contornos do princípio da ordem pública no direito internacional privado, particularmente no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será analisada a importância da cooperação jurídica internacional para o Estado contemporâneo, bem

como suas previsões legislativas no Brasil. Nesse contexto, são verificadas as formas pelas quais a cooperação pode vir a sofrer a incidência dos direitos humanos fundamentais positivados no foro. Por fim, se examinará como o conteúdo da ordem pública é atualmente preenchido na prática brasileira de cooperação jurídica internacional, buscando descobrir que parâmetros podem ser utilizados pelo aplicador do direito para privilegiar os interesses verdadeiramente mais caros ao Estado em suas atividades cooperacionais.

1 Ordem pública no direito internacional privado

A aplicação interna, direta ou indireta, de direito alienígena pode levar a atos ou decisões contrárias à moralidade fundamental do próprio ordenamento, distinta daquela do ordenamento estrangeiro originário. Para evitar esse tipo de ofensa aos valores essenciais de determinado sistema legal é que surgiu a exigência de respeito à ordem pública no âmbito do direito internacional privado. Assim, o princípio da ordem pública é tradicionalmente concebido como instrumento voltado a impedir a concessão de efeitos internos ao direito estrangeiro oferecido pelo direito internacional privado.

A doutrina não é uníssona quanto às origens históricas da noção de ordem pública, ainda que seja certo que a ideia de proteção de institutos do foro diante da aplicação de direito estrangeiro já existia antes da afirmação do princípio da ordem pública, ainda que por meio de outras denominações (DOLINGER, 1979, p. 59-66; e VALLADÃO, 1971, p. 493-499). Nas escolas estatutárias, por exemplo, a qualificação dos estatutos como “odiosos” ou “permissivos” desempenhavam tal função. Modernamente, o princípio foi enunciado nas obras de Joseph Story (“The conflict of laws”, de 1834) e Friedrich Savigny (oitavo volume de seu “Sistema do Direito Romano Atual”, de 1849), ainda que sem referência expressa ao termo hoje utilizado. Foi Charles Brocher (“Nouveau traité de droit international privé”, 1876)

que, desenvolvendo as lições de Savigny, utilizou a expressão “ordem pública” para se referir à limitação da extraterritorialidade de leis estrangeiras.

A análise da forma como o instituto foi e é aplicado, nos diferentes ordenamentos jurídicos e em seus diferentes momentos, permite constatar que seu conteúdo sempre foi marcado pela relatividade, pela instabilidade e pela variabilidade no tempo e no espaço (DOLINGER, 1979, p. 3). Por esse motivo, a doutrina, ao se debruçar sobre a árdua tarefa de conceituar a ordem pública, sempre mostrou predileção por definições mais amplas e abstratas, que abrigassem a maior diversidade possível de institutos jurídicos.

De modo genérico, o princípio da ordem pública é invocado em nome da proteção de princípios morais considerados inafastáveis em determinado ordenamento jurídico, o que, no direito internacional privado, ocorre para conformar a aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro à moralidade do foro. Nesse sentido, Haroldo Valladão (1971, p. 492) entende ser a ordem pública um limite excepcional à aplicação da lei estrangeira, estabelecido pela *lex fori* em defesa de “interesses fundamentais” daquele Estado. Jacob Dolinger (2003, p. 392 e 393) opta por uma definição ainda mais aberta, afirmando que o princípio corresponde ao “reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado”, podendo ser aferido “pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época”. Vale ressaltar, como já se extrai da definição oferecida por Valladão, que a natureza jurídica da ordem pública não deve ser vista como sendo a mesma das regras de conexão do direito internacional privado. Representa, pelo contrário, uma exceção à aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro, indicada pelo direito internacional privado. A percepção da ordem pública como um princípio excepcional, portanto, é fundamental diante da amplitude que pode alcançar e da severidade de seus efeitos.

A inafastabilidade da ordem pública gera efeitos quer internos quer nas relações internacionais. Buscando um melhor entendimento quanto

ao conteúdo da ordem pública no direito internacional privado, a doutrina costuma afirmar a necessidade de diferenciá-la da chamada “ordem pública interna”, referente às leis obrigatórias do foro que limitam a autonomia das partes em assuntos puramente nacionais, sem qualquer elemento de estraneidade (VALLADÃO, 1971, p. 497; e JAYME, 1995, p. 223). Jacob Dolinger (2004, p. 33-41), posicionando o princípio entre o direito interno e o direito internacional, propõe sua distinção em graus sucessivos. Em seu primeiro nível, a ordem pública teria a função de impedir a violação pela vontade das partes de determinados valores cogentes do direito interno (como as leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, e à economia nacional). Contudo, para que uma lei estrangeira, aplicada diretamente conforme o direito internacional privado, seja afastada, uma violação mais grave da ordem pública do foro seria necessária. Tem-se, portanto, um segundo grau de ordem pública, cuja incidência para a defesa de valores irrenunciáveis do sistema local deve ser menos frequente que aquela que afasta da vontade das partes no plano puramente interno. O terceiro nível, grau mais brando de incidência da ordem pública, diz respeito ao reconhecimento de direitos constituídos de forma legítima perante outro ordenamento, que só não deve ocorrer em caso de ofensa gravíssima à moralidade do foro.

Assim, é traçada uma distinção entre o raio de alcance do princípio da ordem pública sobre a aplicação direta e a indireta do direito estrangeiro: o impedimento do reconhecimento de situações já consolidadas, direitos que já se incorporaram ao patrimônio jurídico de um indivíduo, exige um grau mais grave de ofensa à ordem pública local que aquela necessária a obstar a aplicação direta de leis estrangeiras pelo aplicador do direito. Adicionalmente, Dolinger concebe uma ordem pública “mundial” ou “verdadeiramente internacional”, referente a uma ordem de valores superior àquela dos ordenamentos nacionais, que orienta a atuação das autoridades estatais, em nome dos mais altos interesses da humanidade e da comunidade internacional. Para o autor, esse grau da ordem pública representa uma

“nova roupagem da civilidade internacional”, e pode ser utilizado até mesmo para a proteção dos interesses de outros Estados, como ao promover o respeito à ordem pública estrangeira. O princípio assume caráter diverso: seu efeito não é mais aquele característico do direito internacional privado, de natureza negativa, que se limita a afastar a aplicação do direito estrangeiro; mas adota natureza positiva, ao estabelecer e impor princípios universais. Nesse contexto se inserem questões como o combate ao crime internacional, a proteção da ordem econômica internacional e a defesa do meio ambiente humano.

No direito brasileiro, o princípio da ordem pública encontra-se positivado no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), no art. 781 do Código de Processo Penal e no art. 6º da Resolução 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça, bem como em tratados assinados pelo governo brasileiro. O art. 17 da LINDB se refere a “leis, atos e sentenças” emanadas por autoridade governamental estrangeiras, bem como a “declarações de vontade” de particulares. Ao lado da ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes são mencionados como institutos cuja violação obsta a eficácia do direito alienígena, o que alguns autores consideram supérfluo (DOLINGER, 1979, p. 113-117). Quanto aos tratados celebrados pelo governo brasileiro, modernamente, todos os instrumentos internacionais que orientam à alguma forma de aplicação de direito estrangeiro contêm ressalva sobre a ordem pública.

Todavia, não é possível encontrar em nenhuma lei ou tratado uma determinação do conteúdo da ordem pública. A relatividade e a instabilidade da ordem pública, afirmadas pela doutrina como características intrínsecas ao instituto (DOLINGER, 2003, p. 396; e JAYME, 1995, p. 227-228), fazem com que seu conteúdo só seja preenchido quando da sua aplicação ao caso plurilocalizado concreto. Uma vez que cabe ao juiz ou ao tribunal decidir quanto à admissibilidade do direito estrangeiro no foro, conclui-se que a relatividade da ordem pública investe o aplicador do direito de certo grau de discricionariedade.

Deve-se refletir quanto aos limites dessa discricionariedade. A consequência da incidência do princípio da ordem pública no caso concreto é a utilização da *lex fori* em substituição à *lex causae*. As leis e atos emanados do próprio ordenamento interno oferecem ao aplicador do direito maior segurança, o que pode influenciar sua decisão quanto à compatibilidade da lei estrangeira com a ordem pública, o que representa verdadeira ameaça à aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro conforme a orientação do direito internacional privado. Além disso, outros motivos também podem incentivar a autoridade judicial a afastar a aplicação do ordenamento estrangeiro, como o desconhecimento quanto ao seu conteúdo ou as dificuldades inerentes à sua aplicação. Nesse sentido, na análise das situações em que o princípio da ordem pública é invocado, é possível reconhecer uma tendência da magistratura em repelir a aplicação do direito estrangeiro, o que contrasta com sua natureza de medida excepcional. (VASCONCELLOS, 2010, p. 224-225)

Dentre esses os princípios morais básicos de um sistema jurídico, que inspiram a determinação do conteúdo da ordem pública, estão certamente aqueles voltados à proteção do ser humano, consubstanciados nos direitos e garantias fundamentais da Constituição de um Estado e em tratados de direitos humanos. É inegável que o direito internacional privado, tal como todos os demais ramos jurídicos, encontra-se sujeito à força expansiva dos direitos humanos, por conta da posição central que estes adquiriram em todo e qualquer sistema jurídico. Resta evidente que os direitos humanos fundamentais devem impor um padrão hermenêutico vinculante à determinação do conteúdo da ordem pública do foro. Entretanto, a simples associação do instituto à doutrina dos direitos humanos não é suficiente para dar sistematicidade à aplicação do princípio da ordem pública. Pelo contrário, a gramática dos direitos do homem pode ser invocada para embasar tanto a utilização quanto a rejeição de um direito estrangeiro, conforme os interesses do sujeito em questão. A discussão quanto à incidência dos direitos

humanos no direito internacional privado ganha contornos particulares na cooperação jurídica internacional, como se verá adiante.

2 Cooperação Jurídica Internacional

O direito internacional privado é tradicionalmente concebido como a disciplina voltada a solucionar conflitos decorrentes de relações jurídicas, em geral de caráter privado, que se mostrem conectadas a dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, e por isso são chamadas “multiconectadas” ou “plurilocalizadas” (RECHSTEINER, 2010, p. 25-27). O cada vez maior número de relações dessa espécie, por conta do aumento da circulação de pessoas e bens no plano transnacional, faz crescer a interdependência entre os Estados para a correta aplicação de suas normas internas. Assim, as diferenças percebidas entre os diversos ordenamentos estatais é pressuposto de existência do direito internacional privado. Ao manter a estabilidade e a continuidade da convivência entre esses ordenamentos, elimina-se tensões entre os Estados, motivo pelo qual pode-se dizer que o direito internacional privado contribui para o objetivo último de realização da justiça no plano internacional.

Por corresponder a forma de aplicação indireta de direito estrangeiro, a cooperação jurídica internacional é tratada como parte integrante do direito internacional privado. Contudo, essa categorização deve ser compreendida no contexto de diálogo entre os diferentes ramos jurídicos, e não como uma divisão estanque. Nesse sentido, é possível perceber sua interação com outras áreas jurídicas, como o direito constitucional, o direito processual civil e penal e, evidentemente, os direitos humanos. (CARVALHO RAMOS, 2013, p. 627)

Para Nádía de Araújo (2008, p. 40), a cooperação jurídica internacional consiste no “intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado”.

A própria autora, contudo, admite a possibilidade de modalidades de contato direto entre autoridades administrativas dos Estados. Assim, Denise Abade (ABADE, 2013, p. 27-30) opta por definição mais ampla, correspondente ao “conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco, para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira”. Em suma, abrange os atos de auxílio entre Estados no campo jurisdicional, voltados à promoção do acesso à justiça.¹

A terminologia cooperação “jurídica” internacional, predominante nos textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais brasileiros, é considerada adequada por englobar não apenas atos estritamente processuais, mas também aqueles de natureza pré-processual e extraprocessual. Esse tipo de auxílio recíproco é possível não apenas entre Estados – quando é denominada “horizontal” - mas também entre Estados e Organizações Internacionais, o que corresponde à chamada “cooperação jurídica internacional vertical”.

Buscando conferir sistematicidade ao tema, Abade (2013, p. 42-47) apresenta tipologia da cooperação jurídica internacional que classifica, separadamente, (i) os meios de comunicação operados pelos Estados, (ii) os instrumentos utilizados e (iii) o conteúdo do auxílio prestado. Os meios ou canais de comunicação entre os Estados correspondem às “vias” cooperacionais, e apresentam três categorias distintas: a via diplomática, a via das autoridades centrais e a via do contato direto. O canal diplomático, por já estar previamente instituído, não exige maiores investimentos ou tratativas, mas a falta de exclusividade e especialidade em relação às matérias tratadas prejudica a agilidade e a eficiência da cooperação. Outra via é a das

1 Explica Wagner Menezes que “elementos fundamentais para a realização do ideal de justiça por meio do Direito são os instrumentos que ele [o Direito] disponibiliza à sociedade para que, para intermédio desses canais, ela busque o reconhecimento, a proteção e a realização material de seu direito que lhe dê eficácia”. Para o autor, o conceito de acesso à justiça está ligado “ao conjunto de direitos tutelados”, “definição de sujeitos titulares das normas internacionais”, aos “mecanismos jurídicos disponíveis e acessíveis” e à “efetividade com base no princípio da boa-fé” (MENEZES, 2013, p. 29 e 37).

autoridades centrais, órgãos estabelecidos por tratados cooperacionais em cada Estado para a comunicação em questões específicas, buscando sempre tornar a cooperação mais célere e eficiente. A última via é a do contato direto, pela qual as autoridades nacional e estrangeira interessadas no auxílio jurídico se comunicam diretamente, sem a intermediação dos respectivos corpos diplomáticos ou de autoridades centrais.

Já dentre os instrumentos utilizados pelos Estados para a cooperação jurídica internacional, ou simplesmente “veículos” cooperacionais, pode-se enumerar, em rol meramente exemplificativo, a carta rogatória, as ações de extradição, de homologação de sentença estrangeira, de transferência de sentenciados e de processos penais, e mesmo as petições simples que solicitam a cooperação por meio da via do contato direto.

Por fim, classifica-se a cooperação de acordo com o conteúdo do auxílio jurídico que se pretende prestar, isto é, os pedidos ou “passageiros” que, por meio dos veículos, tramitam pelas vias cooperacionais. Também em rol não exaustivo, é possível identificar os pedidos de extradição, de assistência jurídica, de homologação de sentença estrangeira, de transferência de sentenciados e de processos penais.

A tipologia oferecida por Denise Abade permite compreender que o pedido cooperacional não se associa necessariamente a um único instrumento, sendo possível que diversos conteúdos sejam transmitidos por um mesmo veículo, ou mesmo que um determinado conteúdo possa ser transmitido por mais de um veículo. No mesmo sentido, as vias cooperacionais não são exclusivas de um instrumento específico. Uma compreensão mais rígida quanto ao vínculo entre vias, instrumentos e pedidos cooperacionais é prejudicial por acabar restringindo as hipóteses de cooperação entre os Estados.²

2 Denise Abade cita, como exemplos da diluição do vínculo entre conteúdos e veículos, o pedido de homologação de sentenças estrangeiras por meio de carta rogatória, conforme previsto no Protocolo de Las Leñas, bem como a possibilidade de transporte tanto por meio de carta rogatória pelo auxílio direto de conteúdos instrutórios – como a citação das partes ou elementos de prova. Já a não associação entre vias e veículos é exemplifica-

A doutrina se divide quanto ao fundamento da cooperação jurídica internacional: uma visão voluntarista encontra esse fundamento na vontade dos Estados, com base nos conceitos de reciprocidade e de cortesia internacional; por outro lado, há aqueles que afirmam existir propriamente um dever estatal de cooperar, baseado nos princípios gerais do direito internacional ou nos costumes internacionais (CARVALHO RAMOS, 2013, p. 630). Fato é que a aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais e o aumento em sua interdependência, consequências do mundo globalizado, incrementam a necessidade de cooperação entre os Estados para a solução de casos plurilocalizados.

Peter Häberle (2007) concebeu o “Estado constitucional cooperativo” como a resposta jurídico-constitucional do Estado constitucional nacional aos desafios impostos pela transformação do direito internacional de coexistência em direito internacional de cooperação³, em que a cooperação entre os Estados se coloca no lugar da mera coordenação e coexistência pacífica. O autor reconhece tendências no campo do direito constitucional indicativas da diluição do esquema estrito interno/externo, a favor de uma abertura ao direito internacional: a partir do momento em que o ser humano passa a ocupar posição central na atuação do Estado constitucional cooperativo, o elemento nacional-estatal é redesenhado, em prol da realização cooperativa dos direitos fundamentais.

da pelo fato de que cartas rogatórias podem tramitar tanto pelo canal diplomático quanto por autoridades centrais, a depender da existência ou não de tratado específico. Para a autora, a utilização de instrumentos para classificar a cooperação jurídica internacional pode levar à errônea compreensão de que estes são fins em si mesmos, quando apenas asseguram o diálogo eficiente entre os Estados. (ABADE, 2013, p. 46).

- 3 Essa reforma na estrutura do direito internacional é identificada por Wolfgang Friedmann em sua obra *Mudança da estrutura do direito internacional*, onde o autor afirma ser necessário diferenciar o “direito internacional de coexistência”, baseado na igualdade soberana dos Estados e marcado por relações de caráter diplomático, do “direito internacional de cooperação”, a reger um novo tipo de relações internacionais, voltadas para o interesse comum da humanidade na sobrevivência, isto é, em se proteger da destruição e em preservar os recursos comuns. (FRIEDMANN, 1971, p. 16)

Diante do fenômeno da globalização, a crescente interdependência verificada entre os Estados pode ser vista como sinal de transformação da própria soberania estatal. Não se trata de “ameaça” ou “enfraquecimento” do Estado soberano, mas sim de uma redefinição de suas funções na conjuntura contemporânea, de modo a buscar a realização de interesses comuns da sociedade internacional e, ao mesmo tempo, garantir uma maior efetividade do sistema jurídico nacional (ARNAUD, 1999, pp. 173-193). Nesse sentido, a cooperação envolve um exercício de soberania compartilhada pelos Estados, que acaba proporcionando um reforço à própria independência de cada um deles.⁴

A realização do direito restrita aos sistemas jurídicos estatais não dá conta de solucionar os problemas da vida globalizada. Diante da multiplicação de relações jurídicas multiconectadas, a celeridade e a eficiência da cooperação jurídica internacional se mostram cada vez mais imprescindíveis à realização dos direitos humanos fundamentais dos indivíduos envolvidos. Mas a cooperação não se justifica apenas pelo interesse das partes: atualmente, cooperar corresponde a atividade essencial à efetividade das próprias funções soberanas do Estado, diante do surgimento de situações transnacionais que representam verdadeira ameaça à sua estabilidade social e econômica, como é o caso da criminalidade internacional (MADRUGA, 2005, p. 13-14). É nesse sentido que Anne-Marie Slaughter (2004, p. 284-285) identifica a reformulação da tradicional concepção de soberania estatal, concebendo uma “nova soberania”, correspondente à ca-

4 Analisando os “caminhos” da cooperação praticada pelos diversos Estados, nas diferentes áreas temáticas, Kenneth W. Abbott e Duncan Snidal (ABBOTT, e SNIDAL, 2004, p. 50-84) afirmam que as soluções cooperativas dependem dos problemas de informação, negociação e distribuição enfrentados pelo ente estatal, ou seja: (i) do grau de incerteza sobre a natureza de determinados assuntos; (ii) da capacidade dos potenciais colaboradores; e (iii) das reações políticas internas e externas em relação à ação coletiva. As dimensões da cooperação são caracterizadas por (i) permitir a limitação dos comprometimentos dos Estados a qualquer momento, ao nível de cooperação que lhes seja mais apropriado em razão de suas incertezas; e (ii) oferecer aos Estados oportunidades de resolver essas incertezas e tomar novas medidas de cooperação, conforme estejam preparados.

pacidade cooperar – por meio da participação nos “regimes, redes e instituições internacionais e transnacionais” - para alcançar aquilo que eles não mais podem alcançar sozinhos no exercício de sua jurisdição nacional. Assim, os Estados só são capazes de governar efetivamente por meio de cooperação ativa com os demais.

As fontes da Cooperação Jurídica Internacional têm origem internacional e nacional. A fonte internacional que mais se desenvolve é aquela correspondente aos tratados, tanto no âmbito multilateral quanto pela celebração de instrumentos bilaterais, por conta da segurança jurídica que oferecem às atividades de cooperação entre os Estados. Nesse sentido, o Brasil é signatário de diversos tratados, referentes às mais variadas espécies cooperacionais. Além dos tratados, pode-se indicar como fontes internacionais da cooperação jurídica internacional os princípios gerais de direito internacional - especialmente o princípio de colaboração entre os Estados e o princípio da boa-fé, os atos estatais unilaterais, as resoluções vinculantes de organizações internacionais, a doutrina e a jurisprudência internacional⁵. Por sua vez, as fontes internas são encontradas no texto constitucional e em disposições infraconstitucionais. A Constituição Federal brasileira de 1988 traz previsões genéricas e específicas sobre a cooperação jurídica internacional e suas diversas espécies, enquanto a legislação infraconstitucional apresenta uma regulação esparsa e fragmentada da matéria.⁶

5 A jurisprudência internacional, ao reunir precedentes de tribunais internacionais e órgãos assemelhados - sobretudo em razão do crescente reconhecimento pelos Estados de mecanismos de jurisdição internacional compulsória - fornece elementos para uma “interpretação internacionalista” da cooperação jurídica internacional, que será tratada mais adiante.

6 O art. 4º estabelece, em seu inciso IX, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” como princípio regente das relações internacionais da República, e seu parágrafo único orienta ainda a busca pela “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina”. Dentre as disposições específicas de nossa Constituição, devem ser mencionados os incisos LI e LII do art. 5º, que vedam a extradição de brasileiros ou aquela fundada em crime político ou de opinião; o art. 102, I, “g”, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para tratar de extradição solicitada por Estado estrangeiro; e o art. 105, I, “i”, que determina a competência do Superior Tribunal de Justiça para homologação de sentenças estrangeiras e concessão

André de Carvalho Ramos (2013, p. 628-643) se debruça sobre o problema dos possíveis choques e colisões entre as fontes internacionais e internas da cooperação jurídica internacional, sublinhando a necessidade de verificar a convergência e o diálogo entre elas, a fim de evitar a celebração de instrumentos incompatíveis com a ordem jurídica interna e o descumprimento de compromissos internacionais, inclusive pela falta de implementação interna.

Buscando uma alternativa hermenêutica de conciliação entre as fontes de origem diversa, o autor adota como eixo maior o “princípio da cooperação leal e conforme aos tratados”, extraído dos dispositivos constitucionais voltados à promoção da cooperação. Deste, decorrem princípios auxiliares, hábeis a concretizá-lo, dos quais o principal é o princípio da “interpretação interna amiga do direito internacional”, ou simplesmente “interpretação internacionalista”. Com base nas diretrizes traçadas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, este princípio orienta, para a interpretação interna dos tratados, a adoção da argumentação jurídica usada pelo próprio direito internacional, ou seja, em conformidade com a de órgãos internacionais⁷. Outro princípio voltado à promoção da cooperação leal e conforme aos tratados são o “princípio do espaço constitucional de

de exequatur às cartas rogatórias. Já na legislação infraconstitucional, que regulamentam a cooperação jurídica internacional de forma esparsa e fragmentada, destaca-se a presença de dispositivos relevantes sobre a matéria na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e na Resolução 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça.

- 7 Nas palavras de Carvalho Ramos: “Os arts. 31, 32 e 33 da CVDT estabelecem diretrizes mínimas que podem ser seguidas pelo Judiciário brasileiro sem maior esforço. Em primeiro lugar, o tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado; em segundo lugar, a interpretação sistemática do texto deve levar em consideração sua íntegra, ou seja, seu objeto e finalidade; em terceiro lugar, a interpretação do tratado deve observar eventuais outros tratados a ele juridicamente vinculados; em quarto lugar, a interpretação deve levar em consideração o contexto da elaboração do tratado, o que nos remete às negociações e aos trabalhos preparatórios; em quinto lugar, deve ser levada em consideração a interpretação vigente sobre a matéria nos tribunais internacionais e as práticas relevantes dos demais Estados também sobre o tema a ser interpretado.” (CARVALHO RAMOS, 2013, p. 639).

conformação aos tratados internacionais”, que induz a uma interpretação dos dispositivos constitucionais conciliadora em relação às obrigações convencionais.

Ainda segundo a lição de Carvalho Ramos, a incidência do princípio da interpretação internacionalista da cooperação jurídica internacional não se limita ao texto dos tratados, mas de todas as suas fontes, em razão da natureza internacional das matérias que engloba. Além disso, o princípio da cooperação leal inclui a utilização de todos os mecanismos disponíveis para fazê-la imperar em caso de descumprimento indevido de obrigações convencionais por parte de outro Estado (como o apelo às cortes internacionais e mesmo ameaças de retaliação), vez que a denegação da cooperação pode ser vista como uma verdadeira denegação de justiça. (CARVALHO RAMOS, 2013, p. 642 e 645)

Na cooperação jurídica internacional, o efeito irradiante da gramática dos direitos fundamentais humanos significa verificar se o pleito viola ou não tais direitos, a fim de determinar a concessão ou a denegação da cooperação. Contudo, apesar do intenso desenvolvimento normativo dos tratados internacionais e da legislação interna brasileira referentes à cooperação internacional, estes em geral não fazem maiores menções quanto ao modo e à intensidade da incidência dos direitos fundamentais na cooperação.

Tratando dos conflitos decorrentes da incidência dos direitos fundamentais do foro na cooperação jurídica internacional, Denise Abade (2013, p. 84-145) discrimina as possíveis respostas em três teorias: (i) a teoria da “não indagação integral”, que nega a incidência de direitos fundamentais; (ii) a teoria da “não indagação mitigada” ou da “incidência indireta ou mediata”, que exige que essa incidência se dê nos termos de tratado ou, no máximo, da legislação interna sobre cooperação; e (iii) a teoria da “incidência direta ou mediata”, que aplica a concepção interna de direitos fundamentais ao pleito cooperacional, exigindo que o Estado requerente se adeque.

A consagração da teoria da não indagação mitigada no Brasil reflete-se na realização do juízo de delibação, realizado pelos tribunais superiores

na análise de pleitos cooperacionais. Trata-se de um sistema de contenciosidade limitada, que não permite o questionamento da decisão ou de elementos estrangeiros em análise, mas tão somente a verificação de requisitos estabelecidos na Constituição, nos tratados e na legislação interna, e que, portanto, inclui o exame da conformidade do pleito à ordem pública⁸.

3 Princípio da ordem pública na cooperação jurídica internacional

A ofensa à ordem pública como hipótese de denegação da cooperação jurídica internacional encontra previsão na legislação infraconstitucional e em todos os tratados cooperacionais de que o Brasil é parte. Todavia, os referidos dispositivos legais e convencionais que preveem a ofensa à ordem pública como hipótese de denegação do pleito cooperacional, em geral, não chegam a fornecer uma definição mais precisa quanto ao conteúdo do princípio e seus parâmetros de aplicação⁹.

Segundo Denise Abade (2013, p. 106-107), a vulneração da ordem pública de um Estado na cooperação jurídica internacional pode ser esquematisada em três situações distintas, observáveis no cotidiano da cooperação jurídica internacional no Brasil. A primeira é aquela em que o pedido cooperacional é fundado em procedimento ou instituição desconhecida. Exemplo desta situação é a vedação ao pedido de citação por *affidavit*, uma declaração juramentada de que o réu tomou ciência da existência do processo, aceita e comumente utilizada em países da *common law*.¹⁰ A segunda si-

8 O art. 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ estabelece: “Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”

9 O art. 4º do Código Bustamante representa uma exceção à regra, ao estabelecer que “preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”.

10 A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros entende como violadora do princípio da ordem pública a citação de réu no Brasil para responder a processo estrangeiro pela forma do *affidavit*, exigindo a observância do procedimento imposto pelo

tuação corresponde ao pedido de realização de ato proibido ou com conteúdo proibido no Estado requerido. Exemplifica essa hipótese a consideração, pela jurisprudência brasileira, da realização compulsória de exame de DNA como ofensiva à ordem pública.¹¹ Na mesma linha, foi considerado ofensivo à ordem pública pedido de cooperação da Suíça para a oitiva de réu no Brasil que solicitava, além da participação de autoridades enviados estrangeiros como observadores, que não fosse permitido aos acusados invocar o direito ao silêncio, a fim de garantir a utilidade da vinda das autoridades suíças¹². Já na terceira situação, o pleito cooperacional apresenta formato não admitido pelo Estado requerido, caso do pedido feito pela Argentina de oitiva de testemunha no Brasil, que solicitava que esta fosse realizada por juiz argentino e na embaixada argentina¹³.

Da análise das situações cooperacionais em que se suscita a lesão da ordem pública no Brasil, conclui-se que o princípio constitui meio de incidência indireta ou mediata dos direitos fundamentais, vez que se baseia nos dispositivos dos próprios tratados ou das leis internas referentes ao instituto. Isso acaba permitindo ao Poder Judiciário se valer da cláusula de ordem pública para a proteção de direitos fundamentais incidentes na cooperação jurídica internacional, mesmo que estes não estejam especificamente previstos no tratado ou na lei interna.

As críticas a respeito do uso da ordem pública para a incidência de direitos fundamentais na cooperação apresentam dois pontos principais.

direito brasileiro, que é o da carta rogatória. Nesse sentido, ver: Agravos Regimentais nas Sentenças Estrangeiras nº 2.476, nº 2.671 e nº 4605, julgados, respectivamente, em 9/4/1980, 4/6/1980 e 11/11/1996, pelo STF.

11 Em julgamento de 3/9/1998, referente à Carta Rogatória nº 8.443, solicitada pelo Reino da Dinamarca, o STF entendeu ser inadmissível a realização da coleta de sangue compulsória, para fins de realização de exame de DNA, por conta de decisão anterior daquele órgão, segundo a qual o procedimento violaria garantias constitucionais do indivíduo a ela sujeito, o que constituiria “regra de ordem pública” justificadora da recusa de concessão de exequatur ao pedido.

12 Carta Rogatória nº 1.818, decidida pelo STJ em 29/3/2010.

13 Carta Rogatória nº 8.577. A decisão do STF, de 19/2/1999, entendeu ser a solicitação “lesiva à soberania brasileira”.

Em primeiro lugar, a defesa de direitos do indivíduo envolvido na cooperação não é o objetivo primordial do princípio, mas sim os interesses do Estado em não cooperar. O segundo ponto da crítica faz menção ao fato de que a incidência de direitos fundamentais na cooperação por intermédio da cláusula de ordem pública não utiliza parâmetros que permitam previsibilidade e controle das decisões. Embora o conceito de ordem pública seja admitidamente fluido e relativo, o que em tese permite sua utilização para a proteção de direitos fundamentais do Estado, o excesso de discricionariedade do Poder Judiciário em sua aplicação acaba dando espaço para que a cooperação seja denegada em decorrência do desejo de simplificar e facilitar o julgamento, ou mesmo por simples chauvinismo, tradicionais obstáculos do direito internacional privado como um todo.

Denise Abade (2013, p. 197-198) entende que o chauvinismo e a “xenofobia jurídica” podem se potencializar na cooperação jurídica internacional em matéria penal, em razão da predileção pelo modelo local de garantia de direitos fundamentais na persecução penal. A título ilustrativo, a autora cita a visão brasileira de que a ordem de quebra de sigilo bancário seja dada por juiz e não por membro do Ministério Público do Estado requerente, o que é admitido pelos modelos de Itália ou Suíça, por exemplo¹⁴.

Mesmo diante do intenso crescimento da cooperação em matéria cível e criminal nos últimos anos, Antenor Madrugá (2005, p. 5 e 13) assevera que a evolução legislativa proporcionada pela negociação de modernos tratados cooperacionais deve ser acompanhada pelo desenvolvimento, dentre os operadores do direito, de uma cultura atenta aos aspectos internacionais da problemática jurídica, em defesa da efetividade do próprio poder jurisdicional brasileiro.¹⁵

14 Ver: Habeas Corpus nº 91.002/RJ, julgado pelo STF em 26/2/2008, tratando da Carta Rogatória nº 570; e Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 998, julgado pelo STJ em 6/12/2006.

15 Para o autor, nos encontramos em uma “idade média” em termos de interação entre os Estados, aguardando novos tempos que propiciem uma efetiva prestação jurisdicional.

De fato, o acúmulo de decisões casuísticas dos tribunais superiores brasileiros em questões cooperacionais acaba por gerar imprevisibilidade e insegurança jurídica. Ainda assim, destacam-se duas tentativas do Supremo Tribunal Federal de fornecer contornos mais bem definidos quanto ao conceito de ordem pública a ser aplicado à cooperação jurídica internacional. Em ação de homologação de sentença estrangeira de adoção, o Supremo enfrentou a necessidade de diferenciar o conceito de ordem pública do interesse público em regular o direito de família, concluindo pelo caráter mais restrito da ordem pública, limitado a princípios fundamentais do ordenamento¹⁶. Em oportunidade mais recente, o Min. Gilmar Mendes defendeu a formulação de um “núcleo essencial de direitos” como modelo de ordem pública¹⁷.

Contudo, a simples vinculação da ordem pública à gramática dos direitos humanos não é suficiente para resolver o problema da relatividade do instituto e da insegurança jurídica gerada. Tal discurso pode ser utilizado tanto para a concessão da cooperação como para sua denegação, a depender de qual das partes envolvidas no pleito cooperacional – aquela interessada em sua concessão ou a desejosa de sua denegação – terá seus direitos considerados no caso concreto.

O direito internacional privado e, particularmente, a cooperação jurídica internacional trabalham para o entrelaçamento internacional dos Estados (HÄBERLE, 2007, p. 59), não devendo o princípio da ordem pública obstar o processo abertura ao direito internacional. Soluções cooperativas para conflitos transnacionais não podem ser encaradas pelos magistrados como uma ameaça à ordem pública ou à soberania, mas, pelo contrário, como um reforço de tais institutos, enquanto forma de expandir

16 Sentença Estrangeira nº 3.638, julgada pelo STF em 19/2/1986. A adoção em questão não respeitava a diferença mínima de idade entre adotante e adotado determinada pela lei brasileira, matéria que foi considerada de interesse público, e não de ordem pública.

17 Tal posição foi apresentada para fundamentar a denegação da extradição para o cumprimento de pena de prisão perpétua em país estrangeiro. Ver o voto do Min. Gilmar Mendes na Extradicação nº 855, julgada em 26/8/2004 pelo STF.

e tornar mais efetiva a atividade jurisdicional do Estado, por meio da interação com seus pares¹⁸.

Dessa forma, é possível conceber a “interpretação internacionalista” como vetor hermenêutico para a determinação do conteúdo da ordem pública, inclusive em matéria de cooperação jurídica internacional. Diante da conscientização quanto à imprescindibilidade das atividades cooperacionais para o Estado no mundo contemporâneo, o princípio da cooperação leal com o direito internacional, que se fundamenta em disposições constitucionais, deve ser levado em consideração pelo aplicador do direito e prevalecer na discriminação dos institutos abarcados pelo princípio da ordem pública, imperando sobre qualquer sentimento chauvinista.

Conclusões

O princípio da ordem pública é invocado em nome da proteção de valores básicos de determinado ordenamento jurídico, o que, para a cooperação jurídica internacional, significa impedir a concessão de efeitos internos ao ato oriundo de jurisdição estrangeira. Todavia, não é possível encontrar concretamente nas leis e tratados cooperacionais parâmetros de delimitação do conteúdo da ordem pública, que só é determinado quando aplicado pelo magistrado ao caso concreto para decidir quanto à admissibilidade do direito estrangeiro no foro. O aplicador do direito, desse modo, é investido de significativo grau de discricionariedade.

Dentre os valores relacionados ao princípio da ordem pública aqueles consubstanciados nos direitos e garantias fundamentais da Constituição de um Estado e em tratados de direitos humanos, e que im-

18 Nesse sentido, Anne-Marie Slaughter (2004, p. 325-326) afirma que a participação em redes internacionais de cooperação não enfraqueceria o Estado, mas reforçaria seu papel como ator primário do sistema internacional, garantindo a independência de suas instituições e se tornando, somente assim, “plenamente soberano”.

põem um padrão hermenêutico vinculante à determinação de seu conteúdo. Entretanto, a simples associação do instituto à doutrina dos direitos humanos não é suficiente para afastar sua relatividade, pois pode ser invocada para embasar tanto a utilização quanto a rejeição de um direito estrangeiro. Especificamente no tocante à cooperação jurídica internacional, essa incidência pode resultar tanto na concessão da cooperação como em sua denegação, a depender de qual das partes envolvidas no pleito operacional terá seus direitos considerados – aquela interessada em sua concessão ou a outra, desejosa de sua denegação.

A multiplicação de relações plurilocalizadas e a aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais e o aumento em sua interdependência - consequências do mundo globalizado - incrementam a necessidade de cooperação jurídica internacional entre os Estados. Diante do fenômeno da globalização, a crescente interdependência verificada entre os Estados pode ser vista como sinal de transformação da própria soberania estatal. A cooperação surge como ferramenta para realizar interesses comuns da sociedade internacional e, ao mesmo tempo, garantir uma maior efetividade do sistema jurídico nacional.

No Brasil, a aceitação do modelo de incidência indireta de direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional é comprovada pela consagração do juízo de delibação, realizado pelos tribunais superiores na análise de pleitos cooperacionais, que possibilita ao aplicador do direito usar a cláusula de ordem pública para a proteção de direitos fundamentais incidentes na cooperação, mesmo que estes não estejam especificamente previstos no tratado ou na lei interna. O excesso de discricionariedade na aplicação do princípio, contudo, acaba dando espaço para que a cooperação seja denegada em decorrência do desejo de simplificar e facilitar o julgamento, ou mesmo por simples chauvinismo.

Da análise da jurisprudência relacionada à cooperação jurídica internacional, conclui-se que o acúmulo de decisões casuísticas dos tribunais superiores brasileiros em questões cooperacionais acaba por gerar imprevi-

sibilidade e insegurança jurídica. Assim, urge o desenvolvimento, dentre os operadores do direito, de uma cultura jurídica atenta aos aspectos internacionais da cooperação, em defesa da efetividade do próprio poder jurisdicional brasileiro.

O princípio da ordem pública não deve obstar o processo abertura ao direito internacional. Soluções cooperativas para conflitos transnacionais não podem ser encaradas pelos magistrados como uma ameaça à ordem pública ou à soberania, mas, pelo contrário, como um reforço de tais institutos, enquanto forma de expandir e tornar mais efetiva a atividade jurisdicional do Estado.

Deste modo, defende-se a adoção da “interpretação internacionalista” como vetor hermenêutico para a determinação do conteúdo da ordem pública, inclusive em matéria de cooperação jurídica internacional. Diante da conscientização quanto à imprescindibilidade das atividades cooperacionais para o Estado no mundo contemporâneo, o princípio da cooperação leal com o direito internacional, que se fundamenta em disposições constitucionais, deve ser levado em consideração pelo aplicador do direito e prevalecer na discriminação dos institutos abarcados pelo princípio da ordem pública, imperando sobre qualquer sentimento chauvinista.

Referências

ABADE, Denise. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: Extradicação, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

ABBOTT, Kenneth W e SNIDAL, Duncan. “Pathways to international cooperation”. In: BENVENISTI, Eyal; HIRSCH, Moshe (orgs). The impact of international law on international cooperation. New York: Cambridge University Press, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: matéria penal. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

CARVALHO RAMOS, André de. O Novo Direito Internacional Privado e Conflito de Fontes na Cooperação Jurídica Internacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 108, p. 621-647, jan./dez. 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

DOLINGER, Jacob. A evolução da ordem pública no direito internacional privado: tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979.

DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. Revista dos Tribunais, ano 93, v. 828, outubro de 2004.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRIEDMANN, Wolfgang. Mudança da estrutura do direito internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégracion: le droit international privé postmoderne - Cours général de droit international privé. Recueil des Cours, tomo 251, 1995.

HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 54, p. 291-311, maio-junho de 2005.

MENEZES, Wagner. Tribunais internacionais: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito internacional privado: teoria e prática. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and power in a networked world order. *Stanford Journal of International Law*, v. 40, p. 283-327, 2004.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Universitária Freitas Bastos, 1971.

VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no direito internacional privado e a constituição. *Revista Ética e Direito*, n. 12, v. 2, p. 218-248, julho de 2010.

▼ recebido em 22 set. 2014 / aprovado em 25 set. 2015

Para referenciar este texto:

CAMPOS NETO, C. W. M. O princípio da ordem pública e a cooperação jurídica internacional. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 93-116, jul./dez. 2014.